

Die Hinterlegung von Quellcodes und Prioritätsverhandlungen in der notariellen Praxis

von Notarassessor Jon Meyer, Düsseldorf

- A. Einleitung
- B. Hinterlegung von Quellcodes
 - I. Bedürfnis der Hinterlegung
 - 1. Einführung/Begriffsbestimmung
 - 2. Interessenlage der Beteiligten
 - a) Anwender
 - b) Hersteller
 - c) Gläubiger
 - II. Art und Umfang der Hinterlegung
 - 1. Hinterlegungsgegenstand
 - 2. Mögliche Hinterlegungsstellen
 - a) Hinterlegung beim Notar
 - b) Hinterlegung bei einem „Escrow Agent“
 - c) Hinterlegung beim Anwender
 - 3. Anforderungen an die Hinterlegungsstelle
 - III. Herausgabe des Hinterlegungsgegenstandes
 - 1. Typische Herausgabefälle
 - a) Insolvenz des Herstellers
 - b) Löschung oder Liquidation des Herstellers
 - c) Zustimmung des Herstellers
 - d) Einstellung des Geschäftsbetriebs
 - e) Nichterfüllung der Verpflichtungen des Herstellers
 - f) Rückgabe nach Ablauf
 - 2. Nachweis des Eintritts eines Herausgabefalls
 - a) Harte Bedingungen
 - b) Weiche Bedingungen
 - 3. Verpflichtungen des Anwenders
 - IV. Problemfelder bei der Hinterlegung
 - 1. Insolvenzfestigkeit der Hinterlegung
 - a) Anfechtungsrecht des Insolvenzverwalters gem. § 133 InsO
 - b) Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters gem. § 103 InsO
 - c) Lösungsansätze
 - d) Bewertung der verschiedenen Lösungsansätze
 - e) Ausblick de lege ferenda
 - 2. Identifikation und Verifikation des Hinterlegungsgegenstandes
 - 3. Updates
 - V. Notwendiger Inhalt einer Hinterlegungsvereinbarung
 - VI. Kosten
 - VII. Fazit
- C. Prioritätsverhandlungen
 - I. Einführung/Grundlagen des Urheberrechts
 - II. Umfang des Rechtsschutzes durch notarielle Prioritätsverhandlungen
- III. Möglichkeiten der Prioritätsverhandlungen
 - 1. Unterschriftenbeglaubigung gem. §§ 40, 39 BeurkG
 - 2. Tatsachenbescheinigung gem. §§ 36 ff., 43 BeurkG
 - 3. Eidesstattliche Versicherung gem. § 38 BeurkG
- IV. Beweiskräftige Verbindung
 - 1. Verwahrung
 - 2. Andere beweiskräftige Verbindungen
- V. Herausgabe bzw. Eröffnung und Verwendung in gerichtlichen Verfahren
- VI. Kosten
- VII. Fazit
- D. Zusammenfassung

A. Einleitung

Die Hinterlegung und Verwahrung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten gehört seit jeher zu den Zuständigkeiten des Notars. Aber auch außerhalb dieser „üblichen“ Hinterlegungs- und Verwahrungsgeschäfte gibt es Bereiche in denen der Notar Rechtsuchenden als Berater und durch Beurkundungs- und/oder Verwaltungstätigkeiten zur Seite stehen kann. Anders als Gegenstände ohne zusätzlichen immateriellen Wert, trägt die Hinterlegung geistigen Eigentums unverhoffte Früchte, die sich aus seiner Flüchtigkeit und hohen Verletzlichkeit erklären, denn sie dient gerade auch der rechtlichen wie tatsächlichen Absicherung dieses leicht flüchtigen, aber wertvollen Vermögens.¹ Genau diesen Bereich soll der nachfolgende Beitrag näher beleuchten; nämlich die Absicherung der Funktionsfähigkeit von EDV-Anlagen durch die Hinterlegung von „Software“ (Teil B.) und die Sicherung von Urheberrechten (Teil C.).

B. Hinterlegung von Quellcodes

I. Bedürfnis der Hinterlegung

Aufgrund der bestehenden und weiter fortschreitenden Implementierung von EDV in das Wirtschaftsleben, gewinnt die Sicherheit dieser Systeme immer größere Bedeutung. Das Herzstück einer EDV-Anlage ist die auf ihr betriebene Software. Neben der auch von Privatanwender genutzten Anwendungssoftware wie beispielsweise Textverarbeitungsprogrammen, wird in vielen Bereichen marktgängige „Spezialsoftware“ eingesetzt, wie z. B. bei Ärzten, Rechtsanwälten oder auch Notaren. Insbesondere in den Produktions- oder Dienstleistungsunternehmen der Großindustrie findet

1 Kast/Meyer/Wray, CR 2002, 379, 382.

darüber hinaus regelmäßig eine Verwendung individueller, nicht marktgängiger Spezialsoftware statt.

Fällt eine Software – aus welchen Gründen auch immer – aus, ist eine Weiterentwicklung oder eine Anpassung an neuangeschaffte Anlagen notwendig, bringt dies bereits für die Privatanwender Schwierigkeiten mit sich, die nur selten ohne die Unterstützung des Softwareherstellers gelöst werden können. Dem Privatanwender steht jedoch der Einsatz einer anderen Software offen. Bereits für die Nutzer marktgängiger Spezialsoftware kann der Ausfall der Software schwerwiegende Konsequenzen haben, insbesondere da für sie der Weg zum Wechsel der Software weit steiniger ist, als für den Privatanwender. Bedenkt man, dass die Zugriffsmöglichkeiten auf bestehende Vorgänge und deren Überarbeitung mit der neuen Software nie reibungslos verläuft und immer einer Schulung und Einarbeitung des Personals bedarf, sind auch die mit einem ‚Systemwechsel‘ verbundenen Kosten nicht zu unterschätzen. Sich auszumalen welche weit reichenden, bis zu existenzbedrohenden Konsequenzen ein Ausfall der EDV-Anlagen in Bereich der Großindustrie haben kann, bedarf keiner großen Vorstellungskraft.

In nahezu allen vorgenannten Fällen ist der Anwender auf die Unterstützung durch den Softwarehersteller angewiesen. Verweigert dieser die Unterstützung respektive die Anpassung oder ist er dazu nicht in der Lage, kann der Anwender weder selbst noch durch Dritte Veränderungen an der Software vornehmen. Hierzu benötigt er den so genannten Source Code oder auch Quellcode, in dem die gesamte Programmierung enthalten ist. Dieser wird jedoch, da er das gesamte geistige Eigentum und damit das Know-how des Softwareherstellers enthält, dem Anwender grundsätzlich nicht zur Verfügung gestellt.

Eine Lösung dieses scheinbar unüberwindbaren Interessenkonfliktes lässt sich durch die Hinterlegung des Quellcodes bei einem Notar (oder einer anderen Hinterlegungsstelle) und dem Abschluss einer Hinterlegungsvereinbarung herbeiführen, im Rahmen derer sich der Hersteller zur Hinterlegung verpflichtet und der Anwender einen Herausgabeanspruch bei Eintritt vorher festgelegter Bedingungen erhält.²

1. Einführung/Begriffsbestimmung

Sämtliche Computerprogramme (Software), die nicht in Maschinensprache erstellt werden, müssen zunächst in diese übersetzt werden, damit sie ablauffähig sind.³ Die Ursprungsfassung wird als Source Code oder Quellcode bezeichnet. Der Quellcode enthält die gesamte Programmierung.⁴ Die Übersetzung des Quellcodes ist der so genannte Objektcode, also das maschinenlesbare Programm, die Software. Bei allen in einer höheren Programmiersprache erstellten Computerprogrammen wird erst durch einen diese Übersetzung leistenden Compiler oder Interpreter ein ablauffähiges Objektprogramm erzeugt.⁵ Der Objektcode besteht aus – selbst für Fachleute – nicht lesbaren Zahlenkolonnen, die keinen Rückschluss auf den Quellcode erlauben. Der Hersteller kann somit das Programm verkaufen ohne den Quellcode übergeben zu müssen.

2. Interessenlage der Beteiligten

Die Interessenlagen des Anwenders und des Herstellers sowie der etwaigen Gläubiger des Herstellers könnten unterschiedlicher nicht sein. Zum besseren Verständnis des Interessenkonflikts sollen die verschiedenen Positionen nachfolgend beleuchtet werden.

a) Anwender

Für den Anwender sind mit der Einführung einer Software erhebliche Investitionen verbunden, die sich aus Sicht des Anwenders nur rechnen, wenn ihm die Software über einen längeren Zeitraum zur Verfügung steht. Des Weiteren kommt die Software nicht selten in äußerst sensiblen Unternehmensbereichen zum Einsatz, die die ständige Funktionsfähigkeit der Software voraussetzen und für den Fall, dass Mängel im Betrieb auftreten, eine möglichst schnelle Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit der Software erfordern.⁶ Die etwaig auftretenden Mängel sind häufig keine der Software inhärenten, sondern meist Veränderungen der Hardware oder des sonstigen Umfelds, die Änderungen respektive Anpassungen erforderlich machen. Im Hinblick auf diese zukünftigen Schwierigkeiten werden häufig Wartungs- und Pflegeverträge zwischen dem Anwender und dem Hersteller geschlossen.

Der Anwender ist jedoch, da ihm selbst die Möglichkeit der Änderung und Anpassung mangels Zugriff auf den Quellcode genommen ist, immer vom Hersteller der Software abhängig, was für den Anwender im ‚worst case‘ existenzbedrohend sein kann. Insbesondere in den Fällen, in denen über das Vermögen des Herstellers ein Insolvenzverfahren eröffnet oder mangels Masse abgelehnt wird, er den betreffenden Geschäftsbetrieb einstellt oder den Wartungs- und Pflegevertrag kündigt oder nicht erfüllt, ist der Anwender gezwungen entweder mit dem nicht mehr änderbaren Versionsstand seiner Software weiterzuarbeiten, oder einen Softwarewechsel – mit allen damit verbundenen Schwierigkeiten und Kosten – vorzunehmen. Zum Teil wird in der Literatur diese Problematik als Achillesferse der Computerisierung der Wirtschaft bezeichnet.⁷

b) Hersteller

Der Hersteller wird darauf bedacht sein, seine Erfindung und die darin liegenden Geschäftsgeheimnisse vor dem Zugriff Dritter zu schützen. Der Besitz des Quellcodes beinhaltet die Möglichkeit zur Bearbeitung und Änderung eines Programms und dadurch das Risiko unkontrollierbarer Piraterie: Wer über den Quellcode eines Programms verfügt, kann alle Hinweise auf den Urheber, insbesondere Copyright-Vermerke und Seriennummern, beseitigen und umfangreiche Änderungen innerhalb der Programmstruktur vornehmen.⁸ Das Urheberrecht bewahrt faktisch nicht davor, dass der An-

2 Vgl. Kast/Meyer/Wray, CR 2002, 379, 379.

3 Ernst, MMR 2001, 208, 208.

4 Eylmann/Vaasen/Hertel, Bundesnotarordnung Beurkundungsgesetz, 3. Aufl. 2011, § 54 e, Rn. 22.

5 Ernst, a.a.O.

6 Lensdorf, CR 2000, 80, 81.

7 Vgl. Paulus, CR 1994, 83, 83.

8 Hoeren, CR 2004, 721, 721.

wender den Quellcode analysiert und ohne entsprechende Gegenleistung für sich fruchtbar macht.⁹ Zudem zeichnet sich der Bereich der Patentierbarkeit von Software durch eine unsichere Rechtslage aus.¹⁰ Da das in dem Quellcode enthaltende geistige Eigentum häufig einen Großteil des Vermögens des Herstellers darstellt und sich ein Verlust auf dessen Werthaltigkeit äußerst negativ auswirken kann, wird der Hersteller dem Anwender ausschließlich den übersetzten Objektcode übergeben wollen, der es dem Anwender nicht ermöglicht, selbst oder durch Dritte die Erfindung oder das Know-How des Herstellers auszulesen.

c) Gläubiger

Gerät der Hersteller in finanzielle Schwierigkeiten und wird über sein Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet, so ist der Insolvenzverwalter gesetzlich verpflichtet, die Interessen der Gläubiger wahrzunehmen. Die Interessen der Gläubiger könnten durch die Herausgabe des Quellcodes an den Anwender gefährdet werden, da seine Werthaltigkeit gerade davon abhängt, dass sein Inhalt nur dem Hersteller bekannt ist. Diese Interessen der Gläubiger sind jedoch für die Hinterlegung von untergeordneter Bedeutung, da die Gläubiger nicht selbst beteiligt sind. Aus Sicht der an der Hinterlegung Beteiligten sind vielmehr gerade die im Insolvenzfall ein-tretenden Risiken in einer Weise zu berücksichtigen, die in dieser Situation eine reibungslose Vertragsaus-führung ermöglicht. Schließlich dient die Hinterlegung der weitgehenden Minimierung der eigenen Risiken und damit einer erhöhten Beständigkeit der eingegangenen Geschäftsbeziehung.¹¹

II. Art und Umfang der Hinterlegung

Da der Quellcode alleine den Anwender nicht in die Lage versetzt, Änderungen und Anpassungen an der Software vorzunehmen beziehungsweise vornehmen zu lassen, ist zu klären, welchen Umfang eine Hinterlegung haben muss, um den angestrebten Zweck zu erfüllen (1.). Um im Rahmen einer umfassenden Beratung die Vorzüge der notariellen Hinterlegung aufzeigen zu können, sollen nachfolgend auch die alternativen Hinterlegungsmöglichkeiten dargestellt werden (2.). Da es sich bei einem Quellcode um sensibles Material handelt, das auf einem oder mehreren Datenträgern gespeichert ist, bedarf die Aufbewahrung einer größeren Aufmerksamkeit, als eine ‚klassische‘ Hinterlegung (3.).

1. Hinterlegungsgegenstand

Um dem Anwender – im Herausgabefall – in die Lage zu versetzen weitere Arbeiten an der Software vorzunehmen oder durch fachkundige Dritte vornehmen zu lassen und dies mit so geringen Einarbeitungsaufwand wie möglich, ist es empfehlenswert folgende Unterlagen zu hinterlegen:

- Kopie des Quellcodes der Software

Diese sollte in Dateiform und als Hardcopy (Papierform) hinterlegt werden. Es ist weiter erforderlich, dass der Quellcode so übersichtlich aufgebaut ist, dass sich ein bisher unbeteiligter, fachkundiger Drit-

ter mit möglichst geringem Aufwand einarbeiten kann. Da Programmieren bis heute als „Nährboden für Wagemutige, die sich schöpferisch-creativ mit der Programmierung des Computers befassen“, gilt¹², ist hier aus Sicht des Anwenders erhöhte Aufmerksamkeit geboten.

- Entwicklungs- und Systemdokumentationen

Hier sind die Kommentierungen zum Quellcode sowie seine Beschreibung und Entwicklungsumge-bung zu hinterlegen.

- Übersetzungssoftware (Compiler, Interpreter, Assembler) sowie weitere erforderliche Hilfssoftware

Da der Anwender in die Lage versetzt werden muss, den Quellcode auszulesen, ist sämtliche, bei der Programmierung verwendete Hilfssoftware ebenfalls zu hinterlegen. Handelt es sich um „Standartsoft-ware“ ist die Angabe der Bezeichnung ausreichend.

- Aktuelle Version/Updates

Es sind vom Hersteller jeweils auch die – während der Nutzung durch den Anwender – weiterentwickelten Versionen oder Updates nebst den vor-stehenden weiteren Unterlagen zu hinterlegen.

- Angabe von Namen und Anschriften der beteiligten Programmierer, sogenannter Key-Employees

Zum Schutz vor Headhuntern wird der Hersteller diese Informationen dem Anwender nicht preis-geben wollen; da es für den Anwender jedoch von großer Bedeutung sein kann, im Ernstfall (Ausfall der EDV-Anlage) schnelle Unterstützung zu erhalten und diese Informationen ausschließlich im Herausgabefall für den Anwender zugänglich sind, ist auch dies-bezüglich eine Hinterlegung zu empfehlen.

2. Mögliche Hinterlegungsstellen

a) Hinterlegung beim Notar

Der Notar als unabhängiger und unparteiischer Träger eines öffentlichen Amtes und damit als neutraler Ver-mittler ist zur Lösung des vorstehend dargestellten Interessenkonflikts zwischen Anwender und Hersteller trefflich geeignet.

Der Notar ist auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechts-pflege gemäß § 23 BNotO für die Verwahrung von Wertgegenständen zuständig. Nimmt der Notar eine solche Verwahrung vor, hat er diese entsprechend der Vorgaben nach §§ 11 ff. DONot durchzuführen, er hat folglich insbesondere die in Verwahrung genommen Wertgegenstände in die von ihm geführten Bücher (Ver-wahrungs- und Massebuch) einzutragen.

Sowohl § 23 BNotO, als auch § 54 e BeurkG nennen als Gegenstände der Verwahrung jedoch nur Geld, Wert-papiere und Kostbarkeiten. Es war zunächst umstritten, ob es sich bei einem Quellcode um eine Kostbarkeit in Sinne von § 23 BNotO respektive § 54 e BeurkG han-

9 Kast/Meyer/Wray, CR 2002, 379, 381.

10 Ebd.

11 Kast/Meyer/Wray, CR 2002, 379, 382.

12 Hoeren, IT Vertragsrecht, 1. Aufl. 2007, Rn. 496.

delt.¹³ Heute ist unstreitig, dass die Verwahrung auch elektronischer Datenträger jedenfalls im Rahmen der sonstigen Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege möglich ist.¹⁴ Es handelt sich somit nach allgemeiner Meinung bei der Verwahrung elektronischer Datenträger, also auch der Verwahrung von Quellcodes, um eine untechnische Verwahrung als sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege, die damit in den Anwendungsbereich des § 24 BNotO fällt. Daher sind auch die Verfahrensvorschriften der §§ 11 bis 13 DOnot, die ausdrücklich auf § 23 BNotO Bezug nehmen, auf die Verwahrung anderer, als der in § 23 BNotO genannten Gegenstände nicht anwendbar.¹⁵ Dies hat für den Notar den praktischen Vorteil, dass er den Quellcode, anders als Kostbarkeiten, nicht in das Verwahrungs- und Massebuch eintragen muss.¹⁶ Es empfiehlt sich jedoch für den Notar sich an den Vorschriften der DOnot zur Art und Weise der Aufbewahrung zu orientieren.¹⁷ Notare, die eine Vielzahl von Verwahrungen der vorgenannten Art vornehmen, sollten zudem auch eine dem Verwaltungsbuch entsprechende Aufstellung der von ihnen verwahrten Quellcodes errichten, um eine gewisse Übersichtlichkeit gewährleisten zu können.

b) Hinterlegung bei einem „Escrow Agent“

Der Notar konkurriert insoweit mit kommerziellen Hinterlegungsstellen, sogenannten „Escrow Agents“, deren Angebot zwar in aller Regel im Vergleich zu den beim Notar anfallenden Kosten um ein mehrfaches teurer ist, die aber mit Blick auf ihr ‚technisches Know-how‘ und die von ihnen zur Verfügung gestellten speziellen ‚Hinterlegungsräumen‘ zusehends Befürworter finden.¹⁸ Kommerzielle Escrow-Dienstleistungen werden nicht nur aus dem Umfeld der buntscheckigen US-amerikanischen Rechtsberatungswirtschaft, sondern zunehmend auch von genuin deutschen Unternehmen, etwa einigen technischen Überwachungsvereinen angeboten.¹⁹

Die für Hinterlegung bei einem Escrow-Agent vorgebrachten Argumente erscheinen größtenteils interessengeleitet.²⁰ Das von den Befürwortern der Escrow-Agents immer wieder angeführte Argument, der dem Notar nicht möglichen Verifikation der hinterlegten Gegenstände, insbesondere des Quellcodes, ist eindeutig widerlegt, wie nachfolgend in Abschnitt IV. Ziffer 2. dargestellt. Das gleiche gilt auch für die ins Feld geführten vermeintlich besseren Aufbewahrungsmöglichkeiten der Escrow-Agents. Da es sich bei der Hinterlegung elektronische Datenträger – wie vorstehend ausgeführt – um eine untechnische Verwahrung gemäß § 24 BNotO handelt, kann der Notar mit den Beteiligten die von diesen gewünschte Aufbewahrungsart in der Hinterlegungsvereinbarung beziehungsweise Verwahrungsanweisung frei vereinbaren.

Eine exemplarische Aufzählung möglicher Escrow-Agents finden sich bei Bömer²¹ und Hoeren²².

c) Hinterlegung beim Anwender

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass eine ‚Hinterlegung‘ des Quellcodes auch beim Anwender selbst möglich ist. Eine solche Übergabe des Quellco-

des und der weiteren Unterlagen wird vereinzelt in verschiedenen Formen in der Literatur vorgeschlagen, um dem Anwender den Zugriff in bestimmten Fällen zu gewährleisten.²³ Selbst wenn der Quellcode und die weiteren Unterlagen nur in einem versiegelten Umschlag an den Anwender übergeben werden und die Öffnung außerhalb der ‚Herausgabefälle‘ mit einer empfindlichen Vertragsstrafe bewehrt ist, wie dies teilweise vorgeschlagen wird²⁴, verbleibt dem Anwender eine faktische Möglichkeit, das in dem Quellcode enthaltene geistige Eigentum des Hersteller vertragswidrig zu nutzen oder zu verwenden. Der Hersteller wird daher einer ‚Hinterlegung‘ des Quellcodes bei Anwender in nahezu allen Fällen widersprechen, so dass eine solche beim Anwender nicht geeignet ist, den Interessenkonflikt zwischen Anwender und Hersteller zu lösen, weshalb ihre praktische Relevanz gegen Null tendiert.

3. Anforderungen an die Hinterlegungsstelle

Eine Hinterlegungsstelle wird, damit beide Partner ‚ruhig schlafen können‘ eine Reihe von Qualitäten aufzuweisen haben.²⁵ Diese Qualitäten respektive Voraussetzungen sollen nachfolgend aufgezeigt werden. Das Erfordernis der Identifizierung und Verifikation des zu hinterlegenden Materials soll jedoch dem nachstehenden Abschnitt IV. Ziffer 2. vorbehalten bleiben.

Die Anforderungen, die der Notar und auch jeder andere Dritte als Hinterlegungsstelle beziehungsweise als Verwahrer zu erfüllen hat, damit der Quellcode und die weiteren Unterlagen zum Einen im Falle der Herausgabe für den Anwender noch von Nutzen sind, zum Anderen das geistige Eigentum des Herstellers nicht dem Zugriff Dritter ausgesetzt ist, hängt insbesondere von Art und Umfang der Hinterlegungsgegenstände ab.

Zunächst ist der Hinterlegungsgegenstand sicher vor dem Zugriff Dritter zu verwahren. Es empfiehlt sich in der Hinterlegungsanweisung ausdrückliche Anweisungen zur Art der Aufbewahrung aufzunehmen. Hierbei ist insbesondere die außerordentliche Feuchtigkeits- und Wärmeempfindlichkeit von Datenträgern zu beachten.²⁶ Diese Empfindlichkeit ist zwar, seit dem Wechsel von Magnetbändern zur CD oder DVD als Datenträgern, graduell weniger geworden, aber auch bei den ‚modernen‘ Datenträger hat dies maßgebliche Auswirkungen auf die Lebensdauer. Derzeit ist kein Hersteller von Datenträgern bekannt, der eine Garantie

13 Vgl. Armbrüster/Preuß/Renner, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 5. Aufl. 2009, § 54 e, Rn. 17.

14 Weingärtner, Das notarielle Verwaltungsgeschäft, 2. Aufl. 2004, Rn. 242; DNotl-Report 6/1996, 48.

15 DNotl-Report 04/1997.

16 Vgl. Armbrüster/Preuß/Renner, a.a.O.

17 Vgl. Heyn, DNotl 1998, 177, 184; DNotl-Report 04/1997.

18 Leistner, MittBayNot 2003, 3, 9.

19 Milzer, ZNotP 2004, 348, 349.

20 Vgl. Leistner a.a.O.

21 Bömer, NJW 1998, 3321, 3322.

22 Hoeren, IT Vertragsrecht, 1. Aufl. 2007, Rn. 495.

23 Paulus, CR 1994, 83, 85; Lensdorf, CR 2000, 80, 82.

24 Hoeren IT Vertragsrecht, 1. Aufl. 2007, Rn. 491; Lehmann/Geissler/Pagenberg, Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, 2. Aufl. 1993, Abschnitt XIV, Rn. 76f.

25 Schneider, CR 1995, 705, 709.

26 Vgl. Bömer, NJW 1998, 3321, 3321.

für die Lebensdauer seiner Produkte übernimmt. Sicher ist, dass die Lebensdauer eines Datenträgers weit hinter der von Papier zurückbleibt. Teilweise werden innerhalb der Literatur sogar bestimmte Feuerschutz- respektive Feuerlöschsysteme sowie Temperatur- und Feuchtigkeitskontrollen empfohlen.²⁷

Aufgrund der möglichen Beschädigung oder sogar Zerstörung der meist elektronisch gespeicherten Daten ist dringend zu empfehlen, die Art der Aufbewahrung präzise in der Hinterlegungsvereinbarung zu beschreiben und auf die mit der vereinbarten Aufbewahrung verbundenen Risiken hinzuweisen, um so etwaige Haftungsrisiken auszuschließen. Da es sich bei der in Rede stehenden Hinterlegung von Quellcodes um eine ‚untechnische‘ Hinterlegung handelt (s. Ziffer 2. lit. a)), kann der Notar den Ort der Aufbewahrung mit den Beteiligten frei vereinbaren, so dass die Aufbewahrung auch in einem Bankschließfach oder einer speziell für die Aufbewahrung elektronisch gespeicherter Daten geeigneten Einrichtung erfolgen kann. Wünschen die Beteiligten ‚nur‘ eine Hinterlegung in den Amtsräumen des Notars, ist auch dies explizit in die Hinterlegungsanweisung aufzunehmen nebst einer Erklärung der Beteiligten, dass der Notar keine Verpflichtungen zur Kontrolle oder Überprüfung der Lagerung übernimmt. Werden gar keine Angaben zur Aufbewahrung und Lagerung gemacht, ist zumindest fraglich, in wessen Verantwortungsbereich eine Beschädigung oder der Verlust der gespeicherten Daten fallen.

Des Weiteren ist die Hinterlegungsstelle zur absolut vertraulichen Behandlung des Quellcodematerials zu verpflichten.²⁸ Auch ist es ratsam, die Haftpflichtversicherung der Hinterlegungsstelle zu überprüfen.²⁹ Dies ist bei einer Hinterlegung beim Notar nicht erforderlich, da dieser hierzu bereits ‚von amtswegen‘, nämlich gemäß § 18 BNotO zur Verschwiegenheit und gemäß § 19a BNotO zur Unterhaltung einer Berufshaftpflichtversicherung verpflichtet ist, so dass eine vertragliche Verpflichtung obsolet ist.

III. Herausgabe des Hinterlegungsgegenstandes

Kernstück der Hinterlegungsvereinbarung ist die Beschreibung der Herausgabefälle. Hier ist es wichtig, die typischen Fälle zu formalisieren, um eine zügige Herausgabe der Quellcodematerials sowohl an den Anwender als auch an den Hersteller zu ermöglichen. Insbesondere der Anwender ist im ‚Ernstfall‘ auf eine zeitnahe Herausgabe angewiesen, um größere Schäden, die durch einen Ausfall seiner EDV-Anlagen entstehen können, zu vermeiden. Die Hinterlegungsstelle muss, damit die Hinterlegung und vor allem die Herausgabe praktikabel bleibt, soweit wie möglich von materiellen Prüfungen entlastet werden.³⁰

1. Typische Herausgabefälle

Der Anwender wird immer dann die Herausgabe des Quellcodematerials wünschen, wenn der Hersteller selbst seinen Softwarepflege- und Softwareentwicklungsverpflichtungen nicht nachkommt. Die Frage des Zeitpunkts der Herausgabe steht unter dem Vorbehalt

mehrerer aufschiebender Bedingungen.³¹ Diese sind zunächst in so genannte ‚harte‘ [a) und b)] und ‚weiche‘ [c)-e)] Bedingungen zu differenzieren.³²

a) Insolvenz des Herstellers

Der aus Sicht des Anwenders wichtigste Herausgabefall ist die Insolvenz des Herstellers. Es ist das Quellcodematerial herauszugeben, wenn über das Vermögen des Herstellers das Insolvenzverfahren eröffnet oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt worden ist.

Inwieweit eine solche Regelung ‚insolvenzfest‘ ist und damit den Anwender zu schützen vermag, ist im nachstehenden Abschnitt IV. Ziffer 1. zu erörtern.

b) Löschung oder Liquidation des Herstellers

Das Quellcodematerial ist ebenfalls an den Anwender herauszugeben, wenn die Firma des Herstellers wegen Vermögenslosigkeit gelöscht wird oder ein Liquidationsbeschluss im Handelsregister eingetragen wird.

c) Einstellung des Geschäftsbetriebs

Hat der Hersteller den mit der hinterlegten Software befassten Geschäftsbetrieb eingestellt und innerhalb einer vom Anwender gesetzten Nachfrist keine gleichwertigen Ersatz beschafft, so hat der Anwender ein nachvollziehbares Interesse an der Herausgabe.³³

Der Einstellung des Geschäftsbetriebes (z. B. Abspaltung, Verkauf von Assets) steht es gleich, wenn die so genannten Key-Employees, also die mit der von Anwender genutzten Software befassten Mitarbeiter (Programmierer) aus dem Betrieb des Herstellers ausscheiden, ohne das deren Abgang durch adäquaten Ersatz kompensiert wird. Das Gleiche gilt, jedoch ohne die Setzung einer Nachfrist, wenn es sich beim Hersteller um eine natürlich Person handelt und dieser verstirbt.

d) Nichterfüllung der Verpflichtungen des Herstellers

Erfüllt der Hersteller seine vertragliche Verpflichtungen (z. B. Fertigstellung, Fehlerbeseitigung, Weiterentwicklung) gegenüber dem Anwender nicht, wird der Anwender Zugriff auf den Hinterlegungsgegenstand nehmen wollen, um die verweigerten Tätigkeiten selbst oder durch eine Dritten vornehmen zu lassen.

e) Zustimmung des Herstellers

Das Quellcodematerial ist selbstverständlich auch dann an den Anwender herauszugeben, wenn der Hersteller dem zustimmt oder ein rechtskräftiges Urteil respektive eine einstweilige Verfügung diese Zustimmung ersetzt.

27 Kochinke/Fraune, CR 1992, 7, 11; Bömer a.a.O.; Sheffield/Leeven, CR 1995, 306, 307.

28 Sheffield/Leeven, CR 1995, 306, 307.

29 Bömer, NJW 1998, 3321, 3321.

30 Koch, Computer-Vertragsrecht, 6. Aufl. 2002, Rn. 1064.

31 Vgl. Kast/Meyer/Wray, CR 2002, 379, 385.

32 Ebd.

33 Bömer, NJW 1998, 3321, 3323.

f) Rückgabe nach Ablauf

Der Vollständigkeit halber ist, sollte die Hinterlegungsanweisung eine zeitliche Befristung vorsehen nach deren Ablauf, der Hinterlegungsgegenstand an den Hersteller zurückzugeben.

2. Nachweis des Eintritts eines Herausgabefalls

In direktem Zusammenhang mit der Frage, bei welchen Fallgestaltungen dem Softwareanwender ein Zugriff auf das Hinterlegungsmaterial ermöglicht werden soll, stellt sich die Frage, welche Anforderungen an die entsprechenden Nachweise für das Vorliegen eines Herausgabefalls gestellt werden.³⁴ Gerade wenn es um die Beurteilung der wichtigen Frage geht, ob das Herausgabebegehren berechtigt ist, wird es erforderlich, auf eine genaue Beschreibung des Entscheidungsprozesses im Vertrag (Hinterlegungsanweisung) zurückgreifen zu können.³⁵ Anzustreben ist eine differenzierte und präzise Ausgestaltung von Verfahrensvorschriften, die dem Entscheidungsprozess der Hinterlegungsstelle ein enges rechtliches Korsett vorgeben.³⁶

Auch hinsichtlich der Nachweise für den Eintritt des Herausgabefalls ist ebenfalls zu differenzieren zwischen den „harten“ und den „weichen“ Fällen.

a) „Harte“ Bedingungen

Für den Notar und auch jede andere Hinterlegungsstelle sind nur die Voraussetzungen der „harten“ Bedingungen durch Urkunden sicher nachweisbar.³⁷

Eindeutig und einfach lässt sich der Nachweis erbringen, dass über das Vermögen des Herstellers das Insolvenzverfahren eröffnet oder mangels Masse abgelehnt worden ist. Hier wird der Anwender den Nachweis durch Vorlage eines rechtskräftigen Beschlusses des Insolvenzgerichts zu führen haben.³⁸

Ebenfalls leicht zu erbringen ist der Nachweis, dass die Firma des Herstellers gelöscht ist oder liquidiert wird. Hier wird der Nachweis durch Vorlage eines beglaubigten Handelsregisterauszuges zu erfolgen haben.³⁹ Handelt es sich beim Hersteller um eine natürliche Person und ist der Hersteller verstorben, gilt das Vorstehende entsprechend für die Vorlage einer Sterbeurkunde.

Für den Fall, dass der Hersteller dem Herausgabebegehren des Anwenders zustimmt, stellt sich nur die Frage der notwendigen Form der Zustimmungserklärung. Hier sollte der Notar darauf hinwirken, dass hier zumindest eine unterschriftsbeglaubigte Erklärung vorliegt wird, insbesondere im Hinblick auf die Feststellung der Vertretungsbefugnis der handelnden Personen. Der Nachweis ist somit durch Vorlage einer beglaubigten Zustimmungserklärung des Herstellers zu führen.

b) „Weiche“ Bedingungen

Die weichen Kriterien lassen eine eindeutige Einstufung als Offenlegungsfall durch den Notar allenfalls in Ausnahmefällen zu.⁴⁰ So sind insbesondere die Konstellationen problematisch, bei denen der Hersteller seine Leistungen mangelhaft erbringt und den

Anwender dadurch zur Kündigung des (Projekt-)Vertrages veranlasst, seine Verpflichtungen aus dem Pflegevertrag ganz oder teilweise nicht ordnungsgemäß erbringt oder sich nicht in der Lage sieht, vom Anwender zusätzlich gewünschte Leistungen, über die bislang keine vertragliche Absprache getroffen wurde, zu erbringen.⁴¹ Gleichesmaßen schwierig gestaltet sich der Nachweis der Einstellung des Geschäftsbetriebs, da auch diesbezüglich die Vorlage einer dies bestätigenden Urkunde nur schwerlich möglich ist. Sollte die Einbeziehung der „weichen“ Kriterien in die Herausgabeverpflichtung von den Beteiligten dessen ungeachtet gewünscht werden, stellt sich für den Vertragsgestalter die Aufgabe, die Anknüpfungspunkte für die Herausgabe des Hinterlegungsgegenstands weitest möglich zu formalisieren und damit für die Hinterlegungsstelle sicher anwendbar zu machen.⁴²

In der einschlägigen Literatur werden verschiedene Lösungsvorschläge hierzu unterbreitet.

*Milzer*⁴³ schlägt vor, die Herausgabe des Quellcodes von der Stellung von Sicherheiten, insbesondere von Bürgschaften durch den Anwender abhängig zu machen oder die Herausgabe nur gegen Zahlung eines dem gesonderten Vergütungsinteresse des Herstellers Rechnung tragenden Geldbetrages vorzunehmen. Im Falle einer notariellen Hinterlegung des Quellcodes bestünde dabei das von § 54 a Abs. 1 Nr. 1 BeurkG geforderte berechtigte Sicherungsinteresse für eine Abwicklung über ein Notaranderkonto. Er zieht ebenfalls in Erwägung durch eine entsprechende Schiedsvereinbarung mit der Einsetzung des Notars als Schiedsrichter eine den Kriterien richterlicher Unabhängigkeit verpflichtete Entscheidung des Notars über die Aushändigung des Quellcodes an den Anwender zu ermöglichen.

*Lensdorf*⁴⁴ rät dazu, den Nachweis durch Vorlage eines als Übergabeeinschreiben versendeten Kündigungsbeschreibens und substantierter Darlegung der Kündigungsgründe durch den Anwender zu erbringen, und dem Hersteller vor der Herausgabe unter Fristsetzung die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben, wobei die Frist den Umständen entsprechend kurz zu fassen sei. Je nach Interessenlage könne unter Umständen auch zur Voraussetzung gemacht werden, dass der Softwareanwender seine Erklärung in Form einer Eidesstattlichen Versicherung abgibt. Ähnlich schlägt er vor in Fällen der Nichterfüllung der vertraglichen Pflichten zu verfahren. Hier sei die Fristsetzung unter Androhung des Verlangens der Herausgabe vorzunehmen. Für den Fall, dass der Hersteller der Herausgabe des Quellcodematerials widerspricht, schlägt *Lensdorf* ähnlich wie *Milzer*

34 Lensdorf, CR 2000, 80, 85.

35 Kast/Meyer/Wray, CR 2002, 379, 385f.

36 Kast/Meyer/Wray, CR 2002, 379, 385f.

37 So auch Milzer, ZNotP 2004, 348, 349.

38 Vgl. Schneider, CR 1995, 705, 708; Bömer, NJW 1998, 3321, 3323; Lensdorf, CR 2000, 80, 85.

39 Ebd.

40 Milzer, ZNotP 2004, 348, 349.

41 Vgl. Lensdorf, CR 2000, 80, 85.

42 Vgl. Milzer a.a.O.

43 Ebd.

44 Lensdorf, CR 2000, 80, 85.

vor, der Hinterlegungsstelle das Recht einzuräumen, nach billigem Ermessen (§ 317 BGB) unter Berücksichtigung des von den Vertragsbeteiligten vorgebrachten Aspekten verbindlich zu entscheiden, ob eine Herausgabefall vorliegt. Alternativ dazu empfiehlt er entweder einen von der Hinterlegungsstelle unabhängigen Dritten zur rechtverbindlichen Entscheidung über die Herausgabe zu bestimmen oder – wiederum ähnlich wie *Milzer* – die Herausgabe des Quellcodes, vor einer verbindlichen Entscheidung einer Schiedsstelle oder einer gerichtlichen Entscheidung, von der Stellung einer Sicherheit abhängig zu machen, um dem Anwender die Nutzung des Quellcodes auf eigene Gefahr zu ermöglichen.

Auch *Bömer*⁴⁵ regt an, dem Hersteller das Herausgabebegehren des Anwenders unter eine Fristsetzung zur Stellungnahme mitzuteilen und für den Fall einer Verweigerung einen Schiedsrichter zu bestimmen, der durch einen verbindlichen Schiedsspruch über die Herausgabe entscheidet.

Meiner Ansicht nach sollte der Notar bei der Formulierung der Herausgabemodalitäten, insbesondere der „weichen“ Bedingungen, größtmögliche Präzisierung walten lassen. Selbst wenn dies eingehalten wird, halte ich es nicht für empfehlenswert, die Herausgabe von Bedingungen abhängig zu machen, deren Überprüfung der Notar nicht mit absoluter Sicherheit gewährleisten kann. So sind – sollte man sich dazu entschließen überhaupt Stellungnahmen von den Beteiligten anzufordern und nicht jede Herausgabe von der Vorlage öffentlicher oder öffentlich beglaubigte Urkunden abhängig zu machen – sämtliche Zustellungen an die Beteiligten mittels Postzustellungsurkunde oder sogar durch den Gerichtsvollzieher zu bewirken. Eine Schiedsvereinbarung kann, um dem Anwender einen zeitnahen Zugriff auf den Hinterlegungsgegenstand zu ermöglichen sinnvoll sein, jedoch halte ich es für zumindest bedenklich, wie von *Milzer* und *Lensdorf* vorgeschlagen, den Notar selbst zum Schiedsrichter zu bestimmen. Hierdurch könnte, je nach Entscheidung, leicht der Anschein der Parteilichkeit entstehen, den es – auch bei Verwahrungsgeschäften – unbedingt zu vermeiden gilt. Auch die von *Milzer* vorgeschlagene Herausgabe gegen Zahlung eines weiteren Geldbetrages halte ich für nicht zielführend. Es wäre nicht interessengerecht, die Herausgabe des Quellcodes, den der Anwender nur benötigt, weil der Hersteller seine vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllt, davon abhängig zu machen, dass der Anwender über die vertraglichen Vereinbarungen hinaus, ein weiteres Entgelt bezahlt. Eine solche Regelung halte ich nur für den spezifischen Einzelfall, dass der Anwender Leistungen außerhalb der vertraglichen Vereinbarungen wünscht, für sinnvoll.

Nicht zuletzt dient die exakte Formulierung der Bedingungen der Herausgabe des Quellcodematerials dem Interesse des Notars respektive der Hinterlegungsstelle, bei der Ausführung der Hinterlegungsvereinbarung keinen Rechtsverstoß zu begehen und sich damit einer Haftung auszusetzen.⁴⁶ Auch dies sollte der Notar bei der Formulierung der Herausgabemodalitäten nicht aus den Augen verlieren.

3. Verpflichtungen des Anwenders

Der Anwender muss berechtigt sein, bei Eintritt eines Herausgabefalls die zur Fehlerbeseitigung, Anpassung und Weiterentwicklung der Software erforderlichen Handlungen vorzunehmen.⁴⁷ Der Hersteller wird jedoch als Grundvoraussetzung für die Herausgabe des Quellcodes regelmäßig auf einer möglichst geringen Beeinträchtigung seiner nach Maßgabe der §§ 69 a ff. UrhG geschützten gewerblichen Schutzrechte bestehen.⁴⁸ Daher hat der Anwender sich in der Hinterlegungsvereinbarung zu verpflichten, den Hinterlegungsgegenstand ausschließlich zur unternehmensinternen Softwarepflege und -entwicklung zu verwenden, jede kommerzielle und auch nichtkommerzielle Verwertung zu unterlassen und die enthaltenden Informationen vertraulich zu behandeln.⁴⁹ Als Mittel zur Absicherung dieser schuldrechtlichen Verpflichtung bietet sich die Vereinbarung einer Vertragsstrafe gem. §§ 339 ff. BGB an, deren tatsächliche Erbringung wiederum durch Stellung einer Bankbürgschaft abgesichert werden kann.⁵⁰

IV. Problemfelder bei der Hinterlegung

Die Hinterlegung von Quellcodes birgt zwei Schwierigkeiten in sich. Die größte Problematik liegt in der Insolvenzfestigkeit der Hinterlegung, weiter ist aber auch das Erfordernis der Überprüfung des Hinterlegungsgegenstands, also seine Identifikation und Verifikation eine Herausforderung, die es zu bewältigen gilt.

1. Insolvenzfestigkeit der Hinterlegung

Eines der zentralen Themen, das im Zusammenhang mit der Hinterlegung von Quellcodes immer wieder diskutiert wird, ist die Frage, ob, und wenn ja, in welcher Form, eine Hinterlegungsvereinbarung insolvenzfest ist.⁵¹ Aus dem Blickwinkel des Anwenders ist bei der Hinterlegung von Software von entscheidender Bedeutung, ob er im Falle der Insolvenz des Herstellers den Hinterlegungsgegenstand weiter nutzen, ändern und bearbeiten darf.⁵²

Im Blickpunkt stehen dabei zum einen das Anfechtungsrecht des Insolvenzverwalters gem. § 133 InsO und zum anderen das Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters gem. § 103 InsO.⁵³

a) Anfechtungsrecht des Insolvenzverwalters gem. § 133 InsO

Nach § 133 InsO ist jede Rechtshandlung anfechtbar, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit der Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil den Vorsatz des Schuldners kannte oder deren Kenntnis

45 Bömer, NJW 1998, 3321, 3323.

46 So auch Kast/Meyer/Wray, CR 2002, 379, 386.

47 Lensdorf, CR 2000, 80, 86.

48 Vgl. Milzer, ZNotP 2004, 348, 349.

49 So auch Milzer a.a.O.; Bömer NJW 1998, 3321, 3323; Hoeren, IT Vertragsrecht, 1. Aufl. 2007, Rn. 506.

50 Vgl. Milzer a.a.O.

51 Lensdorf, CR 2000, 80, 86.

52 Bömer, NJW 1998, 3321, 3323.

53 Milzer, ZNotP 2004, 348, 350.

aufgrund der Beweiserleichterung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO vermutet wird. Weiterhin ist jede unentgeltliche Leistung, die der Schuldner innerhalb der letzten vier Jahre von Insolvenzantragsstellung ebenfalls anfechtbar.

Nachdem der Abschluss der Hinterlegungsvereinbarung gerade deshalb erfolgt, um dem Anwender unter anderem im Insolvenzfall den tatsächlichen Zugriff auf den Quellcode rechtlich zu ermöglichen und ihm damit einen Vorteil zu verschaffen, scheint Einiges für eine anfechtungsrechtliche Relevanz der Softwarehinterlegung zu sprechen.⁵⁴ Ohne weitere vertragsgestalterische Maßnahmen unterliefe eine Hinterlegung des Quellcodematerials daher wohl der Insolvenzanfechtung. Welche gestalterischen Maßnahmen hierzu empfohlen werden, ist nachstehend unter lit. c) dargestellt.

b) Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters gem. § 103 InsO

Gemäß § 103 InsO kann der Insolvenzverwalter bei jedem gegenseitigen Vertrag, der beiderseits noch nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, wählen, ob er diesen Vertrag erfüllen oder ablehnen will. Hierunter fällt grundsätzlich auch die im Rahmen eines Softwareerstellungs- der Softwarekaufvertrages geschlossene Lizenzvereinbarung als Dauerschuldverhältnis.⁵⁵ Als nicht vollständig erfüllter, gegenseitiger Vertrag erlöschen seine Erfüllungsansprüche automatisch in dem Moment, in dem der zuständige Richter das Verfahren eröffnet.⁵⁶ Für den Anwender bedeutet dies, dass er bei einer Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters zwar einen Schadensersatzanspruch gemäß § 103 Abs. 2 InsO hat, dieser jedoch eine bloße Insolvenzforderung ist, weshalb er damit „auf die Insolvenzquote“ gesetzt wird.

c) Lösungsansätze

Die Frage, ob es einen konkursfesten Schutz durch die Hinterlegung von Software gibt, wird in der Literatur nicht einheitlich beantwortet.⁵⁷ Rechtsprechung, die hierzu fruchtbar gemacht werden könnte, gibt es (noch) nicht. Es sollen daher nachfolgend die verschiedenen vorgeschlagenen Lösungsansätze dargestellt und bewertet werden.

Von Kast/Meyer/Wray⁵⁸ wird vorgeschlagen, die Hinterlegung des Quellcodes und dessen Herausgabe als vertragliche Nebenpflicht in den Softwarelizenzvertrag einzubringen. Weiter soll vereinbart werden, dass für den Fall der Erlöschenes oder der Beendigung der Hinterlegungsvereinbarung – gleich aus welchem Grund – der Hersteller zur Herausgabe des Quellcodes an den Anwender verpflichtet bleibt; diese Verpflichtung somit nach Wegfall der Hinterlegung beim Hersteller selbst wiederauflebt. Hierdurch würde die Verletzung der vertraglichen Nebenpflicht zur Herausgabe des Quellcodes durch den Insolvenzverwalter – soweit die weiteren Voraussetzungen gegeben sind – eine Pflichtverletzung i. S. v. § 282 BGB i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB darstellen, die zu einem Schadensersatzanspruch des Anwenders führt, der i. S. v. § 55 InsO bevorrechtigte Masseschuld sein würde. Dies würde in der Regel dazu führen, dass der Insolvenzverwalter aus wirtschaftlichen Erwägun-

gen die Anfechtung entsprechender Hinterlegungsvereinbarungen unterlässt. Des Weiteren sind Kast/Meyer/Wray⁵⁹ der Auffassung, der Insolvenzverwalter sei aus rein praktischen Erwägungen kaum in der Lage eine Herausgabe zu verhindern. So sei der Insolvenzverwalter aufgrund der „Flut von Verträgen, die sich über ihn ergießt“ in der Regel nicht in der Lage, gegen die Hinterlegungsstelle vorzugehen, bevor diese den Hinterlegungsgegenstand herausgibt. Auch die Bestellung des Insolvenzverwalters nehme in der Praxis Wochen bis zu Monaten in Anspruch, so dass kurze Herausgabefristen hier einen „Zugriff“ des Insolvenzverwalters verhindern würden. Letztlich wird noch darauf hingewiesen, dass in Einzelfällen kein Interesse des Insolvenzverwalters an der Auflösung der Hinterlegungsvereinbarung bestehen, da er danach die entsprechenden Lizenzgebühren nicht mehr einziehen könne.

Bömer⁶⁰ ist der Auffassung, dass bei der Hinterlegung der Hinterlegungsstelle lediglich das Eigentum an den körperlichen Gegenständen, nämlich den Datenträgern respektive dem Papier übertragen wird. Rechtsinhaber der auf diesen Gegenständen befindlichen Daten und Informationen würde nicht die Hinterlegungsstelle, sondern diese Rechte seien dem Anwender bereits aufschiebend bedingt eingeräumt, ohne dass die Hinterlegungsstelle zur Verwahrung dieser unkörperlichen Gegenstände ermächtigt wird. Außerdem sei zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Hinterlegungsgegenstand lediglich um Kopien des Original Quellcodematerials handle und sich die Originale beim Hersteller befänden und daher in die Insolvenzmasse fielen, weshalb die Geltendmachung der Herausgabe für den Insolvenzverwalter keinen Sinn mache.

Nach Paulus⁶¹ ließe sich einer möglichen Anfechtung des Insolvenzverwalters dadurch begegnen, dass der Anwender die Hinterlegungskosten trage, was die Unentgeltlichkeit ausschließe. Hinsichtlich der Vorsatzanfechtung verweist er darauf, dass es nach § 140 Abs. 3 InsO nicht auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens, sondern auf den des Vertragsabschlusses ankäme. Zur Lösung der Problematik des Erfüllungswahlrechts des Insolvenzverwalters gemäß § 103 InsO hält er eine entsprechende Anwendung der §§ 372 ff. BGB für denkbar und stützt sich dabei auf eine Rechtsprechung des BGH⁶², wonach auch die vertragliche Vereinbarung einer anderen Hinterlegungsstelle möglich ist. Entscheidend sei hier die Regelung des § 377 Abs. 1 BGB, wonach das „Rechts zur Rücknahme“ durch den Hinterleger der „Pfändung nicht unterworfen“ ist. Die Unpfändbarkeit bedeute zugleich, dass dieses Recht nicht in die Masse fällt, da § 36 InsO Massezugehörigkeit und Pfändbarkeit parallelisiert. Paulus stellt hierbei jedoch in Frage, ohne eine Antwort hierzu zu geben, ob die Unpfändbarkeit auch dann gerechtfertigt

54 Milzer, ZNotP 2004, 348, 350.

55 Vgl. Paulus, CR 2003, 237, 243; Milzer a.a.O.

56 Paulus a.a.O.

57 Bömer, NJW 1998, 3321, 3323.

58 Kast/Meyer/Wray, CR 2002, 379, 384.

59 Ebd.

60 Bömer, NJW 1998, 3321, 3324.

61 Paulus, CR 2003, 237, 243.

62 BGHZ 82, 286; BGH NJW 1986, 1038.

ist, wenn es sich bei der Hinterlegungsstelle nicht um eine öffentliche Stelle handelt. Den entstehenden Widerspruch, dass der Anwender den Erfüllungsanspruch auf Nutzung gegen den insolventen Hersteller aufgrund § 103 InsO verloren hat, der Hinterlegungsgegenstand aber gemäß § 377 Abs. 1 BGB nicht zur Insolvenzmasse gehöre, ist nach seiner Auffassung mittels einer teleologischen Reduktion zu lösen. Es sei eine Widersprüchlichkeit der Rechtsordnung, dass § 377 Abs. 1 BGB gerade auch für den Insolvenzfall eine Befugnis zur Nutzung des Quellcodes uneingeschränkt gewährt, diese Befugnis aber nach § 103 InsO von der Wahlausübung des Insolvenzverwalters abhängen soll.

Ähnlich wie *Paulus* schlägt auch *Milzer*⁶³ vor, dem Anfechtungsrecht des Insolvenzverwalters durch die Konstruktion einer Entgeltlichkeit der Herausgabe zu begegnen, wobei er über die Übernahme der Hinterlegungskosten noch eine weitere Gegenleistung, nämlich eine das gesonderte Honorarinteresse des Herstellers kompensierende auf Anderkonto des Treuhänders einzubezahlende Vergütung vorschlägt. Hierdurch kommt es nicht zu einer tatsächlichen Gläubigerbenachteiligung, weshalb eine Anfechtung sowohl gemäß § 133 InsO, als auch gemäß § 134 InsO ausscheide.

Hinsichtlich des zweiten insolvenzrechtlichen Problems, des Erfüllungswahlrechts des Insolvenzverwalters, schlägt *Milzer*⁶⁴ vor, die Erfüllungswirkung zeitlich vorzuverlegen, um so dem Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters den Boden zu entziehen. Hierzu müsse in der Hinterlegungsvereinbarung ausdrücklich klargestellt werden, dass der Hersteller seine Verpflichtung zur Sicherstellung der Softwareentwicklung und -pflege im Krisenfall unter Verzicht auf die Rückforderung des die Quellcodekopie enthaltenden Datenträgers bereits mit der Ablieferung und der unbedingte Übereignung der Quellcodekopie an den Notar erfüllt hat.

Des Weiteren hält *Milzer*⁶⁵ ähnlich wie *Paulus* eine entsprechenden Anwendung des §§ 372 ff. BGB für möglich, wobei er jedoch nur die Hinterlegung beim Notar als öffentlich-rechtlich zu qualifizierende notarielle Verwahrung, für zulässig erachtet. Der sich aus der Rechtsfolge des § 377 Abs. 1 BGB und § 103 InsO ergebende Widerspruch ist auch nach *Milzer* durch eine teleologische Reduktion zu beheben. Er sieht einen weiteren Lösungsweg darin, unabhängig von der „unter dem Damoklesschwert des § 103 InsO“ stehenden Lizenzvereinbarung, in der Hinterlegungsvereinbarung eine nur auf die Nutzung der hinterlegten Kopie des Quellcodematerials bezogene, bedingte Übertragung der auf die vertragsgemäße Verwendung der Quellcodekopie beschränkten Nutzungsrechte vorzusehen.

d) Bewertung der verschiedenen Lösungsansätze

Da bisher noch keine Rechtsprechung zur Insolvenzfestigkeit von Quellcodehinterlegungen vorliegt, kann auch keiner der vorstehend dargestellten Lösungsansätze als gesichert insolvenzfest betrachtet werden. Auch die einschlägige Literatur beurteilt die – teilweise selbst – vorgeschlagenen Lösungswege im Bezug auf deren Insolvenzfestigkeit als „überwiegend wahrscheinlich“⁶⁶, „zweifelhaft“⁶⁷, „unsicher“⁶⁸ oder „nicht

mit letzter Sicherheit lösbar“⁶⁹. Anderen Stimmen halten die Hinterlegung für in keiner Weise insolvenzfest, weshalb sie ihr Regelungsziel verfehle⁷⁰.

Die von *Kast/Meyer/Wray* vorgeschlagenen Lösung greift im Ergebnis nicht durch. Es handelt sich nämlich nach der überwiegenden Auffassung⁷¹ bei der, aus der Verletzung der konstruierten vertraglichen Nebenpflicht resultierenden Schadensersatzforderung gerade nicht um eine Masseverbindlichkeit gemäß § 55 InsO, sondern um eine bloße Insolvenzforderung gemäß § 38 InsO. Dies hat zur Folge, dass der Anwender mit seiner Forderung auf die Insolvenzquote verwiesen wird. Eine solche Forderung wird den Insolvenzverwalter mitnichten davon abhalten, die Herausgabe zu verlangen. Selbst die richtige Einordnung der Forderung des Anwenders vorausgesetzt, handelt es sich bei den Ansätzen von *Kast/Meyer/Wray* ausschließlich um faktische Erwägungen, die rechtlich in keiner Form standhalten und daneben auch nicht zwingend sind. Eine gesicherte vertragliche Gestaltung lässt sich nicht auf das Vertrauen aufbauen, dass die Hinterlegungsstelle in der Regel in der Lage ist dem Zugriff des Insolvenzverwalters zeitlich zuvorzukommen.

Auch die Trennung von Eigentum an den Datenträgern, Papier et cetera und den Rechten an den Daten, wie sie von *Bömer* präferiert wird, kann schon deshalb keine sichere Lösung bieten, da ein Recht an den Daten bisher nicht anerkannt ist und dies eine rein künstliche Trennung ist, die einer gerichtlichen Überprüfung mit großer Wahrscheinlichkeit nicht standhalten wird.⁷²

Die von *Paulus* und *Milzer* erarbeitete Konstruktion ist zwar die wohl tragfähigste Grundlage für eine Hinterlegungsanweisung, eine sichere Vertragsgestaltung kann aber auch sie nicht gewährleisten. Zum einen ist bereits die entsprechende Anwendung der §§ 372 ff. BGB fraglich. Gemäß § 1 HinterIO ist Hinterlegungsstelle in diesem Sinne das Amtsgericht. Ein Teil der Kommentarliteratur hält die vertragliche Vereinbarung einer anderen Hinterlegungsstelle unter Berufung auf zwei 25 Jahre alte Entscheidungen des BGH, die nicht verwandte Sachverhalte zum Gegenstand hatten, zwar für möglich, zwingend ist dies jedoch nicht. Es erscheint im Hinblick auf die daraus resultierende Möglichkeit zur missbräuchlichen Vermögensverschiebung durchaus fraglich, ob die Unpfändbarkeit auch bei der Hinterlegung bei einer nicht „öffentlichen Stelle“ gerechtfertigt ist, da dies zu einer einschneidenden Benachteiligung der übrigen Gläubiger führen könnte.⁷³ Außerdem findet sich für die den Widerspruch zwischen erlöschendem Nutzungsrecht und unpfändbarem Quellcode lösende

63 Milzer, ZNotP 2004, 348, 351.

64 Ebd.

65 Milzer, ZNotP 2004, 348, 351.

66 Paulus, CR 2003, 237, 243.

67 Lensdorf, CR 2000, 80, 87.

68 Bömer, NJW 1998, 3321, 3324.

69 Kast/Meyer/Wray, CR 2002, 379, 384.

70 Hoeren, IT Vertragsrecht, 1. Aufl. 2007, Rn. 501; Ders. JR 2000, 289, 291; Paulus, CR 1994, 83, 86.

71 Vgl. Uhlenbrück/Sinz, Insolvenzordnung, 13. Aufl. 2010, § 38 Rn. 41; Jaeger/Henckel, Insolvenzordnung, 1. Aufl. 2004, § 38 Rn. 77.

72 So auch Hoeren, IT Vertragsrecht, 1. Aufl. 2007, Rn. 501.

73 So auch Paulus, CR 2003, 237, 243.

teleologische Reduktion keine zwingende rechtliche Grundlage. Für die von *Milzer* vorgeschlagen aufschließend bedingte Übertragung von Nutzungsrechten gilt dasselbe, wie für die von *Bömer* vorgeschlagen Trennung zwischen Eigentum und Nutzung. Außerdem wurde hier übersehen, dass sich auch durch die bloße Nutzung des Quellcodes eine Gläubigerbeteiligung daraus ergibt, dass der Quellcodes bereits durch seine ‚Verbreitung‘ an Wert verliert.

Auch die von *Milzer* vorgeschlagene Vorverlagerung der Erfüllungswirkung vermag aus meiner Sicht auch keine gesicherte Lösung zu bieten. Es ist zwar richtig, dass ausnahmsweise eine Erfüllung bereits mit der Hinterlegung eintreten kann, wenn die Parteien dies ausdrücklich vereinbaren⁷⁴, jedoch ist bereits fraglich, ob eine solche Ausnahme, die bisher nur im Rahmen von Zahlungsansprüchen für die Hinterlegung von Geld angenommen wurde, auch für die Hinterlegung zur Absicherung länger andauernder Verpflichtungen, wie Wartungs- und Pflegeleistungen angenommen würde. Außerdem wird eine vorverlagerte Erfüllung in der Regel nicht im Interesse der Beteiligten sein. Für den Anwender ist die Hinterlegung nur dann von Nutzen, wenn er einen Zugriff auf den aktuellen Quellcode erhält. Die aktuelle Version ist aber gerade, wie *Milzer* selber feststellt, nicht von der Erfüllungswirkung umfasst. Auch der Hersteller wird mit dieser Konstruktion nicht einverstanden sein, denn er wird für den Fall, dass der Anwender seinen Verpflichtungen zur Zahlung ihm gegenüber nicht nachkommt, verhindern wollen, dass der Quellcode oder auch eine Kopie desselben an den Anwender oder einen Dritten herausgegeben wird. Er wird daher nicht auf sein Rückforderungsrecht verzichten wollen.

Die zum Anfechtungsrecht des Insolvenzverwalters dargestellten Überlegungen von *Paulus* und *Milzer* hingegen ermöglichen wohl eine, jedoch nur das Anfechtungsrecht ausschließende Vertragsgestaltung. Ob bereits die reine Zahlung der Hinterlegungskosten für eine Entgeltlichkeit ausreichend wäre, wie es *Paulus* vorschlägt, ist fraglich. In jeden Fall wird eine weitere Zahlung des Anwenders für die Herausgabe des Quellcodes eine Unentgeltlichkeit ausschließen können.

Zusammengefasst ist die Insolvenzfestigkeit einer Hinterlegungsanweisung zumindest aufgrund des Erfüllungswahlrechts des Insolvenzverwalters zweifelhaft. Es empfiehlt sich, die Beteiligten hierauf hinzuweisen und sie über die möglichen Risiken zu belehren. Diese Unsicherheit sollte die Beteiligten aber nicht vom Abschluss einer Hinterlegungsvereinbarung abhalten, da diese viele andere Situationen, in denen der Anwender auf den Zugang zum Quellcodematerial angewiesen ist, befriedigend zu regeln vermag⁷⁵ und die berechtigte Hoffnung besteht, dass der Gesetzgeber diese Problematik einer befriedigenden Lösung zuführt.

e) Ausblick de lege ferenda

Bereits in der letzten Legislaturperiode hat die Bundesregierung einen Gesetzentwurf in den Bundestag eingebracht, der unter anderem die Regelung der Insolvenzfestigkeit von Lizzenzen zum Gegenstand hatte.⁷⁶ Im Rahmen dieses Gesetzentwurfs wurde vor-

geschlagen, folgenden § 108a neu in die Insolvenzordnung aufzunehmen:

„§ 108a Schuldner als Lizenzgeber

Ein vom Schuldner als Lizenzgeber abgeschlossener Lizenzvertrag über ein Recht am geistigen Eigentum besteht mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort. Dies gilt für vertragliche Nebenpflichten nur in dem Umfang, als deren Erfüllung zwingend geboten ist, um dem Lizenznehmer eine Nutzung des geschützten Rechts zu ermöglichen. Besteht zwischen der im Lizenzvertrag vereinbarten Vergütung und einer marktgerechten Vergütung ein auffälliges Missverhältnis, so kann der Insolvenzverwalter eine Anpassung der Vergütung verlangen; in diesem Fall kann der Lizenznehmer den Vertrag fristlos kündigen.“

Durch die Einführung der vorstehenden Regelung bestünde ein mit dem Hersteller geschlossener Vertrag über ein Recht am geistigen Eigentum mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort. Das Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters entfiel. Steht die im Lizenzvertrag vereinbarte Vergütung zum marktüblichen Preis in einem auffälligen Missverhältnis, so könnte der Insolvenzverwalter gemäß § 108a Satz 3 eine Anpassung der Vergütung verlangen. Für den Fall, dass der Anwender hierzu nicht bereit ist, stünde ihm ein Kündigungsrecht zu.

Diese Regelung würde die Softwareüberlassung und die mit ihr verbundene Vertragsgestaltung auf ein sicheres Fundament stellen. Für die Anwender wäre dies ein Meilenstein, der sie aus der Gefahrenzone der Herstellerinsolvenz und dem damit möglicherweise verbundenen Ausfall ihrer EDV-Anlage führen könnte. Auch den Interessen der Gläubiger würde durch die Möglichkeit der Vergütungsanpassung genüge getan. Auch sollte bedacht werden, dass das US-amerikanische Recht bereits eine vergleichbare Regelung enthält, was für deutsche Unternehmen (hiervon sind nicht nur Softwarehersteller, sondern sämtliche Innovationsbranchen betroffen) einen nicht unerheblichen Wettbewerbsnachteil nach sich zieht.

Leider ist der vorgenannte Gesetzentwurf in der letzten Legislaturperiode nicht beschlossen worden und daher der Diskontinuität des Bundestages zum Opfer gefallen. Die Bundesregierung beabsichtigt jedoch, dieses Thema in der zweiten Stufe der geplanten Insolvenzrechtsreform wieder aufzugreifen. Ein entsprechender Gesetzentwurf hierzu wird voraussichtlich Anfang 2012 vorgelegt werden.

2. Identifikation und Verifikation des Hinterlegungsgegenstandes

Soll eine Hinterlegungsvereinbarung ihr Ziel erreichen, muss das hinterlegte Quellformat daraufhin überprüft werden, ob es wirklich dem vom Anwender benutzen Programm entspricht.⁷⁷ Das hinterlegte Material muss dem Softwareanwender eine ausreichende Basis lie-

⁷⁴ So auch Beck'sches Notarhandbuch/Tönnies, 5. Aufl. 2009, A I, Rn. 369.

⁷⁵ So auch Lensdorf, CR 2000, 80, 88.

⁷⁶ BT-Drs. 16/7416.

⁷⁷ Hoeren, IT Vertragsrecht, 1. Aufl. 2007, Rn. 494.

fern, um im Konfliktfall die erforderlichen Fehlerbeseitigungen, Anpassungen und Weiterentwicklungen vorzunehmen.⁷⁸ Es geht also um die Identifizierung des Quellcodes, um die Qualität des hinterlegten Materials und die Verifikation, ob es sich wirklich um alles, was zu hinterlegen war, handelt.⁷⁹ Eine entsprechende Überprüfung kann von der bloßen Kontrolle der Vollständigkeit der zu übergebenden körperlichen Gegenstände, über einen Lesbarkeits- oder Plausibilitätstest, bis hin zur vollständigen Neukomplizierung des übergebenden Quellcodes und einem Vergleich mit der Funktionalität des Objektcodes reichen.⁸⁰

Eine Hinterlegung macht für den Anwender nur dann Sinn, wenn er in einem etwaigen Herausgabefall den ‚richtigen‘ Quellcode erhält, daher ist der Hersteller zu einer entsprechenden Hinterlegung zu verpflichten. Da der aus einer Zuwiderhandlung resultierende Schadensersatzanspruch den Anwender jedoch nicht ausreichend zu schützen vermag, ist in einer Hinterlegungsanweisung auch das Recht zur Identifikation und Verifikation der Hinterlegungsgegenstands aufzunehmen. Welche Art der Überprüfung hierbei durchgeführt werden soll, sollte in das Ermessen des Anwenders gestellt werden. Der Anwender wird hierbei abwägen müssen zwischen seinem Sicherheitsbedürfnis und der durch die Überprüfung entstehenden Kosten.

Aufgrund der Notwendigkeit der Identifizierung und Verifikation des Hinterlegungsgegenstandes wird von einzelnen Stimmen in der einschlägigen Literatur von einer Hinterlegung bei Notar abgeraten, da dieser mangels entsprechender EDV-Kenntnisse hierzu nicht in der Lage sei.⁸¹ Dieses Vorbringen kann – ohne Vorbehalt – als ausschließlich interessengeleitet bezeichnet werden. Es ist zwar richtig, dass der Notar in der Regel nicht über ausreichende Kenntnisse zur Überprüfung des Quellcodematerials verfügt, es wird aber verkannt, dass sich dieses Problem mit Leichtigkeit – nach Wahl der Beteiligten – entweder durch die Einschaltung eines öffentlich bestellten Sachverständigen oder durch die Hinzuziehung eines EDV-Fachmannes des Anwenders lösen lässt.⁸²

Darüber hinaus wird vereinzelt vorgeschlagen, dass der Hersteller vor dem Notar, im Gegensatz zum Escrow-Agent, eine eidestattliche Versicherung über die Richtigkeit und Vollständigkeit des Hinterlegungsgegenstands abgeben könne⁸³. Dies ist meines Erachtens nicht richtig, da es diesbezüglich bereits an der Zuständigkeit des Notars fehlt, der gemäß § 22 BNotO eine eidestattliche Versicherung nur aufnehmen darf, wenn einer Behörde oder Dienststelle eine Tatsache glaubhaft gemacht werden soll. Hier soll – im Gegensatz zu den später zu beleuchtenden Prioritätsverhandlungen – die eidestattliche Versicherung nicht zur Glaubhaftmachung in einem möglichen späteren Rechtstreit dienen, sondern lediglich zur Sanktionierung falscher Angaben des Herstellers.

3. Updates

Da die beim Softwareanwender im Einsatz befindliche Software in der Regel Änderungen ausgesetzt ist, zu denken ist insbesondere an die Lieferung von Updates,

Upgrades, neuen Releases und neuen Versionen, ist es allerdings nicht ausreichend, dass der Quellcode in der ursprünglichen Fassung hinterlegt ist, sondern es ist sicherzustellen, dass stets der Quellcode, der sich aktuell beim Anwender im Einsatz befindlichen Software hinterlegt ist.⁸⁴ Es ist daher unerlässlich, in der Hinterlegungsvereinbarung eine Verpflichtung des Herstellers zur Ablieferung jedes Quellcodeupdates nebst dazugehöriger Dokumentation zu statuieren.⁸⁵ Es empfiehlt sich, die alten Versionen des Quellcodes weiterhin bei der Hinterlegungsstelle aufzubewahren, statt sie dem Hersteller zurückzugeben, da es dem Anwender zusätzliche Sicherheit bietet und dem Hersteller gleichzeitig als Nachweis für dessen Produktentwicklung dient.⁸⁶ Dies gilt natürlich nur dann, wenn zum einen von den Beteiligten nicht etwas anderes gewünscht ist und zum anderen der Hinterlegungsgegenstand nicht so umfangreich ist, dass die Aufbewahrung der Vorversionen die Kapazitäten der Hinterlegungsstelle überschreitet.

Es empfiehlt sich, um eine gut- oder bösgläubigen Nichtbeachtung der Verpflichtung des Herstellers zur Ablieferung von Updates entgegenzuwirken, eine an festen Terminen orientierte, regelmäßige Verpflichtung zur Ablieferung der jeweils aktuellsten Version des Quellcodes zu vereinbaren.⁸⁷ Ob es erforderlich ist diese Verpflichtung mit einer Vertragsstrafe oder sogar der Sanktion der Herausgabe des Hinterlegungsgegenstands zu belegen, wie es von Milzer vorgeschlagen wird, sollte jeweils nach Umständen des Einzelfalls entschieden werden.

Aufgrund der beschränkten Haltbarkeit von Datenträgern ist, auch für den Fall, dass keine Updates vorgenommen wurden, eine vollständige Erneuerung der Datenträger spätestens alle fünf Jahre zu empfehlen.

Hinsichtlich des Erfordernisses der Identifikation und Verifikation der Updates wird – aufgrund der vergleichbaren Situation – auf die unter Ziffer 2. vorstehenden Ausführungen verwiesen.

V. Notwendiger Inhalt einer Hinterlegungsvereinbarung

Zusammenfassend und unter Bezugnahme auf die vorstehenden Ausführungen sollte eine Hinterlegungsanweisung zur Hinterlegung von Quellcodes folgenden Mindestinhalt aufweisen:

1. Umfang und Definition des Hinterlegungsgegenstands
2. Garantie des Herstellers bezüglich der Richtigkeit und Vollständigkeit des Hinterlegungsgegenstands

78 Lensdorf, CR 2000, 80, 84.

79 Schneider, CR 1995, 705, 709.

80 Vgl. Kast/Meyer/Wray, CR 2002, 379, 385.

81 Vgl. Hoeren, IT Vertragsrecht, 1. Aufl. 2007, Rn. 495; Kast/Meyer/Wray, CR 2002, 379, 380.

82 So auch Leistner, MittBayNot 2003, 3, 9; Milzer, ZNotP 2004, 348, 350.

83 Milzer, ZNotP 2004, 348, 352.

84 Lensdorf, CR 2000, 80, 84.

85 Milzer, ZNotP 2004, 348, 350.

86 Sheffield/Leeven, CR 1995, 306, 308.

87 So auch Milzer a.a.O.

3. Verpflichtung des Herstellers zur unverzüglichen Ablieferung des jeweils aktualisierten Quellcodematerials
4. Recht des Anwenders zur Identifikation und Verifikation des Hinterlegungsgegenstand oder Beiziehung eines Sachverständigen
5. Anweisung zur Verwahrung, insbesondere hinsichtlich der Art der Aufbewahrung
6. Aufzählung der Herausgabefälle und der erforderlichen Nachweise
7. Dauer der Vereinbarung
8. Kosten

Ein vollständiges Vertragsmuster einer Hinterlegungsvereinbarung findet sich bei *Milzer*⁸⁸, das Muster einer umfangreichen Escrow-Vereinbarung für die Hinterlegung bei einem Escrow-Agent bei *Schneider*⁸⁹.

VI. Kosten

Wie bereits vorstehend unter Abschnitt II. 2. a) ausgeführt, handelt es sich bei der Hinterlegung von Quellcodes nicht um eine Verwahrung gemäß § 23 BNotO bzw. § 54 e BeurkG, sondern um eine sonstige Betreuung auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege. Eine solche Verwahrung ist daher kostenrechtlich nach § 147 Abs. 2 KostO mit einer 5/10-Gebühr zu bewerten.⁹⁰ Der Gegenstandswert ist, wenn für den Fall der Herausgabe eine gesonderte Vergütung vereinbart ist, hierdurch vorgegeben. Ist die nicht der Fall, ist der Gegenstandswert gemäß § 30 Abs. 1 KostO zu schätzen.

Aufgrund der herausragenden Bedeutung des wirk samen Abschlusses einer Hinterlegungsvereinbarung für den Anwender, ist zu empfehlen, die Hinterlegungsvereinbarung zu beurkunden, auch wenn keine Formvorschrift dies vorschreibt. Die Beurkundung der Hinterlegungsanweisung ist gemäß § 36 Abs. 2 KostO mit einer 20/10-Gebühr aus demselben Gegenstandswert zu bewerten. Eine in der Hinterlegungsvereinbarung vom Hersteller abzugebende eidesstattliche Versicherung zur Qualität und Authentizität, die aus meiner Sicht jedoch mangels Zuständigkeit des Notars nicht zulässig ist, wäre als Gegenstandsgleich gemäß § 44 Abs. 1 KostO zu behandeln.⁹¹ Sollte die Hinterlegungsvereinbarung – entgegen der Empfehlung – nicht beurkundet werden, so wäre – in Annahme ihrer Zulässigkeit – die eidesstattliche Versicherung des Herstellers nach § 49 Abs. 1 KostO mit einer 10/10-Gebühr zu bewerten. Ich möchte jedoch darauf hinweisen, dass der Notar zur Übernahme einer solchen – nicht dem Urkundsgewährungsanspruch gemäß § 15 BNotO unterfallenden – isolierten Verwahrung nicht verpflichtet ist.⁹²

Die Kosten der notariellen Hinterlegung bleiben in der Regel ein Mehrfaches hinter den Kosten eines „Escrow-Agents“ zurück.⁹³ Diese fordern neben der einmaligen Hinterlegungsgebühr eine jährliche Lagerungsgebühr sowie verschiedene Sondervergütungen, z. B. für die Annahme von Updates. Die vereinzelt in der einschlägigen Literatur angeführte Nachteil, bei der notariellen Hinterlegung würde „sogar“ nach dem Wert des Materials die Kosten im Rahmen der Kostenordnung berechnen⁹⁴, was selbstverständlich richtig ist, aber si-

cher nicht zu höheren Kosten führt, kann nur interessengeleitet oder in Unkenntnis der kostenrechtlichen Vorgaben erfolgt sein.

VII. Fazit

Um die Absicherung der aufgrund der fortschreitenden Technisierung in der Gesellschaft und der damit weiter zunehmenden Abhängigkeit von computerisierten Systemen gewährleisten zu können, bedarf es einer sicheren Zugriffsmöglichkeit auf den Quellcode. Nur die Hinterlegung des Quellcodes stellt für den Anwender ein wirksames Mittel dar, um die langfristige Funktionalität seiner EDV-Anlage zu gewährleisten. Die noch bestehenden Unsicherheiten im Bezug auf eine Insolvenz des Herstellers lassen sich durch eine notarielle Hinterlegung auf ein Minimum reduzieren und durch eine hoffentlich baldige Gesetzesänderung vollständig ausschließen. Für den Notar handelt es sich bei einer Quellcodehinterlegung zwar noch um eine eher seltene Tätigkeit, jedoch könnte diese einhergehend mit dem technischen Fortschritt in bereits naher Zukunft zu nehmen.

C. Prioritätsverhandlungen

Zunehmend werden Notare gebeten, Beurkundungen vorzunehmen, wonach ein Beteiligter erklärt, er habe ein bestimmtes geistiges Werk i. S. des Urheberrechtsgesetzes zu einem bestimmten Zeitpunkt geschaffen.⁹⁵ Diese notariellen Tätigkeiten werden unter dem Oberbegriff „Prioritätsverhandlungen“ zusammengefasst und sollen nachfolgend näher beleuchtet werden.

I. Einführung/Grundlagen des Urheberrechts

Gemäß § 1 UrhG genießen die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst den Schutz des Urheberrechtsgesetzes. Urheber i. S. des Urheberrechtsgesetzes ist gemäß § 7 UrhG der Schöpfer des Werkes. Dem Schöpfer eines Werkes wird der Nachweis seiner Schöpfereigenschaft durch § 10 UrhG insoweit erleichtert, dass derjenige – im Wege einer widerleglichen Vermutung – als Schöpfer angesehen wird, der auf den Vervielfältigungsstücken eines erschienenen Werkes als Urheber bezeichnet ist. § 10 UrhG hat die Schwachstelle, dass diese Norm nur für erschienene Werke/Leistungen gilt⁹⁶, sodass der Urheber in Beweisnot kommen kann, wenn es um den Nachweis der Urheberschaft an einem noch nicht erschienenen Werk geht.⁹⁷ Gemäß § 6 Abs. 2 UrhG setzt ein „Erscheinen“

88 Milzer, ZNotP 2004, 348, 354.

89 Schneider, Handbuch des EDV-Rechts, 3. Aufl. 2003, Anh. IX.

90 Vgl. Milzer, ZNotP 2004, 348, 352.

91 Milzer, ZNotP 2004, 348, 352.

92 So auch Eymann/Vaasen/Hertel, Bundesnotarordnung Beurkundungsgesetz, 3. Aufl. 2011, § 24, Rn 9.

93 So auch Leistner, MittBayNot 2003, 3, 9.

94 Vgl. Hoeren, IT Vertragsrecht, 1. Aufl. 2007, Rn. 496.

95 Westfälische Notarkammer, Kammerreport 3–1998.

96 Heyn, DNotZ 1998, 177, 180.

97 Vgl. Münchener Vertragshandbuch 3. Bd., 1. Hbd./Nordemann/Nordemann, 6. Aufl. 2009, S. 826.

voraus, dass mit Zustimmung des Berechtigten Vervielfältigungsstücke des Werkes nach ihrer Herstellung in genügender Anzahl der Öffentlichkeit angeboten oder in den Verkehr gebracht worden sind. Regelmäßig ist der Schöpfer eines Werkes gezwungen sein Werk vor dem Erscheinen einem Verlag, einem Musikproduzenten oder ähnlichem einzureichen, um das Werk zu verwerten. Ich einem solchen Fall, befindet sich der Urheber in Beweisnot.⁹⁸ Hier vermag die notarielle Prioritätsverhandlung Abhilfe zu leisten.

II. Umfang des Rechtsschutzes durch notarielle Prioritätsverhandlungen

Die notarielle Prioritätsverhandlung ist natürlich nicht in der Lage, die Voraussetzungen des urheberrechtlichen Schutzes als solchen zu ersetzen. Die Prioritätsverhandlung beinhaltet nicht etwa – wie z. B. eine Markenregistrierung gemäß §§ 4, Nr. 1, 32 ff. MarkenG – einen konstitutiven, schutzrechtsbegründenden Akt.⁹⁹ Gemäß § 2 Abs. 2 UrhG muss es sich bei schutzfähigen Werken um persönliche geistige Schöpfungen handeln. Es muss sich um eine individuelle Kreation seines Urhebers handeln, die jedoch in aller Regel schon bei einfachen Schöpfungen vorliegt.¹⁰⁰ Es kann durch die notarielle Verhandlung somit nicht festgestellt werden, ob auch die weitergehenden Voraussetzungen eines Werks i. S. des § 2 Abs. 1 und 2 UrhG – namentlich Individualität und Schöpfungshöhe – erfüllt sind.

Die notarielle Prioritätsverhandlung erbringt jedoch als öffentliche Urkunde nach § 418 ZPO den Beweis, dass der Urheber das Werk in der vorliegenden Fassung an einem bestimmten Tag als von ihm stammend dem Notar vorgelegt hat.¹⁰¹ Dadurch können die Einwände eines Urheberrechtsverletzers, die Übereinstimmungen seien rein zufällig oder eine Verletzung sei ausgeschlossen, da das Werk erst nach der Veröffentlichung geschaffen worden sei, widerlegt werden.¹⁰²

Da die notarielle Prioritätsverhandlung lediglich das Vorhandensein des Schutzobjektes zu einem bestimmten Zeitpunkt belegen kann, und auf die Frage, ob das Schutzobjekt die materiellen Voraussetzungen der Urheberrechtsschutzes keine Auswirkungen hat, empfiehlt es sich – um Fehlvorstellungen der Beteiligten zu vermeiden – hierauf in der Prioritätsverhandlung ausdrücklich hinzuweisen.¹⁰³

III. Möglichkeiten der Prioritätsverhandlungen

Nach § 20 BNotO ist der Notar für alle öffentlichen Beurkundungen grundsätzlich ausschließlich zuständig, und zwar nicht nur für die Beurkundung von Willenserklärungen, sondern auch sonstiger tatsächlicher Vorgänge.¹⁰⁴ Es kommen drei verschiedene Verfahrensweisen für eine notarielle Prioritätsverhandlung in Betracht.

1. Unterschriftsbeglaubigung gem. §§ 40, 39 BeurkG

Als einfachstes Verfahren der notariellen Prioritätsverhandlung kommt eine Unterschriftsbeglaubigung ge-

mäß § 40 BeurkG durch einfaches Zeugnis i. S. des § 39 BeurkG in Betracht.¹⁰⁵

Hierbei beglaubigt der Notar die Unterschrift des Beteiligten unter dessen schriftlicher Erklärung, in der er die Existenz und Beschaffenheit seines Werks – auch unter Bezugnahme auf etwaige Zeichnungen oder Abbildungen – näher beschreibt und erklärt, dass er der Urheber des Werkes ist.

Nimmt der Notar lediglich eine bloße Unterschriftsbeglaubigung vor, bleibt das Schriftstück, auf dem die Unterschrift steht, eine Privaturkunde i. S. des § 416 ZPO, lediglich der Beglaubigungsvermerk ist als öffentliche Urkunde gemäß § 415 ZPO zu würdigen.¹⁰⁶ Somit ist nur der Beglaubigungsvermerk eine öffentliche Urkunde, ohne aber die unterzeichnete Erklärung dazu zu machen.¹⁰⁷ Da die Beweiskraft einer entsprechenden Privaturkunde im Gegensatz zu einer öffentlichen Urkunde eingeschränkt ist, ist es wahrscheinlich, dass dem Urheber die Beweisführung in einem etwaigen Gerichtsverfahren unter Vorlage einer unterschriftsbeglaubigten Erklärung nicht gelingen wird. Daher ist die bloße Unterschriftsbeglaubigung nicht geeignet, den Zweck einer notariellen Prioritätsverhandlung zu erfüllen.¹⁰⁸

2. Tatsachenbescheinigung gem. §§ 36 ff., 43 BeurkG

Als weitere geeignete Verfahren einer notariellen Prioritätsverhandlung kommen die Erteilung einer Tatsachenbescheinigung in Form einer Niederschrift gemäß §§ 36 ff. BeurkG und einer Tatsachenbescheinigung über die Vorlage eines Urkunde durch Vermerk gemäß § 43 BeurkG in Betracht. Der Notar bezeugt hierbei die in amtlicher Eigenschaft wahrgenommene Tatsache, dass die Urkunde vorgelegen hat.¹⁰⁹

Das einfachere Verfahren über einen Vermerk nach § 43 BeurkG kann nach dessen Wortlaut nur dann durchgeführt werden, wenn eine private Urkunde vorgelegt wird. Entgegen des strengen Wortlauts ist vorlagefähige Urkunde im diesem Sinne nicht nur ein Text, sondern jedes Schriftstück, unabhängig von seiner Form, also auch mathematische Formeln, Pläne und Zeichnungen oder Musiknoten.¹¹⁰ Auch die Dreidimensionalität eines Werkes verhindert die Ausstellung eines Zeugnisses i. S. des § 43 BeurkG nicht, so dass auch digitalisierte Ver-

98 So auch Winkler, Beurkundungsgesetz, 16. Aufl. 2008, § 43, Rn. 3.
99 Heyn, DNotZ 1998, 177, 181.

100 So auch Leistner, MittBayNot 2003, 3, 5.

101 So auch Fromm/Nordemann/Nordemann, Urheberrechtsgesetz, 10. Aufl. 2008, § 10, Rn. 4.

102 Vgl. Wandtke/Bullinger/Thum, Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, § 10 Rn. 32.

103 So auch Leistner, MittBayNot 2003, 3, 5.

104 DNotl-Report 1996, 45.

105 So auch Leistner MittBayNot 2003, 3, 6; DNotl-Report 1996, 46; Heyn, DNotZ 1998, 177, 182.

106 Vgl. Winkler, Beurkundungsgesetz, 16. Aufl. 2008, § 39, Rn. 3.

107 Schippel/Bracker/Reithmann, Bundesnotarordnung, 9. Aufl. 2011, § 20, Rn. 23.

108 So auch Leistner MittBayNot 2003, 3, 5; Heyn, DNotZ 1998, 177, 183.

109 Arnbrüster/Preuß/Renner/Preuß, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 5. Aufl. 2009, § 43, Rn. 4.

110 Vgl. DNotl-Report 2001, 69, 70; Leistner MittBayNot 2003, 3, 5 m. w. N.

sionen von Computerprogrammen, Datenbanken oder Kompositionen auf Disketten, CD oder DVD Gegenstand eines Vermerks nach § 43 BeurkG sein können.¹¹¹ Die Privaturkunde gewinnt auch, wenn sie mit dem Vermerk verbunden wird nicht die Qualität einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde.¹¹² Das Tat-sachenzeugnis des Notars bestätigt inhaltlich den Zeitpunkt der Vorlage der Privaturkunde, nicht der Zeitpunkt ihrer Ausstellung¹¹³, was jedoch in der Regel zum Nachweis der Priorität ausreichend ist. Hierüber sollte der Beteiligte – zur Vermeidung von Fehlvorstellungen – belehrt werden.

Neben einem Vermerk nach § 43 BeurkG ist auch eine notarielle Prioritätsverhandlung auch durch Erteilung einer Tatsachenbescheinigung gemäß §§ 36 ff. BeurkG möglich, insbesondere soweit Gegenstände vorgelegt werden, die auch in dem weiten Sinne des § 43 BeurkG keine Urkunden darstellen.¹¹⁴ Bei der Niederschrift, die den Bericht des Notars über seine Wahrnehmung enthält, kann wiederum auf Schriftstücke, also beispielsweise auf Pläne oder Zeichnungen, insbesondere auch auf einen in Verwahrung gegebenen Gegenstand verwiesen werden.¹¹⁵ Die Erteilung einer Tatsachenbescheinigung in Form einer Niederschrift gemäß §§ 36 ff. BeurkG ist ebenfalls bei der Vorlage von Urkunden zulässig und erfolgt in der Praxis häufig.¹¹⁶ § 43 BeurkG eröffnet insoweit nur einen alternativen, einfacheren Weg.¹¹⁷

Meines Erachtens ist es empfehlenswert, bei jeder Art von Zweifeln darüber, ob der vorgelegte Gegenstand eine „Urkunde“ i. S. des § 43 BeurkG darstellt und aufgrund den, mit der extensiven Auslegung von § 43 BeurkG verbunden Unsicherheiten, den sichersten Weg, also die Form der Niederschrift zu wählen.¹¹⁸

3. Eidesstattliche Versicherung gem. § 38 BeurkG

Im Hinblick auf § 294 ZPO und somit zur Vorbereitung etwaiger Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz ist es zu empfehlen, dass die Beteiligten gemäß § 38 BeurkG eine eidesstattliche Versicherung über ihre Urheberschaft an dem vorgelegten Werk abgeben, die mit der Niederschrift kombiniert werden kann.¹¹⁹ Die Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung durch den Notar ist gemäß § 38 BeurkG i. V. m. § 22 Abs. 2 BNotO in allen Fällen zulässig, in denen einer Behörde oder sonstigen Dienststelle eine tatsächliche Behauptung glaubhaft gemacht werden soll.¹²⁰ Vereinzelt wird daher die Zulässigkeit der eidesstattlichen Versicherung in Frage gestellt, da zum Zeitpunkt der Aufnahme noch kein behördliches oder gerichtliches Verfahren anhängig ist, in dem sie Verwendung finden könnte.¹²¹ Die Zulässigkeit einer eidesstattlichen Versicherung wird somit mangels Zuständigkeit des Notars zur Abnahme derselben angezweifelt.

Als Adressat kommt im Falle der notariellen Prioritätsverhandlung die ordentliche Gerichtsbarkeit, die für einen zukünftige Rechtstreit zuständig wäre, in Betracht.¹²² Hierzu wird teilweise eingewandt, dass zum Zeitpunkt der Prioritätsverhandlung noch kein behördlichen oder gerichtlichen Verfahren anhängig sei, in dem die eidesstattliche Versicherung vorgelegt werden könnte.¹²³

Die vorgebrachten Einwände erkennen jedoch die Praxis des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts, in deren Kontext die eidesstattliche Versicherung ein typisches Mittel der Glaubhaftmachung in den weit überwiegenden einstweiligen Verfügungsverfahren ist.¹²⁴ Da die zu errichtende Urkunde gerade noch nicht in ein bestimmtes gerichtliches Verfahren eingebettet ist, kommt allein der Notar als zuständige Stelle der vorsorgenden Rechtspflege in Betracht.¹²⁵ Demnach ist die eidesstattliche Versicherung für den Prozessfall zulässig, da sie sich an ein Gericht, also eine Behörde i. S. des § 22 Abs. 2 BNotO wendet und sie ferner auch nach Art und Gegenstand als Mittel der Glaubhaftmachung i. S. des § 294 ZPO geeignet ist.¹²⁶

Des Weiteren wird gegen die Zuständigkeit des Notars eingewandt, das Amtsgericht respektive der Rechtspfleger seien in den Fällen allein zuständig, in denen die eidesstattliche Versicherung im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens abgegeben werden.¹²⁷ Zum Zeitpunkt einer Prioritätsverhandlung ist typischerweise ein etwaiges Gerichtsverfahren noch nicht absehbar, so dass die eidesstattliche Versicherung noch nicht derart in das etwaige, künftige Gerichtsverfahren, für das noch nicht einmal die sachliche und örtliche Zuständigkeit feststeht, eingebunden sein kann, dass die Erklärung ihrem Wesen nach nur bei Gericht abgegeben werden kann.¹²⁸ Folglich scheidet schon deshalb die Zuständigkeit eines Gerichts aus und es kommt nur die Zuständigkeit des Notars zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung in Betracht.

Aufgrund der vorstehend erläuterten, eindeutigen Zulässigkeit einer eidesstattlichen Versicherung, ist es ratsam, in eine Prioritätsverhandlung immer auch eine solche Versicherung der Beteiligten über die Urheberschaft des Werkes aufzunehmen.¹²⁹

IV. Beweiskräftige Verbindung

Das eigentliche Problem der notariellen Prioritätsverhandlung besteht darin, eine beweiskräftige Verbindung

111 Winkler, Beurkundungsgesetz, 16. Aufl. 2008, § 43, Rn. 7.

112 Armbüster/Preuß/Renner/Preuß, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 5. Aufl. 2009, § 43, Rn. 7.

113 Armbüster/Preuß/Renner/Preuß, a.a.O.

114 DNotl-Report 2001, 70; Winkler, Beurkundungsgesetz, 16. Aufl. 2008, § 43, Rn. 5.

115 Leistner, MittBayNot 2003, 3, 6.

116 DNotl-Report 2001, 70.

117 Leistner a.a.O.

118 So auch Leistner, MittBayNot 2003, 3, 6.

119 So auch Münchener Vertragshandbuch, 3. Bd. 1. Hbd./Nordermann/Nordermann, 6. Aufl. 2009, S. 825 mit Muster.

120 So auch Lerch, Beurkundungsgesetz, 3. Aufl. 2006, § 38, Rn. 8.

121 Vgl. DNotl-Report 1996, 47; so auch noch Eylmann/Vaasen/Hertel, Bundesnotarordnung Beurkundungsgesetz, 2. Aufl. 2004, § 54 e, Rn. 23.

122 Leistner, MittBayNot 2003, 3, 8.

123 So noch Eylmann/Vaasen/Hertel, Bundesnotarordnung Beurkundungsgesetz, 2. Aufl. 2004, § 54 e, Rn. 23.

124 So auch Leistner MittBayNot 2003, 3, 8.

125 So auch Heyn, DNotZ 1998, 177, 183.

126 Vgl. Heyn a.a.O.; Leistner MittBayNot 2003, 3, 7; so auch noch Eylmann/Vaasen/Hertel, Bundesnotarordnung Beurkundungsgesetz, 3. Aufl. 2011, § 54 e, Rn. 28.

127 DNotl-Report 1996, 47 m. w. N.

128 Vgl. Heyn a.a.O.; Leistner a.a.O.

129 So auch Leistner a.a.O.

der Feststellung oder Erklärung mit dem verhandlungsgegenständlichen Werk herzustellen, die dauerhaft belegen kann, dass eine bestimmte Version des Werks dem Notar tatsächlich in dieser Form zum Zeitpunkt der Verhandlung vorgelegen hat.¹³⁰

1. Verwahrung

Wie bereits vorstehend unter Abschnitt B. II, 2. a) dargestellt, gehört die Verwahrung von Wertgegenständen gemäß § 23 BNotO zu den Amtsgeschäften des Notars. Wie ebenfalls vorstehend ausgeführt, regelt § 23 BNotO nur die Verwahrung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten. Dies schließt eine Verwahrung anderer Gegenstände jedoch nicht aus. Bei der Verwahrung anderer Gegenstände handelt es sich – wie bereits dargestellt – um eine so genannte untechnische Verwahrung im Rahmen einer Betreuung auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege i.S. des § 24 BNotO. Hinsichtlich der weiteren Einordnung, der Vorgaben und Empfehlungen für eine solche, untechnische Verwahrung wird auf Abschnitt B. II. 2. a) verwiesen.

Es ist zu empfehlen, i.V. mit der Tatsachenbescheinigung und der etwaigen eidesstattlichen Versicherung eine Verwahrungsanweisung aufzunehmen, aus der die Umstände der Übergabe des Verwahrungsgegenstandes sowie die Herausgabeanweisungen an den Notar und die Modalitäten der Herausgabe hervorgehen.¹³¹ Aufgrund der möglichen Empfindlichkeit des verwahrten Gegenstands (z. B. Datenträger) empfiehlt es sich auch eine ausdrückliche Regelung in die Anweisung aufzunehmen, ob der Beteiligte besondere Anforderungen an die Lagertemperatur, Trockenheit des Lagerortes und Schutz vor elektromagnetischer Strahlung wünscht, oder ob die Verwahrung im Bürotresor des Notars ausreichend ist.¹³² Der Notar sollte – auch im eigenen Interesse – darauf hinwirken, dass die Dauer der Verwahrung ebenfalls geregelt wird, insbesondere ist hier auch das Schicksal des Verwahrungsgegenstands zur regeln, falls er nach Ablauf der Verwahrung nicht abgeholt wird.¹³³

Zum Teil wird die Verwahrung i.V. mit einer Prioritätsverhandlung mit der Begründung kritisiert, die notarielle Verwahrung sei nur auf einen begrenzten, kurzen Zeitraum angelegt, die Verwahrung i.V. mit einer Prioritätsverhandlung jedoch sei von längerer, teilweise unbestimmter Dauer.¹³⁴ Diese Argumentation verkennt, dass der urheberrechtliche Schutz durch die Vermutung des § 10 UrhG mit Erscheinen, also ausreichender Veröffentlichung des Werkes eingreift und damit auch das Nachweisproblem des Urhebers gelöst ist. Es wird gerade nur ein Nachweis für die ‚Zwischenzeit‘ benötigt und nicht auf Dauer. Deshalb werden auch Verwahrungen im Rahmen notarieller Prioritätsverhandlungen allenfalls von mittelfristiger Dauer sein.¹³⁵ Die Befürchtung der Notar könne zu einer regelrechten Datenträgersammlung degenerieren¹³⁶, ist daher unbegründet.

Die notarielle Verwahrung garantiert auf urheberfreundliche, unübertroffen fälschungssichere Art und Weise, dass es sich bei dem später in einem Gerichtsverfahren in Bezug genommenen Werk tatsächlich um das dem Notar bei der Prioritätsverhandlung vorgelegte

Werk handelt.¹³⁷ Daher sollte die Verwahrung in allen möglichen Konstellationen das Mittel der Wahl sein und vom Notar den Beteiligten als solches empfohlen werden.

2. Andere beweiskräftige Verbindungen

Die anderen Möglichkeiten einer beweiskräftigen Verbindung haben allesamt gemeinsam, dass der vorgelegte Gegenstand in einem – wie auch immer geartetem – Behältnis versiegelt, mit der notariellen Urkunde untrennbar verbunden und an den Beteiligten zur eigenen Verwahrung übergeben wird. Hierzu werden verschiedene Wege vorgeschlagen.

Von Menzel¹³⁸ wird vorgeschlagen, dass der Notar den Gegenstand in einen Umschlag oder einem sonst geeigneten Behältnis verbringt, mit einer eindeutigen Aufschrift unter Bezugnahme auf eine gleichzeitig von ihm zu errichtende Urkunde versieht und beweiskräftig versiegelt.

Heyn¹³⁹ schlägt hierzu vor, eine „Doppelversiegelung“ vorzunehmen. Hierfür soll der Notar eine Niederschrift über die Prioritätsverhandlung errichten, wobei er von dem Urheber unwiderruflich angewiesen wird, hiervon nur eine Ausfertigung zu erteilen. Diese eine Ausfertigung soll sodann gemeinsam mit dem vorgelegten Gegenstand in einem Umschlag versiegelt und mit der Aufschrift „nur für die Versiegelung vom ... (Tag der Prioritätsverhandlung)“ versehen werden. Der so versiegelte Umschlag soll dann in einen weiteren Umschlag gelegt und wiederum versiegelt werden. Über diesen gesamten Vorgang soll der Notar sodann eine Niederschrift aufnehmen, in der auch auf die eigentliche Prioritätsverhandlung Bezug genommen werden soll, um so den Zusammenhang herzustellen.

Die überwiegende Literatur¹⁴⁰ empfiehlt den vorgelegten Gegenstand in einem Umschlag zu versiegeln und auf dem Umschlag den Zweck der Verhandlung mit Handzeichen des Notars zu vermerken. Sodann soll dieser Umschlag mit der Urkunde der Prioritätsverhandlung mit Siegelfaden und Hand- oder Prägesiegel dergestalt verbunden werden, dass eine Trennung von Umschlag und Urkunde oder eine Entnahme des eingelegten Gegenstands ohne Zerstörung des Siegelzusammenhangs ausgeschlossen ist.

Leistner¹⁴¹ rät ähnlich wie Heyn¹⁴² zusätzlich dazu, den Notar dazu anzuweisen, nur eine Ausfertigung der Prio-

130 Leistner, MittBayNot 2003, 3, 8.

131 Vgl. Leistner a.a.O.

132 Vgl. DNotl-Report 2001, 70.

133 Armbüster/Preuß/Renner, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 5. Aufl. 2009, § 54 e, Rn. 19.

134 Vgl. Heyn, DNotZ 1998, 177, 185.

135 Leistner, MittBayNot 2003, 3, 8.

136 So Heyn a.a.O.

137 So auch Leistner a.a.O.

138 Menzel, DNotl-Report 1997, 132.

139 Heyn, DNotZ 1998, 177, 187 mit Muster.

140 Waldner, Die Kostenordnung für Anfänger, 7. Aufl. 2008, Rn. 299; Eylmann/Vaasen/Hertel, Bundesnotarordnung Beurkundungsgesetz, 3. Aufl. 2011, § 54 e, Rn 29; Winkler, Beurkundungsgesetz, 16. Aufl. 2008, § 43, Rn. 5; DNotl-Report 2001, 70; Leistner, MittBayNot 2003, 3, 9.

141 Leistner, MittBayNot 2003, 3, 9.

142 Heyn, DNotZ 1998, 177, 187.

ritätsverhandlung zu erteilen und diese nicht ein weiteres Mal mit einen Gegenstand zu verbinden, es sei denn er kann aufgrund seiner Anwesenheit bei der Entseiegelung durch öffentliche Urkunde bestätigen, dass es sich bei dem erneut mit der Urkunde verbundenen Gegenstand um denselben handelt, den er ursprünglich mit der ersten und einzigen Ausfertigung der Prioritätsverhandlung verbunden hat. Auch hierbei soll der Beteiligte auf seine Rechte diese Anweisungen zu widerufen verzichten.

Meines Erachtens ist das von der überwiegenden Literatur vorgeschlagene Verfahren zu präferieren, wenn der Urheber den vorgelegten Gegenstand wieder ausgehändigt bekommen möchte. Die von Menzel empfohlene Vorgehensweise birgt im Hinblick auf die Eindeutigkeit des Verweises Unsicherheiten und ermöglicht die Versiegelung weiterer Gegenstände unter dergleichen ‚eindeutigen‘ Bezugnahme. Dies ließe sich nur durch weitere Bestätigungen des Notars, dass keine weiteren, nachträglichen inhaltgleichen Beschriftungen vorgenommen worden, beheben, was jedoch mit weiteren Kosten verbunden wäre. Das von Heyn empfohlene Verfahren der „Doppelversiegelung“, wodurch eine körperliche Verbindung zwischen dem vorgelegten Gegenstand und der Urkunde überflüssig wird, ist sicher geeignet eine ausreichende Fälschungssicherheit zu gewährleisten. Es ist jedoch weit aufwendiger, als die Verbindung von Gegenstand und Urkunde mittels Siegeln und Prägesiegel, was eine ebenso ausreichende Fälschungssicherheit gewährleistet. Da es sich bei einem Großteil der vorgelegten Gegenstände und elektronische Datenträger, nämlich CD oder DVD handelt, kann die Fälschungssicherheit hier noch erhöht werden, indem der Siegelfaden durch das Mittelloch des im Umschlag befindlichen Datenträgers geführt wird.¹⁴³

V. Herausgabe/Eröffnung und Verwendung in gerichtlichen Verfahren

Um in einem gerichtlichen Verfahren mittels der notariellen Prioritätsverhandlung einen Beweis führen zu können, muss das Gericht den Inhalt der Prioritätsverhandlung und der vorgelegte Gegenstand in beweiskräftiger Weise ‚zur Kenntnis nehmen‘ können. Hierbei ist zu unterscheiden, ob der Notar den Gegenstand in seine Verwahrung genommen hat oder er den Gegenstand mittels einer beweiskräftigen Verbindung mit der Prioritätsverhandlung verbunden hat.

Befindet sich der Gegenstand in der Verwahrung des Notars, ist dieser gemeinsam mit der Ausfertigung der Prioritätsverhandlung an das erkennende Gericht zu senden. Hierbei sollte, um Fälschungssicherheit zu gewährleisten, der verwahrte Gegenstand mit Siegeln und Prägesiegel mit der Ausfertigung verbunden werden.¹⁴⁴

Hat der Notar den Gegenstand gemeinsam mit der mit ihm verbundenen Prioritätsverhandlung an den Urheber herausgegeben, ergeben sich zwei verschiedene Möglichkeiten der Beweisführung. Zum einen kann der Notar die Versiegelung und damit den Umschlag in seinen Amtsräumen öffnen, den im Umschlag befindlichen Gegenstand entnehmen, über diesen Vorgang eine

zweite Tatsachenbescheinigung errichten und den entnommen Gegenstand in entsprechenden beweiskräftiger Weise (s. Abschnitt II. 2.) mit der zweiten Tatsachenbescheinigung verbinden.¹⁴⁵ Diese zweite, mit dem Gegenstand verbundene, Tatsachenbescheinigung ist sodann vom Notar an das erkennende Gericht zu übersenden. Zum anderen kann der Beweis der Priorität dadurch geführt werden, dass das erkennende Gericht selbst den Umschlag oder das Behältnis entsiegelt und öffnet und in das gerichtliche Protokoll aufnimmt, dass der zu den Akten genommen Gegenstand sich in dem Umschlag bzw. dem Behältnis befunden hat.¹⁴⁶ Dieser zweite Weg ist in nahezu allen Fällen als ‚Standartlösung‘ zu empfehlen. Lediglich im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens, in dem ohne mündliche Verhandlung entschieden werden soll, ist es sinnvoll, die erste Variante zu wählen.¹⁴⁷

VI. Kosten

Die Verwahrung im Rahmen einer notariellen Prioritätsverhandlung ist – da es sich ebenfalls um eine untechnische Verwahrung i. S. des § 24 BNotO handelt – kostenrechtlich wie die Verwahrung eines Softwarequellcodes gemäß § 147 Abs. 2 KostO mit einer 5/10 Gebühr zu bewerten. Für die Beurkundung einer Tatsachenbescheinigung – wie vorstehend empfohlen – entsteht darüber hinaus gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO eine 10/10-Gebühr. Wird in die Prioritätsverhandlung auch – wie ebenfalls empfohlen – eine eidesstattliche Versicherung des Urhebers aufgenommen ist diese gemäß § 44 Abs. 1 KostO gegenstandsgleich. Der Gegenstandswert bestimmt sich danach, was der Urheber sich von der Verwertung seines Werkes verspricht und dieser ist in der Regel bei rückblickender Betrachtung ohnehin zu hoch.¹⁴⁸

VII. Fazit

Die notarielle Prioritätsverhandlung ist für den Urheber das wirksamste Mittel, die Lücke im Urheberrechtschutz, die zwischen dem Beginn der Verwertung und dem Erscheinen eines Werkes klafft, zu schließen. Sie sollte, um die größtmögliche Sicherheit zu gewährleisten als Tatsachenbescheinigung in Form einer Niederschrift errichtet und mit der Verwahrung des „Werkes“ kombiniert werden. Nur für den Fall, dass der Urheber sein Werk ausgehändigt bekommen möchte, ist die Prioritätsverhandlung entsprechend der vorstehenden Vorgaben mit dem Werk zu verbinden und beides auszuhändigen.

D. Zusammenfassung

Sowohl bei der Hinterlegung von Softwarequellcodes als auch der notarielle Prioritätsverhandlung handelt es

143 So auch Leistner, MittBayNot 2003, 3, 9.

144 So auch Heyn, DNotZ 1998, 177, 190.

145 Vgl. Leistner, MittBayNot 2003, 3, 10; Heyn a.a.O.

146 So auch Leistner, MittBayNot 2003, 3, 10.

147 Vgl. Heyn, DNotZ 1998, 177, 190.

148 So auch Waldner, Die Kostenordnung für Anfänger, 7. Aufl. 2008, Rn. 300.

sich um keine in der notariellen Praxis alltäglichen (Verwahrungs-)Geschäfte, was sich auch in der Zukunft voraussichtlich nicht nennenswert verändern wird. Trotzdem sollten sie nicht ‚stiefmütterlich‘ behandelt

werden, sondern bedürfen aufgrund ihrer Komplexität einer gesicherten Vertragsgestaltung. Um eine solche Gewährleisten zu können, soll dieser Beitrag entsprechende Anhaltspunkte geben.

GbR und Grundbesitzererwerb – welche Fragen bleiben?

von Notar Dr. Christian Hartmann, Jüchen

A. Einführung

Dank einer der leider häufig gewordenen „Jahrhundertentscheidungen“ des BGH wissen wir, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) teilrechtsfähig ist¹. In der Folge sah sich der 5. Zivilsenat gezwungen, ihr auch die Grundbuchfähigkeit zuzuerkennen². Wer nun aber rechts- und grundbuchfähig ist, kann Grundbesitz erwerben und veräußern. Insbesondere bei Grundstücksgeschäften mit Bezug zum Grundbuchamt, aber auch bei anderweitigem Auftreten im Rechtsverkehr muss die GbR ihre Vertretungsverhältnisse nachweisen. Bei allen anderen Personengesellschaften des deutschen Rechts stellt der Gesetzgeber hierzu ein Register mit öffentlichem Glauben (§ 15 HGB) zur Verfügung. Angesichts dessen hätte es für den Gesetzgeber als Reaktion auf die plötzlich erkannte Rechtsfähigkeit der GbR genau zwei saubere Lösungen gegeben³: Entweder die gesetzliche Negierung der Rechtsfähigkeit oder die Einführung eines (fakultativen) GbR-Registers mit Teilhabe der GbR an einer § 15 HGB entsprechenden Norm. Die Reaktion des Gesetzgebers beschränkte sich demgegenüber im Kern auf die Einfügung eines neuen Absatzes 2 in die Buchungsvorschrift des § 47 GBO und auf § 899 a BGB. Erstere Vorschrift sieht vor, dass neben der GbR als der Berechtigten auch ihre Gesellschafter im Grundbuch eingetragen werden müssen. Damit wird das Fundament für § 899 a BGB gelegt, der „in Ansehung des eingetragenen Rechts“ im Ergebnis den guten Glauben an die gemeinschaftliche Vertretungsmacht aller im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter schützt.

Die notarielle Praxis ist bei Grunderwerbsgeschäften mit dem Erwerb durch eine GbR einerseits, andererseits mit Veräußerungen durch eine im Grundbuch bereits eingetragene GbR befasst. Der erstgenannte Komplex des Erwerbs wird ausschließlich durch die Buchungsregelung des § 47 Abs. 2 GBO geregelt. Auf die vorgelegte Frage, welche Nachweise die GbR hinsichtlich ihrer Existenz, Identität und Vertretungsregelungen zu erbringen hat, um überhaupt erst einmal ins Grundbuch eingetragen zu werden, findet der unbefangene Leser dagegen keine Antwort⁴. Auch bei der Veräußerung durch eine eingetragene GbR bleibt unklar, ob der Käufer, der mit allen grundbuchlich eingetragenen Gesellschaftern abschließt, dank § 899 a BGB nur einem sicheren Eigentumserwerb entgegensehen oder sich auch auf einen wirksamen Kaufvertrag verlassen kann.

Die genannten Fragestellungen sind von äußerster Bedeutung für die Verlässlichkeit des Grundstücksrechtsverkehrs mit einer GbR.

B. Nachweisanforderungen beim Erwerb durch eine GbR

I. Nachweise gegenüber dem Notar

Die Frage, welche Nachweiserfordernisse eigentlich hinsichtlich Existenz, Identität und Vertretungsregelung der GbR gegenüber dem Notar gelten, wird kaum erörtert. Dies überrascht, hat doch zunächst der Notar gemäß § 12 BeurkG die Vertretungsberechtigung von Vertretern zu prüfen. Renner⁵ bezeichnet die Frage des Umfangs der notariellen Prüfungspflichten bei der GbR nach neuem Recht als ungeklärt. Die Nachprüfungs-pflichten des Notars können hier nicht überspannt werden. Der Notar wird sich auf die Vorlegung des schriftlichen Gesellschaftsvertrags beschränken dürfen⁶. Fehlt ein solcher, kann er grundsätzlich von den Angaben der Beteiligten ausgehen, als die alleinigen Gesellschafter einer zwischen ihnen bestehenden GbR mit dem Namen XY Grundbesitz erwerben zu wollen⁷. Sieht er keinen konkreten Grund zum Zweifel, darf er auf deren Richtigkeit vertrauen und zur Beurkundung schreiten⁸. Dies folgt letztlich aus den beschränkten Prüfungsmöglichkeiten des Notars einerseits und dem Urkundsgewähranspruch (§ 15 Abs. 1 BNotO) andererseits. Bei Zweifeln trifft ihn zunächst nur eine Hinweispflicht aus § 17 BeurkG⁹. Nur wenn der Notar von der Fehlerhaftigkeit der Angaben überzeugt ist, hat er die Beurkundung abzulehnen (§ 4 BeurkG).

II. Nachweise gegenüber dem Grundbuchamt

In den kritischen Bereich der Nachweisproblematik gegenüber dem Grundbuchamt gelangt man noch nicht bei der Eintragung der Auflassungsvormerkung für die erwerbende GbR: Hierzu bedarf es lediglich einer gemäß § 19 GBO abzugebenden Eintragungsbewilligung des Verkäufers. Hinsichtlich der Frage der Existenz, der Identität und der Vertretungsregelungen der erwerbenden GbR kann das Grundbuchamt im Rahmen einer abstrakten Plausibilitätskontrolle lediglich dann

1 BGH NJW 2001, 1056.

2 BGH DNotZ 2009, 115.

3 So treffend Krüger, FS für Stefan Zimmermann, 2010, 177, 182.

4 Heinze, RNotZ 2010, 289, 299.

5 Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 5. Aufl., § 12 Rn. 33.

6 Böttcher, ZfIR 2009, 613, 618; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn. 3635.

7 Böttcher, ZfIR 2009, 613, 618.

8 Böttcher, ZfIR 2009, 613, 618; Schöner/Stöber (Fußn. 6), Rn. 3635; vgl. auch Eymann/Vaasen/Limmer, BNotO/BeurkG, 3. Aufl., § 12 Rn. 6 (allgemein zur eingeschränkten Prüfungspflicht des Notars bei versteckten Vertretungsmängeln).

9 Eymann/Vaasen/Limmer (Fußn. 8), § 12 Rn. 11; Schöner/Stöber (Fußn. 6), Rn. 3543.

den Antrag beanstanden oder zurückweisen, wenn es positive Kenntnis von der Unrichtigkeit der Angaben hat¹⁰.

Beim Vollzug der Auflassung hingegen wird das formelle Konsensprinzip des § 19 GBO verlassen und im Rahmen des § 20 GBO hat das Grundbuchamt das Vorliegen der dinglichen Einigung zu überprüfen¹¹. Unstreitig hat das Grundbuchamt dabei nicht nur das tatbestandliche Vorliegen der Einigung zu prüfen, sondern auch z. B. die Identität der Erklärenden¹² und das Bestehen von Vertretungsmacht handelnder Vertreter¹³. Letztere ist nach allgemeiner Auffassung dem Grundbuchamt in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachzuweisen¹⁴.

Ob diese allgemeinen Grundsätze auch auf den Nachweis von Existenz, Identität und Vertretungsbefugnis beim Grundbesitzerwerb durch eine GbR anzuwenden sind, war seit Inkrafttreten der neuen Regelung heftig umstritten.

1. Meinungsstand bis zur BGH-Entscheidung vom 28. April 2011

a) Die strikteste Auffassung wollte die vorbezeichneten Grundsätze ohne jede Einschränkung auch auf den Nachweis der Verhältnisse der GbR beim Vollzug der Auflassung anwenden¹⁵. Die Oberlandesgerichte, die diese Meinung vertraten, kamen völlig konsequenterweise zu dem Ergebnis, dass der Nachweis von Existenz, Identität und Vertretungsregelung praktisch nur geführt werden kann, wenn der notarielle Gesellschaftsvertrag „im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Grundstücksgeschäft“ geschlossen werde¹⁶. Dem Erwerb durch eine bereits bestehende GbR stand damit mangels Nachweisbarkeit von Existenz der GbR und Vertretungsberechtigung der für sie Handelnden ein nicht behebbares Eintragungshindernis entgegen¹⁷.

b) Dieser Konsequenz sind die ganz überwiegende Auffassung in der Literatur und eine Anzahl von Oberlandesgerichten entgegengetreten. Geleitet von der Überzeugung, dass die Rechtsordnung im Rahmen eines von ihr selbst anerkannten Rechtserwerbs keine objektiv unerfüllbaren Anforderungen stellen könne, wurden in unterschiedlichen Abstufungen Nachweiserleichterungen zugebilligt. Mehr oder weniger ausdrücklich klingt hierbei der Gesichtspunkt der Beweisnot¹⁸ an, der im Rahmen des § 29 GBO anerkanntmaßen zu einer Reduzierung der Nachweisanforderungen (Anwendung von Erfahrungssätzen, Freibeweis) führen kann¹⁹.

Die überwiegend vertretene Ansicht verlangt dabei einen in der Form des § 29 GBO geschlossenen Gesellschaftsvertrag zum Nachweis der Existenz, Identität und der geltenden Vertretungsregelung. Auch eine nachgeholte Beglaubigung des früher geschlossenen GbR-Vertrages wird für unschädlich gehalten²⁰. Teilweise wird der Gesellschaftervertrag als Nachweismedium anerkannt, unabhängig von der Zeitdauer, die seit Errichtung der Gesellschaft vergangen ist²¹. Andere Stimmen wollen in Anlehnung an die „Verfallsfrist“ von notariellen Vertretungsbescheinigungen gemäß § 32 GBO i. V. mit § 21 BNotO die Nachweis-

tauglichkeit des Gesellschaftsvertrages auf eine Dauer von ca. sechs Wochen beschränken²². Bei darüber hinausgehenden Zeiträumen hält man es teilweise rechtsfortbildend für möglich, dass die Gesellschafter die Fortdauer der im Gesellschaftervertrag festgestellten Umstände durch eine eidestattliche Versicherung gegenüber dem Grundbuchamt bestätigen²³. Manche wollen demgegenüber den in notarieller Form geschlossenen Gesellschaftsvertrag mit der darin enthaltenen Vertretungsregelung einer Vollmacht gleichstellen. Sodann sei über eine analoge Anwendung des § 172 BGB die Projektion der Legitimationswirkung auf den Zeitpunkt der Vorlage des Gesellschaftsvertrages als Vertretungsausweis möglich²⁴.

Das OLG Saarbrücken ging am weitesten und wollte sogar von der Vorlage eines Gesellschaftsvertrages in der Form des § 29 GBO absehen und es mit einer Bestätigung der handelnden Personen über die Verhältnisse der GbR in der Erwerbsurkunde bewenden lassen²⁵. Eine weitere Nachweispflicht bestehe lediglich bei konkreten Zweifeln an der Richtigkeit der Angaben²⁶.

c) Einen methodisch grundlegend abweichenden Ansatz verfolgt demgegenüber Reymann²⁷. Er vertritt die Auffassung, dass § 47 Abs. 2 S. 1 GBO beim Rechtsverzug durch eine GbR sowohl die Nachweispflicht bezüglich der Verhältnisse der GbR (Existenz, Identität und Vertretungsbefugnis) als auch die Formvorgabe des

10 OLG Schleswig DNotZ 2010, 296, 297; Demharter, GBO, 26. Aufl., § 19 Rn. 96; Krauß, notar 2010, 360, 361.

11 OLG Köln RNotZ 2011, 160, 164; Demharter, § 20 Rn. 38; Hügel, GBO, § 20 Rn. 24; Heinze, RNotZ 2010, 289, 299.

12 OLG München DNotZ 2010, 299, 300.

13 BGHZ 29, 366, 369; BayObLG DNotZ 1981, 567; OLG Karlsruhe BWNotZ 1992, 102; Demharter (Fuß. 10), § 20 Rn. 38.

14 BGHZ 29, 366, 369; BGH DNotZ 2009, 115, 121 Rn. 24f.; BayObLG MittRhNotK 1988, 96; OLG Schleswig DNotZ 2010, 296; OLG Oldenburg ZfIR 2010, 726, 727; OLG Brandenburg NotBZ 2010, 459, 460; OLG Köln RNotZ 2011, 160, 164; Demharter (Fußn. 10), § 20 Rn. 24; Lautner, MittBayNot 2011, 32, 33; Kesseler, NJW 2011, 1909, 1911.

15 OLG München ZNotP 2010, 440, 441; OLG Nürnberg Rpfleger 2010, 576f.; OLG Hamm ZIP 2010, 2245ff.; KG NotBZ 2010, 316, 317; OLG Köln RNotZ 2011, 160, 164ff.; Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169, 182ff.

16 OLG München a.a.O.; OLG Hamm a.a.O.; OLG Köln a.a.O.

17 KG NotBZ 2010, 316, 317; OLG Köln RNotZ 2011, 160, 161f.

18 Heinze, RNotZ 2010, 289, 303; Krauß, notar 2010, 360, 363.

19 Allgemein zu den Grundsätzen der Beweisnot: OLG Köln Rpfleger 1987, 301; Bauer/von Oegele/Knothe, GBO, 2. Aufl., § 29 Rn. 163ff.; Meikel/Hertel, GBO, 10. Aufl., § 29 Rn. 435ff.

20 Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 177, 180; Böttcher, ZIP 2009, 613, 618; Leipold, FS Canaris II, 221, 232.

21 Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 177, 180; Schubert, ZNotP 2009, 178, 182f.; Leipold, FS Canaris II, 221, 232; Lautner, DNotZ 2009, 650, 659; Steffek, ZIP 2009, 1445, 1450; Tebben, NZG 2009, 288, 291; Hertel, DNotZ 2009, 121, 127.

22 Heinze, ZNotP 2010, 409, 413f.; Krauß, notar 2010, 360, 363; Reymann, ZNotP 2011, 84, 91, 93.

23 OLG Nürnberg NotBZ 2010, 315; Heinze, RNotZ 2010, 294, 303f.; Krauß, notar 2010, 360, 363.

24 Lautner, MittBayNot 2010, 286, 290; 2011, 32, 34; Wertenbruch, ZIP 2010, 1884, 1886; Steffek, ZIP 2009, 1445, 1455; Leipold, FS Canaris II, 221, 232; Kiehnle, ZHR 174 (2010), 209, 225f.

25 OLG Saarbrücken DNotZ 2010, 301; OLG Oldenburg ZfIR 2010, 726, 727; OLG Brandenburg NotBZ 2010, 459, 460ff.; Ruhwinkel, DNotZ 2010, 304, 306; Böttcher, ZfIR 2009, 613, 618; Werner, MDR 2010, 721, 723.

26 OLG Saarbrücken a.a.O.

27 ZNotP 2011, 84, 101ff.

§ 29 GBO aufhebe²⁸. So wenig wie dem Grundbuchamt bzgl. des Bestehens und der Richtigkeit des angegebenen Gemeinschaftsverhältnisses i. R. d. § 47 Abs. 1 GBO (§ 47 GBO a. F.) eine spezifische Prüfungspflicht obliege, habe es im Rahmen des § 47 Abs. 2 S. 1 GBO die Verhältnisse der GbR zu prüfen. Ferner werde die Grundbuchfähigkeit der GbR gemäß § 47 Abs. 2 S. 1 GBO über ihre Gesellschafter vermittelt. Grundbuchrechtlich komme es daher auf diese allein und nicht auf die Gesellschaft und deren Verhältnisse an („Nachweismedialisierung“)²⁹.

2. Die Entscheidung des BGH vom 28. April 2011

Die Entscheidung des BGH vom 28. April 2011³⁰ hat nun für die Praxis Klarheit geschaffen. Bei der Festlegung der Anforderungen an die Bestimmtheit einer GbR widersprach das Gericht der bislang ganz h. M., der zufolge für eine hinreichende Identifizierung der GbR insbesondere deren Name und Sitz erforderlich sind³¹. Der BGH stellt nun klar, dass die erforderliche Identifizierung der GbR gemäß § 47 Abs. 2 S. 1 GBO ausschließlich über die notwendige Benennung ihrer Gesellschafter erfolge³². Weitere Nachweise zur Identität der GbR könne das Grundbuchamt lediglich ausnahmsweise verlangen. Bei der Frage der Prüfung von Angaben zur GbR (Existenz, Gesellschafterkreis, Vertretungsbefugnis) schließt sich der BGH sodann in vollem Umfang der von Reymann entwickelten und eben skizzierten Ansicht an. Das dingliche Recht werde der GbR über § 47 Abs. 2 S. 1 GBO vielmehr grundbuchverfahrensrechtlich durch ihre Gesellschafter vermittelt³³. Damit lasse sich die Notwendigkeit einer Prüfung der Angaben zur GbR und der Vertretungsbefugnis in der Form des § 29 GBO nicht vereinbaren.

3. Würdigung der BGH-Entscheidung

Die entscheidende Bedeutung, die der BGH § 47 Abs. 2 S. 1 GBO beimisst, gilt es kritisch zu hinterfragen³⁴.

a) Frage der Bestimmtheit

Findet sich in vier Grundbuchbüchern als Eigentümer eine „GbR bestehend aus A und B“, weiß niemand, ob es sich nun bei allen um ein und denselben Rechtsträger oder um zwei, drei oder vier verschiedene handelt. Daraus erscheint es sachlich richtig, mit der herrschende Meinung für eine hinreichende Bestimmtheit der GbR die Angabe weiterer identitätsstiftender Merkmale zu verlangen, wie etwa des Namens und des Sitzes³⁵. Gleichwohl ist die gegenteilige Entscheidung des BGH in diesem Punkt richtig³⁶. Der BGH hatte in seiner Entscheidung von 2008³⁷ den Namen der GbR zum identifizierenden Merkmal erhoben. Der Gesetzgeber ist einen anderen Weg gegangen. Zitat aus den Materialien: „Die Eintragung aller Gesellschafter ist zur bestimmten Bezeichnung der Berechtigten grundbuchverfahrensrechtlich erforderlich, aber auch ausreichend“³⁸. Diese Wertung hat der Gesetzgeber in § 15 Abs. 1 lit. c) GBV Gesetz werden lassen: Es wird nur die Eintragung der Gesellschafter vorgeschrieben, die des Namens und des Sitzes sind ausdrücklich fakultativ. Die bleibenden Identitätszweifel seien „auszublenden“. Im

Hinblick auf den Umfang der Verwechslungsgefahren in der Praxis ist das zwar eine Falschbewertung. Sie ist für den Rechtsanwender gleichwohl verbindlich. Die insofern unbefriedigende Entscheidung des BGH gereicht somit nicht dem Gericht, sondern dem Gesetzgeber zum Vorwurf. Umso mehr ist es Aufgabe der notariellen Praxis, zur klareren Identifikation der GbR auf die Beifügung eines Namens und des Sitzes der Gesellschaft zu dringen³⁹.

b) Zur Frage der Nachweisanforderungen

Den grundsätzlichen Nachweisverzicht bezüglich der Angaben zu den Verhältnissen der GbR stützt der BGH auf eine systematische und teleologische Auslegung des § 47 Abs. 2 S. 1 GBO⁴⁰.

aa) Richtig ist zunächst, dass im Rahmen des § 47 Abs. 1 GBO (§ 47 a. F.) nach allgemeiner Auffassung die behaupteten Angaben zum Gemeinschaftsverhältnis durch das Grundbuchamt nur abstrakt auf ihre Plausibilität zu prüfen sind und keiner spezifischen Prüfungspflicht unterliegen⁴¹. Dies ist darin begründet, dass das gemeinschaftliche Erwerbsverhältnis als Annex zur Personenangabe gehört⁴². Diese erweiterte Personenangabe aber unterliegt – wie auch sonst die Angabe zur Person⁴³ – keiner spezifischen Prüfung⁴⁴. Das anzugebende Gemeinschaftsverhältnis ist daher auch keine Eintragungsvoraussetzung i. S. der §§ 19 ff. GBO und unterfällt somit nicht § 29 GBO.

Es liegt auf den ersten Blick nahe, diese Nachweissituation wegen seiner systematischen Stellung auf § 47 Abs. 2 S. 1 GBO zu erstrecken. Auf den zweiten ergeben sich aber Bedenken: Zwar trifft auch dieser Absatz Bestimmungen zum Modus der Eintragung des Berechtigten. Die Ergänzung der berechtigten GbR um ihre Gesellschafter stellt jedoch keinen nicht näher zu prüfenden bloßen Annex zur Person des Berechtigten

28 Reymann, ZNotP 2011, 84, 103.

29 Reymann, ZNotP 2011, 84, 103 ff.

30 V ZB 194/10, RNotZ 2011, 341.

31 OLG München DNotZ 2010, 299, 300; KG NotBZ 2010, 316, 317; Heinze, RNotZ 2010, 289, 302; Krauß, notar 2010, 360, 361; wie der BGH allerdings bereits OLG Brandenburg NotBZ 2010, 459, 462 f.

32 BGH RNotZ 2011, 341, 342 Rn. 12 f.; zuvor schon BGH NJW 2011, 615, 616 Rn. 10 und OLG Brandenburg NotBZ 2010, 459, 462 f.

33 BGH RNotZ 2011, 341, 344 Rn. 25.

34 Zust. die Anmerkungen von Reiff, LMK 2011, 318834; Kesseler, NJW 2011, 1909, 1912.

35 OLG München DNotZ 2010, 299, 300; Heinze, RNotZ 2010, 289, 302; Krauß, notar 2010, 360, 361; Werner, MDR 2010, 721, 722; so auch nach der BGH-Entscheidung vom 28. 4. 2011: Jeep, notar, 2011, 206, 207.

36 So auch Reiff, LMK 2011, 318834.

37 DNotZ 2009, 115, 119 Rn. 20.

38 BT-Drs. 16/13437, S. 24 r. Sp.

39 Hierfür auch Jeep, notar 2011, 206; DNotI-Report 2011, 92: „sicher sinnvoll“.

40 Zustimmend Reiff, LMK 2011, 318834; Kesseler, NJW 2011, 1909, 1912.

41 BayObLG NJW-RR 1986, 893; OLG Karlsruhe Rpfleger 1994, 284; OLG Düsseldorf Rpfleger 2000, 107, 108; Demharter (Fußn. 10), § 33 Rn. 25 (alle zum Güterrecht); früher bereits: Predari, GBO, § 48 Anm. 11; Gütthe/Triebel, GBO, 5. Aufl., § 48 Rn. 12; heute allg. Schöner/Stöber (Fußn. 6), Rn. 254; Meikel/Böhringer (Fußn. 19), § 47 Rn. 261.

42 Gütthe/Triebel (Fußn. 41), § 48 Rn. 12.

43 Gütthe/Triebel (Fußn. 41), § 34 Rn. 70; vgl. OLG Düsseldorf Rpfleger 2000, 107, 108.

44 Gütthe/Triebel (Fußn. 41), § 48 Rn. 12.

dar. Vielmehr sind zusätzlich zum Rechtsträger deren Vertretungsorgane einzutragen. Deren Befugnis, für den einzutragenden Rechtsträger zu handeln, gehört nicht zur Bezeichnung des Berechtigten, sondern stellt eine klassische Eintragungsvoraussetzung dar. Diese aber unterliegt grundsätzlich der vollen Prüfung im Rahmen des § 29 GBO⁴⁵. Wie auch Reymann und der BGH zutreffend feststellen, regelt § 47 GBO demgegenüber insgesamt nicht den Fragenbereich der Eintragungsvoraussetzungen⁴⁶, sondern nur das „Wie“ der Buchung. Er gibt also für jenen Problembereich keinerlei speziellen Antworten. Der Regelungsbereich des § 29 GBO wird von § 47 GBO systematisch daher nicht überlagert und bleibt sachlich unberührt. Das systematische Argument verfängt daher nicht.

bb) Reymann und der BGH sehen in § 47 Abs. 2 S. 1 GBO einen gesetzgeberischen Paradigmenwechsel: Trotz der in dieser Vorschrift bestätigten Eigenschaft der GbR als Rechtsträgerin werde diese mit ihren sie kennzeichnenden Verhältnissen grundbuchverfahrensrechtlich gewissermaßen ausgeblendet; für die Eintragung eines Rechtes der GbR komme es ausschließlich auf die Personen ihrer Gesellschafter an⁴⁷. Eine darin liegende verfahrensrechtlich verdrängende Repräsentation der GbR durch ihre Gesellschafter käme einer Negation der Rechtsfähigkeit der GbR im Bereich des Verfahrensrechts gleich. Eine solche Abkopplung des Verfahrensrechts vom materiellen Recht wäre wegen der Unabhängigkeit beider Rechtsgebiete voneinander⁴⁸ rechtstechnisch möglich. Dass dies allerdings tatsächlich vom Gesetzgeber so intendiert war, darauf weist im Bericht des Rechtsausschusses bei genauer Lektüre – entgegen den Behauptungen des BGH – nichts hin. Mit der Anordnung, dass auch die Gesellschafter der GbR einzutragen seien, verfolgt der Gesetzgeber danach eine doppelte Zielsetzung: Zum einen soll dieser Eintrag der Identifizierung der GbR dienen. Zum anderen soll durch die Erhebung der Gesellschafter der GbR zum Grundbuchinhalt i. V. mit der neu eingefügten Norm des § 899a BGB die zweifelsfreie Anwendbarkeit des § 892 ff. BGB auf die Gesellschafter sicher gestellt werden. Es soll im Zusammenspiel von § 899a BGB mit § 47 Abs. 2 S. 1 GBO im Ergebnis der gute Glaube des Rechtsverkehrs an die Vertretungsmacht der im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter für die GbR hergestellt und auf diesem Wege eine effektive Teilnahme der Grundbesitz eignenden GbR am Rechtsverkehr gewährleistet werden. Die beiden vom Rechtsausschuss genannten zentralen Zielsetzungen des § 47 Abs. 2 S. 1 GBO geben für unsere Fragestellung – verfahrensrechtliche Ersetzung der GbR durch ihre Gesellschafter – nichts her.

Der Gesetzgeber hebt sodann die Konsequenzen aus der BGH-Rechtsprechung 2008⁴⁹ hervor, wonach die Eintragung in eine GbR ausschließlich unter ihrem Namen und ohne Aufnahme ihrer Gesellschafter in das Grundbuch möglich war (sog. „Namens-GbR“). In diesem Fall stößt der Nachweis der Existenz, der Identität und der Vertretung der nur unter ihrem Namen eingetragenen GbR im Rahmen des § 29 GBO auf kaum überwindbare Schwierigkeiten. Die Eintragung auch der Gesellschafter gemäß § 47 Abs. 2 S. 1 GBO wird für er-

forderlich gehalten, um den bei einer bloß mit ihrem Namen eingetragenen GbR bestehenden Nachweisnotstand zu vermeiden⁵⁰. Daraus spricht die klar geäußerte Zielsetzung, im Verein mit § 899a BGB die von der Namens-GbR bekannte Nachweisproblematik bezüglich Identität, Existenz und Vertretungsbefugnisse der eingetragenen GbR zu vermeiden. Dem Rechtsausschuss ging es dabei darum, die Teilnahme am Rechtsverkehr für die *eingetragene* Grundbesitz-GbR zu sichern. Mit den Anforderungen an den Nachweis bezüglich Identität, Existenz und Vertretungsregelungen *beim Vorgang der Eintragung* der GbR in das Grundbuch beschäftigt sich der Rechtsausschuss dagegen an keiner Stelle seiner Erwägungen.

Soweit der BGH⁵¹ schließlich die Darlegungen des Rechtsausschusses zitiert, „dass die GbR grundbuchverfahrensrechtlich im Wesentlichen weiter so behandelt werden kann wie vor Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit durch die Rechtsprechung“⁵², stützt dies nicht seine These zu § 47 Abs. 2 S. 1 GBO, da sich diese Ausführungen im Rahmen der Erläuterungen zu S. 2 der Norm finden.

Es bleibt festzuhalten: Aus § 47 Abs. 2 S. 1 GBO eine verfahrensmäßige Ersetzung der GbR durch ihre Gesellschafter abzuleiten, rechtfertigt sich weder durch dessen Wortlaut noch die Systematik noch durch die Motivangaben des Gesetzgebers. Für die Sicht Reymanns und des BGH fehlt die hinreichende normative Basis.

4. Eigene Meinung

Den Weg zu einer allgemeinen Lösung des Problems der Nachweisschwierigkeiten beim Erwerb durch eine GbR hat der Gesetzgeber demgegenüber selbst angekündigt: Bei fehlender Möglichkeit, Nachweise für die Verhältnisse der im Grundbuch nur unter ihre Namen eingetragenen GbR in der Form des § 29 GBO zu erbringen, empfiehlt der Rechtsausschuss der Rechtsprechung eine graduelle Lockerung der Nachweistrenge des § 29 GBO nach den anerkannten Grundsätzen der Beweisnot⁵³. Diese Anregung führt auf genau den Weg, den ein beträchtlicher Teil der Rechtsprechung und Literatur vor der BGH-Entscheidung bereits beschritten hatte⁵⁴. § 29 GBO ist danach im Ausgangspunkt als Vorschrift für den Nachweis der Eintragungsvoraussetzung anwendbar. Sämtliche damit grundsätzlich nachzuweisenden Verhältnisse der GbR – ihre Existenz, ihre Identität, ihr Gesellschafterkreis und die Vertretungsregelungen – ergeben sich aus dem Gesellschaftsvertrag, der in der Form des

45 S. nur Meikel/Hertel (Fußn. 19), § 29 Rn. 39, 100 m. w. N.

46 BGH RNotZ 2011, 341, 343f. Rn. 23; Reymann, ZNotP 2011, 84, 103.

47 BGH RNotZ 2011, 341, 344 Rn. 25; Reymann, ZNotP 2011, 84, 104.

48 Meikel/Böttcher (Fn. 19), B. Rn. 5.

49 BGH DNotZ 2009, 115.

50 BT-Drs. 16/13437, S. 24 I. Sp.

51 BGH RNotZ 2011, 341, 344 Rn. 24.

52 BT-Drs. 16/13437, S. 24 r. Sp.

53 BT-Drs. 16/13347, S. 26 I. Sp., unter Verweis auf die Ausführungen bei Meikel/Hertel (Fn. 19), § 29 Rn. 438 ff.

54 S. die Nachweise in den Fußn. 21–23, 25.

§ 29 GBO vorgelegt werden muss⁵⁵. Falls bislang nicht vorhanden, ist die notarielle Beglaubigung des Gesellschaftsvertrags nachzuholen⁵⁶. Unter den zeitlichen Voraussetzungen, unter denen eine notarielle Bescheinigung gemäß § 32 Abs. 1 GBO auf der Grundlage einer Handelsregistereinsichtnahme ausreicht, ist der Gesellschaftsvertrag allein als eine hinreichende Nachweisgrundlage anzuerkennen, also im Regelfall für eine Dauer von sechs Wochen nach Gesellschaftsgründung⁵⁷. Für die Zeit danach stellt sich nachweisrechtlich lediglich die Frage, ob sich an den auf den Zeitpunkt der Abfassung des Gesellschaftsvertrages fixierten Verhältnissen der Gesellschaft nachträglich etwas geändert hat. Bei dem Nachweis der Nicht-Veränderung, handelt es sich um den – unmöglichen – Nachweis negativer Tatsachen⁵⁸. Für solche Situationen der Unmöglichkeit des Nachweises nimmt man generell eine Lockerung der Anforderung des § 29 GBO nach den Grundsätzen der Beweisnot an⁵⁹. Es kommt insoweit eine Beweiswürdigung im Wege des Freibeweises, insbesondere anhand von Erfahrungssätzen in Betracht⁶⁰. Hierbei ist aus Sicht des Grundbuchamtes insbesondere zu beachten, dass die für die GbR auftretenden und handelnden Gesellschafter keinerlei Interesse daran haben können, falsche Angaben zu den Verhältnissen der GbR zu machen, haften sie doch sonst gemäß § 179 BGB persönlich für die Kaufpreisschuld⁶¹. Ihren Aussagen haftet vielmehr ein hoher Glaubhaftigkeitsfaktor an. Daher spricht nichts dagegen, im Grundbuchverfahren grundsätzlich die abgegebene Erklärung der Gesellschafter in Erwerbsfällen genügen zu lassen, dass sich an den Verhältnissen der Gesellschaft seit Erstellung des vorgelegten Gesellschaftsvertrages nichts geändert hat⁶². Nachweise kann das Grundbuchamt – wie stets bei negativen Tatsachen – dann verlangen, wenn es ernste Zweifel an der Fortdauer der bezeugten Umstände hat, die allerdings auf konkreten Anhaltspunkten beruhen müssen⁶³.

Der hier unterstützte und vor allem vom Heinze⁶⁴ und Krauß⁶⁵ vertretene Ansatz verlangt zusätzlich die Vorlage eines Gesellschaftsvertrages in der Form des § 29 GBO, kommt aber im Übrigen zu den gleichen Ergebnissen wie die nun vom BGH für die Praxis für verbindlich erklärte Lösung Reymanns.

4. Ausblick für die notarielle Praxis

Ungeachtet der angreifbaren Begründung des 5. Zivilsenats gilt: Mit der Entscheidung kann die Praxis nicht nur leben; sie löst auch die meisten der praktischen Probleme beim Grundbesitzererwerb durch eine bestehende GbR. Im einzelnen:

a) Eintragung von GbR im Grundbuch

Die Eintragung auch einer bereits bestehenden GbR als Rechtsinhaber im Grundbuch wird regelmäßig auf keine Schwierigkeiten mehr stoßen⁶⁶. Bislang auf Grundlage der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte München und Köln festgefahrenen Verfahren werden ohne die zwischenzeitlich entwickelten aufwendigen Rettungs- und Hilfskonstruktionen⁶⁷ beendet werden können⁶⁸.

b) Behandlung der „Namens-GbR“

Unklar ist das weitere Schicksal der sog. „Namens-GbR“, die im Gefolge der Entscheidung des BGH von 2008⁶⁹ nur unter ihrem Namen und ohne Nennung der Gesellschafter eingetragen worden war. Zwar besteht wegen der fehlenden Rückwirkung des Eintragungsgebotes des § 47 Abs. 2 S. 1 GBO (Art. 229 § 21 EGBGB) kein rechtliches Gebot für die Namens-GbR, ihre Gesellschafter grundbuchlich nachtragen zu lassen⁷⁰. Andererseits scheidet ein rechtliches Handeln mit Grundbuchbezug für eine bereits eingetragene Namens-GbR aus, solange ihre Gesellschafter nicht eingetragen sind und ein Vertretungsnachweis daher nicht über § 899 a BGB gelingen kann. Daher ist es einer Namens-GbR dringend angeraten, schnellstmöglich die Gesellschafter in das Grundbuch eintragen zu lassen⁷¹. Ungeklärt war bislang, unter welchen Voraussetzungen die betroffenen Gesellschaften die Grundbucheintragung ihrer Gesellschafter bewerkstelligen können.

aa) Das OLG München⁷² hat sich als erstes Obergericht zu dieser Frage geäußert. Es hatte einen Fall zu entscheiden, in dem die GbR vor Inkrafttreten des ERVGBG in der Erwerbsurkunde gegründet worden war, also die vom OLG München aufgestellten Voraussetzungen für eine Eintragung nach Inkrafttreten des ERVGBG erfüllt gewesen wären. Für diesen Fall lässt das Gericht die schlichte Bestätigung der Gesellschafter, die in der Form des § 29 GBO vorlag, für ihre grundbuchliche Nachtragung ausreichen. Hätten – so das OLG⁷³ – die Gesellschafter damals unter fiktiver Geltung des neuen Rechts wegen klar ersichtlicher Vertretungsverhältnisse eingetragen werden können, stehe einer Nacheintragung nichts entgegen. Es handele sich ferner nicht um eine Grundbuchberichtigung gemäß § 22 GBO, für die § 29 GBO gelte, sondern um eine „Richtigstellung“.

55 Lautner, DNotZ 2009, 650, 658f.; Steffek, ZIP 2009, 1445, 1450; Heinze, RNotZ 2010, 289, 304; Krauß, notar 2010, 360, 363f.; Reymann, ZNotP 2011, 84, 87.

56 Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 177, 180; Bötticher, ZIP 2009, 613, 618; Leipold, FS Canaris II, 221, 232; wo auch dies nicht möglich ist, ist eine Eidesstattliche Versicherung rechtfertigend in Betracht zu ziehen, Krauß, notar, 2010, 360, 363.

57 Heinze, RNotZ 2010, 289, 304; so auch Reymann, ZNotP 2011, 84, 91.

58 Heinze, RNotZ 2010, 289, 304; Krauß, notar 2010, 360, 363f.; Lautner, MittBayNot 2011, 32, 34.

59 Meikel/Hertel (Fußn. 19), § 29 Rn. 435f.; Bauer/v.Oefele/Knothe (Fußn. 19), § 29 Rn. 164.

60 BGHZ 35, 135, 141; Meikel/Hertel (Fuß. 19), § 29 Rn. 440f.; Bauer/ v.Oefele/Knothe (Fußn. 19), § 29 Rn. 164.

61 Krauß, notar 2010, 360, 363; vgl. a. Kesseler, NJW 2011, 1909, 1912.

62 So bereits Heinze, RNotZ 2010, 289, 304.

63 Steffek, ZIP 2009, 1445, 1450, Krauß, notar 2010, 360, 364; Lautner, MittBayNot 2011, 32, 34. Diesem Konzept zumindest ähnlich sind die Ausführungen des BGH, DNotZ 2009, 115, 121 Rn. 25, wo der BGH lediglich statt auf den des Gesellschaftsvertrag als das die Verhältnisse der GbR ausweisende Dokument auf das Rubrum eines rechtskräftigen Gerichtsurteils abstellt.

64 RNotZ 2010, 289, 304.

65 Krauß, notar, 2010, 360, 364.

66 So auch Jeep, notar 2011, 206.

67 Zusammenfassend Lautner, MittBayNot 2011, 32, 35f.

68 Jeep, notar 2011, 206.

69 DNotZ 2009, 115.

70 OLG München DNotZ 2010, 691, 693; BT-Drs. 16/13437 S. 261. Sp.

71 So auch die Einschätzung von Heinze, DNotZ 2010, 695, 698.

72 DNotZ 2010, 691.

73 DNotZ 2010, 691, 694.

Eine solche sei im Wege des Freibeweises möglich⁷⁴. Die wichtige Frage, ob es diese Linie auch auf den Fall des Erwerbs durch eine bereits bestehende Namens-GbR anwenden will, erörtert das OLG München nicht und lässt damit die in der Praxis überwiegenden Fälle im Dunkeln⁷⁵. Einen solchen Fall des Grundbesitzerwerbs durch eine bereits bestehende Namens-GbR hat nun kürzlich das OLG Köln⁷⁶ entschieden. Das Gericht sieht im „Nachtragen“ der Gesellschafter, anders als das OLG München, eine Grundbuchberichtigung gemäß § 22 GBO und verlangt in konsequenter Anwendung des § 29 GBO hierfür den Nachweis der aktuellen Gesellschaftereigenschaft⁷⁷. Nach dem OLG Köln ist damit generell eine Änderung des bei der Namens-GbR bestehenden Grundbuchstandes ausgeschlossen.

bb) Entscheidend für die Lösung des Problems ist die grundbuchrechtliche Qualifikation des „Nachtragens“ der Gesellschafter der Namens-GbR. Das Grundbuch, das vor Inkrafttreten des ERVGBG nur die GbR unter ihrem Namen auswies, war rechtskonform und inhaltlich richtig. Fordert das neue Gesetz nunmehr lediglich für zukünftige Eintragungen (vgl. Art. 229 § 21 EGBGB) die zusätzliche Eintragung der Gesellschafter, lässt sich der aktuelle Grundbucheintrag sicher nicht als „unrichtig“, ja im Grund nicht einmal als „unvollständig“ ansehen, da das Gesetz ein Mehr an Grundbuchinhalt für die bereits eingetragenen Namens-GbR ausweislich der fehlenden Rückwirkung des § 47 Abs. 2 S. 1 GBO gerade nicht verlangt. Wählt man hingegen die neuen Eintragungsregeln als Vergleichsmaßstab, lässt sich der Eintragungsumfang bei der Namens-GbR jedoch am ehesten als „unvollständig“ begreifen⁷⁸, was eindeutig die Anwendung der Grundsätze über die sog. Richtigstellung unvollständiger Grundbucheintragungen nahelegt⁷⁹. Die Richtigstellung aber, insbesondere bezüglich eines Berechtigten, erfolgt amtswegig und aufgrund Nachweisführung im Wege des Freibeweises⁸⁰. Diese Qualifikation des Nachtragens der Gesellschafter aber gilt unabhängig davon, ob die Namens-GbR beim Abschluss des Erwerbsgeschäfts schon bestanden hatte oder ob sie ad hoc gegründet worden war.

Die Erklärung der Gesellschafter reicht danach grundsätzlich aus; weiterer Nachweise bedarf es nicht, wenn die Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag vorlegen und erklären, dass der Gesellschafterbestand beim Erwerbsgeschäft unverändert war und bis jetzt ist. Da die Erklärung den Charakter einer Anregung zur Richtigstellung hat⁸¹, also zu amtswegigem Verhalten des Grundbuchamtes, bedarf sie überdies richtigerweise nicht der Form des § 29 GBO⁸². Reklamieren die Gesellschafter einen zwischenzeitlichen Wechsel im Gesellschafterkreis und begehrten sie zugleich den Eintrag eines neuen Gesellschafter, so ist die Eintragung direkt unter Einschluss des neuen Gesellschafter zu vollziehen⁸³. Hierzu ist allerdings erforderlich, dass entweder zugleich die Bewilligungserklärungen der Alt-Gesellschafter nebst Zustimmungserklärung des neuen Gesellschafter (§ 22 Abs. 2 GBO) beigebracht werden, die für die berichtigende Eintragung eines neuen Gesellschafter erforderlich wären⁸⁴ oder der Abtretungsvertrag in der Form des § 29 GBO präsentiert wird.

Selbst wenn man das Nachtragen der Gesellschafter nicht als Richtigstellung einordnen will, steht der für die Praxis verheerenden Linie des OLG Köln nunmehr auch die Rechtsprechung des BGH entgegen. Der BGH leitet aus der Buchungsvorschrift des § 47 Abs. 2 S.1 GBO ab, dass für die Eintragung der *GbR und ihrer Gesellschafter* keine spezifischen Prüfungspflichten des Grundbuchamtes bestehen und die Anforderungen des § 29 GBO nicht gelten. Dies sollte – trotz fehlender Rückwirkung des § 47 Absatz 2 S. 1 GBO – auch für die Fälle gelten können, in denen *nur* deren Gesellschafter im Grundbuch eingetragen werden sollen. Auch im Lichte der BGH-Rechtsprechung werden für eine zu gleich erfolgende Eintragung eines neuen Gesellschafters die vorgenannten ergänzenden Erklärungen erforderlich sein.

Eine praktikable Lösung der Problematik der Namens-GbR erscheint damit abgesichert. Die Praxis sollte dabei vorsichtshalber für die allein erforderliche Erklärung der Gesellschafter die Form des § 29 GBO wahren.

c) Andere Fälle der Vertretung der GbR im Grundbuchrecht

Die BGH-Entscheidung sagt leider nichts zum Nachweis der Verhältnisse der Gesellschaft außerhalb der Norm des § 47 Abs. 2 S. 1 GBO, die ja nur den Rechts erwerb der GbR regelt. In der Praxis stellt sich dieses Nachweisproblem hauptsächlich bei der Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten durch die GbR als Käuferin aufgrund Belastungsvollmacht. Für diese Fälle hat der BGH in seiner Entscheidung die Problemlösung schlicht verweigert. Die Frage wird entsprechend der hier vertretenen Lösung nach den Grundsätzen der Beweisnot⁸⁵ zu lösen sein. Im konkreten Fall verbog der BGH stattdessen den Sachverhalt⁸⁶ und behauptete kühn, die Gesellschafter hätten bei der Grundschuldbestellung nicht die GbR, sondern unmittelbar den Verkäufer vertreten⁸⁷. Mit dieser kaum haltbaren Annahme weist der BGH jedoch der künftigen Gestaltung in der notariellen Praxis den Weg: Zur Umgehung des Problems sind stets neben der GbR auch ihre Ge-

74 OLG München, DNotZ 2010, 691, 694, zust. Kesseler, NJW 2011, 1909, 1910.

75 HeinZ, DNotZ 2010, 695, 697; RNotZ 2011, 173, 175.

76 RNotZ 2011, 166, 169 f.

77 OLG Köln, RNotZ 2011, 166, 169 f.

78 Zutr. OLG München, DNotZ 2010, 691, 694.

79 So auch Demharter, 27. Aufl., § 47 Rn. 38.

80 OLG München, DNotZ 2010, 691, 694; Meikel/Böttcher (Fußn. 19), § 22 Rn. 86; Holzer, NotBZ 2008, 14, 17 f.; Demharter (Fußn. 10), § 22 Rn. 22 f.

81 OLG München, DNotZ 2010, 691, 693; Demharter (Fußn. 10), § 22 Rn. 22.

82 Demharter (Fußn. 10), § 22 Rn. 22; Holzer, NotBZ 2008, 14, 18.

83 Das OLG München, DNotZ 2010, 691, 694, möchte demgegenüber zunächst den –unrichtig gewordenen – Altbestand an Gesellschaftern eintragen, um dann die Berichtigung zu vollziehen. Dem dürfte das Legalitätsprinzip entgegenstehen, da der Rechtspfleger eine zumindest zwischenzeitliche Unrichtigkeit des Grundbuchs vor sätzlich bewirkte.

84 OLG Frankfurt, MittRhNotK 1996, 192; Meikel/Hertel (Fußn. 19), § 29 Rn. 149; DNotl-Report 2010, 145, 146.

85 S. oben B. II. 4.

86 Vgl. KG, NotBZ 2010, 316, 317.

87 BGH, RNotZ 2011, 341, 344 Rn. 28.

sellschafter zu bevollmächtigen⁸⁸ – zweckmäßigerweise in Einzelvollmacht.

C. Grundbesitzererwerb von einer GbR

Auch beim Verkauf von Grundbesitz durch eine grundbuchlich eingetragene GbR stellt sich das Problem des Nachweises der Vertretungsmacht der Personen, die für die GbR handeln. § 899 a BGB will dem nur in begrenztem Umfang abhelfen⁸⁹. Die Vorschrift vermutet „in Ansehung des eingetragenen Rechts“ (positiv), dass die im Grundbuch als Gesellschafter eingetragenen Personen tatsächlich Gesellschafter der Gesellschaft sind und (negativ), dass keine weiteren Gesellschafter der GbR existieren. In der Zusammenschau mit den Bestimmungen der §§ 709, 714 BGB, in denen der Gesetzgeber dispositiv Gesamtvertretungsbefugnis aller Gesellschafter anordnet, vermutet § 899 a BGB also im Ergebnis die gesetzliche Gesamtvertretungsbefugnis aller im Grundbuch als Gesellschafter eingetragenen Personen für die GbR⁹⁰.

Ungeklärt ist bislang, ob sich die bei Gutgläubigkeit eintretende Vermutung der Vertretungsmacht auch auf das schuldrechtliche Kausalgeschäft erstreckt. Das ist praktisch höchst bedeutsam, wäre doch ansonsten ein von den Handelnden ohne hinreichende Vertretungsmacht abgeschlossener Kaufvertrag bei fehlender Genehmigung der GbR unwirksam. Hier wird zum einen die Gefahr einer Kondiktion nach gutgläubigem Erwerb gesehen⁹¹. Zum anderen genieße der Käufer bis zum Erwerb kein Schutz durch eine Vormerkung, da diese wegen des Erfordernisses der Akzessorietät nicht zur Entstehung gelangen könne⁹².

1. Schuldrechtlicher Eigentumsverschaffungsanspruch des Käufers gegen die nicht korrekt vertretene GbR?

a) Anwendungsbereich des § 899 a BGB

Angesichts der skizzierten katastrophalen Auswirkungen wird verbreitet versucht, die Anwendbarkeit des § 899 a BGB auf das schuldrechtliche Kausalgeschäft zu behaupten⁹³. Doch hier scheint eher der Wunsch der Vater des Gedanken zu sein. Die systematische Stellung der Norm bei den sachenrechtlichen Gutgläubenvorschriften macht deutlich, dass sie – leider – nicht im Schuldrecht gilt⁹⁴. Zur Entkräftigung dieses Einwandes kann auch ein Verweis auf die schuldrechtlichen Implikationen des § 1138 BGB nicht beitragen⁹⁵.

b) Allgemeine Rechtsscheinhaftung

In der Literatur will man über allgemeine Rechtsscheinsgesichtspunkte zu einer wirksamen und vormerkbaren Verpflichtung der GbR gelangen⁹⁶. Zwar entfaltet § 899 a BGB den Rechtsschein der Vertretungsmacht der im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter, aber eben nur für das Sachenrecht. Die Haftung für zurechenbar gesetzten Rechtsschein jedoch kann sicher nicht über die gesetzlich definierte Reichweite des Rechtsscheinstatbestandes hinausgehen⁹⁷. Zu einem

rechtswirksamen Kaufvertrag mit der GbR ließe sich nur über einen allgemeinen Rechtsschein außerhalb des Grundbuchs gelangen. Daran wird es regelmäßig fehlen⁹⁸.

c) § 899 a BGB analog?

Schließlich kommt eine analoge Anwendung des § 899 a BGB auf das schuldrechtliche Kausalgeschäft in Betracht. Heinze⁹⁹ hat die methodische Zulässigkeit eines Analogieschlusses überzeugend dargelegt. Allerdings ist diese Analogie alles andere als gesichert.

d) Fazit

Für die Praxis gilt daher: Der vorsichtige Gestalter muss davon ausgehen, dass bei nicht ordnungsgemäßer Vertretung der GbR durch die Handelnden die kaufvertragliche causa für den Erwerb fehlt, damit auch die Basis für den Vormerkungsschutz und – nicht zu vergessen – für vertragliche Ansprüche (z. B. Gewährleistungsansprüche) gegen die GbR. Letztere können dem Käufer dadurch verschafft werden, dass sich die für die GbR Handelnden ergänzend persönlich zur Eigentumsverschaffung verpflichten (Modell der Doppelverpflichtung¹⁰⁰). Der Vormerkungsschutz wiederum wird teilweise auf Basis des Modells der Doppelverpflichtung für möglich gehalten¹⁰¹. Doch sind diese Überlegungen ebenfalls weit davon entfernt, als ge-

88 So schon Krauß, notar 2010, 360, 364.

89 BT-Drs. 16/13437, S. 26: „Das Anliegen der Regelung besteht nicht darin, dem Grundbuch die Funktion eines allgemeinen Gesellschaftsregisters zukommen zu lassen.“

90 Lautner, DNotZ 1990, 650 (670); Krauß, notar 2009, 429(434); Heinz, RNotZ 2010, 289 (295); Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 421 (422); Palandt/Bassenge, § 899 a Rn. 6; Witt, BB 2011, 259 (260).

91 Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 421(423); Lautner, DNotZ 2009, 650(671); Kuckein/Jenn, NZG 2009, 849(851); Krauß, notar 2009, 429 (435); Krüger, NZG 2010, 801 (805); Wellenhofer, JuS 2010, 1048 (1050); wohl auch Rebhan, NotBZ 2009, 445 (447); für eine Kondiktionsfestigkeit dag. Witt, BB 2011, 259 (262 f.).

92 Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 421 (423); Lautner, DNotZ 2009, 650 (671); Krauß, notar 2009, 429 (436); Palandt/Bassenge, 70. Aufl., § 899 a Rn. 7.

93 Dafür Lautner, DNotZ 2009, 650 (671); Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 421 (423); Krauß, notar 2009, 429 (435); Rebhan, NotBZ 2009, 445 (447); Heinz, RNotZ 2010, 289 (297ff); dag. Kuckein/Jenn, NZG 2009, 848 (851); Palandt/Bassenge, § 899 a Rn. 5; Krüger, NZG 2010, 801 (805); Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169 (175); Wellenhofer, JuS 2010, 1048 (1050); Witt, BB 2011, 259 (261).

94 Palandt/Bassenge, § 899 a Rn. 5; Bestelmeyer, Rechtspfleger 2010, 169 (175); Krüger, NZG 2010, 801 (805); ders., Festschrift f. Stefan Zimmermann, 2010, 177 (186); Wellenhofer, JuS 2010, 1048 (1050); Witt, BB 2011, 259 (261). Dies bekräftigen auch die Äußerungen aus dem BMJ. S. die Zitate bei Bestelmeyer, Rechtspfleger 2010, 169, 175 Fußn. 70.

95 Krüger, NZG 2010, 801 (805). Ausführlich hierzu Hartmann, ZNotP 2011, 139, 144.

96 Kuckein/Jenn, NZG 2009, 849 (851); Krauß, notar 2009, 429 (436); eingehend Reymann, FS f. Reuter, 2010, 271, 281 ff.

97 Krüger, NZG 2010, 801 (806); in diese Richtung auch Kesseler, NJW 2011, 1909, 1913.

98 Lautner, MittBayNot 2001, 425, 434; Krüger, NZG 2010, 801 (806).

99 RNotZ 2010, 289 (297). Jedenfalls eine Analogie befürwortend auch Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 412 (423).

100 Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 421 (423); Krauß, notar 2009, 429 (435).

101 Hartmann, ZNotP 2011, 139, 143 f. mit einem erweiterten Verständnis des sog. Identitätsgebotes. Im Ergebnis ähnlich Jeep, notar 2011, 147, der den Anspruch gegen die Scheingesellschafter aus § 179 BGB für sicherbar hält. Witt, BB 2011, 259 (263), geht offenbar von einer Fiktion des schuldrechtlichen Anspruchs für die Vormerkung aus.

sichert zu gelten. Der somit nicht sicher erreichbare Vormerkungsschutz kann nur durch Abwicklung des Kaufvertrages über Notaranderkonto kompensiert werden. Der Kaufpreis ist hierbei erst nach erfolgter Um- schreibung des Eigentums auszuzahlen¹⁰².

Was aber trotz dieser vertragsgestalterischen Sicherungsmaßnahmen bleibt, ist das vermeintliche Risiko der Kondiktion nach erfolgtem Rechtserwerb und Auszahlung des Kaufpreises. Doch ob diese tatsächlich droht, sei im Folgenden näher untersucht¹⁰³.

2. Bereichungsrechtliche Rechtslage bei Beschränkung des § 899 a BGB auf das dingliche Geschäft

Angesichts eines fehlenden Kaufvertrages als *causa* lässt sich zunächst durchaus an eine Kondiktion durch die GbR denken, und zwar in der Gestalt einer Leistungskondiktion¹⁰⁴. Die von den Handelnden abgegebene schuldrechtliche Leistungszweckbestimmung ist, wenn sie nicht vertretungsberechtigt waren, der GbR zwar nicht objektiv zurechenbar¹⁰⁵. Für die Frage, wer Leistender im Drei-Personen-Verhältnis ist, kommt es jedoch nach gefestigter Rechtsprechung im Zweifel auf der Perspektive des Empfängers der Leistung an¹⁰⁶. Aus Sicht des Käufers aber erhielt er durch die Handelnden eine Leistungszweckbestimmung der GbR übermittelt. Diese ist also Leistende.

a) Gesetzlicher Kondiktionsausschluss

Eine Leistung der GbR, ohne dass diese hierzu kaufvertraglich verpflichtet war – dies lässt offenbar nur den Schluss zu, dass die GbR kondizieren kann. So jedenfalls – fast einhellig – das Schrifttum¹⁰⁷. Die Reflexhaftigkeit dieses Schlusses verstellt offenbar den Blick. Denn an einem Rechtsgrund gebricht es dem Erwerb gemäß § 899 a BGB nicht. Kaum¹⁰⁸ berücksichtigt wurde nämlich bislang, dass der Käufer im Rahmen des § 899 a BGB aufgrund gesetzlicher Anordnung eines gutgläubigen Erwerbs erwirbt, nämlich – als zivilrechtliches Novum – des gutgläubigen Erwerbs von einer berechtigten, aber durch die eingetragenen Gesellschafter nicht ordnungsgemäß vertretenen GbR¹⁰⁹. Gutgläubiger Erwerb aber trägt seinen Rechtsgrund in sich und ist damit per se kondiktionsfest. Dies war bereits für den historischen Gesetzgeber unzweifelhaft¹¹⁰. Die rechtspolitische Grundsatzentscheidung, dass das Behaltensinteresse des Berechtigten den Nachrang erhält vor dem Schutz des gutgläubigen Verkehrs, war so grundlegend, dass sie nicht mehr mit Mitteln des Bereicherungsrechts infrage gestellt werden sollte¹¹¹. So sieht § 816 Abs. 1 S. 2 BGB eine Ausnahme für die Endgültigkeit des gutgläubigen Erwerbs auch nur für den unentgeltlichen gutgläubigen Erwerb vor. Der Kondiktionsausschluss zugunsten des gutgläubigen entgeltlichen Erwerbers ist dagegen nach allgemeiner Auffassung modellhaft in § 816 Abs. 1 BGB geregelt¹¹².

Dieser gesetzliche Kondiktionsausschluss greift auch im Fall des § 899 a BGB. Dem steht auch nicht – wie vereinzelt behauptet wird – entgegen, dass § 816 Abs. 1 S. 1 BGB in seiner Fassung nur die Nichtleistungskondiktion, nicht aber die hier vorliegende Leistungskondiktion ausschließe¹¹³. Diese Sicht sieht nur

die Tatbestandsmerkmale des § 816 Abs. 1 BGB, nicht aber die hinter dieser Norm stehende *allgemeine* und in den Motiven zum BGB unzweifelhaft erläuterte Grundwertung – wohlgemerkt der Gutgläubenvorschriften¹¹⁴ und nicht erst des Bereicherungsrechts! Die tatbestandliche Beschränkung des § 816 Abs. 1 BGB auf einen Fall der Nichtleistungskondiktion erklärt sich vielmehr daraus, dass bislang ein gutgläubiger Erwerb durch Leistung des Berechtigten undenkbar war. Diesen Fall hat erst § 899 a BGB eingeführt. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB kann ihn daher gar nicht tatbestandlich erfassen¹¹⁵. Auch der über § 899 a BGB vermittelte gutgläubige Erwerb ist damit immer kondiktionsfest, sofern er nur entgeltlich erfolgt¹¹⁶.

b) Ausschluss der Kondiktion der GbR durch Vertragsgestaltung

Wer dieser Einsicht nicht traut, mag ergänzend zu einem Kondiktionsausschluss durch Vertragsgestaltung greifen.

102 Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 421, 423; Rebhan, NotBZ 2009, 445, 450; vgl. auch Heinze, RNotZ 2010, 289, 298.

103 Ausführlich bereits Hartmann, ZNotP 2011, 139, 140–143.

104 Kuckein/Jenn, NZG 2009, 848, 851; Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169, 174; Witt, BB 2011, 259, 260; für eine Nichtleistungskondiktion Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 421, 423; Krauß, notar 2009, 429, 435; Wellenhofer, JuS 2010, 1048, 1050; Lautner, DNotZ 2009, 650, 671; ohne Einordnung Kesseler, NJW 2011, 1909, 1913.

105 § 899 a BGB begründet gerade keine Zurechnung im Schuldrecht. Dies verkennt Reiff, Gedächtnisschrift f. M. Wolf, 2011, 302, 315. I. Erg. zutr. dag. Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 421, 423, und Wellenhofer, JuS 2010, 1048, 1050.

106 St. Rspr., BGHZ 105, 365, 369; 122, 46, 50 f., NJW 1999, 1393, 1394; ZEV 2010, 478, 479; krit. hierzu Reuter/Martinek, § 11 III S. 426.

107 S. Nachweise in Fußn. 104.

108 Eine Ausnahme machen Kuckein/Jenn, NZG 2009, 849, 851, und Witt, BB 2011, 259, 262 f., vgl. auch Krauß, notar 2009, 429, 435; Reymann, FS Reuter, 2010, 271, 278 f.

109 Palandt/Bassenge, § 899 a Rn. 7; Witt, BB 2011, 259, 261 f. Es geht damit im Ergebnis um den Schutz des guten Glaubens an die Vertretungsmacht. So auch Lautner, DNotZ 2009, 650, 652; Krauß, notar 2009, 429, 435; Witt, BB 2011, 259, 260 f.

110 Motive II S. 853: „Daß gegen denjenigen, zu dessen Gunsten der Rechtsverlust eintritt, gegen den Erwerber, eine *condictio* nicht stattfindet, ist auch hier aus dem Zwecke des Gesetzes [der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb] klar“.

111 Allg.M.: BGHZ 36, 56, 60; 37, 363, 368; 55, 176, 177; WM 2000, 320, 321; Erman/H.P.Westermann/P-Buck-Heeb, § 812 Rn. 80, § 816 Rn. 1; Staudinger/Lorenz, Vorbem. § 812 ff. Rn. 36; Palandt/Sprau, § 816 Rn. 1; MüKo/Lieb, 3. Aufl., § 812 Rn. 224, 236; Es-ser/Weyers, Schuldrecht II, § 50 II 1.

112 BGHZ 36, 56, 60; 37, 363, 368; 55, 176, 177; Erman/H.P.Westermann/P-Buck-Heeb, § 812 Rn. 80; Staudinger/Lorenz, Vorbem. § 812 ff. Rn. 36; MüKo/Lieb § 812 Rn. 224, 236; Kop-pensteiner/Kramer, § 9 II 3. S. 101.

113 Kuckein/Jenn, NZG 2009, 849, 851; diesen folgend Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169, 175; ähnlich Kiehnle, ZHR 174 (2010), 209, 221.

114 Motive II S. 853.

115 Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169, 175; Kiehnle, ZHR 174 (2010), 209, 221; Jeep, notar 2011, 147, 150. Dazu, dass § 816 Abs. 1 BGB auf den Gutgläubenserwerb nach § 899 a BGB analog anzuwenden ist: Witt, BB 2011, 259, 263 f.; Jeep, notar 2011, 147, 150, 152; Hartmann, ZNotP 2011, 139, 142 f.

116 So auch Witt, BB 2011, 259, 262 f.; Jeep, notar 2011, 147, 152; Reiff, Gedächtnisschrift f. M. Wolf, 2011, 302, 320, der freilich die Vorschriften des gutgläubigen Erwerbs nicht als *sedes materiae* erkennt, sondern diese Ergebnis unnötigerweise über § 242 BGB konstruiert („Einwendung des kondiktionsfesten gutgläubigen Erwerbs“); leider lediglich referierend Reymann, FS Reuter, 2010, 271, 278 f.

Ein solcher ist ohne großen Aufwand auf Basis der ohnehin dringend zu empfehlenden persönlichen Doppelverpflichtung der für die GbR Handelnden erreichbar. Erklären die Handelnden, auch diese persönlich eingegangene Pflicht zur Eigentumsverschaffung am Grundbesitz tilgen zu wollen¹¹⁷, entsteht ein Leistungsverhältnis *auch* im Verhältnis zwischen Handelnden und Käufer¹¹⁸. Dies allein schließt das zu vermeidende Leistungsverhältnis zwischen GbR und Käufer jedoch noch nicht aus. Das ja nur über den Empfängerhorizont konstruierte Leistungsverhältnis GbR – Käufer lässt sich jedoch ausschließen, indem zwischen Handelnden und Käufer für den theoretischen Fall fehlender schuldrechtliche Vertretungsmacht vereinbart wird, dass das Leistungsverhältnis *nur* zwischen Handelnden und Käufer besteht¹¹⁹. Eine solche Definition des Leistungsverhältnisses durch Vereinbarung ist möglich. Für die Frage, wo das Leistungsverhältnis zu lokaliseren ist, kommt es nach ständiger Rechtsprechung des BGH nämlich primär auf den gemeinsamen Willen der Beteiligten an und nur hilfsweise auf den Empfängerhorizont¹²⁰. Durch diesen gestalterischen Kunstgriff wird das Leistungsverhältnis somit *nur* zwischen den Handelnden und dem Käufer lokalisiert. Dort aber ist infolge der persönlichen Doppelverpflichtung der Handelnden eine *causa* vorhanden. Eine Leistungskondiktion ist von jedweder Seite abgewehrt.

Die dann noch allenfalls infrage stehende Nichtleistungskondiktion der GbR scheitert sodann am Vorrang der Leistungskondiktion: Hat der Käufer das Eigentum durch Leistung erlangt, kann er es nicht zugleich „in sonstiger Weise“ erlangt haben¹²¹. Dieser Vorrang des Leistungsverhältnisses gilt auch in unserer Konstellation¹²². Der vorsichtige Notar kann somit im Ergebnis den m. E. ohnehin ex lege bestehendem Kondiktionsausschluss bei einem Eigentumserwerb gemäß § 899 a BGB zusätzlich gestalterisch absichern.

D. Flankierende Gestaltungen in der notariellen Praxis

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass für die notarielle Praxis eine weitestgehende Entschärfung des Problems „GbR und Grundbesitzererwerb“ zu konstatieren ist: beim Erwerb durch eine GbR aufgrund der klärenden Entscheidung des BGH vom 28. April 2011; bei der Veräußerung durch eine GbR zwar nicht durch § 899 a BGB allein, wohl aber mit Hilfe diverser kaufnarjuristischer Kunstgriffe. Das darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass der verlässliche Nachweis der Vertretungsbefugnisse der GbR in allen übrigen Bereichen des Rechtsverkehrs nach wie vor schwer möglich ist. Eine grundsätzliche und stimmige Lösung des Problems kann nur in der Einführung eines – fakultativen – GbR-Registers bestehen. Bis dahin ist es eine wichtige Aufgabe der notariellen Vertragsgestaltung, eine allgemeine Nachweissicherheit für die Vertretungsverhältnisse der Gesellschaft zu schaffen.

Die Gründung der Gesellschaft ist der dabei der einzige Moment, in dem alle für eine Vertretung nachzuweisenden Faktoren (Bestand, Identität, Gesellschafterkreis

der Gesellschaft, Vertretungsregelung) nachweisbar feststehen¹²³. Es liegt nahe, diesen Moment auszunutzen und eine fortdauernde und verlässlich nachweisbare Vertretungsmacht für die Gesellschaft zu begründen und damit die Nachweissicherheit zu konservieren.

I. Anwendbarkeit des § 172 BGB auf den Gesellschaftsvertrag

1. Meinungsstand

Die bei der Gründung errichtete Gesellschaftsvertragsurkunde weist die organschaftliche Vertretungsmacht der Gesellschafter aus. Dieses Dokument kann aber nur zum dauerhaften Vertretungsnachweis tauglich sein, wenn es einen gesetzlich anerkannten Rechtsscheinstatbestand darstellt. Hierzu müsste § 172 BGB auf den Gesellschaftsvertrag anwendbar sein. Der Analogieschluss wird zwar verbreitet befürwortet¹²⁴. Dagegen hat sich mit dem OLG München¹²⁵ ein anderer Teil der Literatur¹²⁶ positioniert. Der BGH hat sich widersprüchlich geäußert. Einerseits hat er für die Anwendung des § 174 BGB den Gesellschaftsvertrag einer Vollmacht gleich gestellt¹²⁷, andererseits dem Gesellschaftsvertrag jede dauerhafte Nachweistauglichkeit abgesprochen¹²⁸.

2. Stellungnahme

Richtig ist zunächst, dass dem üblichen Gesellschaftsvertrag ausschließlich die Funktion von Innenrecht zukommt. Ihm fehlt als Urkunde die nach außen orientierte Nachweisfunktion und er ist keine auf Aushändigung gerichtete Erklärung¹²⁹. Im Rahmen der autonomen Gestaltung durch die Gesellschafter aber kann die Funktion des Gesellschaftsvertrages als Legitimation der Vertretung nach außen ausdrücklich in der Urkunde niedergelegt werden, der Gesellschaftsvertrag notariell beurkundet werden und jedem der Gesellschafter zum Zwecke der Vertretung eine Ausfertigung des Gesellschaftervertrages ausgehändigt werden¹³⁰. Dadurch

117 Formulierungsvorschlag bei Krauß, notar 2009, 429, 435.

118 Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 421, 423; Krauß, notar 2009, 429, 435.

119 Formulierungsvorschlag bei Hartmann, ZNotP 2011, 139, 140.

120 BGHZ 105, 365 (369); 122, 46 (50); NJW 1999, 1393 (1394); ZEV 2010, 478 (479).

121 BGHZ 56, 228 (240f.).

122 Näher Hartmann, ZNotP 2011, 139, 143.

123 Steffek, ZIP 2009, 1445, 1449; Führ, RNotZ 2011, 155, 157.

124 Hierfür Lautner, MittBayNot 2010, 286, 290; 2011, 32, 34; Wertenbruch, ZIP 2010, 1884, 1886; Steffek, ZIP 2009, 1445, 1455; Leipold, FS Canaris II, 221, 232; Kiehnle, ZHR 174 (2010), 209, 225f.

125 NotBZ 2010, 425, 426.

126 Heil, NJW 2002, 2158; Ruhwinkel, MittBayNot 2007, 92, 95; Schubert, ZNotP 2009, 178, 185f.; Zimmer, MDR 2009, 237, 240; Schöner/Stöber (Fußn. 6), Rn. 3635; Reymann, ZNotP 2011, 84, 90f.

127 BGH DNotZ 2002, 533, 534f.

128 BGH DNotZ 2006, 523, 524: „Das Vertrauen auf die Gesellschaftereigenschaft und die im Gesellschaftsvertrag getroffenen Vertretungsregelungen wird von der Rechtsordnung nicht geschützt.“

129 OLG München NotBZ 2010, 425, 426; Heil, NJW 2002, 2158; Zimmer, MDR 2009, 237, 240; Schubert, ZNotP 2009, 178, 186.

130 Steffek, ZIP 2009, 1445, 1455; Kiehnle, ZHR 174 (2010), 209, 226; so auch Reymann, ZNotP 2011, 84, 90.

erhielte der dem Gesellschaftsvertrag eine der Vollmacht vergleichbare Ausrichtung, ohne dass die Vertretungsmacht dadurch ihren Charakter als organ-schaftliche verlieren würde. Bei Neugründungen von Gesellschaften lässt sich somit eine der Vollmacht vergleichbare Rechtsscheinsträgereigenschaft der Vertragsurkunde schaffen.

Dass bei der GbR infolge der fehlenden Registerpublizität eine Regelungslücke im Hinblick auf die Nachweisbarkeit der Vertretungsverhältnisse besteht, dürfte außer Frage stehen. Diese ist durch die plötzlich erkannte Rechtsfähigkeit der GbR entstanden und war auch als planwidrig anzusehen: Es entsprach dem bis dahin geschlossenen Regelungssystem des Gesetzgebers, für rechtsfähige Personengesellschaften den Vertretungsnachweis mittels Registers zu ermöglichen. Dieser Regelungsplan war nunmehr nur noch lückenhaft umgesetzt. Diese Planwidrigkeit ist auch nicht dadurch entfallen, dass der Gesetzgeber in voller Kenntnis der Problematik sich im ERVGBG mit § 899 a BGB nur zu einer registerrechtlichen Teillösung bereit gefunden hat¹³¹. Damit hat er sich ersichtlich nicht gegen die Möglichkeit eines anderweitigen Vertretungsnachweises durch eine GbR entschieden¹³², sondern das Problem des Vertretungsnachweises eben nur lückenhaft gelöst.

Eine analoge Anwendung des § 172 BGB ist somit zumindest auf solche Gesellschaftsverträge möglich, denen durch entsprechende Ausgestaltung „die Außenrichtung“ in der Vertragsurkunde beigegeben wurde.

3. Praxistauglichkeit des Vertretungsnachweises über den Gesellschaftsvertrag

Damit ist jedoch noch nichts über die Praktikabilität dieses Ansatzes gesagt. Durch den bei Gründung vereinbarten Gesellschaftsvertrag können auf Dauer lediglich die Vertretungsverhältnisse nach außen dokumentiert werden, die zu diesem Zeitpunkt bestanden¹³³. Bei einem Gesellschafterwechsel bedeutet dies, dass die Nachweistauglichkeit der Gründungsurkunde verloren gehen kann: Bestand die GbR z.B. aus drei Gründungsgeschaftern, die gemeinschaftlich die organ-schaftliche Vertretung der Gesellschaft wahrnehmen sollten, und wird einer von ihnen durch einen neuen Gesellschafter ersetzt, ist die Nachweistauglichkeit des Gesellschaftsvertrages dahin. Eine Neufassung des Gesellschaftsvertrages unter Einschluss des Neu-Gesellschafters wiederum vermag keinen Nachweis für die Identität der Gesellschaft mit der ursprünglich gegründeten zu erbringen.

Das Problem des Verlustes der vollen Nachweistauglichkeit im Falle des Gesellschafterwechsels spricht somit dagegen, bei der Gründung der Gesellschaftsvertragsurkunde eine Vollmachtfunktion zuzumessen. Ferner spricht in der Praxis gegen diese Lösung, dass die Anerkennung des erforderlichen Analogieschlusses zu § 172 BGB aufgrund der ablehnenden Entscheidungen des BGH und des OLG München zu ungesichert ist.

II. Die „Geburtsvollmacht“ der GbR für ihre Gesellschafter

1. Zulässigkeit der Gestaltung

Die GbR kann unzweifelhaft Vollmachten gemäß §§ 164 ff. BGB erteilen; sie wird dabei organ-schaftlich durch ihre Gesellschafter vertreten¹³⁴. Daher wird verbreitet vorgeschlagen, dass mit der Erstellung der Gründungsurkunde für die GbR die Gründungsgesellschafter namens der GbR sich selbst rechtsgeschäftliche Vollmachten (§ 164 ff. BGB) erteilen. So sei zumindest eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht der Gesellschafter über § 172 BGB dauerhaft nachweisbar¹³⁵. Anerkannt ist zunächst, dass die GbR dritte Personen – sogar im Wege einer Generalvollmacht – bevollmächtigen kann¹³⁶. Dabei muss nur neben der rechtsgeschäftlich begründeten Vertretungsbefugnis die organ-schaftliche Vertretungsmacht der Gesellschafter bestehen bleiben¹³⁷. Ob und inwieweit die GbR ihren Gesellschaftern rechtsgeschäftliche Vollmachten erteilen kann, ist demgegenüber nicht ganz so eindeutig, wie die Propagandisten der „Geburtsvollmacht“ suggerieren.

a) § 181 BGB

In der Bevollmächtigung eines Gesellschafters durch sich selbst als Organ der GbR liegt ein Insichgeschäft. Sofern jedoch bei der Bevollmächtigung *alle* Gesellschafter namens der GbR als organ-schaftliche Vertreter auftreten, sind die Bedenken ausgeräumt, da in der Mitwirkung aller Gesellschafter im Personengesellschaftsrecht die Gestattung eines Insichgeschäfts ge-sehen wird¹³⁸.

b) Hinderungsgrund organ-schaftliche Vertretungsmacht?

Das Schrifttum zur BGB-Gesellschaft, soweit es diese Frage überhaupt erörtert, bejaht die Zulässigkeit einer rechtsgeschäftlichen Vertretung durch die Gesellschafter in allgemeiner und einschränkungsloser Form¹³⁹. Auch der BGH sah in jüngerer Zeit in zwei Entscheidungen¹⁴⁰ in der Bevollmächtigung eines von zwei BGB-Gesellschaftern offenbar kein Problem. Demgegenüber ist das Meinungsspektrum bei den Personenhandelsgesellschaften uneinheitlicher. Dabei wird

131 Lautner, DNotZ 2009, 650, 661 f.; a. A. Reymann, ZNotP 2011, 84, 90.

132 Dies verkennt Reymann, ZNotP 2011, 84, 90.

133 Vgl. auch Lautner, MittBayNot 2001, 425, 434.

134 BGH, Beschl.v. 20. 1. 2011, V ZB 266/10 Rz 12 zit. nach juris; PWW/v.Ditfurth, BGB, § 714 Rn. 2.

135 Rebhahn, NotBZ 2009, 445, 450; Steffek, ZIP 2009, 1445, 1455; Schubert, ZNotP 2009 178, 182; Tebben, NZG 2009, 288, 292; Kiehnle, ZHR 174 (2010), 214, 225 Fn. 71; Krauß, notar 2009 429, 437f. sowie notar 2010, 360, 364; Reymann, ZNotP 2011, 84, 88f.; Führ, RNotZ 2011, 154, 157.

136 BGHZ 36, 292, 295; NJW 2006, 2980, 2981 (RZ 18); Palandt/Sprau, § 714 Rn. 2.

137 Nur das verlangt der Grundsatz der Selbstorganschaft in diesem Zusammenhang, BGH NJW-RR 1994, 98.

138 BGHZ 58, 115, 118; Soergel/Leptien § 181 Rn. 36; Palandt/Ellenberger, § 181 Rn. 20.

139 MüKo/Ulmer/Schäfer, § 714 Rn. 22; Palandt/Sprau, 714 Rn. 2; Schöner/Stöber, (Fußn. 6), Rn. 3635; PWW/v.Ditfurth, § 714 Rn. 1; Steffek, ZIP 2009, 1445, 1454; Kiehnle, ZHR 174 (2010), 209, 225.

140 BGH NJW 2000, 3272; ZNotP 2005, 270f.

das Nebeneinander von organschaftlicher und gewillkürter Vertretungsmacht als problematisch angesehen.

Die restriktivste Meinung will die Möglichkeit zur Vollmachtteilung an einen Gesellschafter versagen, wenn dieser überhaupt Träger organschaftlicher Vertretungsmacht ist, sei diese auch nur auf eine Gesamtvertretung ausgerichtet¹⁴¹. Die neuere und mittlerweile herrschende Auffassung hält neben dem gänzlich von der organschaftlichen Vertretung ausgeschlossenen Gesellschafter auch den lediglich zur Gesamtvertretung berechtigten für einen tauglichen Adressaten einer rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung¹⁴². Das ist überzeugend, denn der gesamtvertretungsberechtigte Gesellschafter kann die Gesellschaft nicht allein vertreten. Handelt er als einzelvertretungsberechtigter Bevollmächtigter, gibt es daher keine Kollision mit der organschaftlichen Ebene, da er auf dieser nicht tätig werden kann. Folglich kann er insoweit auch nicht seinen organschaftlichen Bindungen unterliegen¹⁴³. Doch auch generell fehlt es für die Einschätzung, organschaftlicher und rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht dürften nicht nebeneinander bestehen, an stringenten Gründen¹⁴⁴. Etwaige rechtssystematische Bedenken müssten überdies jedenfalls bei der GbR hintanstehen: Wegen der fehlenden Nachweisbarkeit organschaftlicher Vertretungsmacht ist es aus praktischen Gründen unerlässlich, die Möglichkeit rechtsgeschäftlicher Vollmacht zuzulassen. Im Ergebnis zu Recht wird diese Problematik daher bei der GbR nicht thematisiert.

Somit gibt es rechtlich keine Hindernisse für eine Erteilung rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht an einzelne oder alle Gesellschafter, gleich ob mit Einzel- oder Gesamtvertretungsbefugnis, sofern diese die organschaftliche Vertretungsebene unberührt lässt und durch alle organschaftlich zur Vertretung berufenen Gesellschafter erteilt wird¹⁴⁵.

2. Hinreichende Reichweite der Legitimationswirkung?

Allerdings wird die Tauglichkeit der Geburtsvollmacht für Nachweise gegenüber dem Grundbuchamt bezweifelt: Durch die Vorlage der Vollmachtsurkunde gemäß § 172 BGB könne kein Nachweis für die *Fortexistenz* der GbR als Vollmachtgeberin erreicht werden¹⁴⁶. Zunächst ist der Einwand in seinem Gewicht stark zu relativieren. Ihre Hauptbedeutung hat die Geburtsvollmacht gerade im allgemeinen Rechtsverkehr und – jedenfalls nach der neuen BGH-Entscheidung – nicht mehr gegenüber dem Grundbuchamt. Auch im Übrigen sind die Bedenken unberechtigt. Fortexistenz ist gleichbedeutend mit dem Fehlen von Erlöschenegründen. Damit aber geht es wiederum im Kern um eine im Rahmen des § 29 GBO nur beschränkt nachweisbare *negative* Tatsache. Daher entspricht es allgemeiner Auffassung, dass hinsichtlich des Fortbestandes einer Vollmacht Nachweiserleichterungen gelten. Danach kann und muss das Grundbuchamt bei einer ihm in der erforderlichen Form vorliegenden Vollmacht aufgrund eines entsprechenden Erfahrungssatzes von deren aktuellen Fortbestand ausgehen, sofern nicht besondere konkrete Umstände für eine Prüfungsnotwendigkeit sprechen¹⁴⁷. Kürzlich haben das OLG Brandenburg¹⁴⁸ und auch das OLG Mün-

chen¹⁴⁹ diese Grundsätze speziell für eine von einer GbR erteilte Vollmacht bestätigt. Dies ist umso bedeutsamer, als gerade das letztgenannte Gericht angesichts seiner rigiden Rechtsprechung zum Nachweis der Vertretungsverhältnisse einer GbR verdächtig erschien, insoweit erhöhte Anforderungen zu stellen¹⁵⁰. Da das Grundbuchamt regelmäßig keinen Anlass haben wird, die Fortdauer der Geburtsvollmacht zu prüfen, ist diese ein taugliches Instrument zur Perpetuierung des Vertretungsnachweises sogar gegenüber dem ansonsten strengen Prüfungsgrundsätzen verpflichteten Grundbuchamt.

Erst Recht ist die Geburtsvollmacht auch allgemein im Rechtsverkehr eine verlässliche Grundlage für den Nachweis der Vertretungsmacht einer GbR. Das Risiko des zwischenzeitlichen Erlöschens der Vollmacht besteht im übrigen nicht bei den praktisch durchaus denkbaren Fällen der Vollbeendigung der GbR durch Vereinigung der Gesellschaftsanteile in der Hand eines Gesellschafters, da hier eine Gesamtrechtsnachfolge eintritt, die Vollmacht also grundsätzlich bestehen bleibt¹⁵¹. Der verbleibende Fall der Vollbeendigung nach Liquidation ist in den Fällen, da für die GbR aufgrund der Vollmacht noch rechtsgeschäftlich gehandelt wird, als völlig theoretisch zu vernachlässigen.

3. Ausgestaltung der Vollmacht

a) Berücksichtigung der mit Zweifeln behafteten Rechtslage

Nach hier vertretener Auffassung kann eine GbR, vertreten durch alle ihre Gesellschafter, diese in gleich welcher Konstellation bevollmächtigen. Jedoch ist im Einzelfall zu erwägen, ob vorsichtshalber der insoweit unsicheren Rechtslage Rechnung getragen werden sollte. Die angeblich problematische Parallelität organschaft-

141 Müko HGB/Krebs 2. Aufl., § 48 Rn. 32; Heymann/Sonnenschein, HGB, § 48 Rn. 10; Baumbach/Hopt, HGB, 14. Aufl., § 48 Rn. 2; GK-HGB/Nickel, § 48 Rn. 5; so wohl auch BGHZ 64, 72, 75: „[...] niemand kann in demselben Bereich gleichzeitig gesetzliche und gewillkürte Vertretungsmacht inne haben [...]“. Dem Widerspruch zu dieser Entscheidung scheint sich der II. Zivilsenat des BGH in seine neueren Entscheidung ZNotP 2005, 270, bemerkenswerterweise nicht im Entferntesten bewusst gewesen zu sein.

142 Staub/Habersack, HGB, 5. Aufl., § 126 Rn. 13; Müko-HGB/K.Schmidt, 3. Aufl., § 125 Rn. 10; Röhricht/Graf von Westphalen/von Gerkan/Haas, HGB, 3. Aufl., § 125 Rn. 4; Röhricht/Graf von Westphalen/Wagner, § 48 Rn. 24; Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn/Weber, HGB, 2. Aufl., § 49 Rn. 20; Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn/Hillmann, § 125 Rn. 7ff.; Hessler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 125 HGB Rn. 14; Koller/Roth/Morck, HGB, 7. Aufl., § 125 Rn. 5; ebenfalls befürwortend, wenngleich mit Zweifeln, Staub/Joost, § 48 Rn. 36.

143 Dies verkennt Müko HGB/Krebs, § 148 Rn. 32.

144 So auch Reymann, ZNotP 2011, 84, 89.

145 So im Ergebnis auch die Linie der neueren BGH-Rechtsprechung in NJW 2000, 3272 und ZNotP 2005, 270f.

146 Reymann, ZNotP 2011, 84, 89.

147 BayObLG Rpfleger 1986, 90; 216; KG DNotZ 1972, 18; OLG Köln Rpfleger 1984, 182; OLG Karlsruhe BWNotZ 1992, 102; Bauer/v. Oefele/Knothe (Fußn. 19), AT VII Rn. 164f.; Schöner/Stöber, (Fußn. 6), Rn. 3581f.; Stiegeler, BWNotZ 1985, 129, 133; Kuhn, RNotZ 2001, 305, 306; Meikel/Hertel, (Fußn. 19), § 29 Rn. 47; Demharter (Fußn. 10), § 19 Rn. 74.

148 NotBZ 2010, 459, 462f.

149 ZNotP 2010, 440, 442f.=NotBZ 2010, 425, 426.

150 So insbesondere die Bedenken bei Reymann, ZNotP 2011, 84, 89.

151 S. nur RGZ 150, 289, 291; Erman/Palm, 12. Aufl. § 168 Rn. 9 Müko/Schramm, § 168 Rn. 26.

licher und rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht ist dadurch zu umgehen, dass die rechtsgeschäftliche Vollmacht an die Gesellschafter aufschiebend dadurch bedingt wird, dass der Bevollmächtigte nicht bereits organschaftlich zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist¹⁵². Dogmatische Bedenken sind hiergegen nun sicher keine anzuführen. Freilich ist der Preis dieser eleganten Lösung eine Unklarheit darüber, ob die Gesellschaft nun organschaftlich oder rechtsgeschäftlich vertreten wird. Dem Rechtsverkehr wird dies regelmäßig gleichgültig sein. Beim Grundbuchamt können allerdings insoweit Nachweisprobleme entstehen. Hier wird das Grundbuchamt zumindest bei Anwendung der strengen Anforderungen des OLG München, die durch die besprochene BGH-Entscheidung ja nicht in allgemeiner Hinsicht obsolet sind, den Nachweis der Vertretungsmacht verlangen: Die organschaftliche ist hier nach nicht nachweisbar, besteht aber möglicherweise. Damit ist auch die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht nicht sicher nachweisbar. Die Fälle, in denen die vorgeschlagene Gestaltung zu praktischen Problemen führt, sind jedoch in der Praxis – wie bereits dargestellt – überwiegend auf anderem Wege lösbar¹⁵³. Überdies ist das Grundbuchamt ohnehin nicht der primäre Adressat der Geburtsvollmacht.

b) Zeitpunkt der Erteilung der Vollmacht

Was den Zeitpunkt der Erteilung der Geburtsvollmacht betrifft, reicht ein „enger zeitlicher Zusammenhang“ mit der Gründung¹⁵⁴ nicht. Schon bei einer Erteilung der Vollmacht drei Stunden nach Gründung könnte sich – zumindest theoretisch – die Vertretungsbefugnis der GbR zwischenzeitlich geändert haben. Damit wäre der Nachweis ihrer wirksamen Vertretung nicht gesichert. Die Vollmacht ist daher unbedingt *bei der Gründung zu erteilen*¹⁵⁵, und zwar als Bestandteil der Gründungsurkunde, etwa als Annex („Abschnitt B.“) zum Gesellschaftsvertrag¹⁵⁶. Sodann können auszugsweise Ausfertigungen, die nur den Kontext der Vollmachtserteilung mit der Gründung und die erteilte Vollmacht erfassen, den Bevollmächtigten ausgehändigt werden (= Vollmachtsurkunde i. S. des § 172 BGB).

c) Reichweite der Vollmacht

Eine von der Gesellschaft erteilte Vollmacht kann auch den Charakter einer Generalvollmacht haben¹⁵⁷. Die Ausprägung als Generalvollmacht ist zu empfehlen, um in jedem Fall im Hinblick auf die Außenrechtsbeziehungen der Gesellschaft eine Harmonisierung mit der Reichweite der organschaftlichen Vertretungsmacht der Gesellschafter zu erreichen. Dabei ist zu beachten, dass die Generalvollmacht keine organschaftlichen Aufgaben erfassen darf, sondern sich auf sämtliche (Außen-)Rechtsbeziehungen mit Dritten beschränken muss. Eine solche Reichweite der rechtsgeschäftlichen Vollmacht steht auch nicht im Widerspruch zu dem Grundsatz, dass eine von gesamtvertretungsberechtigten Gesellschaftern zugunsten eines von ihnen erteilte Ermächtigung zur Einzelvertretung¹⁵⁸ sich nur auf bestimmte Geschäfte oder bestimmte Arten von Geschäften beziehen kann, nicht hingegen den Charakter einer allgemeinen Ermächtigung annehmen darf¹⁵⁹. Jene „Ermächtigung“, die nicht den Charakter

einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht, sondern den einer Erweiterung einer organschaftlichen Vertretungsmacht hat¹⁶⁰, wird von einem Vertreter zugunsten des anderen Vertreters vorgenommen. Daher ist einleuchtend, dass die Vertreter untereinander als „dienende“ Personen nicht die Grundentscheidung des „Geschäftsherrn“ im Gesellschaftsvertrag zugunsten einer Gesamtvertretungsregelung generell aushebeln können dürfen. Diese Einschränkung greift indessen bei der hier in der Rede stehenden Generalvollmacht nicht, da es sich strukturell um eine gänzlich von der Ermächtigungskonstellation verschiedenen Situation handelt¹⁶¹: Hier ist Vollmachtgeber nicht ein anderer organschaftlicher Vertreter sondern die Gesellschaft selbst, vertreten durch alle ihre organschaftlichen Vertreter. Die Gesellschaft disponiert hier selbst über den Schutz einer etwaigen Gesamtvertretung¹⁶².

d) Problematik des Wechsels im Gesellschafterbestand

Ein praktisches Problem ergibt sich beim Ausscheiden eines mit rechtsgeschäftlicher Vollmacht ausgestatteten Gesellschafters und Eintritt eines Nachfolgers. Die Vollmacht zugunsten des ausgeschiedenen Gesellschafters kann problemlos widerrufen werden. Eine beim Eintritt des Neugesellschafters auf diesen erteilte neue Vollmacht kann jedoch nicht mehr den Nachweis der korrekten Vertretung der GbR bei Vollmachtserteilung erbringen¹⁶³. Es gilt daher die Aufgabe zu lösen, dass der neu eintretende Gesellschafter an der gewissermaßen „versteinerten“ Nachweislegitimation der ursprünglich erteilten „Geburtsvollmacht“ teilhaben muss. Hierzu kommen zwei Wege in Betracht:

Zum einen schlägt Reymann¹⁶⁴ vor, die Geburtsvollmachten zugunsten der Gesellschafter mit der Befugnis zur Erteilung von Untervollmachten zu verbinden, die in ihrem Bestand vom Fortbestand der Hauptvollmacht unabhängig sind. Solche Untervollmachten sind zulässig¹⁶⁵. Hierdurch wird durch Erteilung der Untervollmacht durch den ausscheidenden Gesellschafter in wiederum notarieller Form die Legitimationskette auf

152 Dieser Lösungsansatz geht auf eine Anregung von Frau Professorin Dr. Nicola Preuß, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, zurück.

153 S. o. B. II. 4. c).

154 Steffek, ZIP 2009, 1445, 1455.

155 Z. B. Rebhahn, NotBZ 2009, 445, 450; Reymann, ZNotP 2011, 84, 88; Krauß notar 2009, 429, 438.

156 Zutreffend Krauß, notar 2009, 429, 438.

157 MüKo-HGB/K.Schmidt, § 125 Rn. 10; Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn/Hillmann, § 125 Rn. 9; Heymann/Emmerich, § 125 Rn. 6.

158 Dies ist im Gesamtanalogie zu den §§ 125 Abs. 2 S. 2, 150 Abs. 2 S. 1 HGB, §§ 78 Abs. 4, 269 Abs. 4 AktG unstreitig möglich, BGH NJW 1986, 778; MüKo-HGB/K.Schmidt, § 125 Rn. 43 f.

159 BGHZ 13, 61, 65; 34, 27, 30; NJW 1986, 778; Palandt/Sprau, § 714 Rn. 2.

160 BGHZ 64, 72, 76; MüKo-HGB/K.Schmidt, § 125 Rn. 44.

161 MüKo-HGB/K.Schmidt, § 125 Rn. 10; beide Fälle werden von BGH ZNotP 2005, 270, 271, nicht hinreichend sauber von einander geschieden.

162 Reymann, ZNotP 2011, 84, 89; vgl. auch BGH ZNotP 2005, 270, 271.

163 Hertel, DNotZ 2009, 121, 129; Krauß, notar 2009, 429, 438; Führ, RNotZ 2011, 155, 157.

164 ZNotP 2011, 84, 89.

165 MüKo/Schramm, 5. Aufl., § 167 Rn. 103; Staudinger/Schilken, § 167 Rn. 68.

den Moment der Gründung zurückbezogen. Ein Nachweis der Vertretungsmacht im Hinblick auf die Vollmacht des neu eingetretenen Gesellschafters wäre damit sogar dem Grundbuchamt gegenüber in der Form des § 29 GBO möglich. Es ist jedoch weiter darauf zu achten, dass die Untervollmacht wiederum die Befugnis beinhaltet, Untervollmachten zu erteilen, um die Prozedur bei dem Ausscheiden des eingetretenen Gesellschafters wiederum zu ermöglichen.

Der Vorschlag von Gothe/Krauß¹⁶⁶ geht dahin, die Vollmacht dynamisch stets den Personen zu erteilen, die in einem bestimmten Grundbuch, das Eigentum der GbR ausweist, gemäß § 47 Abs. 2 S. 1 GBO eingetragen sind. Durch diese dynamisch ausgefüllte Blankett-Bevollmächtigung ist eine Harmonisierung mit dem Personenkreis möglich, der gemäß § 899 a BGB Träger der Vermutung der Gesellschafterstellung ist. Durch eine notarielle Bescheinigung gemäß § 21 BNotO über den tagesaktuellen Grundbuchstand kann für die konkrete Vertretungssituation die Vollmacht auch in einer § 29 GBO entsprechenden Form um die Person der Bevollmächtigten komplettiert werden. Strukturelle Bedenken gegen die Möglichkeit einer solchen dynamischen Bevollmächtigung sind nicht ersichtlich¹⁶⁷. Freilich ist eine solche Vollmacht erst ab Eintragung der GbR im Grundbuch tauglich, da vorher die Vollmacht nicht erteilt ist. Eine solche Vollmacht vermag somit insbesondere einen Kaufvertragsabschluss durch die erwerbende GbR nicht zu erfassen¹⁶⁸. Diese Schwäche lässt sich allerdings leicht dadurch beheben, dass die Vollmacht auch den Gründungsgesellschaftern erteilt wird.

E. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Erwerb durch eine GbR:

- a) Die Entscheidung des BGH vom 28. 4. 2011 ist hinsichtlich der Anforderungen, die an eine Bestimmtheit der GbR grundbuchlich zu stellen sind, zutreffend.
- b) Der weitgehende Nachweisverzicht, den der BGH im Hinblick auf die Verhältnisse der GbR (Identität, Gesellschafter, Vertretungsregelung) verkündet, ist praktikabel und löst die allermeisten praktischen Probleme beim Erwerb von Grundeigentum durch eine GbR. Die Lö-

sung des BGH ist jedoch dogmatisch unzutreffend begründet.

2. Veräußerung durch eine GbR:

Geht man sicherheitshalber davon aus, dass § 899 a BGB auf schuldrechtliche Kausalverträge zwischen GbR und Käufer *nicht* anwendbar ist, so gilt:

a) Eine Kondiktion der GbR scheidet aus, weil der eingetretene gutgläubige Erwerb den erforderlichen bezieherungsrechtlichen Rechtsgrund in sich trägt. Der Kondiktionsausschluss kann ferner dadurch zusätzlich abgesichert werden, dass die für die GbR Handelnden eine eigene Übereignungsverpflichtung eingehen und zusätzlich vereinbart wird, dass im Falle fehlender Vertretungsmacht der Handelnden das Leistungsverhältnis nur im Verhältnis zwischen den Handelnden und dem Käufer liegt.

b) Ein Vormerkungsschutz ist nicht verlässlich erreichbar. Der einzige sichere Weg, den gutgläubigen Rechteserwerb zu erreichen, ist es daher, den Kaufpreis auf Notaranderkonto bis zur erfolgten Umschreibung zu hinterlegen.

3. Kautelarjuristische Schaffung einer allgemeinen Nachweisgrundlage für die Vertretungsverhältnisse einer GbR:

a) § 172 BGB ist auf den Gründungs-Gesellschaftsvertrag analog anwendbar. Bei einem Gesellschafterwechsel ist die Legitimationsgrundlage jedoch eingeschränkt. Die Lösung ist für die Praxis nicht zu empfehlen.

b) Demgegenüber ist die Erteilung einer „Geburtsvollmacht“ auf die Gesellschafter durch die GbR im Rahmen der Gründungsurkunde eine rechtlich möglich und auch praktikabel ausgestaltbare Grundlage für einen dauerhaften Vertretungsnachweis bei einer GbR.

166 Von Notar Florian Gothe, Solingen, während des Immobilienrechtstage Lübeck 2009 vorgetragen, von Krauß, notar 2009, 429, 438, aufgegriffen.

167 Es findet hier über die Bezugnahme des Grundbuchs entgegen Reymann, ZNotP 2011, 84, 89, keine „Verdinglichung“ der Vollmacht statt. Vielmehr wird das Grundbuch lediglich als Mittel verwendet, die Person der Bevollmächtigten zu bestimmen.

168 Reymann, ZNotP 2011, 84, 89.

Der Handel mit Waren aller Art als Unternehmensgegenstand einer GmbH

– zugleich Anmerkung zu OLG Düsseldorf, RNotZ 2011, 117 ff. –

von Notarassessor Dr. Robert Thoma, Düsseldorf

A. Einleitung

Wird eine GmbH einschließlich einer Unternehmengesellschaft neu errichtet, entstehen im Notariat mit den beteiligten Gründern nicht selten Diskussionen über den Gegenstand des Unternehmens, den die Gesellschafter nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG im Gesellschaftsvertrag festlegen müssen. Insbesondere entstehen Irritationen bei solchen Gesellschaften, die einen sehr allgemeinen

Unternehmensgegenstand wählen möchten. Klassischer Problemfall ist hier der „Handel mit Waren aller Art“ oder der „Im- und Export von Waren aller Art“.

Der Notar, dem die einschlägige Rechtsprechung und Literatur zu dem Thema bekannt ist, wird darauf drängen, den Gegenstand des Unternehmens möglichst zu präzisieren und die geplante Tätigkeit der Gesellschaft genau zu beschreiben, weil er befürchtet, dass die Ein-

tragung der Gesellschaft sonst vom Registergericht abgelehnt wird. Hierbei trifft er allerdings bei vielen Beteiligten auf Unverständnis. Nicht selten wird erwidert, dass doch gerade der gewählte Gegenstand den Bereich und die Art der Betätigung bezeichnet. Er sei eben in dieser Allgemeinheit beabsichtigt. Auch wird nicht selten die Befürchtung geäußert, der Unternehmensgegenstand könnte bei einer weiteren Eingrenzung zu eng gefasst sein und die Gesellschaft nicht in der Lage sein, auf Geschäftschancen zu reagieren, oder ständig gezwungen sein, den Unternehmensgegenstand zu ändern.

Mit diesen Fragen befasste sich auch das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 6. Oktober 2010,¹ die hier besprochen und den Anlass einiger Überlegungen zum Unternehmensgegenstand geben soll, insbesondere wenn er den „Handel mit Waren aller Art“ betrifft.

B. Rechtlicher Hintergrund

I. Allgemeines

Der nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG festzulegende Gegenstand des Unternehmens ist zunächst abzugrenzen vom Gesellschaftszweck. Denn während eine Gesellschaft mit jedem beliebigen Zweck, soweit er nur mit dem Gesetz vereinbar ist, gegründet werden kann, beschreibt der Gegenstand des Unternehmens den Bereich und die Art der Betätigung der Gesellschaft.² Bei gewerblichen Unternehmen werden sich Gesellschaftszweck und Gegenstand des Unternehmens zwar regelmäßig decken, zwingend ist dies allerdings nicht.³ Die Absicht, den Unternehmensgegenstand auch zu verfolgen, muss tatsächlich vorhanden sein.⁴ Wird ein fiktiver Unternehmensgegenstand angegeben, wie etwa bei der verdeckten Vorratsgründung, so kann der Gründungsvorgang als Scheingeschäft nach § 117 BGB nichtig sein.⁵

Wie auch die Regelung in § 10 Abs. 1 GmbHG zeigt, die eine Veröffentlichung des Unternehmensgegenstands im Handelsregister anordnet, ist es vorrangiges Ziel des § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG nach außen den Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit für die beteiligten Wirtschaftskreise hinreichend erkennbar zu machen.⁶ Aus § 37 Abs. 1 GmbHG lässt sich weiterhin ablesen, dass der Gegenstand des Unternehmens als durch den Gesellschaftsvertrag gesetzte Beschränkung die Geschäftsführer der Gesellschaft im Innenverhältnis verpflichtet, nicht willkürlich den Gegenstand des Unternehmens zu überschreiten.⁷ Teilweise wird auch vertreten, der Unternehmensgegenstand verpflichtet die Geschäftsführung, diesen auch vollständig auszufüllen, also nicht zu unterschreiten.⁸ Die Gesellschafterminderheit soll durch die Festlegung des Gegenstands vor einer willkürlichen Ausweitung des Betätigungsfeldes und damit verbundenen wirtschaftlichen Risiken geschützt werden.⁹ Ein abweichender billigender Mehrheitsbeschluss ist daher anfechtbar und ein hingenommener satzungswidriger Zustand durch Klage auf Unterlassung und Rückgängigmachung angreifbar.¹⁰ Auch spielt der Gegenstand des

Unternehmens bei der Bestimmung des Wettbewerbsverbots der Geschäftsführer und der Gesellschafter¹¹ sowie bei der Bestimmung des Umfangs der Treuepflicht der Gesellschafter¹² eine Rolle.

Die Angabe des Unternehmensgegenstandes soll darüber hinaus dem Registergericht die Überprüfung der Erlaubtheit der geplanten Betätigung der Gesellschaft ermöglichen.¹³ Bis zum Inkrafttreten des MoMiG verlangte § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG, dass für den Fall, dass der Gegenstand des Unternehmens der behördlichen Genehmigung bedarf, mit der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister auch die entsprechende Genehmigung vorgelegt wurde, was in der Praxis oft erhebliche Probleme und Verzögerungen im Eintragungsverfahren verursachte. Durch das MoMiG wurde § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG ersatzlos gestrichen.¹⁴ Damit ist die Erteilung einer für die geplante Betätigung der Gesellschaft erforderliche Genehmigung keine Voraussetzung mehr für die Eintragung der GmbH im Handelsregister. Das Handelsregister hat sie somit – jedenfalls im Gründungsverfahren – auch nicht mehr zu prüfen.¹⁵

Da somit der Gegenstand des Unternehmens im geltenden GmbH-Recht verschiedene Funktionen erfüllt, ist der Gesetzgeber Vorschlägen im Regierungsentwurf des MoMiG zu einer Mustersatzung mit lediglich drei alternativen Unternehmensgegenständen (Handel mit Waren, Produktion von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen) nicht gefolgt. Denn damit hätte sich der Gesetzgeber generell vom Gebot der Festlegung eines bestimmten Unternehmensgegenstandes getrennt, ohne für die damit entstehende Lücke einen sinnvollen Ersatz anzubieten.¹⁶

1 OLG Düsseldorf RNotZ 2011, 117 ff. = DNotZ 2011, 444 ff. = NZG 2011, 1352 = EWiR 2010, 759 f., m. Anm. Wachter.

2 Vgl. nur Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 1 Rn. 5 ff.; § 3 Rn. 7 ff.; Müko-GmbHG/Wicke, 2010, § 3 Rn. 9; Kafka/Willer/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 928, jeweils m. w. N.

3 Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 1 Rn. 5 ff.; § 3 Rn. 7 ff.

4 KG MittRhNotK 1997, 32; Kafka/Willer/Kühn, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 928.

5 BGH NJW 1992, 1824 ff.; Scholz/Emmerich, GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 3 Rn. 11; Heckschen/Heidinger; Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2009, § 4 Rn. 62.

6 BGH DB 1981, 466; Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 3 Rn. 7; Scholz/Emmerich, a.a.O. (Fn. 5), § 3 Rn. 12.

7 Baumbach/Hueck, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rn. 7; Scholz/Emmerich, a.a.O. (Fn. 5), § 3 Rn. 12; Heckschen/Heidinger § 4 Rn. 55; Scholz/Emmerich § 3 Rn. 10; Michalski § 3 Rn. 7; Müko-GmbHG-Wicke, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rn. 10.

8 Schröder/Cannivé, NZG 2008, 1, wohl auch Müko-GmbHG-Wicke, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rn. 10.

9 Müko-GmbHG-Wicke, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rn. 11.

10 Müko-GmbHG-Wicke, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rn. 11; Scholz/Priester, a.a.O. (Fn. 5), § 3 Rn. 34.

11 Heckschen/Heidinger, a.a.O. (Fn. 5), § 4 Rn. 55; Müko-GmbHG-Wicke, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rn. 11; Michalski/Michalski, a.a.O. (Fn. 17), § 13 Rn. 244f.; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 17. Aufl. 2009, Anh. § 6 Rn. 22.

12 BGH NJW 1976, 191; Müko-GmbHG/Wicke, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rn. 11; Müko-GmbHG/Goette, a.a.O. (Fn. 2), § 1 Rn. 2.

13 Baumbach/Hueck § 3 Rn. 7; Müko-GmbHG-Wicke, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rn. 10.

14 Vgl. hierzu ausführlich Heckschen, Das MoMiG in der notariellen Praxis, 2009, Rn. 19 ff.

15 Heckschen/Heidinger, a.a.O. (Fn. 5), § 4 Rn. 57; Heckschen, a.a.O. (Fn. 14), Rn. 21.

16 Vgl. hierzu etwa Schröder/Cannivé NZG 2008, 1, 3 ff.

II. Individualisierung

Sind damit Funktion und Bedeutung des Unternehmensgegenstands beschrieben, lautet die in der notariellen Praxis zentrale Frage für die praktische Anwendung des § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, welche Anforderungen an die Konkretisierung und Individualisierung des Unternehmensgegenstands zu stellen sind.¹⁷ Das GmbHG selbst enthält in § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG keinerlei weitere Anforderungen, etwa inhaltlicher Art, wie der Unternehmensgegenstand zu fassen ist. Der Wortlaut der Vorschrift unterscheidet sich in auffälliger Weise von dem der Parallelvorschrift des § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG, der anordnet, dass bei Industrie- und Handelsunternehmen die Art der Erzeugnisse und Waren, die hergestellt und gehandelt werden, näher anzugeben sind. Während die frühere Praxis im Hinblick auf die inhaltlichen Anforderungen an den Unternehmensgegenstand eher großzügig verfuhr,¹⁸ folgert die heutige herrschende Meinung aus dem oben genannten Zweck des § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, dass als Unternehmensgegenstand der konkrete Tätigkeitsbereich der GmbH möglichst exakt und individuell wiederzugeben ist, so dass sich die beteiligten Verkehrskreise ein Bild vom Schwerpunkt der Tätigkeit machen können.¹⁹ Ins Detail gehende Bezeichnungen sind jedoch nicht geboten.²⁰ Überzogene Anforderung würden die Gesellschaft über Gebühr einschränken, flexibel auf Marktgegebenheiten zu reagieren.²¹

Sogenannte Leerformeln wie der „Betrieb eines Kaufmannsgeschäfts“, „Handelsgeschäfte aller Art“, „Produktion und Vertrieb von Waren aller Art“, „Betreiben von Handelsgeschäften“ reichen damit nach herrschender Meinung nicht aus.²² Begründet wird dies vor allem damit, dass die Vorschriften der §§ 3 Abs. 1 Nr. 2 und 10 Abs. 1 GmbHG andernfalls sinnentleert würden und in diesem Fall auf die Aufnahme des Gegenstandes in den Gesellschaftsvertrag überhaupt verzichtet werden könnte.²³

Dem ist vor dem Hintergrund der Bedeutung des Unternehmensgegenstands insbesondere im Hinblick auf die damit hergestellte Transparenz der gesellschaftlichen Verhältnisse sowohl für Dritte als auch für die Gesellschafter und ihre Geschäftsführer selbst grundsätzlich zuzustimmen. Es bleibt jedoch zu beachten, dass § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG lediglich zum Ziel hat den Bereich und die Art der Betätigung der Gesellschaft zu umschreiben und damit festzulegen. Auszugehen ist somit von den Überlegungen der Gesellschafter, welchen Gegenstand sie mit dem von ihnen gegründeten Unternehmen verfolgen wollen. Die Aufnahme eines sehr allgemein gefassten Unternehmensgegenstandes muss daher dann zulässig sein, wenn Bereich und Art der geplanten Tätigkeit der Gesellschaft tatsächlich derart weit gemeint sind.²⁴ Würde man anders entscheiden, würden die Anforderungen an die Konkretisierung des Unternehmensgegenstandes die unternehmerische Freiheit der beteiligten Gesellschafter unzulässig beschränken, denn letztlich liefe dies nicht nur auf ein Verbot bestimmter Unternehmensgegenstände hinaus, sondern auch auf ein Verbot bestimmter Betätigungen durch eine GmbH, die im Gesetz aber an keiner Stelle angelegt ist. Die Gesellschafter wären gezwungen, nur

für Zwecke der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister den Gegenstand des Unternehmens enger zu fassen als er tatsächlich gemeint ist.²⁵

C. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf

Vor diesem Hintergrund hatte sich zuletzt das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 6. Oktober 2010 mit der Individualisierung des Unternehmensgegenstandes zu befassen.²⁶

I. Sachverhalt

Im konkreten Fall war eine Unternehmergeellschaft gegründet worden, deren Unternehmensgegenstand bestimmt war mit der „Erbringung von Dienstleistungen im Media- und Marketinggewerbe, Organisation von Events, Eingehen von Vermittlungsgeschäften (. . .) sowie der Handel mit Waren aller Art, soweit der Handel nicht einer besonderen behördlichen Erlaubnis bedarf, die Inbetriebnahme und Wartung von E-Web- und E-Commerce-Auftritten im Internet“. Dieser Gegenstand wurde vom Registergericht mit der Begründung beanstandet, der Unternehmensgegenstand sei zum Teil, nämlich soweit er den „Handel mit Waren aller Art“ umfasse, zu weit gefasst. Hiergegen machte die Gesellschaft u. a. geltend, dass eine weitere Einschränkung des Unternehmensgegenstandes nicht möglich sei, weil die Gesellschaft beabsichtige, Warenbestände aller Art bei unterschiedlichen Bezugsquellen (z. B. Kaufhäusern, die ebenfalls Waren aller Art verkaufen) zu beziehen und sie dann über eigenen Handel zu vertreiben. Nachdem das Registergericht diese Begründung nicht gelten lassen wollte, konkretisierte die Gesellschaft den Unternehmensgegenstand, wobei insbesondere der „Handel mit Waren aller Art“ durch den „Handel und Vertrieb von Verbrauchs- und Konsumgütern“ ersetzt wurde. Auch dieser Unternehmensgegenstand wurde jedoch vom Registergericht wegen fehlender Konkretisierung des Unternehmensgegenstandes beanstandet und der Eintragungsantrag zurückgewiesen. Der hiergegen gerichteten Beschwerde wurde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Düsseldorf zur Entscheidung vorgelegt. Die Beschwerde der Gesellschaft blieb in der Sache ohne Erfolg.

17 So auch MüKo-GmbHG-Wicke, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rn. 13; Michalski/Michalski, GmbHG, 2002, § 3 Rn. 8.

18 Vgl. etwa RGZ 62, 96, 98.

19 BGH WM 1981, 162, 164; BGHZ 117, 323, 334; BayObLG NZG 2003, 482; Lutter/Hommelhoff, a.a.O. (Fn. 11), § 3 Rn. 6; Scholz/Emmerich, a.a.O. (Fn. 5), § 3 Rn. 13.

20 Michalski/Michalski, a.a.O. (Fn. 17), § 3 Rn. 8.

21 Heckschen/Heidinger, a.a.O. (Fn. 5), § 4 Rn. 59; MüKo-GmbHG/Wicke, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rn. 13.

22 Baumbach/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rn. 8; Scholz/Emmerich, a.a.O. (Fn. 5), § 3 Rn. 15, jeweils mit weiteren Nachweisen.

23 So z. B. BayObLG, NZG 2003, 482.

24 Michalski/Michalski, a.a.O. (Fn. 17), § 3 Rn. 9; MüKo-GmbHG/Wicke, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rn. 16; im Grundsatz auch OLG Düsseldorf, RNotZ 2011, 117, 119; OLG Düsseldorf, NJW 1070, 815; so zum AktG auch Schmidt/Lutter/Seibt, AktG, 2008, § 23 Rn. 36; KölnerKomm. AktG/Arnold, 3. Aufl. 2011, § 23 Rn. 85 m. w. N.

25 MüKo-GmbHG/Wicke, a.a.O. (Fn. 2), § 3 Rn. 16.

26 OLG Düsseldorf, RNotZ 2011, 117.

II. Begründung

In der Begründung seiner ablehnenden Entscheidung nimmt das Gericht zunächst ebenfalls auf die in Abschnitt B. aufgezeigten allgemeinen rechtlichen Anforderungen an den Unternehmensgegenstand und die erforderliche Individualisierung Bezug. Dabei wird unter Hinweis auf die frühere Rechtssprechung des OLG Düsseldorf auch konstatiert, dass „die zu verlangende Konkretisierung (. . .) im Ergebnis nicht auf eine von den Gesellschaftern nicht gewollte Beschränkung der tatsächlich geplanten Unternehmungen hinauslaufen“ darf, andererseits „allgemeinere Angaben wie „Export und Import“ allenfalls genügen, wenn tatsächlich eine sinnvollerweise nicht näher konkretisierbare Vielfalt von Geschäften getätig bzw. beabsichtigt ist“.²⁷

Im Anschluss wird der von der Gesellschaft gewählte ursprüngliche Gegenstand als auch der später angepasste Gegenstand als zu unbestimmt abgelehnt. Aus der Darstellung der Gesellschaft schließt das Gericht, dass hier eine genauere Beschreibung des Unternehmensgegenstands möglich gewesen wäre, jedenfalls durch die Beifügung besonderer Schwerpunkte der Betätigung, sprachlich eingeleitet durch ein dem allgemeinen Gegenstand beigefügtes „insbesondere“, nach dem dann die beabsichtigten Schwerpunkte der Geschäftstätigkeit aufzuzählen gewesen wären.

III. Bewertung

Die Entscheidung ist im Ergebnis abzulehnen.²⁸ Das Registergericht hätte die Gesellschaft bereits mit dem ursprünglichen Unternehmensgegenstand „Handel mit Waren aller Art, soweit der Handel nicht einer besonderen behördlichen Erlaubnis bedarf“ eintragen müssen, erst recht jedoch mit dem geänderten Unternehmensgegenstand, der sich auf den „Handel und Vertrieb von Verbrauchs- und Konsumgütern“ beschränkte.

Die Begründung dafür liefert das Gericht selbst, indem es im Hinblick auf die erforderliche Individualisierung des Unternehmensgegenstandes feststellt, dass „die zu verlangende Konkretisierung (. . .) im Ergebnis nicht auf eine von den Gesellschaftern nicht gewollte Beschränkung der tatsächlich geplanten Unternehmungen hinauslaufen“ dürfe, und „allgemeinere Angaben wie „Export und Import“ (. . .) genügen, wenn tatsächlich eine sinnvollerweise nicht näher konkretisierbare Vielfalt von Geschäften getätig bzw. beabsichtigt ist“.²⁹

Die Gesellschaft hatte vorgebracht, mit Waren aller Art handeln zu wollen. Dies wird durch ihre Ausführungen gegenüber dem Registergericht nur bestätigt. Auf die Beanstandung des Registergerichts hin war der Gegenstand des Unternehmens sogar noch weiter konkretisiert und beschränkt worden auf den Handel und Vertrieb von Verbrauchs- und Konsumgütern, obwohl das aus Sicht der Gesellschafter möglicherweise schon eine Beschränkung darstellte und nur der Beanstandung des Registergerichts geschuldet war. Jedenfalls waren damit der Bereich und die Art der Betätigung der Gesellschaft beschrieben. Eine weitere Konkretisierung war nicht möglich, weil dies zu einer Beschränkung der

von der Gesellschaft beabsichtigten Betätigung geführt hätte.

An dem Fall zeigt sich deutlich, dass in der Praxis eine Grenze zu ziehen ist zwischen dem Gegenstand des „Handels mit Waren aller Art“ und anderen regelmäßig als zu unbestimmt angesehenen Unternehmensgegenständen wie der „Produktion von Gütern aller Art“ oder der Erbringung von „Dienstleistungen aller Art“.³⁰ Denn während in anderen Bereichen wie der Produktion oder der Erbringung von Dienstleistungen schwerlich vorstellbar ist, dass die gründenden Gesellschafter nicht bereits eine konkrete Vorstellung davon haben, welche Produkte sie herstellen wollen oder welche Dienste sie erbringen wollen, ist es im Bereich des Handels nicht abwegig anzunehmen, dass die Gesellschafter ganz allgemein planen, mit allem zu handeln, was ihnen „in die Quere“ kommt,³¹ solange nur die Möglichkeit gesehen wird, diese Güter preiswerter einzukaufen als zu verkaufen.

Haben die Gründer vor, mit der Gesellschaft den „Handel mit Waren aller Art“ oder den „Im- und Export von Waren aller Art“ zu betreiben, so ist auch nicht ersichtlich, wie dann dieser Gegenstand durch die Nennung von Schwerpunkten weiter konkretisiert werden könnte, wenn es solche Schwerpunkte nicht oder zumindest noch nicht gibt. Denn zwingt man die Gründer dazu, den Gegenstand durch eine nähere Bestimmung weiter zu konkretisieren (. . . , insbesondere mit . . .), so zwingt man sie zu einer ungewollten Festlegung, denn durch die nach dem „insbesondere“ genannten Bestimmungen wird ein vermeintlicher Schwerpunkt des Handels festgelegt. Ändert sich der Schwerpunkt oder wird einer der dort genannten Schwerpunkte später gar aufgegeben, wird der Gegenstand schon falsch, weil die Gesellschaft dann eben nicht mehr „insbesondere“ den Handel mit den dort genannten Gütern betreibt. Die Rechtsprechung zwingt die Gesellschafter mit einem solchen Erfordernis also im besten Fall dazu, den Gegenstand des Unternehmens ständig zu ändern, um ihn den aktuellen Gegebenheiten anzupassen, und verleitet sie im schlimmsten Fall dazu, Schwerpunkte ihrer Betätigung anzugeben, die nicht den Planungen entsprechen, nur um die Eintragung der Gesellschaft zu erreichen. Wird jedoch ein Unternehmensgegenstand angeben, der tatsächlich von der Gesellschaft nicht verfolgt wird, droht die Unwirksamkeit des Gründungsvorgangs nach § 117 BGB.³²

In dem vom OLG Düsseldorf zu entscheidenden Fall hatte die Gesellschaft selbst den von ihr gewählten Gegenstand durch den Ausschluss solcher Aktivitäten eingeschränkt, für die besondere Genehmigungspflichten bestehen. Auch einen solchen Zusatz wird man beim „Handel mit Waren aller Art“ oder vergleichbaren Gegenständen nicht grundsätzlich verlangen können. Zwar ist ein solcher Zusatz auch nach Abschaffung der da-

27 OLG Düsseldorf, RNotZ 2011, 117, 119.

28 So auch Wachter, EWiR 2010, 779f.

29 OLG Düsseldorf, RNotZ 2011, 117, 119; vgl. auch schon OLG Düsseldorf, NJW 1970, 815.

30 So auch Kafka/Willer/Kühn, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 932.

31 So die Formulierung von Kafka/Willer/Kühn, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 932.

32 Vgl. hierzu auch schon die Nachweise in Fn. 5.

hingehenden Prüfungspflicht des Handelsregisters in § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG weiterhin möglich, jedoch wird eine Eintragung nur dann erforderlich sein, wenn der Gegenstand die Ausübung der fraglichen genehmigungspflichtigen Tätigkeit nahe legt, wie etwa bei dem häufig vorkommenden Ausschluss der nach § 34 c GewO erlaubnispflichtigen Tätigkeiten oder bei dem „Betrieb einer Spedition, jedoch ohne Durchführung eigener Transporte“.³³ Man wird kaum annehmen können, dass der Handel mit Waren aller Art grundsätzlich einer Genehmigung bedürfte oder nahe legt, die Gesellschaft plane in jedem Fall den Handel mit solchen Waren, der einer besonderen behördlichen Erlaubnis bedarf, etwa mit Kriegswaffen oder Arzneimitteln.

D. Zusammenfassung und Ergebnis

Bei der Gründung der Gesellschaft ist gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG im Gesellschaftsvertrag der Gegenstand der Gesellschaft anzugeben. Der Gegenstand der Gesellschaft beschreibt den Bereich und die Art der geplanten Tätigkeit der Gesellschaft. Er ist in der Weise zu konkretisieren, dass zumindest der Schwerpunkt der geplanten Tätigkeit erkennbar wird, ohne überzogene, die Flexibilität der Gesellschaft einschränkende An-

forderungen zu stellen. Die Aufnahme eines sehr allgemein gefassten Unternehmensgegenstandes muss dann zulässig sein, wenn Bereich und Art der geplanten Tätigkeit der Gesellschaft tatsächlich derart weit gemeint sind, weil sonst die Anforderungen an die Konkretisierung des Unternehmensgegenstandes die unternehmerische Freiheit der beteiligten Gesellschafter unzulässig beschränken würden. Dies gilt insbesondere für den „Handel mit Waren aller Art“, wenn Anhaltpunkte für einen tatsächlich abweichenden oder begrenzteren Unternehmensgegenstand nicht vorhanden sind. Die aus der Rechtsprechung erkennbare gegenständige Entwicklung ist abzulehnen. Und so ist zu Recht angemerkt worden, die hier besprochene Entscheidung des OLG Düsseldorf sei Anlass, die bisherige Rechtsprechung zur Konkretisierung des Unternehmensgegenstandes zu überdenken.³⁴ Bis dahin wird der Notar, wenn möglich, zu einer weiteren Konkretisierung durch die Nennung von Schwerpunkten raten. Ist dies den Gesellschaftern nicht möglich, droht jedenfalls nach der Auffassung des OLG Düsseldorf die Zurückweisung des Eintragungsantrags. Eine Gesellschaft mit einem derartigen Betätigungsfeld kann dann nicht gegründet werden.

33 So auch Kafka/Willer/Kühn, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 930.

34 So Wachter, EWiR 2010, 759, 760.

Rechtsprechung

1. Liegenschaftsrecht – Zur Rechtsnatur der Verwalterzustimmung nach § 12 WEG

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. 5. 2011 – 3 Wx 70/11 – mit Anmerkung von Notar Dr. Christian Kesseler, Düren)

GBO § 78

WEG § 12

1. Ist als Inhalt des Sondereigentums vereinbart, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten (hier: des WEG-Verwalters) bedarf, so stellt dies keine Verfügungsbeschränkung als Ausnahme von § 137 S. 1 BGB dar (so aber OLG Hamm NJW-RR 2010, 1524f.), sondern eine Beschränkung des Rechtsinhalts des Wohnungseigentums.

2. Ist der schuldrechtliche Vertrag bereits geschlossen worden, so ist die alsdann erklärte Zustimmung endgültig wirksam und nicht mehr widerruflich, sobald sie von dem im Zeitpunkt der Erklärung Zustimmungsberechtigten gegenüber den Vertragsparteien oder dem mit dem Vollzug beauftragten Notar erklärt worden ist; ob die Be rechtigung des Zustimmenden noch im Zeitpunkt der Stellung des Umschreibungsantrages vor liegt oder bereits entfallen ist (hier: mit Blick auf das Ende der Verwalterbestellung), ist nicht von Belang.

3. Liegen die Voraussetzungen des § 78 Abs. 2 S. 1 GBO vor, so ist die Rechtsbeschwerde gleichwohl nicht zulassen, wenn dieses Rechtsmittel (hier wegen fehlender Beschwerdeberechtigung) nicht in zulässiger Weise eingelegt werden kann.

Zum Sachverhalt:

I. Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 22. 11. 2010 veräußerten die Bet. zu 1) den im hiesigen Beschlusseingang bezeichneten Grundbesitz an die Bet. zu 2). Im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs ist vermerkt, dass der Wohnungseigentümer zur Veräußerung des Wohnungs- und Teileigentums der Zustimmung des Verwalters bedarf.

Am 25. 11. 2010 wurde unter anderem eine Auflassungsvormerkung zugunsten der Bet. zu 2) im Grundbuch eingetragen. Am 7. 12. 2010 stimmte der Verwalter des Objektes der Veräußerung „ohne jede Einschränkung“ in notariell beglaubigter Form zu. Aus dem Verwalternachweis – einer notariell beglaubigten Niederschrift der ordentlichen Eigentümerversammlung der Wohnungseigentümergemeinschaft vom 15. 4. 2008 – ergab sich, dass der zustimmende Verwalter für die Zeit vom 1. 1. 2009 bis zum 31. 12. 2010 bestellt war.

Nachdem auch die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes D. unter dem 7. 1. 2011 vorlag, haben die Bet. durch die vertretende Notarin mit Schrift vom 10. 1. 2011 die Eigentumsumschreibung auf die Erwerber bewilligt und beantragt sowie einen Antrag auf Löschung der Auflassungsvormerkung gestellt. Die Anträge sind am 12. 1. 2011 beim GBA eingegangen.

Daraufhin hat dieses durch die angefochtene Zwischenverfügung beanstandet, da die Verwalterbestellung vor Ein-

gang des Eintragungsantrages abgelaufen sei, müsse entweder deren Verlängerung oder die Zustimmung des neu bestellten Verwalters nachgewiesen werden.

Hiergegen wenden sich die Bet. mit ihrem durch Schrift der sie vertretenden Notarin vom 17. 2. 2011 eingelegten Rechtsmittel, mit dessen Begründung sie der Rechtsauffassung des GBA umfangreich entgegentreten.

Mit Beschluss vom 21. 2. 2011 hat das GBA erklärt, dem Rechtsmittel werde aus den Gründen der angefochtenen Zwischenverfügung – in der auf Rechtsprechung des OLG Hamm Bezug genommen war – nicht abgeholfen, und die Sache werde dem OLG Düsseldorf zur Entscheidung vorgelegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Grundakte Bezug genommen.

Aus den Gründen:

II. Das gemäß §§ 71 Abs. 1, 72, 73 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 GBO als Beschwerde zulässige Rechtsmittel der Bet., das nach der vom GBA ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe beim Senat zur Entscheidung angefallen ist (vgl. § 75 GBO), hat auch in der Sache Erfolg. Der Senat vermag sich der Rechtsauffassung unter anderem des OLG Hamm (NJW-RR 2010, S. 1524 f.) nicht anzuschließen.

Nach § 12 Abs. 1 WEG kann als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf. Dies ist hier geschehen, indem die Erforderlichkeit einer Verwalterzustimmung vorgesehen ist. Das hat gemäß § 12 Abs. 3 S. 1 WEG zur Folge, dass eine Veräußerung des Wohnungseigentums und ein Vertrag, durch den sich der Wohnungseigentümer zu einer solchen Vereinbarung verpflichtet, unwirksam sind, solange nicht „die erforderliche Zustimmung“ erteilt ist. Dem Wortlaut dieser Vorschrift ist zu entnehmen, dass die Zustimmung für beide Rechtsgeschäfte nur einheitlich erteilt und beurteilt werden kann, mithin nicht etwa zwei Zustimmungserklärungen erforderlich sind (Bärmann-Klein, 11. Aufl. 2010, § 12 WEG Rn. 32 m. w. N.). Dann aber ist der Ansicht zu folgen, dass eine Vereinbarung nach § 12 Abs. 1 WEG keine Verfügungsbeschränkung bedeutet – nämlich als Ausnahme von § 137 S. 1 BGB –, sondern eine Beschränkung des Rechtsinhalts des Wohnungseigentums. Das hat für den praktisch ganz im Vordergrund stehenden Fall, dass der schuldrechtliche Vertrag bereits geschlossen worden ist, zur Folge, dass die als dann erklärte Zustimmung endgültig wirksam und im Übrigen auch nicht mehr widerruflich ist, sobald sie von dem im Zeitpunkt der Erklärung Zustimmungsberechtigten gegenüber den Vertragsparteien oder dem mit dem Vollzug beauftragten Notar erklärt worden ist. Dementsprechend lässt es die Fortdauer dieser Wirksamkeit unberührt, wenn die Zustimmungsberechtigung entfällt, bevor die Auflösung bindend geworden und der Antrag auf Eigentumsumschreibung im Grundbuch gestellt ist; mit anderen Worten kommt es auf die Frage, ob die Berechtigung des Zustimmenden noch im Zeitpunkt der Stellung des Umschreibungsantrages vorliegt, nicht an (in diesem Sinne: Bauer/von Oeferle-Kössinger, 2. Aufl. 2006, § 19 GBO Rn. 199 bis 210;

Bärmann-Klein a.a.O., Rn. 33; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, 9. Aufl. 2010, § 12 WEG Rn. 38; Staudinger-Gursky, Neubearb. 2007, § 878 BGB Rn. 29; Kesseler, RNotZ 2005, 543 ff.; Schmidt, ZWE 2010, 394 ff.; Hügel, ZWE 2010, 457 ff.; Schneider, ZMR 2011, 146 f.; im Ergebnis auch: MünchKomm/Commichau, 5. Aufl. 2009, § 12 BGB Rn. 45; Meikel-Böttcher, 10. Aufl. 2009, Anh. §§ 19, 20 GBO Rn. 138; wohl auch: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 2904, 2904 a; demgegenüber behandelt LG Wuppertal MittRhNotK 1982, 207 f. eine andere Fragestellung). Jedenfalls für den Regelfall des nachträglichen Entfallens der Zustimmungsberechtigung folgt der Senat nicht der Gegenansicht (OLG Celle RNotZ 2005, 542 f.; OLG Hamm NJW-RR 2010, 1524 f.; Demharter, 27. Aufl. 2010, Anh. § 3 GBO Rn. 38 i. V. m. § 19 Rn. 60 f.; Palandt-Bassenge, BGB, 70. Aufl. 2011, § 12 WEG Rn. 7; Erman-Grziwotz, BGB, 12. Aufl. 2008, § 12 WEG Rn. 5); danach stellt eine Vereinbarung nach § 12 Abs. 1 WEG eine ausnahmsweise gesetzlich zugelassene rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung dar, wobei das den Wohnungseigentümer in seiner Verfügungsbefugnis beschränkende Zustimmungserfordernis sowohl das schuldrechtliche Grundgeschäft als auch die dingliche Übertragung des Wohnungseigentums erfasst mit der Folge, dass das Vorliegen der erforderlichen unbeschränkten Verfügungsbefugnis nach §§ 873 Abs. 1, 878 BGB sowie § 183 BGB zu beurteilen sein soll.

Ob in gleicher Weise zu entscheiden wäre, falls ein zustimmender Verwalter seine Verwalterstellung nachträglich deshalb verliert, weil der ihn bestellende Beschluss der Wohnungseigentümer auf Anfechtungsklage hin für ungültig erklärt wurde (dazu: KG ZMR 2009, 784 f.), sei – da hierfür auch die Tragweite des § 47 FamFG zu klären wäre – vorliegend dahingestellt.

Die hier abgelehnte Meinung ist im Anschluss an die höchstrichterliche Rechtsprechung zum heutigen § 5 ErbbauRG (BGHZ 33, 76 ff.; BGH NJW 1963, 36 f.; dem folgend: OLG Köln Rpfleger 1996, 106 f.; Senat, RPfleger 1996, 340 f.) entwickelt worden (OLG Hamm NJW-RR 1994, 975 ff. und NJW-RR 2001, 1525 ff.). Indes mag zwar § 12 WEG ursprünglich den §§ 5, 6 der seinerzeit geltenden Erbbaurechtsverordnung nachgebildet worden sein, doch wurde 1994 § 61 WEG eingefügt, der die dort beschriebene „Heilung“ nicht nur auf vollzogene Auflösungen, sondern auch auf Verträge, bei denen nur die Auflösungsvormerkung im Grundbuch eingetragen war, erstreckte (dazu näher Schmidt a.a.O., 396 f.). Dies lässt es zumindest heute nicht mehr als zwingend erscheinen, beide Regelungsbereiche einheitlich zu beurteilen.

In konstruktiver Hinsicht spricht sodann für den hier vertretenden Standpunkt, dass er einen Rückgriff auf § 878 BGB erübrigt. Dieser „passt“ in den hier gegebenen Fällen grundsätzlich schon deshalb nicht, weil die Vereinbarung nach § 12 Abs. 1 WEG aus dem Grundbuch ersichtlich ist (Staudinger-Gursky a.a.O.). Vor allem jedoch wird die Sachlage vermieden, dass der schuldrechtliche Vertrag wirksam bleibt, ohne dass er (ohne erneute Erklärung der Zustimmung) erfüllt werden kann, oder dass auch er als niemals wirksam oder wie-

der unwirksam geworden anzusehen wäre, mithin keine Leistungspflichten begründen würde (Bärmann-Klein a.a.O., Rn. 33; Bauer/von Oefele-Kössinger a.a.O., Rn. 204 f.; Kesseler a.a.O., 546).

Maßgeblich streitet sodann die Folgenbetrachtung dafür, der eingangs dargestellten Auffassung zu folgen. Wie im notariellen Schrifttum im Einzelnen herausgearbeitet worden ist, führt die Sichtweise der Verfügungsbeschränkung des veräußernden Wohnungseigentümers zu Störungen in der Durchführung der Veräußerungsgeschäfte, die sich nicht darin erschöpfen, dass die bislang übliche Vereinbarung der Zustimmung als Voraussetzung der Kaufpreisfähigkeit zu ersetzen wäre durch die Stellung von Bürgschaften des Erwerbers oder der Hinterlegung des Kaufpreises auf ANDERKONTO (dazu Kesseler a.a.O., S. 545). Vielmehr können auch nach erfolgter Zahlung Schwierigkeiten entstehen, die die Durchführung des Erwerbs faktisch scheitern lassen, ohne den Normzweck des § 12 WEG – die Wohnungseigentümergemeinschaft davor zu schützen, dass unzuverlässige, insbesondere störende oder zahlungsunfähige, Personen in sie eintreten – zu fördern (Beispiel bei Schmidt a.a.O., 395). Es tritt hinzu, dass für den Senat kein Grund ersichtlich ist, der Wohnungseigentümergemeinschaft bei wirtschaftlicher Betrachtung sozusagen eine zweite Chance zu eröffnen, falls sich eine nach Abschluss des schuldrechtlichen Kaufvertrages, aber deutlich vor Stellung des Antrages auf Eigentumsumschreibung erklärte Zustimmung eines Zustimmungsberechtigten hernach, aber noch vor dem Umschreibungsantrag als nicht zweckmäßig herausstellt, sei es, weil der Zustimmungsberechtigte seinerzeit den ihm obliegenden Prüfungspflichten nicht hinreichend nachkam, sei es, weil sich eine von ihm pflichtgemäß getroffene Prognose als im Ergebnis unzutreffend erwies. Denn die beschriebenen Risiken – Pflichtwidrigkeitsrisiko und Prognoserisiko – treffen grundsätzlich die Eigentümergemeinschaft; es ist nicht gerechtfertigt, mit ihnen im Ergebnis einen veräußernden Wohnungseigentümer zu belasten, für den die wirtschaftliche Belastung besonders dann gravierend ist, wenn er noch eigene Verbindlichkeiten abzulösen hat, mithin der gezahlte Kaufpreis faktisch ganz oder hauptsächlich an ein Kreditinstitut fließt.

Auf der Grundlage des hier vertretenen Standpunktes ist die Verwalterzustimmung vom 7. 12. 2010 nach wie vor wirksam und zur Umschreibung des Eigentums ausreichend.

Anmerkung:

Man wird mir verzeihen, wenn ich die Besprechung des Urteils des OLG Düsseldorf mit den Worten „Na also!“ beginnen möchte. Noch vor kurzem hat das OLG Hamm (NJW-RR 2010, 1524) sich zur Frage der Rechtsqualität der Verwalterzustimmung geäußert. Unter Bezugnahme auf eine entsprechende Rechtsprechung des OLG Celle (RNotZ 2005, 542 m. abl. Anmerkung Kesseler) hat es ausgeführt, die Verwalterzustimmung nach § 12 WEG stelle eine ausnahmsweise gesetzlich zugelassene Durchbrechung des § 137 BGB in Form einer rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkung mit der Folge

dar, dass insbesondere § 183 BGB auf die Zustimmungserklärung anwendbar sein soll (so auch Demharter, 27. Aufl. 2010, Anh. § 3 GBO Rn. 38 i. V. m. § 19 Rn. 60 f.; Palandt-Bassenge, BGB, 70. Aufl. 2011, § 12 WEG Rn. 7; Erman-Grziwotz, BGB, 12. Aufl. 2008, § 12 WEG Rn. 5). Entsprechend muss die Zustimmung des jeweils zustimmungskompetenten Verwalters im Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs, vorverlagert ggf. auf den Zeitpunkt der Antragstellung i. S. d. § 878 BGB gegeben sein. Andernfalls soll das Veräußerungsgeschäft nicht wirksam sein. Mir die Worte geradezu im Munde herumdrehend (siehe dazu RNotZ 2005, 546) führte das OLG Hamm aus, ein Risiko für den Rechtsverkehr bestehe nicht, da Kesseler mit seinen Ausführungen ja aufgezeigt habe, wie das Risiko der mangelnden Wirksamkeit der Verwalterzustimmung vertragsgestalterisch zu beherrschen sei.

Dass es nun gerade das OLG Düsseldorf ist, das der Auffassung der OLG Hamm und Celle eine rechtsdogmatisch saubere und rechtspraktisch taugliche Lösung entgegen stellt, freut deshalb ganz besonders, weil es eine Entscheidung ebendieses OLG war, auf die sich das OLG Celle in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2005 berief (zu § 5 ErbbauRG: OLG Düsseldorf Rpfleger 1996, 340).

In dieser Zeitschrift (RNotZ 2005, 546) habe ich ausführlich dargestellt, warum die vom OLG Celle und dem OLG Hamm vertretene Auffassung zur Rechtsnatur der Verwalterzustimmung abzulehnen ist. Das OLG Düsseldorf schließt sich dieser im Kern von Kössinger begründeten Auffassung allerdings nicht allein aufgrund rechtsdogmatischer Erwägungen an. Wesentlich ist, dass das Gericht die praktische Sinnhaftigkeit dieses Ansatzes erkennt und in den Vordergrund seiner Begründung rückt. Gerade diese Kritik an den beiden anderen OLG ist es, die besonders durchschlagend wirkt. Welchen Sinn hat es, an einer möglicherweise vertretbaren, keineswegs aber zwingenden Auffassung festzuhalten, wenn diese Auffassung erhebliche praktische Probleme und Risiken mit sich bringt. Allein die Frage, warum der Gesetzgeber ein Konzept verfolgt haben sollte, das den Erwerb von Wohnungseigentum zu einem kaum überschaubaren Risiko macht, hätte den OLG Celle und Hamm doch ausreichen müssen, ihre Auffassung ernsthaft zu hinterfragen.

§ 12 WEG beschränkt nicht den Eigentümer in seiner Verfügungsmacht. Die durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer begründete Zustimmungsbedürftigkeit stellt eine Beschränkung der Verkehrsfähigkeit des Wohnungseigentums dar. Entsprechend ist diese auch Verkehrsfähigkeitsbeschränkung den Interessen der Gemeinschaft anpassbar beispielsweise durch die Vereinbarung der Zustimmungsfreiheit bei Veräußerungen innerhalb der Familie, durch den Insolvenzverwalter und ähnlichem. Hat die Gemeinschaft einmal, gleich ob vertreten durch den Verwalter oder durch eigene Erklärung, die Zustimmung zu einer Veräußerung erteilt, ist die Verkehrsfähigkeitsbeschränkung für diesen Veräußerungsvorgang aufgehoben. Ob sich in der Person des oder der Zustimmungskompetenten etwas ändert, spielt nach Erteilung keine Rolle mehr.

Das OLG Düsseldorf hat sich sehr eingehend mit den verschiedenen Argumentationsansätzen auseinander gesetzt, wissend, dass das nächste OLG, das i. S. der Gegenauflösung entscheiden wird, die Rechtsbeschwerde zum BGH zulassen wird. Entsprechend wird der BGH das Problem in hoffentlich nicht allzu ferner Zukunft vorgelegt bekommen. Die Vorarbeit ist mit dieser Entscheidung gelegt.

Notar Dr. Christian Kesseler, Düren

2. Liegenschaftsrecht – Löschung der Vormerkung nach aufschiebend bedingter Abtretung des gesicherten Anspruchs

(OLG München, Beschluss vom 10. 2. 2011 – 34 Wx 37/11)

BGB § 161; 401

GBO § 19

Ist im Grundbuch ein Vermerk über die aufschiebend bedingte Abtretung eines durch Vormerkung gesicherten Anspruchs eingetragen, bedarf es für die Löschung der Vormerkung im Grundbuch unabhängig vom Eintritt der Bedingung auch der Bewilligung der Zessionare.

Zur Einordnung:

Wird ein durch Vormerkung gesicherter Anspruch auf Übereignung eines Grundstücks gem. § 158 Abs. 1 BGB aufschiebend bedingt abgetreten, so bleibt der Zedent bis zum Eintritt der Bedingung Inhaber des Übereignungsanspruches sowie Berechtigter der Vormerkung. Der schuldrechtliche Anspruch wird unmittelbar durch das Gesetz, die ihn sichernde Vormerkung hingegen erst durch den Vermerk der Abtretung im Grundbuch vor Zwischenverfügungen des Zedenten geschützt. Im Hinblick auf den Übereignungsanspruch bestimmt § 161 Abs. 1 BGB, dass beeinträchtigende Zwischenverfügungen mit dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung absolut unwirksam werden; da das Gesetz den gutgläubigen Erwerb einer schuldrechtlichen Forderung nicht kennt (§ 161 Abs. 3 BGB), besteht dieser Schutz uneingeschränkt. Im Hinblick auf die Eigentumsvormerkung wird der Zessionar vor Zwischenverfügungen hingegen erst durch den grundbuchlichen Vermerk der aufschiebend bedingten Abtretung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruches umfassend geschützt. Erst durch die Verlautbarung der Abtretung bei der Vormerkung wird der Zessionar als formell Betroffener ausgewiesen, so dass es zur Löschung der Vormerkung gem. § 19 GBO stets auch seiner Bewilligung bedarf. Die Zulässigkeit der grundbuchlichen Verlautbarung einer aufschiebend bedingten Abtretung des gesicherten Anspruches bei der Vormerkung ist jedoch umstritten (zulässig: BayObLG DNotZ 1986, 496; unzulässig: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht 14. Aufl. 2008, Rn. 1516 m. w. N.).

In der hier abgedruckten Entscheidung hatte das OLG München darüber zu entscheiden, ob eine Vormerkung zur Sicherung eines aufschiebend bedingt abgetretenen Übereignungsanspruches allein durch

die Bewilligung des Zedenten gelöscht werden kann, wobei die aufschiebend bedingte Abtretung bei der Vormerkung grundbuchlich vermerkt war. Das Gericht hält entsprechend den soeben dargestellten Grundsätzen die Bewilligung des Zedenten zur Löschung der Vormerkung für nicht ausreichend und fordert auch eine Löschungsbewilligung des Zessionars. Die Entscheidung ist dabei in zweierlei Hinsicht bemerkenswert: Zum einen spricht sich das Gericht darin für die Zulässigkeit des Vermerks der aufschiebend bedingten Abtretung bei der Vormerkung aus und stellt fest, dass das Grundbuch ohne einen solchen Vermerk unrichtig ist. Zum anderen unterstellt das Gericht nicht nur den aufschiebend bedingt abgetretenen Anspruch, sondern auch die ihn sichernde Vormerkung dem materiell-rechtlichen Schutz aus § 161 Abs. 1 BGB, um die Unzulässigkeit der Löschung der Vormerkung ohne Bewilligung des Zessionars zu begründen.

Für die notarielle Praxis ist die Entscheidung insoweit hilfreich, als dass sie sich mit dem BayObLG (a.a.O.) und entgegen Schöner/Stöber (a.a.O.) für die Zulässigkeit des grundbuchlichen Vermerks einer aufschiebend bedingten Abtretung des gesicherten Anspruches bei der Vormerkung ausspricht. Darüber hinaus macht sie deutlich, dass der an einer derartigen Abtretung beteiligte Notar (zur grundsätzlichen Formfreiheit der Abtretung eines Übereignungsanspruches vgl. Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 3106) zum Schutz des Zessionars vor einer eigenmächtigen Löschung der Vormerkung durch den Zedenten stets die Berichtigung des Grundbuchs gem. § 22 GBO i. S. einer Verlautbarung der aufschiebend bedingten Abtretung bei der Vormerkung veranlassen sollte.

Die Schriftleitung (TB)

Zum Sachverhalt:

I. Für die Bet. sind an zwei Grundstücken jeweils zwei Rückauflassungsvormerkungen eingetragen. Bei beiden Grundstücken ist weiter die aufschiebend bedingte Abtretung der Ansprüche aus der Vormerkung an zwei Personen eingetragen, so dass diese bezüglich jedes der Grundstücke Berechtigte aus jeweils einer Vormerkung sein sollen.

Mit notariell beglaubigter Urkunde vom 14. 10. 2010 hat die Bet. die Löschung der Vormerkungen bewilligt und beantragt sowie gleichzeitig erklärt, das Recht aufzugeben.

Auf den Löschungsantrag hin hat das GBA mit Zwischenverfügung vom 16. 12. 2010 Frist zur Vorlage der Löschungsbewilligung auch der Zessionare gesetzt. Eine Grundbuchberichtigung gemäß § 22 GBO sei nämlich weder geltend gemacht noch dargelegt und aufgrund der Rechtsprechung zur „Aufladung der Vormerkung“ auch kaum möglich. Auch wenn die Zessionare erst mit dem Ableben der Bet. an deren Stelle traten, könne die Bet. doch nicht mehr mit Wirkung für jene auf den Anspruch verzichten.

Die Bet. hat hiergegen Beschwerde eingeleitet mit der Begründung, dass die Ansprüche aufschiebend bedingt durch ihr Ableben abgetreten worden seien. Da sie zu Lebzeiten auf ihre Ansprüche verzichte, sei der durch Vormerkung gesicherte Anspruch erloschen und die Löschung der abgetretenen Vormerkungen könne sofort vorgenommen werden.

Das GBA hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II. Die im Namen der Bet. vom Notar eingelegte zulässige Beschwerde (§ 15 Abs. 2, § 18 Abs. 1, § 71 Abs. 1, §§ 72, 73 GBO) hat keinen Erfolg. Das GBA verlangt für die Löschung der Vormerkungen zutreffend die Bewilligung (Zustimmung) der Zessionare.

Zum formell Betroffenen i. S. d. § 19 GBO

1. Eine Eintragung (oder Löschung) erfolgt dann, wenn derjenige, dessen Recht von ihr betroffen wird, sie bewilligt (§ 19 GBO). Die Berichtigungsbewilligung steht somit nur dem Betroffenen zu. Das ist derjenige, dessen grundbuchmäßiges Recht rechtlich im Zeitpunkt der Grundbucheintragung beeinträchtigt werden kann oder beeinträchtigt werden wird. Maßgeblich ist die Grundbuchstellung, kraft derer dem Buchberechtigten gestattet wird, diese Position zu verändern oder aufzugeben (vgl. Meikel/Böttcher, 10. Aufl., § 19 GBO Rn. 33). Dabei genügt nicht die Bewilligung des unmittelbar Betroffenen, vielmehr sind auch die Bewilligungen der mittelbar Betroffenen erforderlich. Niemand braucht eine Grundbucheintragung zu dulden, durch die seine Buchposition auch nur möglicherweise beeinträchtigt wird. Eine Beeinträchtigung liegt immer schon dann vor, wenn die Buchposition durch die Grundbucheintragung eventuell eine ungünstigere Gestaltung erfährt. Es sind alle Personen miteinzubeziehen, die verfahrensmäßig möglicherweise betroffen sind, also in ihrer Grundbuchposition verfahrensmäßig abstrakt beeinträchtigt werden können (vgl. Meikel/Böttcher, § 19 Rn. 40; Demharter, 27. Aufl., § 19 GBO Rn. 52).

Der Zessionar ist formell Betroffener i. S. d. § 19 GBO

2. Auch wenn die Bet. derzeit noch Inhaberin der durch die Vormerkung gesicherten Rückauflassungsansprüche ist, sind die Zessionare zumindest mittelbar Betroffene. Durch eine Löschung der Vormerkungen besteht die Gefahr, dass die Grundstücke gutgläubig vormerkungsfrei erworben werden. Dies soll die Eintragung der Abtretung gerade verhindern. Ohne die Verlautbarung der aufschiebend bedingten Abtretung ist das Grundbuch insofern unrichtig (vgl. BayObLG NJW-RR 1986, 697).

Die Vormerkung unterfällt dem Schutz aus § 161 Abs. 1 BGB

3. Hieran kann auch die Aufgabe der Rechte durch die jetzige Anspruchsinhaberin nichts ändern. Die Bet. hat über die Ansprüche aufschiebend bedingt verfügt. Dies hat zur Folge, dass sie zwar bis zum Eintritt der Bedingung Rechtsinhaberin bleibt, weitere Verfügungen während der Schwebezeit im Falle des noch möglichen Eintritts der Bedingung aber insoweit unwirksam sind, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung verneilen oder beeinträchtigen würden (§ 161 Abs. 1 S. 1 BGB). Unter einer Verfügung versteht man hierbei jede Einwirkung auf das bedingt übertragene Recht durch Übertragung, Belastung, Inhaltsänderung oder auch Aufhebung (vgl. Staudinger/Bork, Bearb. 2010, § 161 BGB Rn. 4 m. w. N.). Die Vormerkung stellt ein unselbstständiges Sicherungsrecht dar, das in entsprechender Anwendung des § 401 Abs. 1 BGB auf den

Zessionar übergeht (vgl. Palandt/Grüneberg, 70. Aufl., § 401 BGB Rn. 4 m. w. N.). Dies ist auch so im Grundbuch verlautbart. Die Aufgabe der Vormerkung stellt eine Verfügung i. S. v. § 161 Abs. 1 S. 1 BGB dar. Mit dem Eintritt der Bedingung wird somit die Aufgabe der Rechte absolut unwirksam (vgl. Palandt/Ellenberger, § 161 Rn. 1) und stehen die Vormerkungen mit den Rückauflassungsansprüchen den Zessionaren zu. Ihre Rechtsposition bleibt weiterhin – aufschiebend bedingt – erhalten. Ohne die Verlautbarung der Vormerkungen im Grundbuch wäre dieses unrichtig und ein Rechtsverlust durch gutgläubigen Erwerb möglich.

4. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 78 Abs. 2 GBO) liegen nicht vor.

3. Liegenschaftsrecht – Zur nachträglichen Eintragung der GbR-Gesellschafter im Grundbuch (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 10. 5. 2011 – 3 W 47/11)**BGB §§ 705; 899 a**

1. Die Gesellschafter einer Namens-GbR können im Wege der Richtigstellung nachträglich im Grundbuch eingetragen werden; nach Eintragung der Gesellschafter findet § 899 a BGB Anwendung.
2. Einzutragen sind die Gesellschafter, die sich aus der bei den Grundakten befindlichen notariellen Erwerbsurkunden ergeben, in welcher die Gesellschaft „ad hoc“ gegründet wurde.
3. Es reicht aus, dass keine tatsächlichen Anhaltpunkte für eine zwischenzeitliche Änderung des Gesellschafterbestands bestehen.

(Leitsätze nach DNotI)

Zur Einordnung:

Gem. § 20 GBO hat das GBA bei einem Eigentumswechsel zu prüfen, ob sich der im Grundbuch eingetragene Eigentümer und der Erwerber gem. § 873 Abs. 1 BGB dinglich geeinigt haben. Ist Eigentümer ein Verband, kann die dingliche Einigung nur dann wirksam erfolgt sein, wenn der Verband im Zeitpunkt der dinglichen Einigung existierte und ordnungsgemäß vertreten wurde. Die Existenz und ordnungsgemäßige Vertretung ist dem GBA gem. § 29 GBO durch öffentliche Urkunde nachzuweisen. Ist der Verband eine GbR, kann dieser Nachweis seit der Einfügung des § 899 a BGB im Jahre 2009 durch das Grundbuch selbst geführt werden. Danach wird vermutet, dass die im Grundbuch gem. § 47 Abs. 2 GBO neben der GbR eingetragenen Personen deren sämtliche Gesellschafter sind. Aus der Vermutung der Verlautbarung sämtlicher Gesellschafter im Grundbuch folgt zum einen, dass im Falle des Mitwirkens aller eingetragenen Personen bei der dinglichen Einigung die GbR wirksam vertreten wurde (§§ 709, 714 BGB). Aus der Vermutung des Vorhandenseins von Gesellschaftern überhaupt folgt zum anderen „denknotwendig“ (BT-Drucks. 16/13437, S. 27), dass die GbR auch weiterhin existiert.

In der hier abgedruckten Entscheidung war die verfügende GbR als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen, ohne dass gem. § 47 Abs. 2 GBO daneben auch deren Gesellschafter verzeichnet waren. Mangels eingetragener Gesellschafter konnte § 899 a BGB seine Vermutungswirkung nicht entfalten, so dass das GBA den Nachweis der Existenz sowie der ordnungsgemäßen Vertretung der GbR in öffentlicher Urkunde verlangte. In der dagegen eingelegten Beschwerde verpflichtete das OLG Zweibrücken (im Anschluss an OLG München DNotZ 2010, 691) das GBA zur nachträglichen Herstellung der Vermutungswirkung aus § 899 a BGB: Wurde die GbR in der Urkunde, durch die sie ursprünglich das Eigentum an dem Grundstück erworben hat, (ad hoc) gegründet, so habe das GBA von Amts wegen die sich aus dieser bei den Grundakten befindlichen Urkunde ergebenden Gesellschafter im Wege der Richtigstellung gem. § 47 Abs. 2 GBO in das Grundbuch einzutragen; das GBA dürfe von einer derartigen Richtigstellung nur bei tatsächlichen Anhaltspunkten eines Gesellschafterwechsels absehen.

Der notariellen Praxis bringt diese Entscheidung ein Stück weit mehr Rechtssicherheit in allen Fällen, in denen neben der GbR als Eigentümerin nicht auch deren Gesellschafter gem. § 47 Abs. 2 GBO (eingefügt mit § 899a BGB im Jahre 2009) in das Grundbuch eingetragen wurden. Hier empfiehlt es sich, bereits vor der Beurkundung des Kaufvertrages, in dem die so verzeichnete GbR ein Grundstück veräußert, beim GBA die Richtigstellung des Grundbuchs gem. § 47 Abs. 2 GBO anzuregen. Unter Berücksichtigung der hier abgedruckten Entscheidung sowie der Entscheidung des OLG München (a.a.O.) ist zu vermuten, dass das GBA dieser Anregung zumindest dann nachkommt, wenn die GbR bei dem ursprünglichen Erwerb des Grundstücks ad hoc gegründet wurde. Unter Berücksichtigung der jüngsten Entscheidung des BGH zu diesem Themenkomplex vom 28. 4. 2011 (RNotZ 2011, 341) lässt sich darüber hinaus mutmaßen, dass eine Richtigstellung auch dann erfolgt, wenn die GbR vor dem ursprünglichen Erwerb des Grundstücks bereits bestand und die Gesellschafter in der damaligen Erwerbsurkunde erklärt haben, als alleinige Gesellschafter der bestehenden GbR zu handeln.

Die Schriftleitung (TB)

Zum Sachverhalt:

I. Mit notariellem Vertrag vom 14. 11. 2008 haben die Bet. zu 1) und 2) Grundbesitzanteile, darunter auch den hälftigen Miteigentumsanteil des Bet. zu 1) an den im Rubrum benannten Grundbesitz, an die gleichzeitig von ihnen und den Bet. zu 3) und 4) gegründete X-GbR übertragen. An der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) sind die Gesellschafter zur je 1/4 beteiligt. Miteigentümer der anderen Hälfte der im Rubrum genannten Grundstücke ist der Bet. zu 5).

Am 1. 4. 2009 wurden als Miteigentümer des streitgegenständlichen Grundbesitzes der Bet. zu 5) und die X-GbR, W., zu je 1/2 Anteil in das Grundbuch eingetragen. Die Eintragung der Gesellschaft ist – entsprechend der damals geltenden Gesetzeslage – unterblieben.

Mit notariellem Vertrag vom 7. 1. 2011 hat die GbR, vertreten durch den Bet. zu 5) sowie dieser selbst den Grundbesitz an den Bet. zu 6) veräußert. Zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung haben die Bet. die Eintragung einer Auflassungsvormerkung bewilligt und beantragt. Die Rechtspflegerin beim GBA hat den Antrag mit dem angefochtenen Beschluss zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, es gebe keine für das GBA geltende gesetzliche Vermutung für die Richtigkeit und Vollständigkeit des nunmehr behaupteten Gesellschafterbestands, da es an der Benennung der Gesellschafter im Grundbuch fehle und § 899 a Abs. 1 BGB insoweit nicht zum Zuge komme. Die Eigenerklärung der für die GbR auftretenden Bet., wonach sie die richtigen und einzigen Gesellschafter der GbR seien, sei nicht nachprüfbar und demzufolge nicht ausreichend.

Dagegen wenden sich die Bet. mit der Beschwerde.

Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde ist nach § 71 Abs. 1 GBO zulässig. Der Senat ist nach §§ 72, 81 Abs. 1 GBO für die Entscheidung über die Beschwerde zuständig.

In der Sache führt das Rechtsmittel zum Erfolg.

Die vorliegend zu entscheidende Frage betrifft den Nachweis des Gesellschafterbestandes und der Vertretung einer bestehenden, im Grundbuch nur mit dem Namen der Gesellschaft eingetragenen GbR („Namens – GbR“), im Fall der Veräußerung eines Grundstücks. Der Senat schließt sich der Auffassung des OLG München in seinem Beschluss vom 27. 4. 2010, AZ.: 34 Wx 32/10 (FGPrax 2010, 179 f.) an, wonach in solchen Fällen zunächst eine Ergänzung des Grundbuchs um die Gesellschafter zum Zeitpunkt der ursprünglichen Eintragung in Form einer Richtigstellung zu erfolgen hat. Hieran kann sich dann die Vermutung des § 899a BGB anschließen.

Im Einzelnen gilt Folgendes:

Zum zeitlichen Anwendungsbereich des § 47 Abs. 2 GBO

Nach der Entscheidung des BGH vom 4. 12. 2008 (NJW 2009, 594) konnte eine GbR allein unter ihrem Namen und ohne Angabe ihrer Gesellschafter im Grundbuch eingetragen werden. Der Gesetzgeber ist dem nicht gefolgt. Vielmehr sind seit dem am 18. 8. 2009 in Kraft getretenen § 47 Abs. 2 S. 1 GBO nunmehr auch die Gesellschafter einer GbR im Grundbuch einzutragen. Die bis dahin als zulässig erachtete Eintragung der GbR nur unter ihrem Namen wurde damit zwar inhaltlich nicht unzulässig. Es handelt sich aber nunmehr um eine unvollständige Bezeichnung des Berechtigten (OLG München a.a.O.; Demharter, 27. Aufl., § 47 GBO Rn. 38).

Nachträgliche Eintragung gem. § 47 Abs. 2 GBO ist nicht zwingend

Da Art. 229 § 21 EGBGB keine Rückwirkung von § 47 Abs. 2 S. 1 GBO bestimmt, besteht, solange über das Recht nicht verfügt wird, kein Zwang zur nachträglichen Eintragung der Gesellschafter (BT-Drucks. 16/13437 S. 30). Die so entstandene Lücke und die damit verbundene Gefahr einer endgültigen faktischen Grundbuchblockade hat der Gesetzgeber klar gesehen, Ihre Schließung jedoch der Grundbuchpraxis und der

Rechtsprechung überlassen (BT-Drucks. 16/13437, S. 26).

Nachträgliche Richtigstellung i. S. d. § 47 Abs. 2 GBO kann geboten sein

Mit dem OLG München ist der Senat der Auffassung, dass zwar kein Zwang zur nachträglichen Eintragung der Gesellschafter besteht, es aber andererseits nicht ausgeschlossen ist, die ursprüngliche Eintragung im Wege der Richtigstellung zu ergänzen, wenn sich so die vom Gesetzgeber gewollte Grundbuchfähigkeit der GbR herstellen lässt. Die Veräußerung der Grundstücke sowie die Eintragung einer Vormerkung verlangen dies vorliegend; die Richtigstellung des Grundbuchs wurde in der Beschwerdeschrift angeregt.

Maßgeblichkeit der Erwerbsurkunde

Einzuhalten sind die Gesellschafter, die sich aus der bei den Grundakten befindlichen notariellen Urkunde vom 14. 11. 2008 über die „Gründung einer vermögensverwaltenden Familien-GbR mit Einbringung von Grundbesitz und GmbH-Anteilen“ ergeben. In dieser Urkunde wurde u. a. der im Rubrum genannte Grundbesitz an die „ad hoc“ gegründete GbR bestehend aus den Bet. zu 1) bis 4) (mit je 1/4 Anteil) aufgelassen. Die Gesellschafter standen im Zeitpunkt der Auflistung fest und hätten seinerzeit mit eingetragen werden können, wovon die Vertragsparteien aber im Hinblick auf die eingangs zitierte Rechtsprechung des BGH, auf die in der notariellen Urkunde ausdrücklich Bezug genommen wird, abgesehen haben.

Richtigstellung von Amts wegen

Dementsprechend ist das Grundbuch hinsichtlich der Gesellschafter zu ergänzen. Da das Grundbuch keine falsche Rechtslage widerspiegelt, sondern eine nach der jetzigen Rechtslage als unvollständig zu beurteilende Eintragung ergänzt werden soll, liegt kein weiterer Fall der Berichtigung nach § 22 GBO vor, sondern ein Fall der Richtigstellung, die von Amts wegen im Freibeweisverfahren stattfindet (Demharter, a.a.O., § 48 Rn. 38, § 22 Rn. 22; OLG München a.a.O.).

Zwar kann ein Gesellschafterwechsel nicht ausgeschlossen werden und darf das GBA mit der Eintragung der Gesellschafter zum jetzigen Zeitpunkt nicht dran mitwirken, das Grundbuch „sehenden Auges“ unrichtig zu machen. Angesichts der ansonsten unweigerlich gegebenen Handlungsunfähigkeit der als solcher eingetragenen GbR, die vom Gesetzgeber wie oben dargelegt nicht beabsichtigt war, genügt es jedoch, wenn keine tatsächlichen Anhaltspunkte für eine zwischenzeitliche Änderung des Gesellschafterbestandes bestehen (OLG München a.a.O., m. w. N.). Solche Anhaltspunkte sind vorliegend nicht ersichtlich; vielmehr haben die Bet. zu 1) bis 4) in der Kaufvertragsurkunde vom 7. 1. 2011 ausdrücklich erklärt, dass die Gesellschaft „am heutigen Tag mit dem vorstehenden Gesellschafterbestand“ (Bet. zu 1) bis 4)) besteht.

Nach erfolgter Richtigstellung greift § 899 a BGB

Nach erfolgter Richtigstellung des Grundbuchs hinsichtlich der Gesellschafter gilt die Vorschrift des § 899 a BGB. Ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts im

Grundbuch eingetragen, wird nach dieser Vorschrift in Ansehung des eingetragenen Rechts auch vermutet, 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. Konkrete Anhaltspunkte, die dieser Vermutung zuwider laufen würden, sind nicht ersichtlich.

Die „X-GbR“ wurde bei Abschluss des Kaufvertrages durch den Bet. zu 5) als Vertreter ohne Vertretungsmacht vorbehaltlich der Genehmigung vertreten. Die Genehmigung wurde durch den Bet. zu 1) als Vertreter der GbR in der Urkunde des Notars Dr. G. vom 18. 1. 2011 (UR.Nr. /2011) erteilt. Die Vertretungsbefugnis des Bet. zu 1) ergibt sich aus Ziffer 5 des in der Urkunde vom 14. 11. 2008 enthaltenen Gesellschaftsvertrages.

4. Familienrecht – Zur Befristung des Unterhaltsanspruchs gemäß § 1578 b BGB trotz Nickerrechens eines angemessenen Lebensbedarfs (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. 1. 2011 – 7 UF 125/10)

BGB §§ 2269; 2271

GBO §§ 35

Einer im Übrigen gebotenen Befristung nach § 1578 b Abs. 2 BGB steht nicht entgegen, dass der angemessene Lebensbedarf i. S. v. § 1578 b Abs. 1 BGB (hier: Existenzminimum für Nickerwerbstätige) nicht durch eigene Einkünfte des Unterhaltsberechtigten sichergestellt werden kann.

Zur Einordnung:

Gem. § 1578 b BGB kann ein nachehelicher Unterhaltsanspruch der Höhe nach (Abs. 1) oder der Zeit nach (Abs. 2) oder sowohl der Höhe als auch der Zeit nach (Abs. 3) begrenzt werden. Diese Begrenzungsmöglichkeiten bestehen für jeden Unterhaltsstatbestand und setzen voraus, dass eine unbegrenzte Unterhaltspflicht unbillig wäre (so insbes. bei fehlenden ehebedingten Nachteilen). Eine Herabsetzung (Abs. 1) des Unterhaltsanspruches kommt nach dem Gesetz lediglich bis zur Höhe des angemessenen Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten in Betracht. Die Untergrenze des angemessenen Lebensbedarfs bildet nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung dabei stets das Existenzminimum des Unterhaltsberechtigten. Dieses wiederum ergebe sich aus dem notwendigen Selbstbehalt eines nicht erwerbstätigen Unterhaltspflichtigen, wie ihn die Düsseldorfer Tabelle in Anmerkung A 5 mit derzeit € 770,- monatlich ausweist (BGH NJW 2010, 3097, Rn. 34 m. w. N.). Auch eine Befristung (Abs. 2) des Unterhaltsanspruches soll nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung regelmäßig dann nicht in Betracht kommen, wenn der Unterhaltsberechtigte keine eigenen Einkünfte in Höhe des angemessenen Lebensbedarfs erzielt (BGH NJW 2011, 147 Rn. 20; BGH NJW 2010, 3653 Rn. 22). Unter Berücksichtigung der vom BGH gezogenen Untergrenze des

angemessenen Lebensbedarfs im Rahmen der Herabsetzung des Unterhaltsanspruches würde demnach eine Befristung des Unterhaltsanspruches ausscheiden, solange der Unterhaltsberechtigte keine eigene Einkünfte in Höhe des Existenzminimums i. H. v. derzeit € 770,- monatlich erzielt.

In dem hier abgedruckten Beschluss – gegen den die Rechtsbeschwerde zum BGH zugelassen und auch eingelegt wurde – stellt sich der Senat auf den Standpunkt, dass die vom BGH im Rahmen der Herabsetzung des Unterhaltsanspruches gezogene Untergrenze im Rahmen der Befristung des Unterhaltsanspruches keine Anwendung finde. Eine Befristung komme vielmehr auch dann in Betracht, wenn der Unterhaltsberechtigte keine eigenen Einkünfte in Höhe des Existenzminimums erzielt. Dass der Unterhaltsberechtigte aufgrund der Befristung des Unterhaltsanspruches sodann der Sozialhilfe anheim falle, sei hinzunehmen. Das folge aus dem gegenüber dem früheren Rechtszustand deutlich hervorgehobenen Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit. Zum anderen ergebe sich dies systematisch auch aus der in § 1578 b Abs. 3 BGB zugelassenen Kombination von Herabsetzung und Befristung des Unterhaltsanspruches. Würde für beide Begrenzungsmöglichkeiten dieselbe Untergrenze des angemessenen Lebensbedarfs im Sinne des Existenzminimums gelten, wäre eine Kombination von Herabsetzung und Befristung gar nicht möglich.

Für die notarielle Praxis bedeutet die hier abgedruckte Entscheidung eine Erweiterung der Befristungsmöglichkeit eines nachehelichen Unterhaltsanspruches in Scheidungsfolgenvereinbarungen (dazu grundsätzlich Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 3. Aufl., Rn. 2436 ff.). Das der unterhaltsberechtigte Ehegatte durch die Befristung möglicherweise der Sozialhilfe anheim fällt, würde demnach als eine von § 1578 b BGB sozialisierte Bedürftigkeit unbeachtlich sein. Bis zur Klärung dieser Frage durch den BGH, der über die eingelegte Rechtsbeschwerde unter dem Aktenzeichen XII ZB 58/11 entscheiden wird, sollte jedoch vor dem Hintergrund der insoweit abweichenden höchstrichterlichen Entscheidungen in diesem Zusammenhang (BGH NJW 2011, 147 Rn. 20; BGH NJW 2010, 3653 Rn. 22) vorsorglich von einer derartigen Auslegung des § 1578 b BGB absehen werden.

Die Schriftleitung (TB)

Zum Sachverhalt:

I. Vor der Eheschließung lebte die Ag. seit 1983 zumeist von Sozialleistungen (Bl. 19, 24 GA).

Der 1935 geborene Ast. und die am 1940 geborene Ag. heirateten 1991 (Bl. 3 GA). Aus der Ehe sind keine Kinder hervorgegangen. Der Ast. war bis 1992 erwerbstätig und wechselte sodann in den Vorruhestation (Bl. 19 GA). Mit notarieller Urkunde vom 16. 6. 1998 verpflichtete er sich zur Zahlung auch nachehelichen monatlichen Unterhalts in Höhe von 1 206,- DM = 616,62 € (Bl. 8 GA). Zu diesem Zeitpunkt verfügte der Ast. über eine monatliche Rente in Höhe von 2 908,82 DM (Bl. 43 GA: Auszahlungsbetrag) und es bestand bereits eine Kreditverpflichtung (vgl. Bl. 37, 38 GA).

Die Bet. trennten sich spätestens im Februar 2005; ein seinerzeitiger Ehescheidungsantrag der Ag. ist mit Urteil vom 15. 7. 2005 zurückgewiesen worden und ihre Ehe ist dann schließlich durch Urteil des AG E. vom 12. 8. 2008, rechtskräftig seitdem, geschieden worden, der öffentlich-rechtliche Versorgungsausgleich, mit welchem der Ag. monatliche gesetzliche Rentenanwartschaften von insgesamt knapp 58,- € monatlich bezogen auf den 30. 4. 2008 übertragen worden sind, ist ebenfalls durchgeführt worden.

Über das Vermögen des Ast. ist mit Beschluss vom 26. 9. 2007 das Insolvenzverfahren eröffnet worden, wobei die Bet. über die Ursachen der Insolvenz streiten. Er bezieht aus der gesetzlichen Rentenversicherung eine Altersrente von 1 401,39 €, wobei ein Teil gepfändet wird (seitens der Ag.). Daneben erhält er eine geringe betriebliche Altersversorgung von monatlich 75,18 €. Die Ag. bezieht eine monatliche Rente in Höhe von 308,08 €.

Der Ast. begeht den Wegfall der notariell vereinbarten Unterhaltsverpflichtung ohne ausdrücklich einen Beginnzeitpunkt zu nennen. Er hatte die Ag. mit Schreiben vom 25. 8. 2009 insoweit ergebnislos zu einem Verzicht auffordern lassen. Hilfsweise begeht er eine Befristung. Die Ag. pfändet das Renteneinkommen in Höhe von 411,- € sowie einem weiteren geringen Betrag. Sie verzichtete auf einen Unterhaltsrückstand aus dem Jahre 2005 und seit April 2009 macht sie unter Verzicht auf weiter gehende Rechte nur noch monatlich insgesamt 439,03 € geltend.

Mit Beschluss vom 17. 6. 2010 hat das AG den Abänderungsantrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, hinsichtlich eines über 411,- € oder 439,03 € hinaus gehenden Anspruchs bestehe auch trotz des Verzichts kein Anlass zur Abänderung; ein solcher Streit wäre über eine Vollstreckungsgegenklage auszutragen. Im Übrigen bestehe auch kein Abänderungsanspruch, weil unter Wahrung des Selbstbehalts ein Unterhaltsanspruch von monatlich rechnerisch 477,- € bestehe und die Ag. demgegenüber weniger verlange. Insoweit scheide eine Begrenzung oder Befristung nach § 1578 b BGB aus, weil der angemessene Lebensbedarf der Ag. die untere Grenze darstelle, welche sie mit dem Anspruch nicht einmal erreiche.

Hiergegen wendet sich der Ast. mit seiner Beschwerde. Er trägt hierzu unter Verweis auf obergerichtliche Rechtsprechung vor, mit Ausdehnung der Befristungsmöglichkeit habe der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen, dass sich hieraus ergebende Bedürftigkeiten der Unterhaltsverlangenden von der Solidargemeinschaft zu tragen seien. Selbst bei einer entsprechenden Grenze für die Begrenzung sei eine Befristung nach § 1578 b Abs. 2 BGB vorzunehmen, wobei allerdings mit dem angemessenen Lebensbedarf derjenige gemeint sei, den der Begehrende vor der Eheschließung gehabt habe.

Der Ast. beantragt, den Beschluss des AG E. vom 17. 6. 2010 abzuändern und die notarielle Urkunde des Notars W. vom 16. 6. 1998, UR.-Nr. . . . 1998 dahin gehend abzuändern, dass er an die Ag. keinen Ehegattenunterhalt mehr zu leisten hat, hilfsweise dass dieser Unterhaltsanspruch zu befristen ist.

Zudem beantragt er die Einstellung der Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 16. 6. 1998.

Dem ist die Ag. entgegen getreten. Sie beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

Hierzu verteidigt sie die erinstanzliche Entscheidung und verweist auf die ihrer Ansicht nach eindeutige Rechtsprechung des BGH. Die Sicherung des Existenzminimums sei Sache des geschiedenen Ehegatten und nicht Sache der Allgemeinheit.

Der Senat hat mit am 29. 11. 2010 erlassenem Beschluss auf die Sach- und Rechtslage hingewiesen und diese mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung erörtert.

Wegen der weiter gehenden Einzelheiten wird auf den vorgebrachten Akteninhalt Bezug genommen.

Aus den Gründen:

II. Die gemäß § 58 Abs. 1 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

Der Abänderungsantrag ist insgesamt gemäß § 239 Abs. 1 FamFG zulässig. Zwar hat die Ag. auf einen Teil der Ansprüche verzichtet; dies aber – wie sich ihre Erklärungen auslegen lassen – vor dem Hintergrund der beschränkten Vollstreckungsmöglichkeit. Es ist daher auch insoweit der Abänderungsantrag grundsätzlich zuzulassen, damit der Ast. eine endgültige Reduzierung auf null Euro erreichen kann, zumal er geänderte Verhältnisse geltend macht. Daher hat er auch insgesamt ein Rechtsschutzbedürfnis.

Eine Unterbrechung dieses Verfahrens bedingt das Insolvenzverfahren nicht; hiervon sind nämlich die zukünftigen Unterhaltsforderungen nicht erfasst (§ 40 InsO).

Zudem ist der Abänderungsantrag in voller Höhe begründet (§§ 239 Abs. 2 FamFG, 313 BGB).

Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB

Eine Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB liegt vor – sie führt im Wege der Vertragsanpassung zu einem völligen Wegfall des nachehelichen Unterhaltsanspruchs.

Nach § 313 Abs. 1 BGB kann, wenn sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, nach Vertragsabschluss schwerwiegend verändert haben und wenn die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, die Anpassung des Vertrages gefordert werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Hier ist das Festhalten des Ast. an seiner Verpflichtung in vollem Umfang nicht mehr zumutbar.

Insolvenzverfahren beeinflusst Unterhaltsanspruch nicht

Der Ag. steht dem Grunde nach jetzt ein Unterhaltsanspruch nach § 1573 Abs. 2 BGB (Aufstockungsunterhalt) oder Altersunterhalt (§ 1571 Nr. 3 BGB) zu.

Das Insolvenzverfahren beeinflusst die Unterhaltsansprüche der Ag. nicht:

§ 850c ZPO erhöht den unpfändbaren Teil zugunsten von Unterhaltsforderungen. Nach der Anlage zu § 850c ZPO beträgt bei einer Unterhaltsberechtigten das pfändungsfreie Einkommen monatlich bis 1 359,99 €. Der Ast. verfügt über ein monatliches Einkommen von netto 1 401,39 € + 75,18 € = 1 476,57 €. Insoweit sind nach Abzug des Selbstbehalts und des titulierten Unterhalts monatlich 57,05 € (anderweitig) pfändbar, ob insoweit noch Pfändungen vorliegen, ist nicht vorgetragen.

Begrenzung gem. § 1578b BGB auch im Hinblick auf einen titulierten Unterhaltsanspruch im Rahmen des § 313 BGB möglich

Zwischen den Parteien ist streitig, ob eine Begrenzung oder Befristung nach § 1578b BGB in Betracht kommt.

Eine Bindungswirkung besteht insoweit hinsichtlich des im Jahre 1998 geschaffenen Titels nicht. Eine nach § 313 BGB erforderliche Störung der Geschäftsgrundlage kann sich auch aus einer zwischenzeitlichen Änderung des Gesetzes oder der Rechtsprechung ergeben (st. Rspr. des BGH, vgl. zuletzt Urteil vom 29. 9. 2010 – XII ZR 205/08 = FamRZ 2010, 1884); hier kommt eine nicht unerhebliche Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse hinzu.

§ 1573 Abs. 5 BGB ist durch das ab 1. 4. 1986 in Kraft getretene UÄndG vom 20. 2. 1986 (BGBI I 301) eingeführt worden und eröffnete die Befristung allein von Aufstockungsunterhaltsansprüchen. Zeitgleich wurde die Möglichkeit der Begrenzung von Nachscheidungsunterhaltsansprüchen nach § 1578 Abs. 1 S. 2 BGB eingeführt. Beide Vorschriften wurden als solche mit Ausnahmecharakter angesehen; § 1578 Abs. 1 S. 2 BGB sah bereits als Untergrenze den angemessenen Lebensbedarf an (s. u.).

Zum Zeitpunkt der notariellen Vereinbarung war demnach eine Befristung von Altersunterhalt nicht möglich; eine Begrenzung schied wegen unzureichender Einkünfte der Ag. ebenfalls aus.

Die Ag. verfügte nämlich auch zusammen mit ihrem Einkommen von monatlich netto rund 308,- € Rente + Unterhalt in Höhe von rund 439,- € = 747,- € nur über Gesamteinkünfte in einer Größenordnung unterhalb des Existenzminimums von 770,- € für Nichterwerbstätige, worauf auch bereits das AG hingewiesen hat. Der Maßstab des in § 1578b Abs. 1 BGB genannten, auch die Untergrenze der Begrenzung bildenden angemessenen Lebensbedarfs bemisst sich nach dem Einkommen, das der unterhaltsberechtigte Ehegatte ohne die Ehe aus eigenen Einkünften zur Verfügung hätte. Als Regulativ im Hinblick auf die geforderte Angemessenheit bildet das Existenzminimum hierbei die absolute Untergrenze (BGH FamRZ 2010, 1990).

Zudem hat der BGH vor dem Hintergrund der in der Rechtspraxis zurückhaltenden Anwendung der genannten Vorschriften eine Bindungswirkung für die Zeit vor dem 12. 4. 2006 (BGH FamRZ 2006, 1006) stets abgelehnt (vgl. zuletzt BGH FamRZ 2010, 1884). Weiter hat die damalige Geschäftsgrundlage den Fall der Begrenzung oder Befristung nicht erfasst, zumal solche Überlegungen keinen Niederschlag in der notariellen Urkunde gefunden haben (vgl. BGH FamRZ 2010, 1238).

Der mit der Unterhaltsreform im Jahre 2008 neu geschaffene § 1578b BGB fasst Herabsetzung und Begrenzung in einer Vorschrift zusammen. Nach § 1578b Abs. 1 BGB ist der Unterhaltsbedarf des geschiedenen Ehegatten „auf den angemessenen Lebensbedarf herabzusetzen, wenn eine an den ehelichen Lebensverhältnissen orientierte Bemessung des Unterhaltsanspruchs... unbillig wäre“. Dabei ist insbesondere zu

berücksichtigen, inwieweit durch die Ehe Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen.

§ 1578 b Abs. 2 BGB behandelt die Befristung sowie Abs. 3 dieser Vorschrift die Zulässigkeit der Kombination.

Nach dieser Vorschrift sind weder Begrenzung noch Befristung dem Grunde nach ausgeschlossen, da die Ag. nach dem insoweit unstreitigen Vortrag keine ehebedingten Nachteile erlitten hat noch die Ehedauer noch sonstige Gesichtspunkte dem entgegen stehen (s. u.).

Ehebedingte Nachteile sind nicht ersichtlich.

Herabsetzung gem. § 1578 b BGB nur bis zum Existenzminimum

Früher sah bereits § 1578 Abs. 1 S. 2 BGB eine Herabsetzung auf den angemessenen Lebensbedarf vor, worauf die Gesetzesbegründung zu § 1578 b BGB ohne weitere Erläuterungen Bezug nimmt (BT-Drucks. 16/1830 S. 19). Vor der Unterhaltsreform war allgemein eine Schranke für diese Begrenzung vorgenommen worden; der angemessene Lebensbedarf bemaß sich mindestens in einer Größenordnung des zur Verfügung stehenden Gesamteinkommens in Höhe des angemessenen Selbstbehalts (vgl. Palandt/Brudermüller, BGB, 67. Aufl. 2008 m. w. N.), wobei das Eigeneinkommen in die Betrachtung mit einbezogen worden ist. Dabei handelte es sich um eine absolute Schranke insoweit ohne Rücksicht auf voreheliche Einkünfte. Soweit also überhaupt ein gesetzgeberischer Wille angenommen werden kann (der Wortlaut der alten wie neuen Vorschrift selbst gibt keinen näheren Aufschluss), so dürfte dieser dahin gehend auszulegen sein, dass die frühere Regelung im Sinne der hierzu seinerzeit eingegangenen Rechtsprechung in das neue Recht übergeleitet worden ist mit der Folge, dass eine Begrenzung des Unterhaltsanspruchs auch heute nicht zu einem Einkommen der Berechtigten unterhalb des angemessenen Selbstbehalts oder zumindest, wie der BGH annimmt, nicht unterhalb des Existenzminimums führen darf, dies hat er für den Unterhalt nach § 1572 BGB (Krankenunterhalt) ausdrücklich entschieden (BGH FamRZ 2010, 629). Er nimmt hierbei Bezug auf eine frühere Entscheidung (FamRZ 2009, 1990). In diesem Beschluss wiederum verweist er zum Aufstockungsunterhalt auf die Senatsentscheidung vom 12. 4. 2006 (FamRZ 2006, 1006), in der er eine Herabsetzung auf den vorehelichen Bedarf nach den eigenen Möglichkeiten des Berechtigten angenommen hat, indes ohne auf eine allgemeine untere Grenze einzugehen.

Insoweit steht diese Rechtsprechung daher mit dem (mutmaßlichen) gesetzgeberischen Willen des Gesetzgebers überein.

Eine Begrenzung nach § 1578 b Abs. 1 BGB auf unter rund 439,- € monatlich kommt hier mithin nicht in Betracht, wobei eine Gleichbehandlung zwischen Ansprüchen auf Krankenunterhalt und nach § 1571 BGB sowie Aufstockungsunterhalt im Hinblick auf die absolute Grenze des angemessenen Lebensbedarfs unterstellt wird. Insoweit ist eine Differenzierung weder erforderlich noch tunlich.

Befristung gem. § 1578 b BGB ohne Rücksicht auf das Existenzminimum

Nicht geboten ist es aber, diesen Maßstab auf die Befristungsvorschrift des § 1578 b Abs. 2 BGB zu übertragen; denn insoweit kommt es auf einen solchen Maßstab nicht an.

Der Senat verkennt nicht, dass der BGH in zwei Entscheidungen (FamRZ 2010, 2059 und 1973) unter anderem ausgeführt hat, dass eine Befristung regelmäßig nur dann in Betracht komme, wenn der Unterhaltsberechtigte eigene Einkünfte erziele, die dem angemessenen Lebensbedarf entsprächen. Gleichwohl ist hierdurch („regelmäßig“) eine anderweitige Sichtweise weder generell ausgeschlossen; noch stehen ihr Wortlaut, Systematik, Gesetzgebungshistorie und Normzweck entgegen.

Der frühere § 1578 Abs. 1 S. 2 BGB wurde erhalten, die Befristungsmöglichkeiten wurden gegenüber dem früheren Rechtszustand deutlich erweitert – eine innere Verknüpfung beider Tatbestände wurde damit zunächst nicht verbunden, eine solche eröffnet aber die nunmehr ausdrücklich vorgegebene Kombinationsmöglichkeit nach § 1578 b Abs. 3 BGB, der indes schon seinem Wortlaut nach weder Begrenzung noch Befristung inhaltlich einschränkt, sondern die Kombination beider Möglichkeiten ausdrücklich regelt. Die Zusammenfassung von Begrenzung und Befristung rechtfertigt sich aus der erweiterten Anwendung der Befristung, welche nun auch insoweit und in Kombination mit einer Begrenzung in systematischer Hinsicht deutlich wird. Auch für die vorherige Rechtslage wurde bereits vertreten, dass die Vorschriften des § 1578 b Abs. 1 S. 2 BGB und des § 1573 Abs. 5 BGB unabhängig voneinander und kombiniert angewendet werden (vgl. Wendl/Staudigl/Pauling, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 6. Aufl., § 4 Rn. 589).

Motiv für eine auch zusammenfassende Neuregelung ist wie bei anderen Vorschriften der gegenüber dem früheren Rechtszustand deutlich hervor gehobene Grundsatz der Eigenverantwortung der geschiedenen Ehepartner, wie sich auch etwa dem § 1574 BGB entnehmen lässt (vgl. BT-Drucks. 16/1830 S. 14, 17, 18), wobei bei den Fragen der Begrenzung und Befristung ein Ausgleich zwischen der Eigenverantwortung sowie der nachehelichen Solidarität vorzunehmen ist (vgl. BT-Drucks. 16/1830 S. 19). Zudem ist nach § 1578 b Abs. 3 BGB auch die Möglichkeit einer Kombination von Begrenzung und Befristung eröffnet; eine solche Kombination ist aber nur dann denkbar, wenn die Untergrenze der Begrenzung (auf den angemessenen Lebensbedarf) nicht auch auf die Befristung, welche eine zeitliche Begrenzung des Unterhaltsanspruchs darstellt, ausgedehnt wird, wie nicht nur diese vorliegende Sachverhaltsgestaltung zeigt. Würde die Untergrenze des allgemeinen Lebensbedarfs auch auf die Befristung übertragen, wäre bereits eine Kombination der Begrenzung nach § 1578 b Abs. 1 BGB mit derjenigen der Befristung nach § 1578 b Abs. 2 BGB nicht denkbar; denn Abs. 1 regelt eine Begrenzung gerade bis auf den angemessenen Lebensbedarf – in solchen Fällen ist eine weitere Herabsetzung oder auch ein gänzlicher Wegfall infolge einer Befristung nicht möglich, wenn

eine Befristung auch lediglich unter Berücksichtigung des angemessenen Lebensbedarfs möglich wäre. Hier wäre eine Kombination stets ohne Sinn, weil eine Befristung bis auf den angemessenen Lebensbedarf tatsächlich keine Befristung, sondern eine Begrenzung wäre, welche indes bereits in § 1578 b Abs. 1 BGB geregelt ist.

Billigkeitsabwägung im Rahmen der Befristung gem. § 1578 b BGB

Entscheidend für eine Befristung gemäß § 1578 b Abs. 2 BGB ist eine umfassende Billigkeitsabwägung; weder ehebedingte Nachteile, welche nicht vorliegen, noch die Ehedauer noch sonstige Umstände sprechen gegen eine Befristung; eine nacheheliche Solidarität erfordert hier ebenfalls keine unbefristete Dauer des nachehelichen Unterhaltsanspruchs, zumal die Ag. über den Versorgungsausgleich eheliche Vorteile bezieht. Die Bet. hatten auch keine gemeinsamen Kinder. Daher ist eine Befristung möglich und geboten.

Fraglich ist, innerhalb welcher Frist die Ag. in der Lage ist, sich auf den Wegfall einzustellen. Nun könnte argumentiert werden, dass die Ag. nicht auf den Unterhalt – auch nicht auf einen Teil – zu verzichten im Stande sei, weil sie sodann unter das Existenzminimum fiele. Andererseits aber würde die öffentliche Hand sofort eintreten, wenn der privatrechtliche Unterhaltsanspruch entfiel. Die Subsidiarität von Sozialleistungen, wie er etwa in § 2 SGB II und § 2 SGB XII zum Ausdruck kommt, betrifft auch lediglich das Verhältnis zwischen Bedürftigem und öffentlicher Hand; der Unterhaltsberechtigte ist insoweit als hiervon jedenfalls nicht direkt Betroffener anzusehen. Eine solche Ausstrahlung auf die privatrechtlichen Unterhaltsansprüche ergibt sich weder aus dem Gesetz selbst noch hinsichtlich der Befristung mit irgend einem Anhaltspunkt aus der Historie oder aus der zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung, zumal der Grundsatz der (stärkeren) Eigenverantwortung der tragende Gesichtspunkt der Unterhaltsreform gewesen ist. Sofern wie hier die Eigenverantwortung dazu führt, dass der Berechtigte mit Wegfall des Unterhaltsanspruchs der Sozialhilfe anheimfällt, ist dies hinzunehmen.

Letztlich ist eine Übergangsfrist weder erforderlich noch tunlich; dies ergibt sich auch nicht etwa unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes nach § 36 EGZPO, da das Unterhaltsrecht bereits am 1. 1. 2008 in Kraft getreten ist und die Ag. nicht davon ausgehen konnte, dass ihr auch weiterhin ein zeitlich unbegrenzter Nachscheidungsunterhaltsanspruch zustehen könnte.

Der Unterhaltsanspruch entfällt mithin mit Rechtshängigkeit, die am 14. 4. 2010 eingetreten ist (Bl. 28 GA). Einen früheren Beginnzeitpunkt hat der Ast. selbst nicht dargetan.

Im Ergebnis ist die Beschwerde begründet.

Im Hinblick auf die dargelegte grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache sowie zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung lässt der Senat die Rechtsbeschwerde gemäß § 70 Abs. 1 und 2 FamFG zu.

5. Familienrecht – Zustimmungsbedürftigkeit nach § 1365 BGB bei Belastung von Grundstücken (OLG Hamm, Urteil vom 14. 3. 2011 – 5 U 101/10)

BGB § 1365

Bei der Prüfung, ob bei einer Grundschuldbestellung ein Fall des § 1365 BGB vorliegt oder nicht, sind die im Zeitpunkt der Bestellung der Grundschuld noch nicht entstandenen dinglichen Zinsen nicht einzurechnen.

Zur Einordnung:

Gegenstand der Entscheidung ist die bislang obergerichtlich noch nicht entschiedene Frage, ob bei der Beurteilung der Zustimmungsbedürftigkeit einer Grundschuldbestellung gem. § 1365 BGB die dinglichen Zinsen mit einzurechnen sind.

Gemäß § 1365 Abs. 1 BGB kann sich ein Ehegatte nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen; hat er sich ohne Zustimmung des anderen Ehegatten verpflichtet, so kann er die Verpflichtung nur erfüllen, wenn der andere Ehegatte einwilligt. Nach st. Rspr. ist die Vorschrift auch auf Rechtsgeschäfte über einzelne Gegenstände anwendbar, wenn sie nahezu das gesamte Vermögen ausmachen (BGHZ 35, 135; 42, 174) und der Dritte weiß, dass das Rechtsgeschäft nahezu das gesamte Vermögen umfasst oder zumindest die Verhältnisse kennt, aus denen sich dies ergibt (BGH NJW 2007, 3124; 1965, 909). Über die Zustimmungsbedürftigkeit entscheidet der Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses (Palandt/Brudermüller, 70. Aufl. 2011, § 1365 BGB Rn. 3). Der Senat hat entschieden, dass bei einer Grundschuldbestellung eines Ehegatten für die Frage der Zustimmungsbedürftigkeit die dinglichen Zinsen nicht zu berücksichtigen seien. Diese seien im Zeitpunkt der Grundschuldbestellung noch nicht entstanden, und es sei auch unklar, in welchem Umfang dingliche Zinsen voraussichtlich entstehen werden.

Im konkreten Fall beruhte die Grundschuldbestellung auf einer Negativerklärung des Kl., in der er sich verpflichtet hatte, sein Grundstück ohne Einwilligung der Bekl. weder zu veräußern noch zu belasten und auf erstes Anfordern der Bekl. eine Grundschuld in angemessener Höhe eintragen zu lassen. Der Senat hat sich nicht mit der Vorschrift des § 1136 BGB auseinander gesetzt, der auch auf die Grundschuld anwendbar ist (§ 1192 Abs. 1 BGB). Danach ist eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern oder zu belasten, nichtig. Diese Vorschrift findet aufgrund ihres Schutzzwecks auch Anwendung, wenn die Abrede vor der Bestellung des Grundpfandrechts getroffen wird (dazu Brambring, FamFR 2011, 308; Staudinger/Wolfsteiner, 2009, § 1136 BGB Rn. 9).

Die Schriftleitung (LB)

Zum Sachverhalt:

I. Der Kl. ist verheiratet und lebt im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft. Er ist Eigentümer des Grund-

stücks I . . . in G1, Gemarkung G1, Flur . . ., Flurstück . . . Zwischen den Parteien ist nunmehr unstreitig, dass der Grundbesitz einen Verkehrswert von 426 000,- € hat.

Der Sohn des Kl., B., war Geschäftsführer der N.-GmbH (im Folgenden „Fa. N.“) und der L. mbH (im Folgenden „Fa. L.“). Er nahm im 3. Quartal des Jahres 2006 Kontakt zu der Bekl. auf, die den Unternehmen in der Folgezeit Kredite gewährte. In diesem Zusammenhang unterzeichnete der Kl. unter dem 1. 10. 2007 eine Negativerklärung, in der er sich in Bezug auf das vorgenannte Grundstück u. a. verpflichtete, das Eigentum ohne Einwilligung der Bekl. weder zu veräußern noch zu belasten. Zusätzlich verpflichtete er sich, auf erstes Anfordern der Bekl. eine Grundschuld in angemessener Höhe eintragen zu lassen, wenn eine deutliche Planabweichung der Fa. N. konsolidiert mit der Fa. L. (größer 10 % bezogen auf den Umsatz) besteht. Die Negativerklärung wurde dem Kl. von seinem Sohn B. zur Unterschrift vorgelegt. In Bezug auf diese Erklärung hat der Kl. die Anfechtung wegen Täuschung und den Widerruf gemäß § 312 BGB erklärt.

Unter dem 12. 9. 2008 teilten die vorgenannten Unternehmen eine erhebliche Planunterschreitung mit. Die den Unternehmen eingeräumten Kontokorrentrahmen von je 250 000,- € waren ausgeschöpft. Mit Schreiben vom 29. 10. 2008 bat die Bekl. um Bestellung einer Grundschuld über 350 000,- €. In der Folgezeit wurden Bemühungen zur Sanierung der genannten Unternehmen unternommen, insbesondere ein Unternehmensverkauf an die Fa. L2 in Erwägung gezogen. Mit Schreiben vom 11. 12. 2008 verlängerte die Bekl. die Frist zur Bestellung einer Grundschuld bis zum 9. 1. 2009 und unter dem 12. 1. 2009 nochmals bis zum 21. 1. 2009. Mit Schreiben vom 16. 1. 2009 teilte die Fa. L2 der Bekl. mit, dass sie Interesse an der Übernahme des Magnumboard-Geschäfts der Fa. N. habe und konkrete Ergebnisse voraussichtlich innerhalb der nächsten vier Wochen vorlägen. Am 13. 2. 2009 unterzeichnete der Kl. die Sicherungszweckvereinbarung zur Grundschuld. Danach dient die Grundschuld (Kapital, Zinsen und Nebenleistungen) zur Sicherung aller bestehenden, künftigen und bedingten Forderungen der Gläubigerin gegen den Kreditnehmer, persönlichen Schuldner Fa. N. und Fa. L. aus dem Kreditrahmenvertrag für alle bestehenden und künftigen Konten der Kunden-Nr. . . (Fa. N.) sowie Nr. . . (Fa. L.), Vertrag vom 1. 10. 2007, 500 000,- €.

Mit notarieller Urkunde vom 16. 2. 2009 (UR-Nr. . ./2009, Notar Dr. S. in G1) bestellte der Kl. an dem eingangs genannten Grundstück eine Grundschuld in Höhe von 350 000,- € nebst 16 % Jahreszinsen vom heutigen Tag an sowie einer einmaligen Nebenleistung von 5 % des Grundschuldbetrages. Zu diesem Zeitpunkt verfügten der Kl. und seine Ehefrau neben dem Grundbesitz zumindest noch über ein Bankguthaben bei der Bekl. in Höhe von 10 179,- €. Gespräche zur Sanierung der vorgenannten Unternehmen und eine beabsichtigte Umschuldung blieben letztendlich erfolglos. Am 24. 3. 2009 stellte B. Insolvenzantrag. Unter dem 2. 4. 2009 kündigte die Bekl. gegenüber der Fa. L. das Kontokorrentkonto Nr. . . und gab den Schultsaldo mit 254 848,99 € an. Mit Schreiben vom 15. 4. 2009 kündigte die Bekl. gegenüber dem Kl. das Kapital der Grundschuld zum 30. 10. 2009 und stellte es zur Zahlung fällig.

Der Kl. hat behauptet, die Bekl. habe anlässlich eines Gesprächs mit seinem Sohn erklärt, dass weitere Sicherheiten gestellt werden müssten, damit man über einen Sanierungsplan nachdenken könne und hierfür eine ultimative Frist bis Freitag, den 13. 2. 2009, 16.00 Uhr, eingeräumt. Scheitere die Beibringung weiterer Sicherheiten, werde sie (die Bekl.) alle Kredite kündigen. Am 12. 2. 2009 habe der bei der Bekl. beschäftigte Herr S2 mit ihm (dem Kl.) ein Gespräch geführt, das keine fünf Minuten gedauert habe, und bei dem es um die Unterzeichnung der Zweckerklärung für die beab-

sichtigte Grundschuldbestellung an seinem (des Kl.) Grundstück gegangen sei. Über die Bedeutung und Tragweite dieser Zweckerklärung sei er in keiner Weise aufgeklärt worden. Die Bekl. habe aber am 13. 2. 2009 gewusst, dass die Unternehmen in einer desolaten und unrettbaren Situation gewesen seien. Bereits am 12. 9. 2008 sei zwischen seinem Sohn und Herrn S2 über das Insolvenzzenario gesprochen worden.

Er hat gemeint, der Sicherungsvertrag sei gemäß § 1365 Abs. 1 i. V. m. § 1366 Abs. 4 BGB unwirksam, da seine Ehefrau der Verfügung nicht zugestimmt habe und sie auch nicht genehmigen werde. Das Grundstück stelle nahezu das gesamte Vermögen dar, was die Bekl. gewusst habe. 350 000,- €, eine Nebenleistung von 17 500,- € und Zinsen von 16 % p. a. ergeben bereits nach einem Jahr eine Belastung von 423 500,- €, der Verkehrswert des Grundstücks betrage aber nur 426 000,- €. Der Sicherungsvertrag sei gemäß § 138 BGB sittenwidrig. Es liege eine sittenwidrige Knebelung vor, da er wirtschaftlich vollständig eingeschnürt sei. Er beziehe eine Rente in Höhe von monatlich ca. 2 200,- €, bei einem Zinssatz von 6 % blieben ihm und seiner Ehefrau nur 450,- € monatlich zum Leben. Die Bekl. habe im Übrigen in sittlich anstößiger Weise seine emotionale Verbundenheit mit dem Geschäftsführer B. ausgenutzt. Sie habe von vorneherein keine ernsthaften Sanierungsbestrebungen unterstützen wollen und sichere Kenntnis davon gehabt, dass die Insolvenzen der Unternehmen akut drohten. Wenn er gewusst hätte, dass die Grundschuld wenige Tage nach der Bestellung verwertet wird, hätte er sie nicht bestellt.

Der Kl. hat beantragt:

Die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde Nr. . ./2009 des Notars Dr. S. in G1 vom 16. 2. 2009 wird für unzulässig erklärt.

Die Bekl. wird verurteilt, die ihr erteilte vollstreckbare Ausfertigung der genannten Urkunden an ihn (den Kl.) herauszugeben.

Die Bekl. hat beantragt, die Klage abzuweisen. [. . .]

Das LG hat der Klage stattgegeben und zur Begründung ausgeführt, die Klage sei als prozessuale Gestaltungsklage gemäß § 767 ZPO analog statthaft. Der Kl. wende sich nicht gegen die Unwirksamkeit des titulierten Anspruchs, sondern gegen die Unwirksamkeit des Titels. Die Klage sei auch begründet, da die Grundschuldbestellung nach §§ 1365 Abs. 1, 1366 Abs. 4 BGB unwirksam sei. Der Kl., der verheiratet sei und mit seiner Ehefrau im gesetzlichen Güterstand lebe, habe ohne Zustimmung seiner Ehefrau über sein Vermögen im Ganzen verfügt. Er verfüge bei einem Verkehrswert des Grundstücks von 426 000,- € und Hinzurechnung der Bankguthaben über ein Vermögen von 444 179,- €. Bei durchschnittlichem Verlauf wäre eine Verwertung der Grundschuld unter Berücksichtigung der Kündigungsfrist neun Monate nach Bestellung der Grundschuld anzunehmen. Die Belastung beliefe sich zu diesem Zeitpunkt bereits auf 409 500,- €. Dieser Betrag mache mehr als 90 % des klägerischen Vermögens aus. Der Ansicht der Bekl., wonach Zinsen und Nebenleistungen nicht zu berücksichtigen seien, könne nicht verfolgt werden. Zwar ließe sich so mehr Rechtssicherheit erzielen, aber Vorrang gebürtig dem Schutzzweck des § 1365 BGB. Dem Risiko der Unwirksamkeit einer Grundschuldbestellung hätte die Bekl. durch vorsorgliche Einholung der Zustimmung des Ehegatten entgegen wirken können (im Übrigen wird auf das Urteil, Bl. 160 ff. GA, verwiesen).

Mit der Berufung rügt die Bekl., dass das LG angenommen habe, die Klage sei als prozessuale Gestaltungsklage analog statthaft, weil der Titel aus materiell-rechtlichen Gründen unwirksam sein könne. Dies sei unrichtig, da selbst dann, wenn ein Fall des § 1365 Abs. 1 BGB vorliege, dies nicht die Unterwerfungserklärung betreffe.

Im Übrigen habe das LG zu Unrecht die Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB für gegeben erachtet. Der sachliche Anwendungsbereich des § 1365 Abs. 1 BGB sei bei einem großen Vermögen wie dem vorliegenden dann nicht eröffnet, wenn ein Restvermögen von mindestens 10 % verbleibe. Vorliegend sei ein Restvermögen von 21,20 % verblieben, bei Berücksichtigung der einmaligen Nebenleistung von 17,26 %. Die Rechtsansicht des LG, die dinglichen Zinsen zu berücksichtigen, sei unrichtig. Für den Wertvergleich zwischen dem belasteten und unbelasteten Vermögen komme es allein auf den Zeitpunkt der Verfügung an. Es sei höchstrichterlich anerkannt, dass nicht fällige Ansprüche auf Arbeitslohn oder Gehalt bzw. Renten oder andere Versorgungsleistungen nicht zu berücksichtigen seien, selbst wenn sie bereits bezogen würden. Dann könnten auch dingliche Zinsen, die erst in der Zukunft entstehen, keine Berücksichtigung finden. Auch wenn man die Zahlen des LG zugrunde lege, nämlich ein Vermögen von 444 179,- € auf der einen Seite und 409 500,- € Belastung auf der anderen Seite, stelle der Betrag von fast 35 000,- € kein unwesentliches Restvermögen dar. Der BGH habe entschieden, dass ein Betrag von 50 000,- DM nicht mehr als unwesentlich angesehen werden könne. Letztlich sei im Zeitpunkt der Bestellung einer Grundschuld der mögliche Verwertungszeitpunkt nicht absehbar. Zwar könnten über die Jahre erhebliche Zinsen auflaufen, in der Regel sei dann aber auch die gesicherte Forderung in nicht unerheblichem Umfang getilgt.

[. . .]

Aus den Gründen:

II. Die Berufung ist zulässig und begründet.

Antrag zu 1)

1. Die mit dem Antrag zu 1) erhobene Klage ist als Vollstreckungsgegenklage zulässig. Die Bekl. rügt insoweit allerdings zu Recht, die Zulässigkeit der Klage ergebe sich nicht aus einer analogen Anwendung des § 767 ZPO. Der Kl. wendet sich vorliegend nicht gegen die Wirksamkeit des Titels, sondern meint, dass wegen fehlender Zustimmung seiner Ehefrau (§ 1365 Abs. 1 BGB) der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gemäß §§ 1147, 1192 BGB nicht wirksam entstanden sei. Bei einer solchen Einwendung ist die Vollstreckungsgegenklage direkt (§ 767 i. V. m. §§ 795 S. 1, 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) und nicht analog die statthafte Klageart (vgl. Urteil des Brandenburgischen OLG vom 21. 6. 2007, Az.: 5 U 40/06, recherchiert über Juris, Rn. 49).

2. Die Klage ist jedoch nicht begründet, da die Grundschuld nach Auffassung des Senats wirksam entstanden ist.

a) Die Bestellung der Grundschuld bedurfte nicht der Zustimmung der Ehefrau des Kl., da Letzterer nach Ansicht des Senats nicht über sein Vermögen im Ganzen i. S. d. § 1365 Abs. 1 BGB verfügt hat.

Ständige Rspr.: § 1365 Abs. 1 BGB auch auf Verträge über die Veräußerung eines einzelnen Vermögensgegenstandes anwendbar, sofern das Veräußerungsobjekt im Wesentlichen das ganze Vermögen des Veräußerers darstellt und der Veräußerer zumindest die Verhältnisse kennt, aus denen sich dies ergibt

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH bedürfen gemäß § 1365 Abs. 1 BGB nicht nur solche Geschäfte

eines Ehegatten der Einwilligung des anderen, die auf die Übertragung seines gesamten Vermögens als solchen gerichtet sind, sondern auch Verträge über die Veräußerung eines einzelnen Vermögensgegenstandes, sofern das Objekt der Veräußerung im Wesentlichen das ganze Vermögen des Veräußerers darstellt und der Vertragspartner dies weiß oder zumindest die Verhältnisse kennt, aus denen sich dies ergibt (vgl. BGH NJW 1996, 1740; BGH NJW 1993, 2441). Bei einem großen Vermögen soll die Verfügung dann nicht zustimmungsbedürftig sein, wenn mindestens 10 % des ursprünglichen Gesamtvermögens verbleiben (vgl. BGH NJW 1991, 1739). Bei der Bestellung von Grundpfandrechten ist die Einwilligung des Ehegatten nur dann erforderlich, wenn sie den Wert des Grundstücks im Wesentlichen erschöpfen. Die Bestellung einer Grundschuld soll dann § 1365 Abs. 1 BGB unterfallen, wenn ihr Betrag den Grundstückswert zu 90 % ausköpf, sofern das Grundstück seinerseits 90 % des gesamten Vermögens beträgt (vgl. MünchKomm/Koch, 5. Aufl. 2010, § 1365 BGB Rn. 62; Staudinger/Thiele, 2007, § 1365 BGB Rn. 48).

Die Parteien streiten darum, ob bei der Beurteilung der Frage, ob ein Fall des § 1365 Abs. 1 BGB vorliegt, für die Bemessung der Belastung durch die hier streitgegenständliche Grundschuld auf den Grundschuldbetrag (350 000,- €) abzustellen ist oder auch die Nebenleistung und die im Zeitpunkt der Bestellung noch nicht entstandenen Zinsen einzurechnen sind.

Für die Zustimmungsbedürftigkeit gem. § 1365 BGB ist der Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses maßgeblich

Nach Ansicht des Senats schöpft die Grundschuld vorliegend den Grundstückswert nicht zu 90 % aus. Über die Zustimmungsbedürftigkeit entscheidet der Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses (vgl. Palandt/Brudermüller, 70. Aufl. 2011, § 1365 BGB Rn. 3; Staudinger/Thiele, a.a.O., § 1365 Rn. 27). Im Zeitpunkt der Grundschuldbestellung bestand die Belastung des Grundstücks aber nur in Höhe des Grundschuldbetrages von 350 000,- € und der Nebenleistung in Höhe von 17 500,- € (5 % des Grundschuldbetrages), insgesamt in Höhe von 367 500,- €. Dieser Betrag macht nur 86 % des Grundstückswertes aus. Die dinglichen Zinsen von 16 % sind hingegen – dies rügt die Bekl. mit der Berufung zu Recht – nicht zu berücksichtigen, denn diese waren im Zeitpunkt der Grundschuldbestellung noch nicht entstanden.

Für den Vermögensvergleich vor und nach Vornahme des Rechtsgeschäfts kommt es grundsätzlich darauf an, in welcher Höhe die Belastung valuiert bzw. welchen Verkehrswert das Grundstück nach Belastung noch hat

Ob die dinglichen Zinsen mit einzurechnen sind, ist – soweit ersichtlich – obergerichtlich noch nicht entschieden worden. Der Rechtsprechung ist aber zu entnehmen, dass es im Rahmen des Vermögensvergleichs vor und nach Vornahme des Rechtsgeschäfts grundsätzlich darauf ankommt, in welcher Höhe die Belastung valuiert bzw. welchen Verkehrswert das Grundstück nach Belastung noch hat. Bei der Bemessung des Wer-

tes der verbleibenden, nicht veräußerten Vermögensgegenstände wie auch des Wertes des veräußerten Vermögensgegenstandes im Rahmen des § 1365 BGB wird berücksichtigt, in welchem Umfang Grundpfandrechte valutieren und der Wert entsprechend vermindert (vgl. BGHZ 77, 293). Dann kann nach Ansicht des Senats nichts anderes bei einer Verfügung über ein Grundstück durch Bestellung einer Grundschuld gelten, denn nur im Umfang der tatsächlich bestehenden Belastung wurde der Wert des Grundstücks durch Bestellung der Grundschuld tatsächlich auch gemindert. Vorliegend war die Belastung aber nicht höher als 367 500,- € (350 000,- € Grundschuldbetrag nebst 17 500,- € Nebenleistung), da die Zinsansprüche zum Zeitpunkt der Grundschuldbestellung noch nicht entstanden waren.

Es ist nicht angezeigt, eine Prognose dazu anzustellen, in welchem Umfang dingliche Zinsen voraussichtlich entstehen werden und diese zum Maßstab für die Zustimmungsbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts zu machen

Etwas Anderes ergibt sich auch nicht aus dem von der Klägerseite mehrfach zitierten Urteil des BGH vom 12. 7. 1989, Az.: IVb ZR 79/88 (NJW 1990, 112), das die Zustimmungsbedürftigkeit einer Belastung von Grundbesitz mit einem dinglichen Wohnrecht zum Gegenstand hat. Der BGH führt hierzu aus, dass die Frage, ob die Belastung eines Grundstücks das wesentliche Vermögen des verfügenden Ehegatten ausmache, aufgrund der Umstände des Einzelfalls nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu entscheiden sei. Diese wirtschaftlichen Gesichtspunkte rechtfertigen es nach Ansicht des Senats vorliegend aber nicht, eine Prognose dazu anzustellen, in welchem Umfang dingliche Zinsen voraussichtlich entstehen werden und diese zum Maßstab für die Zustimmungsbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts zu machen. Der vorliegende Fall ist auch mit dem der Bestellung eines dinglichen Wohnrechts nicht vergleichbar. Die Bestellung eines solchen Wohnrechts beeinflusst den Wert eines Grundstücks unmittelbar, auch wenn noch nicht klar ist, in welchem Umfang der Berechtigte von dem Wohnrecht überhaupt Gebrauch machen wird. Allein die Wertminderung wird im Wege einer Prognose ermittelt (Kapitalisierung des Wohnrechts).

Der Senat verkennt bei der vorstehenden Würdigung nicht, dass die Besonderheit vorliegend darin besteht, dass schon im Zeitpunkt der Bestellung der Grundschuld eine nicht unerhebliche Wahrscheinlichkeit dafür bestand, dass Zinsen in erheblichem Umfang entstehen könnten. Denn in aller Regel wird eine Grundschuld nicht nur für einen kurzen Zeitraum übernommen. Zudem hatte der Kl. kaum Möglichkeiten, das Entstehen weiterer Zinsen zu verhindern. Die Grundschuld selber wieder abzulösen, dürfte für ihn angesichts seiner Vermögensverhältnisse und seines Alters kaum realisierbar gewesen sein. Ein Verkauf des Grundstücks, verbunden mit einer Ablösung der Grundschuld, dürfte auch nur schwer möglich gewesen sein, da sich die Bekl. aufgrund der Negativerklärung vom 1. 10. 2007 hierfür die Zustimmung vorbehalten hatte. Auch sprach einiges dafür, dass wenn die Sanierung bzw. der Verkauf an die

Fa. L2 scheitert, die Kreditnehmer der Bekl. nicht in der Lage sein würden, Tilgungsleistungen zu erbringen. Aber dies ist nur eine mögliche Prognose. In gleicher Weise hätte es möglich sein können, dass die Sanierung gelingt und die Unternehmen die Kredite bei der Bekl. – zumindest teilweise – wieder zurückführen können.

Hinzu tritt, dass sich die Vermögenslage schon ab Bestellung der Grundschuld wieder verändern kann. Zum Einen ist es denkbar, dass der Sicherungsgeber, noch bevor dingliche Zinsen entstehen, weiteres Vermögen erwirbt. Zum Anderen entspricht es dem Regelfall eines gesicherten Darlehens, dass dieses nach Gestellung einer Sicherheit und Auszahlung an den Darlehensnehmer pro rata auch wieder zurückgeführt wird, wodurch sich die valutierende Belastung durch die Grundschuld auch wieder vermindert.

Die zur Sittenwidrigkeit der Bürgschaft entwickelten Grundsätze sind auf die Bestellung einer Sicherungsgrundschuld grundsätzlich nicht übertragbar

b) Die Grundschuldbestellung ist entgegen der Ansicht des Kl. auch nicht sittenwidrig. Die Ausführungen des Kl. hierzu sind an die Rechtsprechung des BGH zur Sittenwidrigkeit der Bürgschaft angelehnt. Der BGH hat in seinem Urteil vom 19. 6. 2002, Az.: IV ZR 168/01 (BGHZ 152, 147), jedoch klargestellt, dass die zur Sittenwidrigkeit der Bürgschaft entwickelten Grundsätze auf die Bestellung einer Sicherungsgrundschuld grundsätzlich nicht übertragbar seien. Denn bei der Grundschuld sei – anders als bei der Bürgschaft – die Haftung auf den belasteten Grundbesitz beschränkt und der Sicherungsgeber verpflichtet sich nicht auch persönlich. Der Kl. kann sich daher nicht darauf berufen, dass von der von ihm bezogenen Rente schon bei einem Zinssatz von nur 6 % kaum etwas übrig bleibe, denn er haftet nur mit seinem Grundbesitz, nicht mit der Rente.

Eine andere Beurteilung wäre nur möglich, wenn der Kreditgeber im Hinblick auf die finanzielle Situation der Kreditnehmer gegenüber dem Sicherungsgeber einen Wissensvorsprung gehabt hätte und ihn gesondert hätte belehren müssen

c) Etwas Anderes könnte nur dann angenommen werden, wenn die Bank im Hinblick auf die finanzielle Situation der Fa. N. und Fa. L. gegenüber dem Kl. einen Wissensvorsprung gehabt hätte und ihn gesondert hätte belehren müssen. Es obliegt allerdings dem Kl., einen solchen Wissensvorsprung der Bekl. substantiiert darzulegen. An derartigem Vortrag des Kl. fehlt es. Hinzu tritt, dass der Kl. selbst vorträgt, die Bekl. habe gesagt, sie würde alle Kredite kündigen, wenn sie keine weitere Sicherheit bekommt. Dann musste dem Kl. aber zumindest klar sein, dass sich die Unternehmen seines Sohnes in einer prekären finanziellen Lage befanden. Es ist kaum denkbar, dass der Kl. mit seinem Sohn über die finanzielle Lage der Unternehmen nicht gesprochen hat.

Der Vortrag des Kl., die Bekl. habe von vorneherein keine ernsthaften Sanierungsbemühungen unterstützen wollen, entbehrt in gleichem Maße der Substanz.

d) Der Kl. kann auch nicht mit Erfolg geltend machen, für die Bestellung der Grundschuld bestehe kein

Rechtsgrund. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Negativerklärung vom 1. 10. 2007 den Rechtsgrund für die Bestellung der Grundschuld darstellt; zumal der Kl. vor Bestellung der Grundschuld von dem Inhalt der Negativerklärung keine Kenntnis gehabt haben will. Jedenfalls ist die Negativerklärung nach Ansicht des Senats nicht wegen Verstoßes gegen §§ 305 c Abs. 1, 307 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam. Die Vorschriften setzen voraus, dass allgemeine Geschäftsbedingungen vorliegen. Gemäß § 305 Abs. 1 S. 1 BGB sind allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt. Der Passus in der Negativerklärung, der die Vereinbarung der Bestellung einer Grundschuld auf erstes Anfordern enthält, stellt keine allgemeine Geschäftsbedingung dar. Denn er ist nicht vorformuliert, sondern maschinenschriftlich in das Formular eingefügt und auf die Fa. N. und Fa. L. zugeschnitten worden.

In Bezug auf die erklärte Anfechtung wegen arglistiger Täuschung und eines Widerrufsrechts gemäß § 312 BGB fehlt es an substantiertem Vortrag des Kl. zu den Voraussetzungen dieser Rechte.

Antrag zu 2)

Nach dem Gesagten ist der Antrag zu 1) ohne Erfolg. Dementsprechend kann der Kl. auch nicht Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung verlangen.

6. Erbrecht – Testamentsauslegung bei Erbeinsetzung für den Fall des gleichzeitigen Versterbens (OLG Hamm, Beschluss vom 6. 1. 2011 – 15 Wx 484/10 – mit Anmerkung von Notarassessor Dr. Leif Böttcher, Bonn)

BGB § 2084

1. Haben Ehegatten in einem notariellen gemeinschaftlichen Testament im Anschluss an die gegenseitige Einsetzung zu Alleinerben bestimmt „Für den Fall, dass wir gleichzeitig versterben sollten, soll unser Nachlass fallen an unsere gemeinsame Nichte...“ so setzt die Andeutungstheorie der richterlichen Auslegung des Testaments im Hinblick auf die Möglichkeit, dass diese Erbeinsetzung auch für den Fall des in zeitlich größerem Abstand aufeinanderfolgenden Versterbens der Ehegatten gewollt ist, keine Grenze.

2. Das Gericht muss deshalb in Ermittlungen von Umständen eintreten, die für eine solche Auslegung maßgebend sein können.

Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. zu 2) bis 11) sind die gesetzlichen Erben der Erblasserin, die Bet. zu 1) ist die Tochter der Bet. zu 11). Die Erblasserin und ihr Ehemann haben am 19. 2. 1982 in notarieller Form ein gemeinschaftliches Testament errichtet. In diesem haben sie sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Ziff. 2 der notariellen Urkunde lautet wie folgt:

„Für den Fall, dass wir gleichzeitig versterben sollten, soll unser Nachlass fallen an unsere beiderseitige Nichte T. H., . . .“

Sollte unsere Nichte hiernach zur Erbfolge gelangen, so soll die Verwaltung dieses von Todes wegen erworbenen Vermögens bis Erlangung der Volljährigkeit allein ihrer Mutter, . . ., obliegen . . .“

Der Ehemann der Erblasserin ist im . . . 2007 verstorben. Zu diesem Zeitpunkt war die Erblasserin nach dem Vortrag der Bet. zu 1) und 11) bereits nicht mehr testierfähig. Die Bet. streiten darüber, ob Ziff. 2 des gemeinschaftlichen Testaments dahingehend ausgelegt werden kann und muss, dass die Bet. zu 1) nicht allein für den Fall des gleichzeitigen Versterbens der Eheleute als Schlusserbin eingesetzt sein sollte. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Darstellung in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Die Bet. zu 1) hat einen Erbschein beantragt, der sie als Alleinerbin ausweisen soll, die Bet. zu 2) einen solchen, der die gesetzliche Erbfolge ausweisen soll. Durch gesonderte Beschlüsse vom 28. 12. 2009 hat das AG den Antrag der Bet. zu 1) zurückgewiesen und im Wege des Vorbescheids den Erlass eines Erbscheins entsprechend dem Antrag der Bet. zu 2) angekündigt. Die hiergegen gerichteten Beschwerden der Bet. zu 1) vom 15. 1. und 17. 3. 2010 hat das LG zurückgewiesen, wogegen sie sich mit der weiteren Beschwerde wendet.

Aus den Gründen:

II. Die weitere Beschwerde ist nach den §§ 27, 29 FGG i. V. m. Art. 111 Abs. 1 FGG-RG statthaft sowie formgerecht eingelegt.

Die Beschwerdebefugnis der Bet. zu 1) ergibt sich daraus, dass ihre Erstbeschwerden ohne Erfolg geblieben sind.

In der Sache ist die weitere Beschwerde begründet, da die Entscheidung des LG auf einer Verletzung des Rechts beruht, § 27 Abs. 1 FGG. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist die Kammer zutreffend von zulässigen ersten Beschwerden ausgegangen. In sachlicher Hinsicht hält die Entscheidung der rechtlichen Prüfung hingegen nicht stand.

Die Kammer hat die Zurückweisung des Erbscheinantrages der Bet. zu 1) sowie den Vorbescheid zugunsten der Bet. zu 2) damit begründet, dass das gemeinschaftliche Testament vom 19. 2. 1982 keine Schlusserbeneinsetzung der Bet. zu 1) enthalte, so dass nach der Erblasserin die gesetzliche Erbfolge eingetreten sei. Die Einsetzung der Bet. zu 1) beziehe sich dem Wortlaut nach allein auf den Fall des gleichzeitigen Ablebens der Eheleute, der jedoch nicht eingetreten sei. Eine Auslegung dahingehend, dass die Schlusserbeneinsetzung auch für den Fall gelten solle, dass ein Ehegatte den anderen um mehrere Jahre überlebe, sei nicht möglich, da sich hierfür in dem Wortlaut des Testaments kein hinreichender Anlass finde.

Dem kann der Senat insoweit nicht folgen, als das LG gemeint hat, dass sich Anhaltspunkte dafür, dass die testierenden Eheleute von einem Wortverständnis ihrer Verfügung ausgegangen sind, das von dem allgemeinen Begriffsverständnis abweicht, aus der Urkunde selbst ergeben müssten. Dabei ist der Kammer zuzugeben, dass die von ihr angeführte Entscheidung des BayObLG (FamRZ 2004, 1235) in diesem Sinne verstanden wer-

den könnte. Der Senat teilt einen derartigen, die allgemeinen Auslegungsregeln einschränkenden Rechtsstandpunkt jedoch nicht.

Der Wortlaut einer Verfügung von Todes wegen setzt ihrer Auslegung keine absoluten Grenzen

Auszugehen ist von der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BGHZ 86, 41 ff.), dass der Wortlaut einer Verfügung ihrer Auslegung keine absoluten Grenzen setzt. Der Tärichter muss daher zunächst versuchen, anhand aller zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen den tatsächlichen Erblasserwillen bzw. im Falle des gemeinschaftlichen Testaments den der Testatoren zu ermitteln (§§ 133, 2084 BGB). Dieser Notwendigkeit hat sich die Kammer hier verschlossen, indem sie gemeint hat, dass der Begriff des „gleichzeitigen Versterbens“ so eindeutig sei, dass es besonderer Anhaltspunkte im Wortlaut der Testamentsurkunde selbst bedürfe, um zu dem Ergebnis zu gelangen, dass hiermit auch der Fall gemeint sei, dass der Längerlebende erhebliche Zeit nach dem anderen versterbe. Der Senat kann schon den Ausgangspunkt dieser Argumentation, dass nämlich der Wortlaut eindeutig sei, nicht teilen.

Die Erbeinsetzung für den Fall „gleichzeitigen Versterbens“ umfasst jedenfalls auch den Fall, dass die Eheleute in kurzem zeitlichen Abstand nacheinander versterben

Auch die Kammer geht in Übereinstimmung mit der von ihr angeführten Rechtsprechung des BayObLG davon aus, dass ein Fall des gleichzeitigen Versterbens im eigentlichen Wortsinn praktisch selten, und – wie der Senat bemerkt – auch in aller Regel nicht beweisbar ist (so auch BayObLGZ 1981, 79 ff.), weshalb jedenfalls auch der Fall gemeint sei, dass die Eheleute in kurzem zeitlichen Abstand versterben. Schon diese Überlegung zeigt, dass die Erklärung gemessen an dem sich in diesem Zusammenhang stellenden Regelungsbedarf so überspitzt ist, dass sie als letztwillige Verfügung praktisch kaum wirksam werden kann, wenn man sie entsprechend dem allgemeinen Wortsinn versteht. Berücksichtigt man also über den allgemeinen Wortsinn hinaus die schlichte Tatsache, dass die jeweilige letztwillige Verfügung eine Regelung herbeiführen soll, dann ergibt sich die Auslegungsnotwendigkeit aus dem Wortlaut des Testaments selbst. Dann ist es aber nach der o. a. Rechtsprechung des BGH nicht zulässig, sich bei der Auslegung auf den Wortlaut der Erklärung zu beschränken.

Auch bei notariellen Testamenten besteht keine Ausnahme vom Gebot der amtswegigen Erforschung des Erblasserwillens

Nichts anderes ergibt sich aus dem Umstand, dass es sich vorliegend um ein öffentliches Testament handelt. Dass der Notar den Willen der Urkundsbt. erforschen und unzweideutig beurkunden soll, entspricht zwar den gesetzlichen Vorgaben (§ 17 BeurkG), in der Praxis werden diese jedoch immerhin so häufig verfehlt, dass sich hieraus in tatsächlicher Hinsicht keine Ausnahme vom Gebot der amtswegigen Erforschung des Erblasserwillens ableiten lässt. Allenfalls wenn diese zu kei-

nem abweichenden Ergebnis führt, mag die Tatsache der Beurkundung ein Indiz für ein Verständnis entsprechend dem allgemeinen Wortsinn sein.

Die Kammer hätte sich bei der Auslegung demnach nicht auf den Wortlaut beschränken dürfen, sondern hätte die von der Bet. zu 1) benannten Zeugen vernehmen müssen. Auf diesem Unterlassen beruht die Entscheidung, da sich nicht ausschließen lässt, dass die Kammer auf der Grundlage einer solchen Beweisaufnahme zu einem anderen Auslegungsergebnis gelangt wäre.

Bei der Verwendung des Begriffs „gleichzeitiges Versterben“ sind an den Nachweis des Erblasserwillens, hiermit auch den Fall eines um Jahre auseinander fallenden Versterbens zu regeln, erhebliche Anforderungen zu stellen

Allerdings ist auch nach dem Rechtsstandpunkt des Senats zunächst vom Wortlaut des Testaments auszugehen, wobei hier nicht zu erkennen ist, dass bei der Verwendung des Begriffs „gleichzeitiges Versterben“ an den Nachweis eines (gemeinschaftlichen) Willens, hiermit auch den Fall eines um Jahre auseinander fallenden Versterbens zu regeln, erhebliche Anforderungen zu stellen sind. Praktisch ist dies kaum vorstellbar, wenn sich nicht durch die Vernehmung der vormaligen Notarin feststellen lässt, dass dieser Begriff von ihrer Seite eingeführt worden ist und die Erblasser hiermit jedenfalls ein anderes Verständnis verbunden haben. Ob sich die erforderlichen Feststellungen angesichts des fortgeschrittenen Alters der Notarin und dem schwer nachvollziehbaren erbschaftssteuerrechtlichen Zusammenhang, der hier nach dem Vortrag der Bet. zu 1) hergestellt worden sein soll, noch möglich ist, mag zweifelhaft sein. Dies rechtfertigt es aber nicht, von dem Versuch der Klärung Abstand zu nehmen. Sollte sich diese Feststellung allerdings treffen lassen, dann ist es geboten, auch die weiteren Zeugen zu vernehmen, in deren Wissen spätere Willensäußerungen der Eheleute H. gestellt worden sind. Zwar kommt es für den Regelungswillen alleine auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung an, jedoch können spätere Willensäußerungen, je nach ihren Umständen, durchaus einen Rückschluss auf diesen zulassen. Legt man insoweit, was im Rahmen der Rechtsbeschwerde geboten ist, den Vortrag der Bet. zu 1) zugrunde, so könnte sich ein Beweisergebnis ergeben, nach dem die Ehegatten die Schlusserbeneinsetzung unbedingt, jedenfalls aber für den Fall gewollt haben, dass der Längerlebende den Erstversterbenden zwar um eine erhebliche Zeitspanne überlebt, aber bereits im Zeitpunkt des Todes des Erstversterbenden zu einer letztwilligen Verfügung nicht mehr in der Lage ist.

Der Beachtlichkeit eines solchen Auslegungsergebnisses ständen auch die gesetzlichen Vorschriften über die Form letztwilliger Verfügungen (vgl. § 2231 BGB) nicht entgegen.

Die Andeutungstheorie verlangt nicht, dass sich schon das Auslegungsergebnis selbst in der formgerechten Willenserklärung andeuten müsste

Nach der ganz h. A., der auch die Rechtsprechung des Senats entspricht (vgl. Senat NJW-RR 1991, 1349 ff.),

muss der durch die Auslegung ermittelte Erblasserwille in der formwirksamen Erklärung wenig ansatzweise oder auch versteckt angedeutet sein (grundlegend zur Andeutungstheorie und zum Meinungsstand Staudinger/Otte, Neubarb. 2003, Vorbem. zu §§ 2064 ff. BGB Rn. 28 ff.). Insoweit ist einzuräumen, dass die Vertreter der Andeutungstheorie bislang nicht in der Lage waren, Übereinstimmung hinsichtlich der konkreten Anforderungen zu entwickeln und auch die obergerichtliche Rechtsprechung nicht immer eine einheitliche Linie hinsichtlich der Anforderungen an die Andeutung des Erblasserwillens erkennen lässt. Gleichwohl teilt der Senat die Auffassung, dass im Grundsatz an der Andeutungstheorie festzuhalten ist, da allein sie in der Lage ist, vom Ansatz her die gesetzlichen Postulate des Vorrangs des Erblasserwillens einerseits und der Formbedürftigkeit letztwilliger Verfügungen in Einklang zu bringen.

Hinsichtlich der sich aus diesem Ansatz ergebenden Anforderungen an die Andeutung des Erblasserwillens ist insbesondere die Funktion der Form zu berücksichtigen, den Erblasser für den Zeitpunkt seiner Äußerung „beweismäßig“ zu sichern und gegen eine spätere Verfälschung zu sichern (vgl. BGHZ 80, 246 ff. = NJW 1981, 1736 ff.). Diese Funktion erfüllt die Form jedenfalls dann nicht mehr, wenn sich bereits die Auslegungsnotwendigkeit aus der formgerechten Willenserklärung nicht mehr herleiten lässt, die Gültigkeit der Willensäußerung sich also bereits mit der schlichten Behauptung eines abweichenden tatsächlichen Willens in Frage stellen ließe. Lässt sich eine Auslegungsnotwendigkeit und die generelle Willensrichtung hingegen aus dem Wortlaut herleiten, so ist ein solcher Schutz des Erblasserwillens vor Verfälschung gewährleistet, so dass es auf die Ermittlung eben dieses Willens ankommt. Wollte man die Andeutungstheorie hingegen so verstehen, dass sich schon das Auslegungsergebnis selbst in der formgerechten Willenserklärung andeuten müsste, würde man der Auslegung, insbesondere der ergänzenden Auslegung Grenzen setzen, die mit der o. a. Rechtsprechung des BGH nicht vereinbar wären. Hier ist die Einsetzung eines Schlusserben für den Fall des gleichzeitigen Versterbens, wie oben dargelegt, keineswegs eindeutig, sondern in jedem Falle auslegungsbedürftig, weil dieser Fall praktisch jedenfalls kaum beweisbar sein wird. Weiter lässt die getroffene Verfügung den übereinstimmenden Willen der Eheleute erkennen, die gesetzliche Erbfolge auszuschließen und die Bet. zu 1) zu begünstigen. Nach alledem ergibt sich aus der Formbedürftigkeit der letztwilligen Verfügung keine Grenze für die Geltung eines Auslegungsergebnisses im Sinne der Bet. zu 1), wenn sich die hierfür notwendigen Feststellungen denn treffen lassen.

Soweit man die o. a. Entscheidungen des BayObLG so verstehen sollte, dass dort der Rechtssatz vertreten wird, bei einem (vordergründig) eindeutigen Wortlaut müssten sich die Anhaltspunkte für eine abweichende Auslegung inhaltlich aus dem Wortlaut der letztwilligen Verfügung selbst ergeben, ergibt sich aus dem dann abweichenden Rechtsstandpunkt des Senats keine Vorlageverpflichtung nach § 28 Abs. 2 FGG. Denn das OLG München, das in Ansehung der Vorlageverpflich-

tung als Nachfolgegericht des aufgelösten BayObLG zu behandeln ist, hat in seinem Beschluss vom 14. 10. 2010 (31 Wx 084/10, bei juris) ausdrücklich den Rechtsstandpunkt vertreten, dass auch außerhalb der Testamentsurkunde liegende Umstände für die Auslegung einer gleichlautenden Formulierung in einem Testament heranzuziehen sind. Von daher besteht keine Divergenz mehr.

Anmerkung:

Die Entscheidung verdient weder im Ergebnis noch in der Begründung Zustimmung. Sie beruht auf einer Verkennung der Bedeutung der Formvorschriften für Verfügungen von Todes wegen.

Dreh- und Angelpunkt der Entscheidung ist eine Formulierung, die sich so oder in ähnlicher Form häufig in notariellen gemeinschaftlichen Testamenten oder Erbverträgen findet: „Für den Fall, dass wir gleichzeitig versterben sollten, soll unser Nachlass fallen an unsere gemeinsame Nichte. . .“ Richtig ist zunächst der Ausgangspunkt des Senats, dass die Erklärung der Erblasser nicht etwa so eindeutig ist, dass sie keine Auslegung zuließe. Um hier zur Auslegung zu gelangen, muss aber nicht erst eine Mehrdeutigkeit der Formulierung mühsam herbeigeredet werden, vielmehr kommt die Auslegung bei jedem verwendeten Begriff in Betracht, mag er auf den ersten Blick auch noch so eindeutig erscheinen: Der früher herrschenden Auffassung, wonach vermeintlich eindeutige Erklärungen keiner Auslegung zugänglich seien (vgl. nur BGH NJW 1951, 959; LM § 2084 Rn. 3), hat der BGH inzwischen zu Recht eine Absage erteilt (grundlegend BGHZ 86, 41, 45). Gem. § 133 BGB ist bei der Auslegung der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Diese Auslegungsaufgabe kann der Richter nur dann vollständig erfüllen, wenn er sich nicht auf eine Analyse des Wortlauts beschränken muss, sondern auch alle aus dem Inbegriff der mündlichen Verhandlung zugänglichen Umstände außerhalb der Testamentsurkunde heranzieht (BGHZ 86, 41, 45). Davon zu trennen ist allerdings die Frage, ob ein dergestalt ermittelter Erblasserwille auch formgerecht und damit wirksam geäußert ist. Um diesen Konflikt zu lösen, folgt die Rspr. der Andeutungstheorie: Diese besagt, dass der Erblasserwille für den Erklärungsinhalt nur maßgeblich ist, soweit er einen, wenn auch nur unvollkommenen, Ausdruck in der Verfügung von Todes wegen gefunden hat (vgl. nur BGH, NJW-RR 2002, 292; Staudinger/Otte, 2003, Vorbem zu §§ 2064 ff. BGB Rn. 28 m. w. N.). Ihr Anliegen ist es, den Erblasserwillen vor falschen Behauptungen zu schützen (vgl. nur BGH NJW-RR 2002, Staudinger/Otte, 2003, Vorbem zu §§ 2064 ff. BGB Rn. 38; Kuchinke, JZ 1985, 749). Die – richtig verstandene – Andeutungstheorie engt nämlich nicht den Erblasserwillen ein, sondern bewirkt gerade die Sicherung des Willens des Erblassers (Staudinger/Otte, 2003, Vorbem zu §§ 2064 ff. BGB Rn. 39). Würde man i. S. der Willenstheorie dem außerhalb der Urkunde ermittelten Erblasserwillen zum Erfolg verhelfen, ohne dafür auch nur den geringsten Anhaltspunkt im Text der letztwilligen Verfü-

gung anführen zu können, wäre der erbrechtlichen Auslegung der nachträglichen Verfälschung des Erblasserwillens Tür und Tor geöffnet (Bamberger/Roth/Litzenburger, BeckOK-BGB, 1. 3. 2011, § 2084 Rn. 20 f.). Dann würde letztlich der Richter testieren, nicht der Erblasser (vgl. Stagl, *Der Wortlaut als Grenze der Auslegung von Testamenten*, 2. Aufl. 2005, S. 14). Der Senat glaubt sich auf dem Boden der Andeutungstheorie, wenn er ausführt, diese verlange nicht, dass schon das Auslegungsergebnis selbst in der formgerechten Willenserklärung angedeutet sein müsse. Darum aber geht es nicht. Der behauptete oder ermittelte Wille muss in der Testamentsurkunde irgendeinen Anhaltspunkt gefunden haben, so unvollkommen er auch sein mag. Offenbar sieht der Senat hier die Auslegung, dass nämlich ein mehrere Jahre auseinander liegendes Versterben ein „gleichzeitiges“ Versterben i. S. Erklärung der Erblasser ist, allein im Begriff „gleichzeitig“ angedeutet. Schon bei üblicher Wortbedeutung geschehen Ereignisse, die mehrere Jahre auseinander liegen, nicht gleichzeitig. Dass beide Erblasser gemeinsam unter dem Begriff des gleichzeitigen Versterbens auch ein mehrere Jahre auseinander liegendes Versterben verstanden hätten, ist abwegig. Aber selbst wenn sie es so verstanden hätten, wäre dieser Wille in der Testamentsurkunde eben nicht angedeutet und daher von der Andeutungstheorie in ihrer herkömmlichen Ausprägung nicht mehr gedeckt: Denn genau dieser Art von nachträglicher Behauptung, der Wille des Erblassers sei angeblich ganz anders zu verstehen, als er im Testament niedergelegt ist, will die Andeutungstheorie einen Riegel vorschieben. Im vorliegenden Fall wies das notarielle Testament keine Schlusserbeneinsetzung für den Fall des sukzessiven Versterbens der Eheleute auf. Diese Testamentsgestaltung kann gute Gründe haben: Sie liegt insbesondere bei kinderlosen Eheleuten nahe, kann aber auch ansonsten Sinn machen, wenn bei Abfassung des gemeinschaftlichen Testaments noch nicht erkennbar ist, wie die persönliche und wirtschaftliche Entwicklung der Kinder als potentiellen Erben verlaufen wird. In diesen Fällen ist Eheleuten vor allem wichtig, dass der Überlebende als Alleinerbe den gesamten Nachlass erhält. Dieser soll dann frei bestimmen können, wer sein Erbe wird. Deshalb wird auch nur für den Fall des gleichzeitigen Versterbens ein Erbe benannt, da sich dann die Frage eines Schlusserben nicht stellt und diese Gestaltung zudem erbschaftsteuerlich – wegen der Möglichkeit der doppelten Inanspruchnahme des Freibetrags – attraktiver ist. Ob diese Gestaltung von den Erblassern wirklich gewollt war, ist ungewiss, doch ist sie es, die formgerecht erklärt worden ist. Wollte man dies anders sehen, müsste man konsequenterweise der Wahrung der gesetzlich vorgeschriebenen Form nur Bedeutung für die Frage zumessen, ob überhaupt ein gültiges Testament vorliegt, nicht aber für dessen Inhalt (so in der Tat Brox, JA 1984, 553; Harder/Kroppenberg, *Grundzüge des Erbrechts*, 5. Aufl. 2002, Rn. 197). Eine solche Sichtweise beruht aber auf einer Verkennung der erbrechtlichen Formzwecke: Übereilungsschutz, Beweissicherung und Erkennbarkeit des rechtlich Gewollten würden leer laufen, wenn man die Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Form nur auf die Tatsache der letztwilligen Verfügung und nicht auf deren Inhalt beziehen würde (Staudinger/Otte, a.a.O., Rn. 38). Der

Hauptzweck der Andeutungstheorie, den Erblasserwillen vor verfälschenden Behauptungen zu schützen (vgl. Kuchinke, JZ 1985, 749; Lange/Kuchinke, *Erbrecht*, 5. Aufl. 2001; Staudinger/Otte, a.a.O., Rn. 39) würde so ad absurdum geführt.

Am Rande eine Bemerkung zu den vom Senat angestellten Überlegungen dazu, ob in der Praxis die gesetzlichen Vorgaben, wonach der Notar den Willen der Urkundsbevollmächtigten erforschen und unzweideutig beurkunden soll, „immerhin so häufig verfehlt [werden], dass sich hieraus in tatsächlicher Hinsicht keine Ausnahme vom Gebot der amtsweigigen Erforschung des Erblasserwillens ableiten“ lasse. Dass auch notariell beurkundete Erklärungen der Auslegung zugänglich sind, ist eine Selbstverständlichkeit. Das hängt aber nicht davon ab, ob der Notar im Rahmen der konkreten Beurkundung die Vorgaben des § 17 BeurkG eingehalten hat. Auch wenn diese Vorgaben in der Praxis im Einzelfall nicht vollständig umgesetzt werden mögen, lassen sich daraus keine Rückschlüsse auf den Inhalt der Erklärung ziehen. Denn das Gesetz nimmt in § 415 Abs. 1 ZPO zu Recht eine typisierende Betrachtung vor und stattet notarielle Urkunden mit einer besonders hohen Beweiskraft aus. Bis zur Grenze des Beweises der unrichtigen Beurkundung des Vorgangs gem. § 415 Abs. 2 ZPO kommt daher allen notariellen Urkunden die gleiche Beweiskraft zu, und zwar unabhängig davon, wie der Notar das Verfahren ausgestaltet hat.

Wünschen die Bet. im Rahmen der Beurkundung eines Erbvertrags oder eines gemeinschaftlichen Testaments die oben dargestellte Gestaltung (gegenseitige Alleinerbeneinsetzung, Einsetzung eines Ersatzerben für den Fall des gegenseitigen Versterbens, keine Schlusserbeneinsetzung), so empfiehlt es sich, dies ausdrücklich in der Urkunde festzuhalten. Dabei sollte klar zum Ausdruck kommen, dass „gleichzeitiges Versterben“ eigentlich „gemeinsames Versterben“ bedeutet, so dass besser von „Versterben in gleicher Gefahr“ gesprochen werden sollte. Hinsichtlich der fehlenden Schlusserbeneinsetzung bietet es sich an, wie folgt zu formulieren: „Weitere Verfügungen, insbesondere eine Schlusserbeneinsetzung, durch welche festgelegt wird, wer Erbe des überlebenden Ehegatten wird, wollen wir heute nicht treffen.“ Zudem kann sich ein Hinweis empfehlen, dass dadurch nach dem Tod des Überlebenden die gesetzliche Erbfolge gilt, wenn nicht vorher noch durch Verfügung von Todes wegen etwas anderes bestimmt wird.

Notarassessor Dr. Leif Böttcher, LL.M. (Miami), Bonn

7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Eintragung des Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB im Handelsregister

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. 5. 2011 – 3 Wx 84/11)

HGB § 25

1. Kommt aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrs die ernsthafte Möglichkeit in Betracht,

- dass die Antrag stellende GmbH die Geschäfte und die Firma der ursprünglichen GmbH fortführt (hier: gleiche Firma, im Wesentlichen gleicher Geschäftsgegenstand, Übernahme des in gleicher Funktion tätigen Firmenleiters sowie zweier weiterer Mitarbeiter und Übertragung einer markanten Service-Telefonnummer), so hat das Registergericht den beantragten Haftungsausschluss gemäß § 25 Abs. 2 HGB einzutragen.**
- 2. Dass die Firmenbezeichnung der Ast. für eine Nachbildung überlassen und nicht zusammen mit dem ursprünglichen Unternehmen übertragen worden ist, stellt ein dem maßgeblichen Verkehr sich entziehendes Internum dar und steht der Annahme einer Fortführung i. S. d. § 25 Abs. 1 HGB nicht entgegen.**

Zur Einordnung:

Die Entscheidung betrifft die Frage, unter welchen Voraussetzungen bei der Firmenfortführung i. S. v. § 25 HGB ein zwischen Erwerber und früherem Inhaber vereinbarter Haftungsausschluss in das Handelsregister eingetragen werden kann. Gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 HGB haftet derjenige für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers, der ein unter Lebenden erworbene Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt. Eine abweichende Vereinbarung ist zulässig, Dritten gegenüber aber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist (§ 25 Abs. 2 HGB). Ein Haftungsausschluss ist nach der Rspr. eintragungsfähig, wenn unter Anwendung der hierzu entwickelten Grundsätze die ernsthafte Möglichkeit in Betracht kommt, dass die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB gegeben sein könnten (OLG Köln FGPrax 2010, 144; BayObLG NJW-RR 2003, 757; OLG Düsseldorf FGPrax 2003, 233). Der Senat hat sich dieser Rspr. angeschlossen. Nur wenn eine Firmenfortführung i. S. v. § 25 Abs. 1 HGB keinesfalls in Betracht komme, dürfe das Registergericht die Eintragung des Haftungsausschlusses ablehnen.

Die Entscheidung ist aus notarieller Sicht und auch für den Rechtsverkehr zu begrüßen. Würde man für die Frage der Eintragungsfähigkeit des Haftungsausschlusses darauf abstellen, ob aus Sicht des Registergerichts eine Firmenfortführung vorliegt und ein wirksamer Haftungsausschluss vereinbart worden ist, bestünde die Gefahr, dass die Eintragung des Haftungsausschlusses zwar vom Registergericht abgelehnt würde und deshalb die Eintragung unterbliebe, das später urteilende Prozessgericht jedoch die Frage anders entscheiden und die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB bejahen würde (vgl. OLG Köln FGPrax 2010, 144; OLG Düsseldorf FGPrax 2003, 233).

Die Schriftleitung (LB)

Zum Sachverhalt:

I. Unter dem 2. 12. 2010 beschloss die Gesellschafterversammlung der im Handelsregister des AG D. unter HRB ... eingetragenen „H. Vermögensverwaltung GmbH“ zu Ziffer I.1. der UR .../2010 K des Notars Dr. O. in D. eine Änderung der Firma in „Malerwerkstatt M. und F. GmbH“.

Laut Ziffer II. 2. dieser Urkunde hat die „Malerwerkstatt M. und F. GmbH“, eingetragen im Handelsregister des AG D. unter HRB ..., der H. Vermögensverwaltung GmbH die Firmenbezeichnung „Malerwerkstatt M. und F.“ für eine Nachbildung überlassen, ist ein Betriebsübergang oder Teilbetriebsübergang nicht vereinbart und eine Haftung der nachgebildeten „Malerwerkstatt M. und F.“ für alle im Betrieb des Geschäfts der Gesellschaft „Malerwerkstatt M. und F. GmbH“ (D. HRB ...) begründeten Verbindlichkeiten ausgeschlossen.

Unter dem 14. 12. 2010 beantragte die H. Vermögensverwaltung GmbH unter Bezugnahme auf die Urkunde Nr. ... des Notars Dr. O. in D. vom 2. 12. 2010 u. A. die Eintragung des Haftungsausschlusses gemäß § 25 Abs. 2 HGB.

Durch Schreiben vom 30. 12. 2010 wies das AG – Registergericht – die H. Vermögensverwaltung GmbH darauf hin, dass gegen den Haftungsausschluss Bedenken bestünden, weil hiernach eine Fortführung des Handelsgeschäfts nicht gegeben sei, vielmehr lediglich die (gelöschte) Firma eines anderen Handelsgeschäfts nachgebildet werde.

Hierzu hat die H. Vermögensverwaltung GmbH ergänzend vorgetragen, die früher als Malerwerkstatt M. & F. GmbH, D. firmierende Gesellschaft (inzwischen: H. D. GmbH) gehöre zur Unternehmensgruppe der Handwerksgruppe P. M. (H.), H. Gegenstand der Geschäftstätigkeit der Malerwerkstatt M. & F. GmbH sei insbesondere die Durchführung von Maler-, Lackier- und Tapezierarbeiten in Ein- und Mehrfamilienhäusern gewesen. Als „Firmenleiter“ der Malerwerkstatt M. & F. GmbH sei von H. Herr M. F.-E. eingesetzt und auch entsprechend auf dem Briefbogen geführt worden. Herr F.-E. habe das Tagesgeschäft geleitet, insbesondere die Kundenakquisition und -betreuung, der früheren Malerwerkstatt M. & F. GmbH, und damit einen zentralen Teil deren Geschäftstätigkeit.

H. sei in der gleichen Branche wie die frühere Malerwerkstatt M. und F. GmbH tätig. Sie habe Herrn F.-E. angeworben. Er werde in gleicher Funktion zur Kundenakquisition und -betreuung bei H. eingesetzt. Zudem sei seine Beteiligung als Gesellschafter an der H. beabsichtigt. Nicht zuletzt durch Herrn F.-E. würden darüber frühere Kunden der „Malerwerkstatt M. & F.“ geworben und eventuell auch einzelne Mitarbeiter der früheren „Malerwerkstatt M. & F.“ eingestellt.

Schließlich sei die von der früheren Malerwerkstatt M. & F. GmbH betriebene, besonders markante, Servicetelefonnummer bereits auf H. umgestellt.

Für eine eventuelle Haftung nach § 25 Abs. (1) HGB komme es darauf an, dass – wie hier der Fall – der „Kern“, d. h. der wesentliche Bestand des Handelsgeschäfts tatsächlich fortgeführt werde. vorliegend könne eine Inanspruchnahme der H. nach § 25 Abs. (1) HGB nicht offensichtlich ausgeschlossen werden, was die Registereintragung des Haftungsausschlusses gemäß § 25 Abs. (2) HGB rechtfertige.

Das Registergericht hat mit Beschluss vom 8. 2. 2011 den Antrag zurückgewiesen und ausgeführt, ein Haftungsausschluss sei eintragungsfähig, wenn die ernsthafte Möglichkeit in Betracht kommt, dass die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB gegeben sein könnten. Bei der Prüfung der Eintragungsfähigkeit habe das Registergericht die tatsächlichen Angaben zu grunde zu legen, die sich der formgerechten (§ 12 HGB) Anmeldung des Haftungsausschlusses – im Wege einer Gesamtschau – entnehmen lassen. Ein vereinbarter Haftungsausschluss sei nur dann nicht einzutragen, wenn offensichtlich die

Möglichkeit einer Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB ausscheidet, wobei im Zweifel der Haftungsausschluss durch das Registergericht einzutragen sei.

Vorliegend seien die Voraussetzungen eines Firmenerwerbs zu verneinen. Erwerb i. S. d. § 25 Abs. 1 S. 1 HGB sei grundsätzlich jede Unternehmensübertragung und -überlassung, bei der der Erwerber das Handelsgeschäft und die bisherige Firma fortführe, wobei die Fortführung des Handelsgeschäfts im wesentlichen Bestand oder Kern genüge. Hier liege noch keine Fortführung des Handelsgeschäfts im wesentlichen Bestand oder Kern vor. Die Übernahme einer Service-Telefonnummer und bisher nur eines Mitarbeiters allein rechtfertigten noch nicht die Annahme, dass es sich insofern um den wesentlichen Bestand oder Kern des Handelsgeschäfts handele, zumal auch nicht das Geschäftslokal der früher als Malerwerkstatt M. & F. GmbH geführten Unternehmung übernommen worden sei. Von einer Unternehmensfortführung gehe der maßgebliche Verkehr aber erst aus, wenn ein Betrieb von einem neuen Inhaber in seinem wesentlichen Bestand unverändert weitergeführt, der Tätigkeitsbereich, die innere Organisation und die Räumlichkeiten ebenso wie Kunden- und Lieferantenbeziehungen jedenfalls im Kern beibehalten und/oder Teile des Personals übernommen würden. Rechtsprechung oder Literaturstimmen, die nur bei Übernahme der Telefonnummer und eines Mitarbeiters bereits den wesentlichen Bestand oder Kern des Handelsgeschäfts als übernommen ansähen, seien nicht ersichtlich. Hinzu komme, dass die Firma gerade nicht fortgeführt, sondern lediglich die (gelöschte) Firma eines anderen Handelsgeschäfts nachgebildet werde. Hier werde nicht das Unternehmen selbst aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrs aber im Wesentlichen unverändert unter der alten Firmenbezeichnung fortgeführt; es liege vielmehr nur ein Fall einer im Register auftretenden Firmenähnlichkeit der neuen Firma zu einer gelöschten Firma vor, die Dritte zwar veranlassen könnten, eine Fortführung fälschlich anzunehmen. Gegen eine derartige Fehlvorstellung, die sich auf keinen registermäßigen Rechtsschein berufen könne, solle aber eine Eintragung nach § 25 Abs. 2 HGB von vornherein nicht schützen

Am 22. 2. 2011 ist zu HRB ... die Bet. als Malerwerkstatt M. und F. GmbH ins Handelsregister eingetragen worden.

Sie hat gegen den Beschluss des Registergerichts vom 8. 2. 2011 mit am 4. 3. 2011 eingegangener Schrift, beschränkt auf die versagte Eintragung des Haftungsausschlusses, Beschwerde eingelegt, im Wesentlichen das bisherige Vorbringen wiederholt und geltend gemacht, vorliegend sei ihre Inanspruchnahme nicht offensichtlich ausgeschlossen, da die Bewertung, ob der „Kern“ des Handelsgeschäfts fortgeführt werde, eine Frage sei, von der nicht auszuschließen sei, dass ein künftig befasstes Prozessgericht dieselbe anders beurteilen werde. Zwischenzeitlich seien überdies zwei weitere Mitarbeiter (H. und G.) der früheren Malerwerkstatt M. & F. GmbH bei der Bf. angestellt worden.

Das AG hat der Beschwerde mit Beschluss vom 14. 3. 2011 nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

Aus den Gründen:

II. Die gemäß §§ 58 Abs. 1, 59 Abs. 2, 61 Abs. 1, 63 Abs. 1 und 3 FamFG, 382 Abs. 3 FamFG zulässige Beschwerde der Gesellschaft hat in der Sache Erfolg.

Das Registergericht, dem die Überprüfung obliegt, ob die Haftungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 2 HGB gegeben sind, hat diese unzutreffend verneint und den

entsprechenden Eintragungsantrag zu Unrecht abgelehnt (§ 382 Abs. 3 FamFG).

Die Haftung aus § 25 Abs. 1 HGB hängt davon ab, ob das Unternehmen aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrs im Wesentlichen unverändert unter der alten Firmenbezeichnung fortgeführt wird

1. a) Nach § 25 Abs. 1 HGB haftet, wer ein unter Lebenden erworbene Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführt, (auch) für alle im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers (BGH NJW 1982, 1647, 1647).

Die Haftung aus § 25 Abs. 1 S. 1 HGB greift nach gefestigter Rechtsprechung des BGH ein, wenn zwar der Unternehmensträger wechselt, das Unternehmen selbst aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrs aber im Wesentlichen unverändert unter der alten Firmenbezeichnung fortgeführt wird (BGH NJW 2010, 236 [13]; NJW-RR 2009, 820; NJW 2006, 1002).

Erwerb i. S. v. § 25 Abs. 1 S. 1 HGB ist jede Unternehmensübertragung und -überlassung (Baumbach/Hopt, 34. Aufl. 2010, § 25 HGB Rn. 4). Von einer Unternehmensfortführung i. S. d. § 25 Abs. 1 HGB geht der maßgebliche Verkehr aus, wenn ein Betrieb von einem neuen Inhaber in seinem wesentlichen Bestand unverändert weiter geführt wird, der Tätigkeitsbereich, die innere Organisation und die Räumlichkeiten ebenso wie Kunden- und Lieferantenbeziehungen jedenfalls im Kern beibehalten und/oder Teile des Personals übernommen werden (BGH NJW 2010, 236 [18]).

Die Haftungsfolge aus § 25 Abs. 1 HGB greift auch dann ein, wenn einzelne Vermögensbestandteile oder Betätigungsfelder von der Übernahme ausgenommen sind, solange nur der den Schwerpunkt des Unternehmens bildende wesentliche Kern desselben übernommen wird, sodass sich der nach außen für die beteiligten Verkehrskreise in Erscheinung tretende Tatbestand als Weiterführung des Unternehmens in seinem wesentlichen Bestand darstellt (BGH, a.a.O.).

Für die Anwendbarkeit des § 25 Abs. 1 HGB kommt es nicht darauf an, welche Erklärung gegenüber dem Registergericht abgegeben wird, sondern vielmehr darauf, unter welcher Bezeichnung ein Unternehmen tatsächlich am Markt auftritt (BGH a.a.O. [16]; NJW 1987, 1633).

Der Erwerber muss aus Sicht des Verkehrs den prägenden Firmenkern tatsächlich fortführen

b) Der Erwerber muss als zweites Element der Kontinuität nach außen auch die bisherige Firma fortführen, einerlei ob durch Firmenerwerb oder Nachbildung derselben Firma (GmbH), BGH NJW 1982, 1648. Die Fortführung muss nicht unbedingt wort- und buchstabengetreu erfolgen; allerdings müssen der Kern der alten und neuen Firma einander gleichen, so wenn der prägende Teil der alten Firma in der neuen beibehalten wird. Entscheidend ist die Firmenidentität nach der Verkehrsanschauung (BGH NJW 1992, 911; WM 2004, 1178; NJW 2006, 1001; WM 2008, 2273; OLG Düsseldorf NZG 2005, 176; Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 34. Aufl. 2010, § 25 Rn. 7).

Die Firmenfortführung ist deshalb eine Voraussetzung für die Haftung gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 HGB, weil in ihr

die Kontinuität des Unternehmens nach außen in Erscheinung tritt, welche der tragende Grund für die Erstreckung der Haftung für früher im Betrieb des Unternehmens begründete Verbindlichkeiten des Vorgängers auf seinen Nachfolger ist (BGH, a.a.O. [15]). Für die Anwendung des § 25 Abs. 1 HGB genügt es jedoch, dass die Firmen des früheren und des neuen Geschäftsinhabers einander gleichen, da der Rechtsverkehr hieraus den Wechsel des Unternehmensträgers erkennt (BGH NJW 1982, 1647, 1648).

Grundsätzlich kann die Situation einer Firmenfortführung auch durch Übertragung des Geschäfts einer Handelsgesellschaft, z. B. einer KG oder GmbH auf einen Einzelkaufmann oder umgekehrt eintreten (OLG Köln, a.a.O.; Senat, FG-Prax 2003, 233; Kafka/Willer/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 553). Ganz überwiegend wird nämlich der Schutz von Haftungserwartungen des Verkehrs als Normzweck von § 25 angesehen (Zimmer/Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, 2. Aufl. 2008, § 25 Rn. 2 m. N.).

Der Rechtspfleger kann im Rahmen des registerrechtlichen Anmeldeverfahrens nicht abschließend beurteilen, ob die ernsthafte Möglichkeit besteht, dass die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB vorliegen könnten

c) Ein Haftungsausschluss ist eintragungsfähig, wenn unter Anwendung der hierzu entwickelten Grundsätze die ernsthafte Möglichkeit in Betracht kommt, dass die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB gegeben sein könnten (OLG Köln FG-Prax 2010, 144; OLG Stuttgart FGPrax 2010, 257 jeweils m. w. N.).

Die Haftungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB sind bei der Anmeldung des Haftungsausschlusses nicht stets offenkundig, sondern oft nur unter Heranziehung der zu § 25 Abs. 1 HGB ergangenen Rechtsprechung als Ergebnis der rechtlichen Bewertung eines komplexen Sachverhalts festzustellen. Dem Rechtspfleger kann insoweit keine abschließende Beurteilung der Haftungsfrage auferlegt werden, zumal in Rechtsprechung und Literatur Uneinigkeit über die Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB besteht. Ein vereinbarter Haftungsausschluss ist daher nur dann nicht als eintragungsfähig anzusehen, wenn eindeutig und zweifelsfrei eine Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB nicht in Betracht kommt. Andernfalls wäre nicht ausgeschlossen, dass sich eine unterschiedliche Beurteilung der Haftungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB durch das Registergericht einerseits und die Prozessgerichte andererseits in Bezug auf dasselbe Unternehmen einseitig zum Nachteil des neuen Unternehmensträgers auswirken würde (so OLG Stuttgart, a.a.O.).

2. Dies vorausgeschickt hat das AG – Registergericht – die Eintragung einer Haftungsbeschränkung nach § 25 Abs. 2 HGB zu Unrecht abgelehnt.

Für das Vorliegen einer Geschäfts- und Firmenfortführung ist auf die tatsächliche Lage abzustellen – maßgeblich ist die Sicht der Verkehrskreise

Ob eine Geschäfts- und Firmenfortführung anzunehmen ist, muss aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrs be-

urteilt werden, dem verborgen bleibt, in welchem Umfang Verfügungsgeschäfte zur Betriebsübernahme getätigt wurden (OLG Stuttgart, a.a.O. S. 258). Entscheidend ist die tatsächliche Fortführung. Diese ist – entgegen der Auffassung des Registergerichts – anzunehmen.

a) Im Handelsregister Düsseldorf HRB ... war ursprünglich die Malerwerkstatt H. D. M. und U. F. GmbH eingetragen, die sodann umfirmierte in „Malerwerkstatt M. und F. GmbH“ und inzwischen in „H. D. GmbH“. Geschäftsgegenstand der Malerwerkstatt M. und F. GmbH waren Maler-, Lackier- und Tapezierarbeiten.

Im Handelsregister D. HRB ... war die Bf. zunächst als H. Vermögensverwaltung GmbH eingetragen; ihre Firma lautet gemäß der Eintragung vom 22. 2. 2011 nunmehr Malerwerkstatt M. und F. GmbH.

b) Aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrs ist anzunehmen, dass die Bf. die Geschäfte und die Firma der ursprünglichen Malerwerkstatt M. und F. GmbH fortführt.

Denn der Geschäftsgegenstand (Durchführung von Malerarbeiten pp.) entspricht im Wesentlichen dem der früheren Malerwerkstatt M. und F. GmbH (HRB ...). Der Firmenleiter F.-E., der gerade durch seine Aufgabe der Kundenakquisition nach außen hin in Erscheinung tritt, ist in gleicher Funktion bei der Bf. tätig, zwei weitere Mitarbeiter der früheren Malerwerkstatt M. und F. GmbH wurden inzwischen ebenfalls übernommen; die markante Service-Telefonnummer wurde übertragen.

Dass die Firmenbezeichnung „Malerwerkstatt M. und F.“ der Bf. für eine Nachbildung überlassen wurde und nicht zusammen mit dem ursprünglichen Unternehmen übertragen worden ist, steht der Annahme einer Fortführung i. S. d. § 25 Abs. 1 HGB nicht entgegen, da dieser Vorgang nur ein sich dem maßgeblichen Verkehr entziehendes Internum darstellt.

Entscheidend ist, dass aufgrund der genannten Gesichtspunkte aus der Sicht des maßgeblichen Verkehrs der Eindruck entstehen kann, bei der nunmehr im Handelsregister D. HRB ... als Malerwerkstatt M. und F. GmbH eingetragene Bf. handele es sich im Kern um die Fortführung der früher unter D. HRB ... firmierenden Malerwerkstatt M. und F. GmbH.

Kommt hiernach die ernsthafte Möglichkeit in Betracht, dass die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 HGB gegeben sein könnten, so ist der begehrte Haftungsausschluss eintragungsfähig und durfte die Registereintragung des Haftungsausschlusses gemäß § 25 Abs. 2 HGB vom Registergericht nicht abgelehnt werden.

8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Versicherung des Geschäftsführers nach § 8 Abs. 2 S. 1 GmbHG bei Geschäftsanteilen im Nennbetrag von je einem Euro

(OLG Hamm, Beschluss vom 24. 3. 2011 – 15 W 684/10)

GmbHG §§ 5; 7; 8

Werden bei der Gründung einer GmbH Stammkapitalanteile mit Nennbeträgen von jeweils einem Euro gebildet, muss die Versicherung des Geschäfts-

führers bei der Anmeldung der GmbH sich auf die Tatsachen erstrecken, die für die Beurteilung der Tilgungswirkung einer einheitlich erfolgten, jedoch nur einen Teilbetrag deckenden Zahlung auf das übernommene Stammkapital maßgeblich sind, also ob eine Tilgungsbestimmung getroffenen worden ist und ggf. welche.

Zur Einordnung:

Nach allgemeiner Ansicht muss sich aus der Versicherung gemäß § 8 Abs. 2 GmbHG ergeben, welcher Gesellschafter welchen ziffernmäßig anzugebenden Betrag auf welche seiner übernommenen Geschäftsanteile eingezahlt hat (s. etwa Wicke, 2. Aufl., § 8 GmbHG Rn. 9; Michalski, 2. Aufl., § 8 GmbHG Rn. 32; BeckOK-GmbHG/Jaeger, Stand 1. 5. 2011, § 8 Rn. 14). Eine allgemein gehaltene Erklärung etwa dergestalt, dass auf jeden Geschäftsanteil der gesetzliche Mindestbetrag eingezahlt sei, ist nicht ausreichend (BayObLG DB 1980, 438, 439; OLG Hamm DB 1982, 945; OLG Celle GmbHR 1986, 309; Scholz/Winter/Veil, 10. Aufl., § 8 GmbHG Rn. 23; Baumbach/Hueck/Fastrich, 19. Aufl., § 8 GmbHG Rn. 12). Nur bei vollständiger Einzahlung des Stammkapitals reicht eine Versicherung mit eben diesem Inhalt ohne weitere Einzelangaben aus (OLG Frankfurt BB 1992, 1160; OLG Düsseldorf DNotZ 1986, 180 m. Anm. Baumann; a. A. BeckOK-GmbHG/Jaeger a.a.O.).

Mit der nachfolgend abgedruckten Entscheidung relativiert das OLG Hamm die allg. Meinung. Bei einer einheitlichen Zahlung eines Teilbetrages des Stammkapitals könne es demnach ausreichen, die Zahlung des Gesamtbetrages zu versichern, wenn gleichzeitig versichert werde, dass mit der Zahlung keine, oder falls doch, welche Tilgungsbestimmung vom Einzahlenden getroffen wurde. Die Tilgungswirkung der Einzahlung richte sich nach § 366 BGB. Das Registergericht werde demnach durch die Versicherung, eine Tilgungsbestimmung sei nicht getroffen worden, in die Lage versetzt, die Tilgungswirkung der Einzahlung gemäß § 366 Abs. 2 BGB zu ermitteln, was letztlich zu einer gleichmäßigen Verteilung führt. Mit anderen Worten soll im Rahmen des § 8 Abs. 2 GmbHG die Versicherung der für die Beurteilung der Einzahlung erforderlichen Tatsachen notwendig, aber auch hinreichend sein. Eine rechtliche Wertung werde vom Geschäftsführer hingegen – anders als es der Wortlaut des § 8 Abs. 2 GmbHG vermuten lässt – nicht verlangt.

In der Praxis dürften die Fälle selten sein, in denen bei Leistung eines Teilbetrages auf das Stammkapital eine nähere Tilgungsbestimmung als „Einzahlung auf das Stammkapital“ getroffen wird. Die Bet. dürften sich zwar in der Regel keine Gedanken darüber machen, wie sie den Teilbetrag auf die Geschäftsanteile verteilen wollen, sondern von einer gleichmäßigen Verteilung ausgehen. Selbstverständlich ist dies jedoch nicht. Hat der Notar Anhaltspunkte, dass dem Willen der Bet. eine andere als eine gleichmäßige Verteilung entspricht, sollte er demnach auf eine nähere Tilgungsbestimmung hinwirken. Im Übrigen müsste es – folgt man dem OLG Hamm – praktisch

ohne Unterschied bleiben, ob der Geschäftsführer die Anwendung des § 366 Abs. 2 BGB im Rahmen seiner Versicherung selbst berücksichtigt oder die Tatsache der Einzahlung ohne Tilgungsbestimmung versichert und die Subsumtion dem Registergericht überlässt. Angesichts des abweichenden Wortlauts des § 8 Abs. 2 GmbHG bleibt abzuwarten, ob sich die letztere Verfahrensweise bei den Registergerichten durchsetzt.

Die Schriftleitung (MK)

Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. ist durch Vertrag vom 2. 10. 2010 gegründet worden. Nach dem Gesellschaftsvertrag beträgt das Stammkapital der Gesellschaft 25 000,- €. Von diesem übernimmt nach dem Gesellschaftsvertrag jeder der beiden Gesellschafter je 12 500 Geschäftsanteile mit einem Nennbetrag von jeweils 1,- €.

Durch beglaubigte Erklärung vom 9. 11. 2010 haben die Geschäftsführer die Gesellschaft zur Eintragung angemeldet. In der Anmeldung ist die Versicherung enthalten, dass jeder der beiden Gesellschafter „auf die 12 500 Geschäftsanteile mit einem Nennbetrag in Höhe von jeweils € 1,- mit den laufenden Nummern ... bis ... einen Gesamtbetrag in Höhe von € 6 250,-“ gezahlt hat. Das Registergericht hat die Anmeldung im Wege der Zwischenverfügung mit der Begründung beanstandet, dass sich aus der vorgenannten Versicherung nicht ergebe, welcher Betrag auf welchen Geschäftsanteil eingezahlt sei. Aus der Versicherung müsste sich ergeben, dass auf jeden Geschäftsanteil mindestens ein Viertel des Nennbetrages eingezahlt sei. Zur Beibringung einer entsprechenden Versicherung wurde eine Frist von einem Monat gesetzt.

Gegen diese Zwischenverfügung richtet sich die Beschwerde der Bet.

Aus den Gründen:

II. Die zulässige Beschwerde ist nur zu einem geringen Teil begründet.

Die Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG muss sich inhaltlich auf jeden Geschäftsanteil beziehen

Die Beanstandung der Anmeldung ist zu Recht erfolgt. Wie vom AG ausgeführt, hat die Anmeldung gemäß § 8 Abs. 2 S. 1 GmbHG, soweit hier von Interesse, die Versicherung zu enthalten, dass die in § 7 Abs. 2 bezeichneten Leistungen auf die Geschäftsanteile bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befindet. Die Leistung nach § 7 Abs. 2 GmbHG ist jedoch erst bewirkt, wenn auf jeden Geschäftsanteil ein Viertel des Nennbetrags eingezahlt ist. Es kommt also nicht darauf an, ob ein Betrag eingezahlt ist, der insgesamt – bezogen auf das Nennkapital der Gesellschaft – ein Viertel oder mehr ausmacht. Vielmehr muss sich die Versicherung inhaltlich auf jeden einzelnen Geschäftsanteil beziehen (Hueck/Baumbach/Fastrich, 19. Aufl. 2010, § 8 GmbHG Rn. 12; Roth/Altmeppen, 6. Aufl. 2009, § 8 GmbHG Rn. 12). Diese Sichtweise entspricht zunächst der Intention des Gesetzgebers, nach der durch die Neufassung des § 7 Abs. 2 GmbHG durch das MoMiG der bezifferte Geschäftsanteil anstelle der Stammbeiträge in den Vordergrund gestellt werden sollte (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 33). Weiter knüpft die Einlage

pflicht (§ 14 GmbHG) und die ggf. hieraus folgenden Sekundäransprüche an den einzelnen Geschäftsanteil an, so dass die Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG ihren Zweck nur erfüllen kann, wenn sie die Beurteilung zulässt, inwieweit auf den einzelnen Geschäftsanteil geleistet worden ist.

Die Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG soll das Registergericht von einer näheren Prüfung der Einzahlungsmodalitäten entbinden

Die Beanstandung ist – entgegen der Auffassung der Beschwerde – auch nicht deshalb entbehrlich, weil sich eine gleichmäßige Verteilung der Einzahlung eines Gesellschafters auf die von ihm übernommenen Geschäftsanteile von selbst versteht. Die Auffassung der Beschwerde, jede andere Sichtweise sei lebensfremd, verkennt, dass es nicht Aufgabe des Registergerichts ist, tatsächliche Vermutungen hinsichtlich der Interessenlage der Gesellschafter anzustellen. Von einer näheren Prüfung der Einzahlungsmodalitäten soll das Registergericht durch § 8 Abs. 2 GmbHG gerade freigestellt werden.

Eine genauere, auf die einzelnen Geschäftsanteile bezogene Versicherung des Geschäftsführers wäre demnach nur dann entbehrlich, wenn sich die gleichmäßige Verteilung der Zahlung eines Gesellschafters auf mehrere von ihm übernommene Geschäftsanteile unmittelbar und zwingend aus dem Gesetz ergäbe. Dies ist indes nicht der Fall. § 19 Abs. 1 GmbHG, auf den sich die Beschwerde bezieht, regelt lediglich die Verpflichtung der Gesellschafter im Innenverhältnis und ist zudem abdingbar (Hueck/Fastrich, a.a.O. § 19 Rn. 10).

Hat das AG die Anmeldung danach zu Recht beanstandet, so ist die Zwischenverfügung nach Auffassung des Senats jedoch insoweit nicht hinreichend bestimmt, als sie nicht erkennen lässt, welche konkrete Ergänzung der Versicherung des Geschäftsführers das Registergericht verlangt. Zutreffend weist die Beschwerde darauf hin, dass der Geschäftsführer nach § 8 Abs. 2 GmbHG Tatsachen zu versichern, nicht hingegen eine rechtliche Wertung vorzunehmen hat. Dementsprechend muss die Zwischenverfügung den Inhalt einer tatsächlichen Versicherung aufzeigen, aus der das Registergericht auf die Erfüllung der Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 GmbHG schließen kann.

Auf welche Einlageforderung eine Zahlung anzurechnen ist, bestimmt sich nach § 366 BGB

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der in Frage stehende Zahlungsvorgang sich nicht nach besonderen gesellschaftsrechtlichen Regeln, sondern nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln beurteilt. Durch die Übernahme jedes einzelnen Geschäftsanteils wird nach der Konzeption des MoMiG eine eigenständige Einlagepflicht, also eine Zahlungspflicht gegenüber der Gesellschaft begründet (vgl. §§ 3 Abs. 1 Nr. 4, 14 Abs. 1 GmbHG). Auf welche Einlageforderung und damit auf welchen Geschäftsanteil eine Zahlung des Gesellschafters anzurechnen ist, bestimmt sich danach gemäß § 366 BGB. Im Grundsatz kann der zahlende Gesellschafter gemäß § 366 Abs. 1 BGB durch eine Til-

gungsbestimmung daher regeln, auf welche Einlageforderung und damit auf welchen Geschäftsanteil seine Zahlung anzurechnen ist, wobei er auch eine unterschiedliche Stückelung vornehmen kann. Fehlt eine solche Tilgungsbestimmung, so ist die Zahlung, da die Einlageforderungen aus der Übernahme mehrerer Geschäftsanteile i. S. d. § 366 Abs. 2 BGB gleich sind, anteilig auf alle Forderungen und damit auf alle Geschäftsanteile anzurechnen.

Versicherung muss sich darüber verhalten, ob bei Einzahlung eine Tilgungsbestimmung getroffen wurde und ggf. welche

Geht man danach von dem o. g. Grundsatz aus, dass der Geschäftsführer im Rahmen des § 8 Abs. 2 GmbHG nur Tatsachen zu versichern hat, so folgt hieraus, dass er die Tatsachen zu erklären hat, die für die Beurteilung der Tilgungswirkung einer einheitlichen Zahlung maßgeblich sind. Nach dem oben Gesagten kann und muss der Geschäftsführer sich daher darüber erklären, ob bei der Zahlung eine Tilgungsbestimmung getroffen worden ist und ggf. welche. Soweit keine Tilgungsbestimmung getroffen worden ist, ist die Zahlung gleichmäßig auf alle Geschäftsanteile anzurechnen, so dass bei der hier vorliegenden Zahlung von jeweils 50 % der Summe des Nennbetrages der übernommenen Geschäftsanteile, die Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 GmbHG durch das Registergericht bejaht werden können.

Die Wertfestsetzung beruht auf den §§ 131, 30 KostO.

Die hier zu entscheidende Rechtsfrage hat nach Auffassung des Senats für die Praxis des Registerrechts grundsätzliche Bedeutung, so dass die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 70 Abs. 2 Nr. 1 FamFG) vorliegen.

9. Handels-/Gesellschaftsrecht – Wegfall der Beschränkungen für eine UG (haftungsbeschränkt) schon für die Kapitalerhöhung auf 25 000,- € (OLG Hamm, Beschluss vom 5. 5. 2011 – 27 W 24/11)

GmbHG §§ 5; 5 a

Die Beschränkungen des § 5 a Abs. 1 bis 4 GmbHG entfallen nicht erst dann, wenn eine Volleinzahlung des Stammkapitals i. S. d. § 5 Abs. 1 GmbHG erbracht worden ist, sondern bereits für die Kapitalerhöhung, mit der ein satzungsmäßiges Stammkapital von mindestens 25 000,- € erreicht wird.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zur Einordnung:

Ob die für die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) geltenden Beschränkungen (insbesondere das Erfordernis der Volleinzahlung und das Verbot von Scheinlagen) bereits für diejenige Kapitalerhöhung entfallen, mit der das Mindeststammkapital von 25 000,- € erreicht wird, ist in der Literatur umstritten. Nachdem sich zuerst das OLG München (RNotZ 2010, 660) der Meinung angeschlossen hat, nach der die Beschränkungen erst mit Wirksamwer-

den der Kapitalerhöhung entfallen (Baumbach/Hueck/Fastrich, 19. Aufl., § 5 a GmbHG Rn. 32; Heckschen, DStR 2009, 166, 170; Tamm, MDR 2010, 1025, 1026), nimmt das OLG Hamm mit der nachfolgend abgedruckten Entscheidung die Gegenposition ein (ebenso Roth/Altmeppen/Altmeppen, 6. Aufl., § 5 a GmbHG Rn. 26; Wicke, GWR 2010, 259; Klose, GmbHR 2009, 294, 296; Schreiber, DZWIR 2009, 492, 497; Freitag/Riemenschneider, ZIP 2007, 1485, 1491; Waldenberger/Sieber, GmbHR 2009, 114, 119). Obiter bekräftigt das OLG Hamm ausdrücklich, dass nach seiner Auffassung auch das Sacheinlagenverbot (§ 5 a Abs. 2 S. 2 GmbHG) bereits mit der Kapitalerhöhung auf mindestens 25 000,- € entfalle. Dies hat der BGH wenige Tage zuvor im gleichen Sinne entschieden (s. S. 442 in diesem Heft, NJW 2011, 1881 = NZG 2011, 693 m. Anm. Gasteyer). Damit dürfte der Meinungsstreit beendet sein, da sich der BGH in der Begründung seines Beschlusses nicht nur auf das Sacheinlageverbot, sondern erkennbar auf den Wegfall der Beschränkungen des § 5 a Abs. 1 bis 4 GmbHG insgesamt bezieht.

Die notarielle Praxis sollte dennoch auch weiterhin schon bei der Wahl der Rechtsform die Vor- und Nachteile einer UG (haftungsbeschränkt) erörtern und dabei, spätestens aber bei der Kapitalerhöhung auf mindestens 25 000,- €, darauf hinweisen, dass die Beschränkungen des § 5 a Abs. 1 bis 4 GmbHG erst mit der Eintragung der Kapitalerhöhung entfallen, nicht bereits mit dem Erhöhungsbeschluss, was der BGH (a.a.O.) ausdrücklich bekräftigt. So dürfte nach der Auffassung des BGH beispielsweise der Beschluss über die Änderung des Firmenzusatzes (§ 5 a Abs. 1 GmbHG) gleichzeitig mit dem Beschluss über die Kapitalerhöhung zulässig sein und mit diesem angemeldet werden; verwendet werden darf der Firmenzusatz „GmbH“ jedoch erst nach Eintragung der Kapitalerhöhung.

Die Schriftleitung (MK)

Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. zu 1) ist unter der Firma H. für Kraftverkehr Weiterbildung UG (haftungsbeschränkt) im Handelsregister des AG R. mit einem Stammkapital von 10 000,- € eingetragen. Deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer ist der Bet. zu 2). Er meldete mit notariell beglaubigtem Schreiben vom 30. 12. 2010 die Erhöhung des Stammkapitals um 15 000,- € auf 25 000,- €, sowie Änderungen der Firma und der Satzung zum Handelsregister an und versicherte, von dem von ihm selbst übernommenen neuen Geschäftsanteil von 15 000,- € seien 25 %, mithin 3 750,- € zu seiner freien Verfügung überwiesen. Mit der angefochtenen Verfügung vom 6. 1. 2011 beantwortete das AG unter Berufung auf die Entscheidung des OLG München vom 23. 9. 2010, Az. 31 Wx 149/10 (u. a. in ZIP 2010, 1991), die angemeldete Änderung von Satzung, Firma und Stammkapital der Bet. zu 1) könne nicht eingetragen werden, da eine Erhöhung des Stammkapitals, die die Beschränkungen des § 5 a I bis IV GmbHG aufhebe, die vorherige Volleinzahlung eines Stammkapitals i. H. v. mindestens 25 000,- € erfordere.

Die dagegen namens der Bet. zu 1) und 2) durch den Urkundsnotar fristgerecht erhobene Beschwerde führt zur Begründung an, das Gesetz biete weder nach seinem Wortlaut noch seiner Begründung eine Grundlage dafür, bei der Auf-

stockung des Kapitals einer UG die Erleichterung des § 7 II GmbHG – Ausreichen der hälftigen Einzahlung des gesetzlichen Mindestkapitals von 25 000,- € – zu versagen.

Aus den Gründen:

II. Die gemäß §§ 382 II, 58 FamFG statthafte und fristgerecht eingelegte Beschwerde ist begründet.

Beschränkungen der § 5 a Abs. 1 bis 4 GmbHG entfallen bereits für die Kapitalerhöhung, mit der ein Stammkapital von 25 000,- € erst erreicht wird; vorherige Volleinzahlung auf 25 000,- € nicht erforderlich

Die Eintragung der angemeldeten Kapitalerhöhung ist nicht nach § 5 a II GmbHG von der Volleinzahlung der Mindestsumme des Stammkapitals gemäß § 5 I GmbHG abhängig. Vielmehr entfällt dieses Erfordernis gemäß § 5 a V GmbHG bereits für die Kapitalerhöhung, mit der ein satzungsmäßiges Stammkapital von 25 000,- € erst erreicht wird. Die gegenteilige Auffassung des OLG München in seinem Beschluss vom 23. 9. 2010 (Az.: 31 WX 149/10; u. a. veröffentlicht in ZIP 2010, 1991), auf den die angefochtene Zwischenverfügung gestützt ist, ebenso u. a. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 19. Aufl. 2010, Rn. 33 zu § 5 a, nach der die Sondervorschriften des § 5 a I bis IV GmbHG erst dann keine Anwendung mehr finden, nachdem durch eine zuvor vollzogene Barkapitalerhöhung tatsächlich eine Stammeinlage von mindestens 25 000,- € erbracht sei, überzeugt nicht.

Der in der Literatur zu dieser Frage geführte Meinungsstreit ist in dem vorgenannten Beschluss des OLG München umfassend wiedergegeben und braucht deshalb hier nicht erneut dargestellt zu werden.

Zum Wortlaut des § 5 a Abs. 5 GmbHG

Für die vom Senat vertretene Ansicht spricht schon der Wortlaut des § 5 a V GmbHG, indem er die Anwendung der Absätze 1 bis 4 außer Kraft setzt, wenn die Gesellschaft ihr Stammkapital auf den Betrag des Mindestkapitals „erhöht“, und nicht erst dann, wenn sie das Kapital „erhöht hat“, vgl. Miras, DB 2010, 2488, 2491. Das OLG München meint in seinem Beschluss nur deshalb, den Wortlaut für seine gegenteilige Auffassung in Anspruch nehmen zu können, weil es – bereits interpretierend – in ihn hineinliest, die Norm stelle auf den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Erhöhung ab. Tatsächlich steht das nicht im Text des Abs. 5, dessen Zeitform – „erhöht“ – vielmehr seine Anwendung auf den „Erhöhungsvorgang“ selbst und nicht auf die Zeit ab seiner rechtlichen Vollendung beinhaltet.

Zum Sinn und Zweck des § 5 a Abs. 5 GmbHG

Insbesondere besteht aber nach Sinn und Zweck des Gesetzes kein sachlicher Grund für die Anwendung des § 5 a II GmbHG auf eine Kapitalerhöhung, die das Mindestkapital nach § 5 I GmbHG erreicht oder überschreitet. Die Rechtfertigung der strengeren Regeln für die Kapitalaufbringung der Unternehmergeellschaft entfällt, sobald sich diese mit der beschlossenen Kapitalerhöhung einer regulären GmbH gleich stellt. Die Ge- genansicht stellt die Gesellschafter einer Unter-

nehmergesellschaft beim Übergang in eine reguläre GmbH schlechter als bei der sofortigen Gründung einer solchen (S2 in N2 GmbHG 2010, Rn. 40 zu 3 5 a) und würde für eine Kapitalerhöhung weit über das Mindestkapital hinaus auch zu unnötigen praktischen Erschwerissen führen, indem sie die Gesellschafter zu einer zweistufigen Kapitalerhöhung zwänge, wenn sie sich die Möglichkeit der Halbeinzahlung erhalten wollen; vgl. Miras, a.a.O. S. 2491.

Keine systembedingte Schlechterstellung der UG gegenüber der GmbH

Dass dies, wie Fastrich a.a.O. meint, „systembedingt der Preis für Wahl des Einstiegsmodells“ sei, ist kein Argument, sondern die zu begründende These. Warum nach dem Willen des Gesetzgebers für das Gleichziehen mit der regulären GmbH ein höherer Preis gezahlt werden soll, ist nicht erkennbar. Das in dem Beschluss des OLG München angeführte Schweigen der Gesetzesbegründung spricht daher jedenfalls nicht für, sondern allenfalls gegen seine Auffassung.

Sacheinlagenverbot gemäß § 5 a Abs. 2 S. 2 GmbHG entfällt ebenfalls bereits für Kapitalerhöhung auf mindestens 25 000,- €

Dass die hier vertretene Auffassung auch den Fortfall des Sacheinlagenverbotes gemäß § 5 a II s. 2 GmbHG für die Stammkapitalerhöhung zur regulären GmbH beinhaltet, ist nur konsequent und nach der ratio legis aus den obigen Gründen unschädlich. Erforderlich ist allerdings, in entsprechender Anwendung von § 7 II S. 2 GmbHG für die Kapitalerhöhung zur regulären GmbH, dass das erhöhte Stammkapital wenigstens in Höhe von 12 500,- € eingezahlt ist und zur freien Verfügung der Geschäftsführer steht; so u. a. S. 2 a.a.O. Da die Begründung für den Fortfall der Beschränkungen des § 5 a I bis IV GmbHG gerade in dem Gleichziehen mit der regulären GmbH-Gründung liegt, muss dieses Gleichziehen auch in allen Punkten gewährleistet sein.

Im vorliegenden Fall ist dieses Erfordernis erfüllt. Mit einem Viertel des Erhöhungsbetrags von 15 000,- € sind auf das Stammkapital von 25 000,- € mehr als die Hälfte, nämlich 13 750,- € eingezahlt.

RNotZ – Forum

Rechtsprechung in Leitsätzen

1. Liegenschaftsrecht – Zur Löschung einer Briefgrundschuld durch den Eigentümer

(OLG Hamm, Beschluss vom 24. 3. 2011 – I-15 W 81/11, mitgeteilt von Richter am Oberlandesgericht Hartmut Engelhardt)

BGB §§ 117; 1163

GBO § 22

1. Der Nachweis, dass eine eingetragene Grundschuld als vorläufige Eigentümergrundschuld dem Eigentümer zusteht, kann nicht allein durch die Vorlage des Grundschuldbriefes geführt werden.

2. Für die Widerlegung einer Vereinbarung von Übergabesurrogaten nach § 1117 BGB reicht nicht die Erklärung des Urkundsnotars aus, dass er den gebildeten Grundschuldbrief nicht an die Gläubigerin ausgehändigt habe.

(Fundstellen: Beck-Online)

2. Liegenschaftsrecht – Zum Erlischen der Vormerkung bei Schuldübernahme

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. 4. 2011 – 3 Wx 85/11, mitgeteilt von Richter am Oberlandesgericht Peter von Wnuck-Lipinski)

BGB §§ 415; 883

Wechselt der Schuldner eines durch Auflassungsvormerkung gesicherten Anspruchs (hier: aus einem befristeten Wiederkaufsrecht) infolge privativer Schuldübernahme, so erlischt die Vormerkung jedenfalls dann nicht, wenn der Schuldner der gesicherten Forderung jeweils der Eigentümer des vormerkungsbelasteten Grundstücks ist.

(Fundstellen: Beck-Online)

3. Erbrecht – Zur Pflichtteilsberechtigung entfernter Abkömmlinge

(BGH, Urteil vom 13. 4. 2011 – IV ZR 204/09)

BGB §§ 1924; 2303; 2309

1. Ein gesetzliches Erbrecht des entfernten Abkömmlings besteht auch dann, wenn der nähere Abkömmling durch Verfügung von Todes wegen enterbt wurde (Anschluss an RGZ 61, 14; 93, 193).

2. § 2309 BGB setzt eine Pflichtteilsberechtigung des entfernten Abkömmlings voraus, beschränkt diese aber zur Vermeidung einer Vervielfältigung der Pflichtteilslast. Ob dem näheren Abkömmling wirksam der Pflichtteil entzogen wurde, kann auch in dem Rechtsstreit über den Pflichtteilsanspruch zwischen dem entfernten Abkömmling und dem Erben geklärt werden.

(Fundstellen: Beck-Online, Homepage des BGH, NJW 2011, 1878)

4. Familienrecht – Zur Verlängerung des Betreuungsunterhalts
(BGH, Urteil vom 30. 3. 2011 – XII ZR 3/09)

BGB §§ 1570; 1579

1. Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung über eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen nach § 1570 I 2 und 3 BGB ist stets zunächst der individuelle Umstand zu prüfen, ob und in welchem Umfang die Kindesbetreuung auf andere Weise gesichert ist oder in kindgerechten Betreuungseinrichtungen gesichert werden könnte. Ein Altersphasenmodell, das bei der Frage der Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen allein oder wesentlich auf das Alter des Kindes, etwa während der Kindergarten- und Grundschulzeit, abstellt, wird diesen Anforderungen nicht gerecht (im Anschluss an Senat, NJW 2010, 3369 = FamRZ 2010, 1880).

2. Zur Verwirkung des nachehelichen Betreuungsunterhalts nach § 1579 BGB.

(Fundstellen: Beck-Online, Homepage des BGH, NJW 2011, 1582)

5. Handels-/Gesellschaftsrecht – UG-Neugründung durch Abspaltung verstößt gegen Sacheinlagenverbot

(BGH, Beschluss vom 11. 4. 2011 – II ZB 9/10)

**GmbHG §§ 9 c; 5 a
UmwG §§ 8; 9; 12; 123**

Die Neugründung einer Unternehmergegesellschaft (haftungsbeschränkt) durch Abspaltung verstößt gegen das Sacheinlagenverbot nach § 5 a II 2 GmbHG.

(Fundstellen: Beck-Online, Homepage des BGH, NJW 2011, 1883)

6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Darlehensablösung mittels Bareinlage

(BGH, Urteil vom 12. 4. 2011 – II ZR 17/10)

GmbHG §§ 19; 56

1. Wenn mit der Bareinlage ein Darlehen abgelöst wird, für dessen Rückzahlung sich der Inferent verbürgt hat, leistet er nicht verdeckt eine Sacheinlage.

2. In der Tilgung eines vom Ehegatten des Inferenten gewährten Darlehens mit der Bareinlage liegt eine verdeckte Sacheinlage, wenn das Darlehen wirtschaftlich vom Inferenten gewährt wurde oder die Einlage mit Mitteln bewirkt wird, die dem Inferenten vom Ehegatten zur Verfügung gestellt worden sind. Das Näheverhältnis des Inferenten zum Darlehensgeber genügt nicht.

(Fundstellen: Beck-Online, NZG 2011, 667)

7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zum Wegfall des Sacheinlagenverbots einer UG
(BGH, Beschluss vom 19. 4. 2010 – II ZB 25/10)

GmbHG § 5 a

Das Sacheinlagenverbot nach § 5 a II Satz 2 GmbHG gilt für eine den Betrag des Mindestkapitals nach § 5 I GmbHG erreichende oder übersteigende Erhöhung des Stammkapitals einer Unternehmergegesellschaft (haftungsbeschränkt) nicht.

(Fundstellen: Beck-Online, NJW 2011, 1881, DNotl-Report 2011, 86)

8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Keine analoge Anwendung von § 246 a AktG im GmbH-Recht
(Kammergericht, Beschluss vom 23. 6. 2011 – 23 AktG 1/11)

AktG § 246 a

Der Antrag einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) auf Freigabe der Eintragung von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung (über eine Herabsetzung und Erhöhung des Stammkapitals) ist unzulässig. § 246 a AktG findet auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung keine analoge Anwendung.

(Fundstellen: Beck-Online)

9. Kostenrecht – Umsatzsteuer ist kein Bestandteil des Grundstückskaufpreises

(BGH, Beschluss vom 2. 12. 2010 – V ZB 52/10)

KostO §§ 20; 44

1. Die bei einem Grundstücksverkauf anfallende Umsatzsteuer ist seit der Änderung des Umsatzsteuergesetzes durch das Haushaltsbegleitgesetz 2004 nicht mehr Teil des Kaufpreises, wenn keine abweichende Vereinbarung getroffen wurde.

2. Ein Grundstückskauf und der dazu erklärte Verzicht des Verkäufers auf Umsatzsteuerbefreiung (§ 9 I, III Satz 2 UStG) haben denselben Gegenstand.

(Fundstellen: Beck-Online, ZNotP 2011, 117; NJW-RR 2011, 591)

Hinweise

Erklärungen bezügl. Vorkaufsrecht

Auf der Homepage der RhNotK (www.rhnotk.de) befindet sich unter „Die Notarkammer“ ein Bereich „Intern“, in dem u. a. eine Übersicht zum Umgang zahlreicher Kreise und kreisfreien Städte mit dem gesetzlichen Vorkaufsrecht abrufbar ist.

Wörterbuch, Übersetzungen

Unter <http://dict.leo.org/> befindet sich ein Wörterbuch mit Online-Suchmaske in zahlreichen Sprachen. Die LEO-Datenbank verfügt derzeit über einen Wortschatz von über 600 000 Wörtern in Englisch, 200 000 Wörtern in Französisch, 150 000 Wörtern in Spanisch, 140 000 Wörtern in Italienisch, 130 000 Wörtern in Chinesisch (!) und 80 000 Wörtern in Russisch. Die Datenbanken werden ständig überarbeitet und erweitert.

Aktuell wurde z. B. das von Prof. G. Merk, Universität Siegen, verfasste Finanzlexikon integriert, so dass nun zusätzlich zu den Erläuterungen von Wirtschafts-

begriffen durch den Gabler-Verlag auch mehrere Tausend deutschsprachige Glossareinträge aus der Finanzwelt über die Informationsfenster abrufbar sind. Des Weiteren steht eine Forum-Funktion zur Verfügung, um sich mit anderen Nutzern auszutauschen. Anhand dieser Forumsbeiträge können auch Übersetzungen für ungewöhnliche Begriffe und Fachvokabular sowie Redewendungen gefunden werden.

Ähnliche Übersetzungstools finden sich unter dem folgenden Link: <http://iate.europa.eu/iatediff/switchLang.do?success=mainPage&lang=de> (sog. Euro-Dictionary, Übersetzungshilfe der EU)

Buchbesprechungen

Joachim Netz, Grundstückverkehrsgesetz, Praxiskommentar, 5. Aufl. 2010, Bd. 12/4, Agricola-Verlag GmbH, Butjadingen-Stollhamm, 1072 Seiten, gebunden 116,00 € + VS, ISBN 978 3 920009 03 2

Dem bisherigen zweijährigen Rhythmus treu bleibend ist der Kommentar zum Grundstückverkehrsgesetz von Diplomverwaltungswirt *Joachim Netz* nunmehr in der 5. Aufl. erschienen.

Während das Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe kurz nach seinem Inkrafttreten am 1. Januar 1962 noch von einem halben Dutzend Autoren kommentiert wurde, erschienen seit 1965 keine Neuauflagen mehr, so dass *Netz* nach über 35 Jahren mit Unterstützung des Agricola-Verlages, dessen Engagement die Aufl. der meisten landwirtschaftlichen Kommentarliteratur überhaupt zu verdanken ist, die gewaltige Aufgabe meisterte, die gesamte Rechtsprechung und Literatur zum Grundstückverkehrsgesetz zu erfassen und in einen neuen umfangreichen Standardkommentar einfließen zu lassen, der vom interessierten Fachpublikum sehnlichst erwartet wurde. Sein besonderer Verdienst besteht aber auch darin, nach Erscheinen der ersten Aufl. im Jahre 2002 das Werk in regelmäßigen Abständen zu aktualisieren, indem er die verstärkte Fortentwicklung des landwirtschaftlichen Bodenrechtes durch den Gesetzgeber sowie die aktuelle Rechtsprechung einarbeitet und zuweilen auch kritisch begleitet. Neben der Kommentierung des Grundstückverkehrsgesetzes hat *Netz* eine Sammlung des entsprechenden Landesrechtes zusammengestellt, er erläutert das landwirtschaftsgerichtliche Genehmigungsverfahren, kommentiert die einschlägigen Vorschriften des Reichssiedlungsgesetzes zum siedlungsrechtlichen Vorkaufsrecht und gibt einen Überblick zum landwirtschaftlichen Erbrecht in Deutschland. Darüber hinaus liefert *Netz* wertvolle Hintergrundinformationen zur aktuellen wirtschaftlichen Situation und zum Strukturwandel der landwirtschaftlichen Betriebe in Deutschland sowie der Europäischen Union (S. 217ff.). Zahlreiche eingängige Schaubilder und übersichtliche Tabellen runden den durchweg positiven optischen Gesamteindruck ab. Während das

Stichwortverzeichnis im Vergleich zu den Vorauflagen verbessert und überarbeitet wurde, entfällt das Rechtsprechungsverzeichnis leider ersatzlos.

Seit dem Inkrafttreten der Föderalismusreform am 1. September 2006 steht die Gesetzgebungskompetenz über den landwirtschaftlichen Grundstücksverkehr ausschließlich den Ländern zu, wobei das Grundstückverkehrsgesetz gemäß Art. 125 a Abs. 1 S. 1 GG als Bundesrecht fortgilt. Die in den Vorauflagen geäußerte Befürchtung von *Netz*, die Länder könnten ihren neu gewonnenen Handlungsspielraum nutzen, um durch die Abschaffung des Gesetzes Haushaltssmittel einzusparen, hat sich bislang glücklicherweise nicht bewahrheitet (S. 231). In der Tat bestünde beim Wegfall des generalpräventiven Genehmigungserfordernisses die Gefahr, dass landwirtschaftliche Betriebe aufgrund von Preisspekulationen aus den Ballungsregionen verdrängt werden. Aber auch in den ländlichen Gebieten muss der Aufstockungsbedarf der verbleibenden landwirtschaftlichen Betriebe berücksichtigt werden, da der ländliche Raum mit seinen unterschiedlichen naturräumlichen und sozialen Funktionen nur durch eine leistungsfähige Landwirtschaft als Siedlungsraum erhalten bleiben kann (S. 233). So hat nur Baden-Württemberg bislang von seiner Ersetzungsbefugnis gemäß Art. 125 a Abs. 1 S. 2 GG Gebrauch gemacht und am 4. November 2009 das Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur (Agrarstrukturgesetz) beschlossen, welches das Grundstückverkehrsgesetz am 1. Juli 2010 im Geltungsbereich des Landes abgelöst hat. Auf fast 40 Seiten erläutert und kommentiert *Netz* das Agrarstrukturgesetz gesondert, während er im Übrigen auf die einschlägigen Kommentierungen zum inhaltsgleichen Grundstückverkehrsgesetz verweist (S. 990ff.). Das Agrarstrukturverbesserungsgesetz behält sodann auch im Wortlaut die Versagungsgründe des § 9 GrdStVG bei.

Das am 1. September 2009 in Kraft getretene Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) hat zudem erhebliche Auswirkungen auf das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen. Da eine Neuauflage des Kommentars zum Gesetz über das ge-

richtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen (LwVG) von *Johannes Ernst* erst in Vorbereitung ist, sind die Ausführungen von *Netz* zum neuen Verfahrensrecht besonders hilfreich (S. 865 ff.).

Es bleibt zusammenzufassen, dass der Kommentar von *Netz* in der Bibliothek keines mit dem Grundstückverkehrsgesetz befassten Rechtsanwenders fehlen darf. Den mit der Beurkundung eines Kaufvertrages über landwirtschaftliche Grundstücke betrauten Notaren ermöglicht er stets eine zuverlässige Beurteilung der Erfolgsaussichten des Genehmigungsverfahrens, das für einen wenig in der Materie bewanderten Vertragsgestalter nicht einfach zu durchschauen ist. So können entscheidende Punkte im Vorfeld der Beurkundung mit der zuständigen Genehmigungsstelle abgeklärt werden und in der notariellen Urkunde ihren Ausdruck finden. Für den Vertragsgestalter ist insoweit der Hinweis von *Netz* hilfreich, die grundstückverkehrsrechtliche Genehmigung gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 GrdStVG noch vor der Beurkundung des Rechtsgeschäftes einzuholen, so dass die Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechtes vermieden werden kann und vielmehr die Rechtswirksamkeit des Vertrages mit seiner Beurkundung eintritt (S. 302 f.).

Wer nur selten mit dem landwirtschaftlichen Bodenverkehrsrecht befasst ist, kann sich auch anhand der Schaubilder einen guten Überblick verschaffen. Es bleibt zu hoffen, dass *Netz* nicht müde wird, seine erfolgreiche Arbeit durch regelmäßige Neuauflagen fortzusetzen, und dem Kommentar das Schicksal seiner Vorgänger aus der Anfangszeit des Grundstückverkehrsgesetzes erspart bleibt.

Dr. Oliver Gehse, Viersen

Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht: GesellschaftsR – Kommentar, 1. Aufl. 2011, Verlag C. H. Beck München, 3017 Seiten, 248,- €

„Einmal hin, alles drin!“ – Mit diesem Slogan könnte auch für den „Henssler/Strohn“ geworben werden, den ersten einbändigen Kommentar zum gesamten Gesellschaftsrecht aus dem Beck-Verlag. Nachdem der 2007 von Schwerdtfeger im Luchterhand-Verlag herausgegebene „Kompaktkommentar Gesellschaftsrecht“ bis heute nicht neu aufgelegt worden ist, erscheint mit dem Werk nun ein weiterer Kommentar zu ausgewählten bzw. sämtlichen Vorschriften von BGB (§§ 80 ff., 705 ff.), HGB (§§ 8–37 a, 105–236), PartGG, GmbHG, AktG, UmwG und GenG, nebst einem Abschnitt zum internationalen Gesellschaftsrecht. Das Werk setzt damit die Reihe der gesetzesübergreifenden Kommentare im Beck-Verlag fort (jüngst: Burandt/Rojahn, Erbrecht), unter denen sich vor allem der *Erfurter Kommentar* zum Arbeitsrecht inzwischen fest etabliert hat. (Im Gegensatz zum *Erfurter Kommentar* verzichtet der *Henssler/Strohn* aber weitgehend auf die Kommentierung des speziellen Verfahrensrechts (hier: HRV, FamFG etc.), was in Anbetracht der Tatsache, dass das Gesellschaftsrecht weit weniger forensisch geprägt ist als das Arbeitsrecht, aber gut vertretbar erscheint.)

Auch für das Gesellschaftsrecht verspricht ein solcher ganzheitlicher Ansatz einen Mehrwert, da in vielen ge-

sellschaftsrechtlichen Fragen auch über die gesetzlich ausdrücklich normierten (z. B. § 105 Abs. 3 HGB) Verweisungen hinaus ein Blick auf andere Rechtsformen unentbehrlich ist oder zumindest von großem Nutzen sein kann. Dieser ganzheitlichen Sichtweise soll durch den *Henssler/Strohn* Rechnung getragen werden, wobei das Werk ausweislich des Vorworts ausdrücklich auch einen wissenschaftlichen Anspruch hat. Auf diese Weise streben Verlag, Herausgeber und Autoren an, den *Henssler/Strohn* zum „Palandt des Gesellschaftsrechts“ zu machen.

Vom großen Vorbild unterscheidet sich die Neuerscheinung in äußerlicher Hinsicht weniger durch den Umfang als durch die größere Übersichtlichkeit (dank größerem Schriftbild, Verzicht auf Abkürzungen im Fließtext und Hervorhebungen im Fettdruck), den systematischen Aufbau der Kommentierungen (die, vergleichbar mit den Münchener Kommentaren, häufig in unter römischen Ziffern abgesetzte Abschnitte unterteilt sind) und die Vielzahl der Bearbeiter (über 40): Der Bearbeiterkreis ist eine Mischung aus Universitätsprofessoren (u. a. dem Mitherausgeber *Martin Henssler* sowie *Carsten Schäfer, Barbara Dauner-Lieb und Wolfgang Servatius*), BGH- und OLG-Richtern (u. a. Mitherausgeber *Lutz Strohn* sowie *Thomas Fleischer* und *Ingo Drescher*), einem Notar (*Marc Hermanns*, der die §§ 182–221 UmwG kommentiert) und Rechtsanwälten (u. a. *Georg Maier-Reimer, Hans Gummert* und *Thomas Liebscher*). Aus den Reihen des Deutschen Notarinstituts verstärkt *Andreas Heidinger* die Autorenriege (durch Kommentierung der §§ 2–13, 16–20, 317–320 UmwG).

Die Vielzahl der in einem Band zu kommentierenden Vorschriften bedingt, dass die Bearbeitungstiefe zum Teil hinter derjenigen der einschlägigen Beck'schen Kurzkommentare zurückbleibt. Dies betrifft vor allem AktG, UmwG und GenG. Dass die Kommentierungen zu den aktienrechtlichen, umwandlungsrechtlichen und genossenschaftsrechtlichen Vorschriften regelmäßig eher knapp ausfallen, erscheint bei der Vielzahl von Paragraphen und der Begrenztheit des zur Verfügung stehenden Raums aber unvermeidlich und entspricht der untergeordneten Bedeutung dieser Gesetze in der täglichen gesellschaftsrechtlichen Praxis. Es ist damit Ausdruck einer gelungenen Gewichtung der verschiedenen Rechtsgebiete: Das Personengesellschaftsrecht wird auf ca. 600 Seiten kommentiert, das GmbHG auf ca. 650 Seiten, das AktG auf knapp 800 Seiten, das UmwG auf ca. 450 Seiten und das GenG auf ca. 180 Seiten. Vor allem die Kommentierungen zum Personengesellschaftsrecht und GmbH-Recht brauchen den Vergleich mit einschlägigen Kurzkommentaren zu den entsprechenden Gesetzen nicht nur nicht zu scheuen, sondern schlagen Teile der Konkurrenz schon im ersten Anlauf und lohnen schon für sich genommen fast den Kauf. Dass Verlag und Herausgeber bedauerlicherweise auf Kommentierungen zu den einschlägigen Einführungsgesetzen und zum Vereinsrecht verzichtet haben, ist deshalb leicht zu verschmerzen, mag der titelgebende Begriff des „Gesellschaftsrechts“ nach der reinen Lehre auch das gesamte „Recht der privatrechtlichen Zweckverbände und kooperativen Vertragsverhältnisse“ (K. Schmidt) umfassen (und damit

neben dem Verein auch den VVaG, die EWIV, die Partenreederei und die Europäische Genossenschaft (SCE), die ebenfalls nicht kommentiert sind). Eine Kommentierung der §§ 21 ff. BGB sollte in Anbetracht der Bedeutung dieser Rechtsform für die tägliche Praxis im Rahmen einer Neuaufgabe aber erwogen werden. Ein weiterer Kritikpunkt ist das nicht übertrieben benutzerfreundliche Sachverzeichnis. Positiv hervorzuheben ist demgegenüber, dass die zitierte Rechtsprechung auch mit Datum zitiert ist, was das Auffinden von Parallelfundstellen sehr erleichtert.

Dass die Neubearbeitung unbelastet von manchem „Altersring“ daherkommt, den die etablierten Kommentare hier und da angesetzt haben, äußert sich nicht nur in einer erhöhten Übersichtlichkeit (auch dank Hervorhebungen durch Fettdruck), sondern auch in einem systematischeren Ansatz der Kommentierungen. Der ganzheitliche Ansatz wird vor allem durch unzählige Verweisungen innerhalb des Werks umgesetzt. Teilweise stehen die Kommentierungen aber auch mehr oder weniger separat nebeneinander (so etwa § 19 GmbHG und § 27 AktG) und folgt der Aufbau der Kommentierung den Vorbildern der Spezialkommentare, etwa bei der analogen Anwendung der §§ 291 ff. AktG auf die GmbH (die im Anhang zu § 13 GmbHG kommentiert wird) und dem Beschlussmängelrecht der GmbH (das im Anhang zu § 47 GmbHG dargestellt wird und beispielsweise keine Ausführungen zu der in der Literatur umstrittenen analogen Anwendung von § 246 a AktG enthält). Eine „rechtsformübergreifende“ Kommentierung hätte sich der Praktiker auch etwa bei § 179 a AktG gewünscht, wo in Rn. 2 zwar die Anwendbarkeit auf andere Gesellschaftsformen festgestellt wird, nähere Ausführungen zur Beschlussfassung insbesondere in GmbH und Personengesellschaften dann aber leider nicht folgen.

Bei den einzelnen Vorschriften werden Rechtsprechung und Literatur (einschließlich von der herrschenden Auffassung abweichender bedeutender Literaturmeinungen) durchweg solide dargestellt, so dass der Praktiker zu den wesentlichen Fragen – teils auch zu entlegeneren Detailfragen – stets verlässliche Informationen vorfindet, die durchweg sehr übersichtlich dargestellt und in ebenso präzise wie verständliche Worte gefasst sind. Dabei ist es nicht Anspruch des Werks, auch die Spezialliteratur abschließend darzustellen und aufzuarbeiten: So fehlt etwa in der Kommentierung zu § 105 HGB ein Hinweis auf die Diskussion zur gesellschaftlichen Zulässigkeit der Steuerberatungs-GmbH & Co. KG (vgl. Tersteegen NZG 2010, 651), ebenso wie bei der Kommentierung zu § 705 BGB eine Auseinandersetzung mit den Problemen des Grundstückserwerb durch Gesellschaften bürgerlichen Rechts. Entsprechendes gilt etwa für Spezialprobleme der Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG. Dem Kommentar dies als Malus anzukreiden, würde der Zielsetzung des Werks aber nicht gerecht werden. Auch im *Palandt* werden Fragen, bei denen es sich aus Sicht des Zivilrechts-Generalisten um Spezialprobleme handelt, nur kurz und mit den wichtigsten Fundstellen behandelt. Vielen Praktikern wird es vielmehr darauf ankommen, dass die für die Praxis wesentlichen Kernfragen der häufigsten Rechtsformen ausführlich, verlässlich und

nicht zuletzt auch sehr übersichtlich aufbereitet werden. Genau diesen Anforderungen wird der *Henssler/Strohn* gerecht.

Fazit: Verlag, Herausgeber und Autoren haben mit dem „Gesellschaftsrecht“ einen wegweisenden und in seiner Konzeption konkurrenzlosen Kommentar auf die Beine gestellt. Die Qualität der Kommentierungen lässt kaum Zweifel daran, dass sich genügend Leser finden werden, um den Verlag zu Neuauflagen zu bewegen. Wenn es gelänge, Folgeauflagen nachhaltig in ähnlich kurzen Intervallen erscheinen zu lassen wie den *Erfurter Kommentar*, dürfte das Ziel, den „Palandt des Gesellschaftsrechts“ zu etablieren, in Reichweite rücken. Hierzu beitragen könnte, dass das Werk vor allem den zahlreichen Gesellschaftsrechts-„Allroundern“ die Anschaffung von Spezialkommentaren erspart und einen ebenso raschen wie fundierten Zugriff auf das gesamte materielle Gesellschaftsrecht „aus einem Guss“ eröffnet. Aus diesem Grund ist das Buch gerade auch den von Berufs wegen in der gesamten Breite des Gesellschaftsrechts tätigen Notaren uneingeschränkt zu empfehlen, mag es auch nicht speziell auf die Bedürfnisse dieser Berufsgruppe zugeschnitten sein. Dass der *Henssler/Strohn* den häufig sehr erhellenden „Blick über den Tellerrand“ ungemein erleichtert und geradezu herausfordert, ist nicht nur aus Sicht des Praktikers erfreulich, sondern hat hoffentlich auch den Nebeneffekt, eine zunehmend ganzheitliche Betrachtungsweise im Gesellschaftsrecht weiter voranzutreiben.

Notarassessor Dr. Mario Leitzen, M. Jur. (Oxon),
Düsseldorf

Spindler/Stilz, Aktiengesetz, 2. Aufl. 2010, 2 Bände, Verlag C.H. Beck, 475,- € (Gesamtabnahme)

Die Herausgeber halten Wort: Etwas mehr als 3 Jahre sind erst vergangen, seitdem der Spindler/Stilz auf den Markt kam, und nun gilt es bereits – dem dem Werk im Vorwort der 1. Aufl. (dazu *Tebben*, RNotZ 2007, 631 f.) mit auf den Weg gegebenen Versprechen höchstmöglicher Aktualität folgend – die Folgeauflage anzuzeigen. Der Kommentar, vom Verlag als einer „mit der richtigen Würze“ beworben, hat sich in seiner bislang eher kurzen Lebensdauer bereits bestens bewährt und große Anerkennung gefunden; es gibt nur noch sehr wenige BGH-Entscheidung zum Aktienrecht, in der er keine Erwähnung findet. Diese Stellung in dem inzwischen nicht gerade konkurrenzarmen Bereich der Kommentare zu diesem Rechtsgebiet wird die nun erschienene 2. Aufl. – dies sei vorweggenommen – weiter verfestigen.

Berücksichtigt in dem im Umfang auf 3995 Seiten und im Preis auf beachtliche 475,- € angewachsenen Werk sind sämtliche Reformen des Aktienrechts der letzten Jahre. Der Kreis der insgesamt 42 Bearbeiter setzt sich zusammen aus Hochschullehrern, Richtern, Rechtsanwälten, Justitiaren und 6 Notaren. Kommentiert werden neben dem Aktiengesetz auch das Spruchverfahrensgesetz (Seiten 1531 bis 1615 im 2. Band) und die SE-Verordnung (Seiten 1633 bis 1876 im 2. Band), ein Überblick über das Internationale Gesellschaftsrecht

der Aktiengesellschaft (Seiten 1619 bis 1631 im 2. Band) und ein (identisches) ausführliches Sachverzeichnis am Ende jedes Bandes runden das Werk ab. Der Abschnitt zu Beginn fast jeder Norm über „Normzweck und Allgemeines“ und die der Kommentierung umfangreicher Vorschriften vorangestellte Gliederung machen die Orientierung leicht und das Schriftbild die Lektüre angenehm; besonders positiv fällt hier auf, dass die Nachweise nicht im Text, sondern in den ausführlichen Fußnoten enthalten sind.

Im Rahmen einer Rezension kann ein über eine Kurzbeschreibung hinausgehendes, wirklich aussagekräftiges Bild eines solch gewichtigen Werkes natürlich nicht gezeichnet werden. Daher seien nur beispielhaft einige wenige Punkte herausgegriffen:

Limmer behandelt die Gründungsvorschriften der §§ 23 bis 26, 28, 29 AktG. Er legt dar, dass die Mitwirkung des Notars besonders im komplexen Aktienrecht eine deutliche Entlastung der Gerichte bewirkt, und zwar nicht nur in der Gründungsphase, sondern – sozusagen als Folgewirkung – auch im gesamten weiteren Leben der Gesellschaft, da die notarielle Begleitung in der Gründungsphase auch für die Zukunft sicherstellt, dass die Satzung inhaltlich ausgewogen und eindeutig formuliert ist (§ 23 Rn. 8). Eng damit verbunden ist die Frage, ob die notarielle Beurkundung der Satzungsfeststellung auch im Ausland wirksam vorgenommen werden kann. Geht man mit der von *Limmer* geteilten herrschenden Meinung davon aus, dass für die Gründung als Strukturmaßnahme das Wirkungs- bzw. Gesellschaftsstatut gilt und daher die Geschäftsform einzuhalten, die Ortsform also unzureichend ist, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, ob die damit erforderliche notarielle Beurkundung i. S. d. § 23 Abs. 1 S. 1 AktG auch von einem ausländischen Notar vorgenommen werden kann. Diese Frage wird man nicht mit einem schlichten Verweis auf die – ohnehin im Ergebnis wenig überzeugende (vgl. nur *Hermanns*, RNotZ 2011, 224, insb. 227) – neuere Rechtsprechung zur Wirksamkeit der Abtretung von GmbH-Anteilen in der Schweiz (OLG Düsseldorf, RNotZ 2011, 251 ff.) beantworten können. Vielmehr ist hierfür stets die konkret in Rede stehende notariell zu beurkundende Rechtshandlung in den Blick zu nehmen. Es kommt mit anderen Worten für die Frage, ob die Beurkundung eines deutschen Notars durch die Beurkundung eines ausländischen Notars substituiert werden kann, auf die spezifischen Schutzzwecke der jeweiligen Formvorschrift an. Werden diese bei der Beurkundung durch eine ausländischen Notar in gleicher Weise wie bei der Beurkundung durch einen deutschen Notar gewahrt, ist die Beurkundung gleichwertig und eine Substitution möglich, anderenfalls nicht. *Limmer* zeigt auf, dass der Notar bei der Gesellschaftsgründung als „Teil des Registerverfahrens genuin Zwecke des inländischen Rechts wahr(nimmt), die durch einen ausländischen Notar so nicht wahrgenommen werden können.“ Nach seiner Ansicht „spricht daher einiges dafür, bei der Satzungsfeststellung die Gleichwertigkeit generell zu verneinen.“ (§ 23 Rn. 11). Berücksichtigt man darüber hinaus, dass der Prüfungskompetenz des Registergerichts bei der Gründung einer AG im Interesse der Gesellschaft an einer zügigen Eintragung die von *Döbereiner* erläuterten

Schranken des § 38 Abs. 4 AktG gesetzt sind (§ 38 Rn. 10), so dürfte nicht mehr nur einiges, sondern sogar alles für diese Sichtweise sprechen, ist doch die mit der Beurkundung durch einen deutschen Notar verbundene Richtigkeitsgewähr (§ 17 Abs. 1 BeurkG) vor diesem Hintergrund unverzichtbar.

Die Kommentierung des wichtigen § 27 AktG wird von 3 Autoren geschultert. *Herrler*, *Heidinger* und *Benz*, als Geschäftsführer und Referatsleiter des DNotl bzw. (in diesem Bereich promovierter) Notar eng mit der notariellen Praxis verbunden, gelingt es ihnen bestens, alle im Zusammenhang mit Sacheinlagen und Sachübernahmen auftretenden Fragestellungen verständlich und – nicht minder wichtig – mit stetem Blick aus der und für die Praxis darzustellen. Ausführlich erörtert werden die verdeckte Sacheinlage (§ 27 Rn. 103–212), die Fälle des Hin- und Herzahlens (§ 27 Rn. 213–271) und die rechtliche Einordnung des Cash-Pools (§ 27 Rn. 271–285). Die durchaus kontrovers diskutierte Frage, ob dem Hin- und Herzahlen erst dann Erfüllungswirkung für die Einlageschuld des Inferenten zukommt, wenn dies in der Anmeldung gemäß § 27 Abs. 4 S. 2 AktG offen gelegt wird, verneinen die Autoren. Anders als der *BGH* (DNotZ 2009, 941, 941 – Cash Pool II, und bereits DNotZ 2009, 766, 769 – *Qivive*) gehen sie (bei § 27 Rn. 248) davon aus, dass die Erfüllungswirkung nicht von einer Offenlegung nach § 27 Abs. 4 S. 2 AktG abhängt, sondern allein davon, dass der Gesellschaft ein vollwertiger Rückgewähranspruch zusteht, der jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung fällig werden kann (§ 27 Abs. 4 S. 1 AktG). Auch wenn die hierfür angeführten Argumente überzeugen, wird man doch zu berücksichtigen haben, dass die vom Gesetzgeber mit der Offenlegungspflicht angestrebte Transparenz des Vorgangs des Hin- und Herzahlens und die Prüfungsmöglichkeit des Registergerichts notwendige Bestandteile ordnungsgemäßer Kapitalaufbringung sind. Im Ergebnis spricht daher doch einiges – jedenfalls in den Fällen nach dem Inkrafttreten des ARUG, da eine Anwendung auf Altfälle die Übergangsvorschrift des § 20 Abs. 7 EGAktG (nicht § 27 Abs. 7, wie in Rn. 248 angeführt) leer laufen lassen würde – dafür, mit dem *BGH* die Offenlegung als Voraussetzung der Erfüllung der Einlageschuld anzusehen (vgl. auch *Priester*, DNotZ 2009, 946, 948).

Wicke, durch eine Vielzahl gesellschaftsrechtlicher Veröffentlichungen bestens ausgewiesener Notar in München, erläutert die Leitung der Hauptversammlung (Anh § 119) und die §§ 129, 130 AktG. Er befasst sich mit der bislang kaum erörterten Frage, wie die Erklärungen solcher Aktionäre zu protokollieren sind, die nach Zulassung in der Satzung der Gesellschaft gemäß § 118 Abs. 1 S. 2 AktG ihre Rechte im Wege elektronischer Kommunikation ausüben. *De lege lata* ist bei diesem Verfahren nach Analyse des Autors die Beweiskraft der notariellen Niederschrift in mancher Hinsicht eingeschränkt, da sich die Wahrnehmung des Notars nur auf die Computereinsicht oder sonstige technische Übertragung beziehen kann, nicht aber auf die Identität des Aktionärs, der z. B. zur Wahrung der Anfechtungsbefugnis (§ 245 Nr. 1 AktG) online Widerspruch zur Niederschrift des Notars erklären will (§ 130 Rn. 10 a). Auch bei der Beurkundung von Hauptversammlungen stellt sich darüber hinaus im Zuge der zunehmenden Inter-

nationalisierung die oben bereits hinsichtlich der Gründung angesprochene Frage, ob diese von einem ausländischen Notar in dessen Amtsgebiet wirksam vorgenommen werden kann. Nach von Wicke geteilter überwiegender Meinung gilt für die Beurkundung das Gesellschaftsstatut, so dass es auf die Gleichwertigkeit der Beurkundung durch einen ausländischen Notar mit denjenigen durch einen deutschen Notar ankommt. Diese wird man im Hinblick auf die rechtliche Komplexität der Beurkundung einer Hauptversammlung und die insoweit gerade auch im Interesse Dritter, nämlich Gläubiger und künftiger Anleger, bestehenden Prüfungs- und Hinweispflichten des Notars mit Wicke (§ 130 Rn. 18; zu den Pflichten des Notars ausführlich bei § 130 Rn. 28 ff.) zu verneinen haben.

Fazit: Wer im Aktienrecht fundierte und verlässliche Orientierung für die Praxis und zugleich einen argumentationsfreudigen Kommentar mit wissenschaftlichem Anspruch sucht, der liegt beim Spindler/Stilz genau richtig. Sein großer Vorteil ist die tiefgründige Aufarbeitung gerade auch der für die notarielle Praxis wichtigen Bereiche des Aktienrechts bei großer Aktualität. Das Werk ist damit eine gelungene Symbiose aus Groß- und Kurzkommentar oder mit den – wohl nicht primär auf den durchaus stolzen Preis von 475,- € abzielenden, doch auch insoweit nicht ganz unpassenden – Worten des Beck-Verlages die „goldene Mitte zwischen detailreichen Großkommentaren und kurzen einbändigen Werken“.

Notarassessor Dr. Paul Terner, LL.M., Köln