

# Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Standesinternes Mitteilungsblatt (Teil 1)  
Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 5000 Köln 1

Nr.1/2

MittRhNotK

Januar/Februar 1988

## Rechtsnachfolge in Kommanditanteile

(von Notarassessor Norbert Frenz aus Düsseldorf)

### I. Vorbemerkung

#### II. Die Kommanditbeteiligung

1. Die Mitgliedschaft
  - a) Der Kapitalanteil
  - b) Einlage und Haftsumme
    - aa) Die Einlage
    - bb) Die Haftsumme
  - c) Weitere Sozialansprüche und -pflichten

#### III. Die Haftung

1. Der beschränkt haftende Kommanditist
  - a) Haftungsbefreiende Leistung
  - b) Wiederaufleben der Haftung
2. Der unbeschränkt haftende Kommanditist
  - a) Die unbeschränkte Haftung gemäß § 176 Abs. 1 HGB
    - aa) Anwendung auf die Schein-KG?
    - bb) Die Rechtsprechung des BAG
  - b) Die unbeschränkte Haftung nach § 176 Abs. 2 HGB
  - c) Folgerungen

#### IV. Die rechtsgeschäftliche Übertragung eines Kommanditanteils

1. Vorbemerkung
2. Form
  - a) Formbedürftigkeit gemäß §§ 313, 125 BGB
  - b) Formbedürftigkeit gemäß § 15 GmbHG
3. Hinweise zur Vertragsgestaltung
4. Zur Handelsregisteranmeldung

#### V. Die Rechtsnachfolge von Todes wegen

1. Vorbemerkung
2. Ausgangspunkt
3. Die zugelassenen Erben
  - a) Der Alleinerbe
  - b) Die zugelassenen Miterben
  - c) Zulassung eines von mehreren Miterben
4. Der vermachte Kommanditeil
5. Erwerb der Kommanditbeteiligung gemäß § 139 HGB
6. Zur Handelsregisteranmeldung

### I. Vorbemerkung

Rechtsnachfolgen in Kommanditanteile kommen in der notariellen Praxis im allgemeinen nur anlässlich von Handelsregisteranmeldungen vor. Insbesondere die Übertragung von Kommanditanteilen dürfte selten von einem Notar beurkundet werden<sup>1</sup>. Die merkwürdige Situation ist bekannt, daß in der GmbH & Co. KG bei Anteilsübertragungen zwar die Übertragung der GmbH-Anteile in notarieller Form vorgenommen wird, nicht aber die wirtschaftlich meist sehr viel bedeutsamere Übertragung der Kommanditanteile. Möglich ist, daß diese Situation auf Grund der neueren Rechtsprechung des BGH<sup>2</sup> in Zukunft weniger oft vorkommen und die Beurkundung einer Kommanditanteilsübertragung ein „normales“ notarielles Geschäft wird.

Vertrauter sind die Probleme, die mit einer Erbfolge in den Kommanditeil zusammenhängen, insbesondere soweit es um die gesellschaftsvertraglichen und testamentarischen Regelungen geht. Die Möglichkeiten einer Testamentsvollstreckung an Kommanditanteilen sind vor kurzem an dieser Stelle ausführlich dargelegt worden<sup>3</sup>.

Im folgenden soll zunächst (II.) unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung versucht werden, die Stellung des Kommanditisten zu skizzieren, und zwar sowohl gegenüber der Gesellschaft und den anderen Gesellschaftern, also die Mitgliedschaft in der KG, als auch gegenüber Dritten, hier vor allem unter dem Gesichtspunkt der Haftung. Damit soll das Material dargelegt werden, auf dem die sich anschließenden Überlegungen zur Übertragung eines Kommanditanteils (III.) und zur Erbfolge in die Kommanditbeteiligung (IV.) beruhen.

### II. Die Kommanditbeteiligung

#### 1. Die Mitgliedschaft

„Die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft ist die Rechtsposition, die alle Rechtsbeziehungen des Gesellschafters auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses sowohl zu der Gesellschaft wie zu den anderen Gesellschaftern umfaßt.“ Die Ausgestaltung der Mitgliedschaft wird bestimmt durch den Gesellschaftsvertrag und das Gesetz.

#### a) Der Kapitalanteil

Zu den vermögensrechtlichen Mitgliedschaftspositionen gehört — jedenfalls nach dem gesetzlichen Modell — eine

1 Auch in der 19. Aufl. des Formularbuchs Kersten-Bühling fehlt bezeichnenderweise ein Kommanditanteils-Übertragungsvertrag.  
2 NJW 1986, 2642 ff. = DNotZ 1986, 689 ff. m. Anm. Tiedau, s. dazu unter IV 2 a.

3 Schmellenkamp, MittRhNotK 1986, 181, 183 ff.

4 Flume, Personengesellschaft, 125; ebenso BGH WM 1986, 832 ff.; vgl. ferner K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 19, aber auch schon RG DNotZ 1944, 195 ff. = WM 1964, 1130, 1132.

Beteiligung an dem gesamthänderisch gebundenen Gesellschaftsvermögen. Die Beteiligungen der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen werden ziffernmäßig bestimmt durch den Kapitalanteil. Die Beiträge der jeweiligen Kapitalanteile bestimmen das Verhältnis, in dem die Gesellschafter an dem Gesellschaftsvermögen beteiligt sind<sup>5</sup>.

Nach dem gesetzlichen Modell verändern sich die Kapitalanteile durch Zu- oder Abschreibungen von Gewinnen und Verlusten. Dementsprechend gering sind die Aufgaben, die das Gesetz dem Kapitalanteil zuweist: Soweit Gewinn anfällt, ist der Kapitalanteil mit 4 v. H. vorab zu verzinsen (§ 168 Abs. 1 i. V. m. § 121 HGB); im Falle der Auflösung der Gesellschaft bietet der Kapitalanteil einen Schlüssel zur Verteilung des Reinvermögens (§§ 161 Abs. 2, 155 HGB)<sup>6</sup>.

Der Gesellschaftsvertrag wird in aller Regel feste Kapitalanteile vorsehen<sup>7</sup>. Erst dann können an den Kapitalanteil sinnvollerweise auch andere Funktionen geknüpft werden, z. B. die Stimmrechte und die Gewinn- und Verlustbeteiligungen. Mit der Festlegung von Kapitalanteilen verbunden ist die Einrichtung zusätzlicher Gesellschafterkonten neben den unveränderlichen Kapitalkonten zur Verbuchung von Gewinnen, Verlusten, Entnahmen etc.

Möglich ist auch, daß ein Gesellschafter am Vermögen der Gesellschaft nicht beteiligt ist<sup>8</sup>. Dies wird oftmals der Fall sein bei der GmbH & Co. KG für die persönlich haftende GmbH, ist aber auch denkbar bei einer Familien-KG für einen familienfremden Kommanditisten<sup>9</sup>.

#### b) Einlage und Haftsumme

Zu den Mitgliedschaftspflichten gehört die Leistung der Einlage. Die ältere Lehre verwendete zur Unterscheidung der Einlagepflicht im Innenverhältnis von der Haftung im Außenverhältnis die Begriffe „Pflichteinlage“ zu „Haftseinlage“. Eine vordringende Auffassung benutzt statt dessen die klareren Begriffe „Einlage“ und „Haftsumme“<sup>10</sup>. Dem soll auch hier gefolgt werden.

#### aa) Die Einlage

Einlage in diesem Sinne bezeichnet den von dem Gesellschafter durch Einbringung in das Gesellschaftsvermögen zu leistenden Beitrag<sup>11</sup>. Die Einlagepflicht besteht der Gesellschaft gegenüber und beruht auf dem Gesellschaftsverhältnis. Gegenstand der Einlagepflicht kann jede geldwerte Leistung sein, also auch eine Dienstleistung oder eine Gebrauchsüberlassung<sup>12</sup>. Anders als bei der GmbH (§ 19 Abs. 2 GmbHG) kann die Gesellschaft die Einlagepflicht stunden oder erlassen<sup>13</sup>, der Gesellschafter grundsätzlich gegen die Einlageforderung aufrechnen<sup>14</sup>. Bareinlagen können in Sacheinlagen abgeändert werden und umgekehrt. Die Einlageforderung kann abgetreten, verpfändet<sup>15</sup> und einem gegen die Gesellschaft vollstreckenden Gläubiger zur Verwertung überwiesen werden<sup>16</sup>.

Die Einlagen gehören grundsätzlich zum haftenden Eigenkapital der Gesellschaft. Außenstehende Einlagen können im Konkurs der Gesellschaft vom Konkursverwalter, in der Liquidation

vom Liquidator geltend gemacht werden, soweit sie zur Befriedigung der Gläubiger notwendig sind<sup>17</sup>.

Bei Publikumsgesellschaften werden regelmäßig zusätzlich zu einer „Kommanditeinlage“ die Gewährung eines „Darlehens“ oder die Erbringung einer Einlage auf eine gleichzeitig übernommene stille Beteiligung vereinbart. Was tatsächlich in diesen Fällen gemeint ist, erschließt sich nur auf Grund einer Auslegung des Gesellschaftsvertrages. Der BGH behandelt in st. Rspr. derartige Verpflichtungen — zusammen mit der übernommenen „Kommanditeinlage“ — als einheitliche Kapitalleistungspflichten, aus denen sich das haftende Eigenkapital der Gesellschaft ergibt<sup>18</sup>. Zwei Voraussetzungen müssen hierfür erfüllt sein:

(1) Die Darlehensgewährung bzw. die Einlage auf die stille Beteiligung muß auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses der KG erfolgen<sup>19</sup> und

(2) die Zusatzleistungen müssen unerläßliche Mittel zur Erreichung des Gesellschaftszwecks darstellen.

Liegen diese Voraussetzungen vor, so ist folgerichtig eine selbständige Geltendmachung von Rechten an den Zusatzleistungen, etwa eine separate Kündigung des Darlehens, ausgeschlossen<sup>20</sup>. Die Zusatzleistungen dienen vielmehr — wie jede Einlage — im Konkurs und in der Liquidation der Befriedigung der Gläubiger. Eine Anmeldung der Rechte aus der stillen Einlage oder der Darlehensforderung zur Konkurstabelle ist ausgeschlossen<sup>21</sup>.

#### bb) Die Haftsumme

Im Unterschied zur Einlage handelt es sich bei der Haftsumme nicht um eine Schuld des Kommanditisten gegenüber der Gesellschaft, vielmehr bezeichnet die Haftsumme den „Betrag, in dessen Höhe der Kommanditist den Gläubigern haftet“<sup>22</sup>. Die Haftsumme wird als Geldbetrag in das Handelsregister eingetragen, aber ebenso wie Name, Stand und Wohnort des Kommanditisten nicht bekannt gemacht (§ 162 Abs. 1 HGB).

Erst mit der Eintragung der Haftsumme erwirbt der Kommanditist das Recht, sich gegenüber Gläubigern der Gesellschaft auf eine beschränkte Haftung zu berufen. Entscheidend für die Höhe der Haftung ist der Betrag, der tatsächlich eingetragen wird, nicht die angemeldete oder im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Summe. Der Kommanditist kann sich daher auf einen fälschlicherweise eingetragenen niedrigeren, der gutgläubige Gläubiger auf einen eingetragenen höheren Betrag berufen<sup>23</sup>. Wird nur der Kommanditist, nicht jedoch die Haftsumme eingetragen, so soll der Kommanditist unbeschränkt haften, falls der Gläubiger nicht wußte, daß der Gesellschafter Kommanditist ist<sup>24</sup>.

Die Haftsumme kann dem für die Einlage festgesetzten Betrag entsprechen. Die Gesellschafter sind aber frei, einen höheren oder niedrigeren Betrag als Haftsumme zu vereinbaren<sup>25</sup>. Der Gesellschaftsvertrag sollte zwischen Einlage und Haftsumme unterscheiden. Ist über eine Haftsumme (bzw. „Haftseinlage“ etc.) nichts gesagt, so gilt im Zweifel der für die Einlage festgesetzte Betrag als Haftsumme<sup>26</sup>. Sofern der Betrag der Einlage den der Haftsumme übersteigt, bedeutet dies, daß der

5 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 1150; eingehend Schepp, MittRhNotK 1983, 36 ff.

6 Vgl. Großkomm. zum HGB/Schilling (im folgenden GK/Schilling), § 177 HGB, Anm. 95.

7 Ausführlich Schepp, a.a.O. (Fn. 5).

8 Westermann, Handbuch der Personengesellschaft, Rd.-Nr. 857.

9 Flume, DB 1986, 629, 635, empfiehlt derartige Regelungen angesichts der Rechtsprechung des BGH zu den Möglichkeiten, einen Gesellschafter auszuschließen.

10 Vor allem seit K. Schmidt, Einlage und Haftung des Kommanditisten; ders., Gesellschaftsrecht, 1160 ff.; Westermann, Handbuch, Rd.-Nr. 908 ff.

11 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 1160 ff.

12 Sudhoff, Rechte und Pflichten des Geschäftsführers einer GmbH, 11. ff.; Westermann, Handbuch, Rd.-Nr. 918.

13 Sudhoff, a.a.O., 19; GK/Schilling, § 161 HGB, Anm. 32.

14 Zuletzt BGH WM 1985, 1224 ff.; Schlegelberger/K. Schmidt, §§ 171, 172 HGB, Anm. 11.

15 St. Rspr., zuletzt BGH WM 1984, 50 ff.

16 Schlegelberger/K. Schmidt, §§ 171, 172 HGB, Anm. 12; Stöber, Forderungspfändung, Rd.-Nr. 1596.

17 BGH WM 1985, 284 f.

18 BGH WM 1978, 85; 1980, 332; 1981, 761; 1982, 742; 1985, 258 f.

19 Nach BGH WM 1985, 258 soll dies im Zweifel der Fall sein.

20 BGH WM 1980, 332; 1981, 761.

21 BGH WM 1981, 761; 1985, 284 f.

22 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 1160.

23 Westermann, Handbuch, Rd.-Nr. 913; Baumbach/Duden/Hopt, § 172 HGB, Anm. 1 A.; GK/Schilling, § 172 HGB, Anm. 4 f.

24 GK/Schilling, § 162 HGB, Anm. 19.

25 Sudhoff, Rechte und Pflichten, 19; Westermann, Festschrift für Barz, 81, 83 ff.

26 BGH NJW 1977, 1820, 1821.

Kommanditist über die Haftsumme hinaus in Anspruch genommen werden kann, da ein Gläubiger der Gesellschaft die Möglichkeit hat, sich die Forderung auf Einbringung der ausstehenden Einlage zur Einziehung überweisen zu lassen. Eine direkte Inanspruchnahme des Kommanditisten durch einen Gläubiger ist aber immer auf den Betrag der Haftsumme beschränkt.

### c) Weitere Sozialansprüche und -pflichten

Zu den weiteren Mitgliedschaftsrechten und -pflichten gehört die Beteiligung am Gewinn und Verlust der Gesellschaft.

Nach der gesetzlichen Regelung soll neben der Vorabverzinsung von 4 v. H. der weitere Gewinn ebenso wie ein Verlust nach einem „den Umständen angemessenen Verhältnis“ verteilt werden (§ 168 Abs. 2 HGB). Der Gesellschaftsvertrag wird auch insoweit abweichende Regelungen vorsehen, etwa die Gewinn- und Verlustbeteiligung nach den Kapitalanteilen ausrichten und z. B. für einen geschäftsführenden Kommanditisten eine Vorabvergütung vorsehen. Zu beachten ist, daß eine im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Arbeitsleistung eines Kommanditisten von der Rechtsprechung als besondere, von dem Gesetz abweichende Regelung der Mitgliedschaft eines Kommanditisten behandelt wird — mit der Folge, daß Tätigkeitsvergütungen als Gewinn vorab behandelt werden. Etwas anderes soll nur gelten, wenn die Leistungen auf Grund eines selbständigen Dienstverhältnisses erfolgen<sup>27</sup>.

Der Kommanditist nimmt grundsätzlich auch an einem Verlust der KG teil. Die Verluste werden auf seinem Kapitalkonto — bei festen Kapitalanteilen und differenzierenden Gesellschafterkonten einem „Kapitalkonto II“ o. ä. — verbucht. Die Konten können negativ werden, ohne daß eine Nachschußpflicht entsteht. Der Kommanditist hat jedoch ein durch Verluste gemindertes Kapitalkonto mit künftigen Gewinnen aufzufüllen, bis der Einlagebetrag erreicht ist (§ 169 Abs. 1 S. 2, 2. Halbs. HGB). Bereits bezogene Gewinne verbleiben ihm ungeschmälert (§ 169 Abs. 2 HGB).

Entnahmerechte sieht das Gesetz für den Kommanditisten grundsätzlich nicht vor (§ 169 Abs. 1 HGB). Auch hier wird der Gesellschaftsvertrag abweichende Bestimmungen treffen.

## III. Die Haftung

### 1. Der beschränkt haftende Kommanditist

Das Prinzip der beschränkten Kommanditistenhaftung ist dadurch gekennzeichnet, daß der Kommanditist zwar mit seinem gesamten Vermögen, aber nur bis zur Höhe der Haftsumme haftet und durch Leistung einer Einlage, die der Haftsumme entspricht und ihm nicht zurückgewährt wird, von jeder Haftung frei wird.

Mit Ausnahme der summenmäßigen Beschränkung haftet der Kommanditist wie ein Komplementär<sup>28</sup>: Er haftet für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft, gleichviel aus welchem Rechtsgrund, also auch für Steuerschulden und Sozialabgaben<sup>29</sup>. Er haftet neben dem Komplementär und der Gesellschaft. Dem Gläubiger steht es frei, wen er in Anspruch nimmt.

Besteht die Verbindlichkeit nicht in einer Geldleistung, so wird vertreten, daß der Kommanditist ebenfalls Naturalerfüllung schulde<sup>30</sup>.

### a) Haftungsbefreiende Leistung

Der Kommanditist wird von seiner Haftung befreit, soweit er die der Gesellschaft gegenüber geschuldete Einlage in Höhe der Haftsumme geleistet hat (§ 171 Abs. 1, 2. Halbs. HGB). Beträgt z. B. die Haftsumme 50.000,— DM, die Einlage 100.000,— DM, so ist der Kommanditist gegenüber den Gläubigern befreit, sobald er 50.000,— DM in das Gesellschaftsvermögen geleistet hat.

Wann eine haftungsbefreiende Leistung vorliegt, ist im einzelnen streitig<sup>31</sup>. Aus der neueren Rechtsprechung sind folgende Einzelfälle zu nennen:

Die Einlage muß nicht aus dem Vermögen des Kommanditisten stammen, sie kann vielmehr auch schenkweise durch Einbuchung zu Lasten des Guthabens eines anderen Gesellschafters erfolgen, sofern wertmäßige Deckung vorliegt<sup>32</sup>.

Unschädlich ist es auch, wenn die Einlage aus dem Vermögen des persönlich haftenden Gesellschafters erbacht wird. Dies entsprach bisher schon der h. M.<sup>33</sup> und ist inzwischen auch vom BGH mit der Begründung bestätigt worden, daß das „Vermögen des persönlich haftenden Gesellschafters... dem Zugriff des Gesellschaftsgläubigers nur in seinem jeweiligen Bestand ausgesetzt“ ist, „aber keinem gesetzlichen Kapitalerhaltungsgrundsatz unterliegt“<sup>34</sup>.

Unstreitig kann der Kommanditist gegen die Bareinlage-Forderung aufrechnen. Unterschiedlich wurde bislang die Frage beantwortet, ob es für die Haftungsbefreiung bei einer Aufrechnung auf den Nennwert der Forderung oder ihren wirtschaftlichen Wert ankommt<sup>35</sup>. Für die Einbringung einer Forderung als Sacheinlage galt immer schon, daß — wie bei jeder Sacheinlage — der objektive Wert der Forderung für die Haftungsbefreiung maßgebend ist<sup>36</sup>. Folgerichtig hat daher nun der BGH entschieden, daß es auch „bei einer Aufrechnung oder Verrechnung der Einlageschuld... für den Umfang der Haftungsbefreiung auf den objektiven Wert der Verbindlichkeit“ ankommt, „von der die KG auf diesem Wege auf Kosten ihrer Einlageforderung befreit worden ist“<sup>37</sup>. Zwar stehe dem Gesellschaftsgläubiger grundsätzlich nur in Höhe der Haftsumme der Zugriff auf den Kommanditisten zu, aber soweit es um die Haftungsbefreiung durch Leistung gehe, gelte das „Kapitalaufbringungsprinzip mit der... Folge, daß Haftungsbefreiung nur in Höhe des objektiven Wertes des Geleisteten eintritt“<sup>38</sup>.

Bei einer gesplitteten Einlage, wie sie bei Publikumsgesellschaften üblich ist, wird der Kommanditist nach Ansicht des BGH auch insoweit von seiner Haftung befreit, als er auf die Zusatzleistungen „Darlehen“ oder „stille Beteiligung“ gezahlt hat<sup>39</sup>.

War die Einlageforderung an einen Gesellschaftsgläubiger an Erfüllungs Statt abgetreten, so wird der Kommanditist durch Leistung an den Zessionar von seiner Haftung befreit. Haftungsbefreiend wirkt auch ein Erlaß der Einlage durch den Zessionar gegenüber dem Kommanditisten<sup>40</sup>. Ob die durch Abtretung getilgte Forderung wegen der Vermögenslage der

27 BGH WM 1966, 615 ff.; BAG WM 1983, 1909; vgl. zu dem Problemkreis Priester, DB 1975, 1878 ff. und Riegger, DB 1983, 1909 ff.

28 Westermann, Handbuch, Rd.-Nr. 902 ff.; Baumbach/Duden/Hopt, § 171 HGB, Anm. 1 B.

29 Vgl. BFH ZIP 1984, 1245; BSG MDR 1976, 259, 962. Die Entscheidungen betreffen zwar die Haftung des Kommanditisten nach § 176 HGB, setzen aber grds. voraus, daß Kommanditisten für derartige Verbindlichkeiten haften.

30 Westermann, a.a.O., Rd.-Nr. 903; differenzierend GK/Schilling, § 171 HGB, Anm. 9; ablehnend Schlegelberger/K. Schmidt; grds. nur Geldleistung, der Kommanditist ist aber zur Naturalerfüllung berechtigt.

31 Vgl. zu dem Literaturstreit zwischen Vertrags- und Verrechnungstheorie den Meinungsstand bei K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 1164 ff.

32 OLG Köln OLGZ 1976, 306 ff.; OLG Düsseldorf GmbHR 1959, 114; Schlegelberger/K. Schmidt, § 171, 172 HGB, Anm. 44.

33 Westermann, Handbuch, Rd.-Nr. 919; GK/Schilling, § 171 HGB, Anm. 26; K. Schmidt, Einlage und Haftung, 100 ff.; a. A. Steckhan, DNotZ 1974, 69 ff.;

Riegger, BB 1975, 1282; gegen Steckhan vor allem Petzoldt, DNotZ 1975, 529 ff.

34 BGH WM 1985, 455, 457. In BGH NJW 1984, 2290, 2291 — WM 1984, 893 ff. hatte der BGH die Wirkung für das Außenverhältnis noch ausdrücklich offen gelassen und nur die schuldbeitfreiende Leistung im Innenverhältnis bejaht.

35 Vgl. GK/Schilling, § 171 HGB, Anm. 13a einerseits und K. Schmidt, Einlage und Haftung, 49 ff., andererseits.

36 BGHZ 61, 59 ff., 71.

37 BGH WM 1985, 1224 ff., 1227 (anders noch in BGHZ 61, 59 ff., 70 ff.). Der BGH macht jedoch eine wesentliche Ausnahme: Befreit sich der Kommanditist von seiner Haftung durch Befriedigung eines Gesellschaftsgläubigers, dann kommt es, falls sich die KG nicht in Konkurs befindet, nicht auf den objektiven Wert der Forderung gegen die Gesellschaft an, sondern auf den Nennwert

38 BGH, a.a.O. (Fn. 37).

39 BGH WM 1982, 742, 743; 1985, 258, 259.

40 BGH WM 1984, 50, 51.

Gesellschaft vollwertig ist oder nicht, ist unerheblich; „Voraussetzung ist allein, daß die Forderung gegen die Gesellschaft wirklich besteht“<sup>41</sup>.

Die Einlage kann grundsätzlich auch durch Stehenlassen von Gewinnen auf dem Kapitalkonto geleistet werden, sofern der Gewinn nicht zur Auffüllung eines negativen Kapitalkontos verwendet werden muß. Erforderlich ist aber in jedem Fall, daß der Gewinn tatsächlich erzielt worden ist. Eine fälschlich erteilte Gewinnbescheinigung schützt den Kommanditisten auch bei gutgläubig erstellter Bilanz nicht<sup>42</sup>.

Bei einer Sacheinlage ist für die Befreiung — wie bereits angesprochen — nur der objektive Wert der Einlage entscheidend. Welchen Wert die Gesellschafter für die Sacheinlage festgesetzt haben, ist ebenso wie ein Erlaß oder eine Stundung der Einlageforderung nur für die Einlagenschuld des Kommanditisten gegenüber der Gesellschaft von Bedeutung<sup>43</sup>.

Bei einer GmbH und Co. KG, bei der keine natürliche Person Komplementär ist, kann die Einbringung von Geschäftsanteilen an der Komplementär-Gesellschaft nicht mit haftungsbefreiender Wirkung erbracht werden (§ 172 Abs. 6 HGB).

#### b) Wiederaufleben der Haftung

Die Haftung des Kommanditisten lebt wieder auf, „soweit die Einlage ... zurückbezahlt wird“ (§ 172 Abs. 4 S. 1 HGB). Unter Rückzahlung ist nach h. M. — auch der des BGH<sup>44</sup> — jede Zuwendung an einen Kommanditisten zu verstehen, durch die dem Gesellschaftsvermögen Vermögenswerte ohne entsprechende Gegenleistung entzogen werden. Haftungsschädlich ist eine Rückzahlung erst, soweit durch sie der Betrag der Haftsumme unterschritten wird.

Zum Teil wird vertreten, daß auch eine Darlehensgewährung oder eine Stundung des der KG geschuldeten Kaufpreises eine Rückzahlung darstellen kann<sup>45</sup>. Eine Rückzahlung liegt nach der Rechtsprechung z. B. vor, wenn dem Kommanditisten eine unangemessene hohe Tätigkeitsvergütung gezahlt wird<sup>46</sup>, wenn die KG eine Eigentümergrundschuld an den Kreditgeber des Kommanditisten abtritt<sup>47</sup> oder die KG eine Verbindlichkeit des Kommanditisten erfüllt<sup>48</sup>.

Auch die Haftung des ausgeschiedenen Kommanditisten lebt für die bis zu seinem Austritt entstandenen Verbindlichkeiten wieder auf, wenn an ihn oder — bei einem Austritt im Rahmen einer Anteilsübertragung — an seine Rechtsnachfolger Rückzahlungen erfolgen<sup>49</sup>. Den Grund hierfür sieht der BGH darin, daß den alten Gläubigern durch das Ausscheiden des Kommanditisten ihr Haftungsobjekt, nämlich das Gesellschaftsvermögen, nicht gegen ihren Willen verkürzt werden darf<sup>50</sup>.

Übersteigen die Rückzahlungen den Betrag der Haftsumme, so haftet der Kommanditist gleichwohl nur in Höhe der Haftsumme und nicht auf den weitergehenden Betrag<sup>51</sup>.

Die Entnahme von Gewinnen steht der Rückzahlung von Einlageleistungen gleich. Entnommene Gewinne werden haftungsmäßig von dem Betrag der geleisteten Einlage in Abzug ge-

bracht. Soweit auf diese Weise der Betrag der Haftsumme unterschritten wird, lebt die Haftung des Kommanditisten wieder auf<sup>52</sup>.

Haftungsschädlich sind schließlich auch Gewinne, die auf Grund einer falschen Bilanz bezogen worden sind (§ 172 Abs. 5 HGB). Etwas anderes gilt nur, wenn die Bilanz in gutem Glauben errichtet ist und der Kommanditist auf Grund dessen in gutem Glauben Gewinne bezieht. Dabei ist unter Gewinnbezug Gewinnausschüttung zu verstehen<sup>53</sup>. Der bloße gute Glaube des Kommanditisten als Gewinnempfänger genügt anders als im Aktienrecht (§ 62 Abs. 1 S. 2 AktG) nicht<sup>54</sup>. Hinzu kommen muß eine in gutem Glauben errichtete Bilanz. Die Erstellung der Bilanz wird aber grundsätzlich Sache des Komplementärs und nicht des Kommanditisten sein. Sind mehrere Komplementäre vorhanden, so soll der gute Glaube aller Komplementäre erforderlich sein<sup>55</sup>. Im einzelnen ist vieles streitig, insbesondere, welche Anforderungen an die Gutgläubigkeit zu stellen sind. Vielfach wird Gutgläubigkeit schon abgelehnt, wenn einer der für die Errichtung der Bilanz zuständigen Gesellschafter fahrlässig gehandelt hat<sup>56</sup>.

Bei Kommanditgesellschaften ohne eine natürliche Person als Komplementär kann schließlich die Haftung auch nach den Grundsätzen über die kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen wieder aufleben (§ 172a HGB)<sup>57</sup>.

## 2. Der unbeschränkt haftende Kommanditist

Es mag zu den Vorstellungen von der Rechtsposition des Kommanditisten gehören, daß der Kommanditist immer nur beschränkt haftet. Viel zu wenig bekannt sind offenbar die Möglichkeiten einer unbeschränkten Haftung des Kommanditisten. Die Anzahl dieser Fälle ist auf Grund einer extensiven Auslegung des § 176 HGB durch den BGH keineswegs gering. Den wichtigsten Fallgestaltungen soll im Folgenden nachgegangen werden:

#### a) Die unbeschränkte Haftung gemäß § 176 Abs. 1 HGB

Eine unbeschränkte Haftung kann sich zunächst aus § 176 Abs. 1 HGB ergeben. Die KG entsteht — wie die OHG — im Außenverhältnis mit der Eintragung in das Handelsregister; eine KG, die ein Grundhandelsgewerbe betreibt, bereits vor der Eintragung mit dem Beginn ihrer Geschäfte.

Geht nun die im Außenverhältnis wirksam entstandene KG vor der Eintragung in das Handelsregister Verbindlichkeiten ein, so haftet der Kommanditist nach § 176 Abs. 1 HGB unter bestimmten weiteren Voraussetzungen für diese Verbindlichkeiten in unbeschränkter Höhe.

Zu den weiteren Voraussetzungen einer unbeschränkten Haftung gehört, daß entweder die KG oder der Kommanditist im Handelsregister nicht eingetragen sind<sup>58</sup>. Zum Teil wird eine unbeschränkte Haftung des Kommanditisten nach § 176 Abs. 1 HGB auch dann bejaht, wenn zwar der Kommanditist, nicht aber seine Haftsumme eingetragen ist<sup>59</sup>. Aus welchen Gründen die Eintragung unterbleibt ist unerheblich. Die Rechtsfolgen

41 BGH WM 1975, 346. Bei einer Abtretung erfüllungshalber läßt der BGH dem Kommanditisten das Recht, an den Gläubiger zu zahlen und mit dem Erstattungsanspruch gemäß § 110 HGB gegen die Einlageforderung trotz § 406 BGB aufzurechnen. Die Auffassung, der BGH halte eine Abtretung der Einlageforderung nur für zulässig, wenn der Zessionar den vollen Gegenwert dem Vermögen der KG zugeführt habe (vgl. Schlegelberger/K. Schmidt, §§ 171, 172 HGB, Anm. 12) findet in den Urteilsgründen nur eine schwache Grundlage. In der Entscheidung NJW 1975, 1022, ist jedenfalls davon keine Rede. Ob die Entscheidung NJW 1982, 35, so zu verstehen ist, erscheint fraglich, da der BGH dort auf die Anforderungen aus der Entscheidung NJW 1975, 1022, Bezug genommen hat und anschließend lediglich feststellt, der Zessionar habe den vollen Gegenwert dem KG-Vermögen zugeführt.

42 Schlegelberger/K. Schmidt, §§ 171, 172 HGB, Anm. 56; Westermann, Handbuch, Rd.-Nr. 921. Ebenso wenig wirken ausgewiesene aber nicht verteilte und nicht ausgewiesene Gewinne (stille Reserven) haftungsbefreiend, Westermann, a. a. O.

43 Ganz h. M. BGH WM 1977, 167, 168. GK/Schilling, § 171 HGB, Anm. 13; Westermann, Handbuch, Rd.-Nr. 925.

44 WM 1963, 831, 833. Im einzelnen ist wiederum vieles strittig. Der Streit zwischen Vertrags- und Verrechnungstheorie setzt sich insoweit fort.

45 GK/Schilling, § 172 HGB, Anm. 29.

46 BAG WM 1983, 514.

47 BGH BB 1976, 383.

48 OLG Düsseldorf GmbHR 1959, 114.

49 BGH NJW 1976, 751, 752.

50 BGH WM 1963, 831, 832.

51 BGH WM 1973, 507, 508.

52 GK/Schilling, § 172 HGB, Anm. 6; Schlegelberger/K. Schmidt, §§ 171, 172 HGB, Rd.-Nr. 78.

53 GK/Schilling, § 172 HGB, Anm. 39; Schlegelberger/K. Schmidt, §§ 171, 172 HGB, Rd.-Nr. 85; Baumbach/Duden/Hopt, § 172 HGB, Anm. 2 D.

54 Auch nicht bei Publikumsgesellschaften, BGH WM 1982, 926, 927.

55 GK/Schilling, § 172 HGB, Anm. 38.

56 So GK/Schilling, a. a. O. (Fn. 55); Westermann, Handbuch, Rd.-Nr. 928; a. A. Schlegelberger/K. Schmidt, §§ 171, 172 HGB, Rd.-Nr. 88.

57 Vgl. hierzu vor allem K. Schmidt, GmbHR 1986, 337 ff.

58 GK/Schilling, § 176 HGB, Anm. 4; Schlegelberger/K. Schmidt, § 176 HGB, Rd.-Nr. 9; Westermann, Handbuch, Rd.-Nr. 909.

59 GK/Schilling, a. a. O. (Fn. 58).

greifen z. B. auch ein, wenn die Eintragung auf Grund eines Fehlers des Registergerichts unterbleibt. Haftungsbeschränkung wirkt erst die Eintragung, nicht etwa schon die Anmeldung oder die Antragstellung.

Neben dem Geschäftsbeginn und der auch konkludent möglichen Zustimmung des Kommanditisten zur Aufnahme der Geschäfte setzt § 176 Abs. 1 HGB ferner voraus, daß der Gläubiger keine Kenntnis von der Kommanditisteneigenschaft hatte. Der Kommanditist haftet auch dann, wenn der Gläubiger nicht wußte, daß der Kommanditist an der Gesellschaft beteiligt ist<sup>60</sup>, er muß nicht einmal wissen, daß es sich bei der Firma um eine KG handelt. § 176 Abs. 1 HGB scheidet nur aus, wenn der Gläubiger im Zeitpunkt der Entstehung der Verbindlichkeit von der Kommanditisteneigenschaft Kenntnis hatte. Schuldhaftes Unkenntnis des Gläubigers oder später erworbene Kenntnis nutzt dem Kommanditisten ebensowenig, wie die spätere Eintragung im Handelsregister. Die einmal entstandene unbeschränkte Haftung bleibt bestehen. Eine § 11 Abs. 2 GmbHG vergleichbare Vorschrift ist nicht vorhanden<sup>61</sup>.

Die Ansprüche aus der unbeschränkten Haftung verjähren in entsprechender Anwendung von § 159 HGB innerhalb von 5 Jahren. Die Verjährung beginnt mit dem Ende des Tages der Eintragung (§ 159 Abs. 2 HGB)<sup>62</sup>. Erfolgt keine Eintragung, so beginnt m.a.W. auch nicht die Verjährung.

#### aa) Anwendung auf die Schein-KG?

Strittig ist, ob § 176 Abs. 1 HGB entsprechend auf eine KG angewendet werden kann, die vor der Handelsregistereintragung ihre Geschäfte beginnt, aber kein Grundhandelsgewerbe betreibt, im Außenverhältnis also noch nicht wirksam entstanden ist. Materiellrechtlich handelt es sich bei dieser *Schein-KG* um eine BGB-Gesellschaft.

Der BGH verneint eine analoge Anwendung von § 176 Abs. 1 HGB. Eine unbeschränkte Haftung des Scheinkommanditisten widerspreche dem jede „Rechtsscheinshaftung bestimmenden Grundsatz, daß diese Haftung nicht weitergeht, als sie ginge, wenn der Schein der Rechtswirklichkeit entspräche“<sup>63</sup>. Vielmehr müßten die Gesellschafter so haften, wie wenn die KG schon entstanden, also im Handelsregister eingetragen wäre. Der Kommanditist haftet folglich beschränkt, und zwar mit dem Betrag, der im Gesellschaftsvertrag als Haftsumme vereinbart und als im Handelsregister eingetragen zu unterstellen sei<sup>64</sup>. Obwohl es sich bei der Schein-KG um eine BGB-Gesellschaft handelt, lehnt der BGH eine unbeschränkte Haftung des Scheinkommanditisten auch unter diesem Gesichtspunkt ab. Die Vertretungsmacht des geschäftsführenden Gesellschafters umfasse entsprechend dem Gesellschaftsvertrag nur eine Verpflichtung des Scheinkommanditisten in Höhe der Haftsumme und ein Dritter, dem gegenüber die Gesellschaft als KG auftrete, müsse sich dies entgegenhalten lassen<sup>65</sup>.

#### bb) Die Rechtsprechung des BAG

Weniger Hemmungen gegen eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 176 Abs. 1 HGB hat das BAG. Es hat — in einer Entscheidung aus dem Jahr 1970 — eine unbeschränkte Haftung des Kommanditisten in entsprechender Anwendung von § 176 Abs. 1 HGB in folgendem Fall angenommen<sup>66</sup>:

Bei einer GmbH & Co. KG hatte die alleinige Komplementärin, eine GmbH, die Firma geändert. Die KG trat unter Verwendung der geänderten GmbH-Firma im Rechtsverkehr auf — in der

Entscheidung ging es um einen Anstellungsvertrag —, bevor eine Änderung der KG-Firma im Handelsregister eingetragen wurde. Kurz nach Eintragung der Firmenänderung ging die KG in Konkurs. Nach Ansicht des BAG haftet der alleinige Kommanditist, zugleich alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Komplementärin, in analoger Anwendung des § 176 Abs. 1 HGB für Ansprüche aus dem Anstellungsvertrag unbeschränkt. Die Firmenänderung habe dazu geführt, daß die Identität der Gesellschaft im Rechtsverkehr nicht mehr gewahrt gewesen sei. Durch sein Handeln unter der neuen Firma habe der alleinige Kommanditist und Gesellschafter-Geschäftsführer der Komplementärin den Anschein erweckt, es handele sich um eine neugegründete Gesellschaft, denn bei einer Anfrage beim Handelsregister unter Bezugnahme auf die neue Firma hätte das Register nicht auf die alte, eingetragene Firma verwiesen. Dies rechtfertige eine unbeschränkte Haftung nach § 176 Abs. 1 HGB analog.

#### b) Die unbeschränkte Haftung nach § 176 Abs. 2 HGB

Der Gesetzeswortlaut des § 176 Abs. 2 HGB erschließt den Anwendungsbereich, den die Vorschrift durch die sehr umstrittene Rechtsprechung des BGH erfahren hat, nur unvollständig<sup>67</sup>.

Weitgehende Einigkeit besteht darüber, daß die Haftung nach § 176 Abs. 2 HGB nicht die Zustimmung des eintretenden Kommanditisten zur Fortführung der Geschäfte erfordert<sup>68</sup>. Unstrittig ist schließlich, daß § 176 Abs. 2 HGB anzuwenden ist auf den neu eintretenden Gesellschafter, der einen Neubegründeten Anteil übernimmt<sup>69</sup>. Er haftet für Verbindlichkeiten, die bis zu seiner Eintragung in das Handelsregister entstehen, in unbeschränkter Höhe, es sei denn, der Gläubiger hätte im Zeitpunkt der Entstehung der Verbindlichkeit positive Kenntnis von der Kommanditisteneigenschaft. Wenn also z. B. ein Kommanditist zum 1. 1. 1987 eine neugebildete Kommanditeinlage mit einer Haftsumme von 5000,— DM übernommen hat und seine Eintragung im Handelsregister als neuer Kommanditist erst am 1. 6. 1987 erfolgt ist, so haftet er für alle Verbindlichkeiten, die in der Zwischenzeit entstanden sind, in unbeschränkter Höhe, und zwar unabhängig davon, ob er seiner Einlagepflicht in Höhe der Haftsumme nachgekommen ist oder nicht.

Der weitere Anwendungsbereich der Vorschrift ist streitig.

Der BGH wendet § 176 Abs. 2 HGB in st. Rspr. auch auf die Fälle an, bei denen außenstehende Dritte einen bereits begründeten Kommanditanteil erwerben<sup>70</sup>. Ob der Anteilserwerb durch Rechtsgeschäft oder kraft Erbfolge erfolgt, ist nach Ansicht des BGH grundsätzlich unerheblich. Da der Erbe eines Gesellschafters allerdings seine Eintragung unmöglich sofort mit dem Erbfall herbeiführen könne, erscheine — so der BGH — für ihn eine „Schonfrist“ unentbehrlich, bevor bei ihm die fehlende Eintragung zur unbeschränkten Haftung führt<sup>71</sup>. Wie lange die Schonfrist dauern soll, verrät der BGH nicht. Einschlägige Entscheidungen zur Erbenhaftung sind nicht ersichtlich.

Von besonderer Bedeutung ist, daß der BGH § 176 Abs. 2 HGB grundsätzlich auch auf Publikumsgesellschaften anwendet<sup>72</sup>. Zur Verdeutlichung der Sachverhalte, die nach der Rechtsprechung des BGH zu einer unbeschränkten Haftung eines Kommanditisten führen, mag daher der einer Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1982<sup>73</sup> zugrundeliegende Sachverhalt dienen (daß es dort um einen Neubeitritt und nicht um eine Anteilsübertragung ging, ist für die Rechtsprechung des BGH unerheblich): Ein Kommanditist hatte sich Ende 1973 bei einer

60 Baumbach/Duden/Hopt, § 176 HGB, Anm. 1 B.; Schlegelberger/K. Schmidt, § 176 HGB, Rd.-Nr. 12, 13.

61 Schlegelberger/K. Schmidt, § 176 HGB, Rd.-Nr. 12, 13.

62 Bei Dauerschuldverhältnissen beginnt die Verjährung erst ab dem Zeitpunkt, zu dem erstmals eine ordentliche Kündigung nach der Eintragung in das Handelsregister durch den Gläubiger möglich gewesen wäre, BGHZ 70, 137; BGH WM 1985, 53 ff.

63 BGHZ 61, 59, 67 — WM 1973, 896, 898.

64 BGH a.a.O. (Fn. 63).

65 BGH, a.a.O. (Fn. 63); a.A. als der BGH vor allem Schlegelberger/K. Schmidt, § 176 HGB, Rd.-Nr. 6 m. w. N.; der BGH hat seine Auffassung später ausdrücklich bestätigt in BGHZ 69, 95 ff.

66 BAG DNotZ 1980, 418 ff. m. insow. zust. Anm. Priester.

67 Zum Streitstand s. K. Schmidt, ZHR 144 (1980), 192 ff.; Crezelius, BB 1983, 5 ff.; Knobbe-Keuk, Festschrift für Stimpel, 187 ff.

68 BGH NJW 1982, 883, 884; Schlegelberger/K. Schmidt, § 176 HGB, Rd.-Nr. 27; Baumbach/Duden/Hopt, § 177 HGB, Anm. 3 A.; Knobbe-Keuk, Festschrift für Stimpel, 187.

69 Vgl. GK/Schilling, § 176 HGB, Anm. 21.

70 BGHZ 66, 98 ff.; NJW 1983, 2558 ff.; WM 1986, 1280 ff.

71 BGHZ 66, 98, 100; NJW 1983, 2258, 2259.

72 BGH a.a.O. (Fn. 71); ferner NJW 1982, 883 ff. m. Anm. K. Schmidt.

73 NJW 1982, 883 ff.

Anlage-KG aus dem Pharmabereich beteiligt. Die Eintragung im Handelsregister erfolgte im Januar 1976. Für eine bei der KG im August 1974 angestellte Pharmareferentin hatte die Gesellschaft eine Unfallversicherung abgeschlossen. Als die Angestellte einen tödlichen Dienstatfall erleidet, zahlt die Versicherung an die Gesellschaft 100.000,— DM. Die Gesellschaft leitet den Betrag nicht weiter. Die Erben der Angestellten nahmen den kapitalanlegenden Kommanditisten in Anspruch. Der BGH gab ihnen Recht.

Der BGH begründet sein Verständnis des § 176 Abs. 2 HGB mit folgenden Erwägungen<sup>74</sup>: Dem Gesetzgeber des HGB war die Möglichkeit einer Übertragung einer Beteiligung an Personengesellschaften unbekannt. Man ging vielmehr davon aus, daß sich hinter der kaufmännisch gedachten Übertragung juristisch die Konstruktion eines Austritts des Altgesellschafters und eines hiervon getrennten Eintritts des Neugesellschafters verberge. Auf diese Fallgestaltung war und ist § 176 Abs. 2 HGB unstreitig anzuwenden. Das RG hat die Möglichkeit einer Beteiligung an einer Personengesellschaft durch Übertragung eines Gesellschaftsanteils erst in einer Entscheidung des Gemeinsamen Senats vom 30. 9. 1944 anerkannt<sup>75</sup>. Der BGH hat die Rechtsprechung des RG übernommen und für § 176 Abs. 2 HGB daraus den Schluß gezogen, daß die Regelung auch für diese, vom Gesetzgeber nicht gekannte Möglichkeit eines Beteiligungserwerbs gelten müsse. Sinn und Zweck des § 176 Abs. 2 HGB sei es, „das unterschiedlos ohne Rücksicht auf interne Erklärungen haftet, wer mitverantwortlich in den Kreis der Gesellschafter eingetreten ist und auf wessen Rechnung das Gesellschaftsunternehmen fortan betrieben wird“<sup>76</sup>.

Die Rechtsprechung des BGH ist auf fast einhellige Kritik im Schrifttum gestoßen<sup>77</sup>. Man hat in der Literatur versucht, § 176 Abs. 2 HGB mit Rechtsscheins- und Vertrauensschutzgesichtspunkten in Verbindung zu bringen, um auf diesem Wege den Anwendungsbereich der Vorschriften durch eine Analogie zu den einschränkenden Voraussetzungen des § 15 HGB einzuzugrenzen<sup>78</sup>. Der BGH ist auf diese Versuche jedenfalls teilweise eingegangen und spricht selbst von einer „vielfach als zu hart empfundenen Vorschrift“<sup>79</sup>. Er hat aber neben dem Vertrauensschutz eine Rechtfertigung des § 176 Abs. 2 HGB — wie Flume<sup>80</sup> — darin gesehen, daß die Vorschrift den Zweck verfolge, „die beschränkte Haftung von Gesellschaftern einer Handelsgesellschaft generell von einer entsprechenden Publizität abhängig zu machen“<sup>81</sup>. Damit ist im Grunde ein Rückgriff auf Rechtsscheins- oder Vertrauensschutzgesichtspunkte ausgeschlossen.

Der BGH versucht offensichtlich, den Anwendungsbereich der Vorschrift auf anderem Wege einzuschränken: Zum einen soll § 176 Abs. 2 HGB nicht gelten, wenn der Gesellschaftsanteil von einem *Mitgeschafter* durch Rechtsgeschäft oder Erbfolge erworben wird<sup>82</sup>. Hier liege kein Eintritt i. S. d. § 176 Abs. 2 HGB vor, vielmehr verändere sich nur der Inhalt der Mitgliedschaftsrechte des Erwerbers. Ferner soll § 176 Abs. 2 HGB nicht für Ansprüche aus deliktischer Haftung gelten<sup>83</sup>. Der BGH läßt auch offen, ob sich aus § 176 Abs. 2 HGB eine unbeschränkte Haftung für öffentlich-rechtliche Ansprüche der Sozialversicherungsträger ergibt. Das BSG bejaht dies aber<sup>84</sup>. Außerdem hat der BGH angedeutet, möglicherweise scheide bei einer GmbH & Co. KG eine Haftung aus § 176 Abs. 2 HGB für Vorgänge aus, die aus der Zeit *nach* der Einführung von § 19 V HGB stammen, denn mit der Neuregelung des Firmenrechts für Handelsgesellschaften ohne persönlich haftende

natürliche Personen könne niemand mehr damit rechnen, ein nicht eingetragener Gesellschafter sei kein Kommanditist<sup>85</sup>. Schließlich hat der BGH eine haftungsbefreiende Kenntnis des Gläubigers schon dann bejaht, wenn er positive Kenntnis von allen persönlich haftenden Gesellschaftern hat<sup>86</sup>.

#### c) Folgerungen

Zur Vermeidung der unbeschränkten Haftung aus § 176 HGB hat der BGH darauf verwiesen, daß die Übertragung der Gesellschaftsbeteiligung ebenso wie der Eintritt in die KG durch Übernahme eines neugebildeten Anteils aufschiebend bedingt auf die Eintragung im Handelsregister erfolgen könne<sup>87</sup>. In der Literatur wird ergänzend für den Zeitraum bis zur Eintragung die Vereinbarung einer auflösend bedingten Verwaltungstreuhand oder stillen Beteiligung vorgeschlagen, falls der Kommanditist bereits vorher an Gewinn und Verlust beteiligt sein soll<sup>88</sup>.

Nur wenige Kommanditisten dürften sich des Haftungsrisikos bewußt sein, daß sie bei ihrem Eintritt in die KG möglicherweise eingehen. Ein großes Haftungsrisiko bilden nach der dargestellten Rechtsprechung des BGH Vollmachten zur Anmeldung des Kommanditisteneintritts zum Handelsregister. Sofern der Notar nicht nur die Unterschrift beglaubigt, sondern auch den Entwurf der Handelsregisteranmeldung durch den Kommanditisten selbst oder dessen Registervollmacht fertigt, ist eine entsprechende Belehrung geboten.

#### IV.

#### Die rechtsgeschäftliche Übertragung eines Kommanditanteils

##### 1. Vorbemerkung

Die Rechtsprechung hat — wie erwähnt — erst sehr spät die Möglichkeit einer Übertragung eines Anteils an einer Personengesellschaft anerkannt. In der grundlegenden Entscheidung des RG, in der die Übertragbarkeit erstmals bejaht wurde, findet sich aber bereits eine sehr präzise Beschreibung der Rechtsstellung des Erwerbers: „Der Neueintretende erwirbt . . . mit der Übertragung der Mitgliedschaft im allgemeinen ohne weiteres auch den Kapitalanteil des Ausgeschiedenen und ein diesem zustehendes Abfindungsguthaben. Ihm sind auf die der Gesellschaft zu erbringende Pflichteinlage in aller Regel die Leistungen anzurechnen, die insoweit seinem Vorgänger zugute zu bringen waren. Auch gegenüber den Gesellschaftsgläubigern tritt der neue Kommanditist in die Schuld und Haftung seines Rechtsvorgängers ein. Wie er im Innenverhältnis nur neben die anderen Mitgesellschafter, nicht auch neben seinen Vorgänger, sondern an dessen Stelle tritt, trifft ihn auch nach außen haftsummenmäßig eben die Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft und bloß diese, die jenem obläge, wenn er nicht ausgeschieden wäre“<sup>89</sup>. Der BGH hat darauf aufbauend ausgeführt: „Überträgt ein Gesellschafter mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil, so tritt der Erwerber als neuer Gesellschafter an seine Stelle in das Rechtsverhältnis zu den übrigen Gesellschaftern ein . . . Er setzt das Gesellschaftsverhältnis fort und rückt in die Rechtsstellung des bisherigen Gesellschaftern ein. Hieraus ergibt sich, daß im Interesse der Rechtssicherheit und -klarheit auch alle Rechte und Pflichten des bisherigen Gesellschaftern,

74 Vgl. vor allen BGH NJW 1983, 2258, 2259.

75 RG DNotZ 1944, 195 ff. — WM 1964, 1130 ff.

76 BGH NJW 1982, 883, 884.

77 Vgl. die Nachweise in Fn. 67.

78 Vor allem Priester, BB 1980, 913 ff. und K. Schmidt, ZHR 144 (1980), 192 ff., in dem Bemühen, § 176 Abs. 2 HGB auf GmbH u. Co. Kommanditgesellschaften nicht anzuwenden. Dagegen wiederum Knobbe-Keuk, Festschrift für Stimpel, 187, 200: „Extrawürste für GmbH u. Co. KG's oder für Kapitalanlagegesellschaft sind nicht zu braten.“

79 BGH NJW 1982, 883, 884.

80 Personengesellschaften, 333.

81 BGH, a. a. O. (Fn. 79).

82 BGHZ 66, 98 ff.

83 BGH NJW 1982, 883, 885.

84 MDR 1976, 259, 962.

85 BGH NJW 1983, 2258, 2260.

86 BGH WM 1986, 1280.

87 BGH NJW 1983, 2258, 2259.

88 K. Schmidt, ZHR 144 (1980), 192 ff., 200 ff.; Knobbe-Keuk, Festschrift für Stimpel, 187 ff., 197 (Fn. 54).

89 RG DNotZ 1944, 195 ff. — WM 1964, 1132, 1133.



die im Gesellschaftsvertrag ihre Grundlage haben, grundsätzlich dem neuen Gesellschafter zustehen müssen<sup>90</sup>. Der BGH hat denn auch die Wirkung der Anteilsübertragung darin gesehen, „daß der Erwerber, wenn nichts anderes geregelt ist, ohne weiteres in die Rechtsstellung eintritt, die bis dahin der Veräußerer innehatte. Für die Kommanditgesellschaft bedeutet das unter anderem, daß mit der Abtretung eines Kommanditanteils der neue Kommanditist auch hinsichtlich der Einlagenschuld gegenüber der Gesellschaft sowie hinsichtlich der Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern diejenige Rechtsposition übernimmt, die bis zur Abtretung der frühere Kommanditist innegehabt hatte“<sup>91</sup>.

Sofern die für die Übertragung erforderliche Zustimmung der übrigen Gesellschafter vorliegt, die auch im Gesellschaftsvertrag bereits enthalten sein kann, ansonsten zu dem Übertragungsvertrag erteilt werden muß, bedeutet dies für das Mitgliedschaftsrecht des Gesellschafters folgendes: Der neue Gesellschafter tritt an die Stelle des Veräußerers in das Rechtsverhältnis zu den übrigen Gesellschaftern ein mit der Folge, daß — soweit im Gesellschaftsvertrag oder im Übertragungsvertrag nichts anderes bestimmt ist — „auch alle Rechte und Pflichten des bisherigen Gesellschafters, die im Gesellschaftsvertrag ihre Grundlage haben, grundsätzlich dem neuen Gesellschafter zustehen müssen“<sup>92</sup>.

Auch aus der Vergangenheit herrührende Geldansprüche und -verpflichtungen „gehen im Zweifel dann auf den neuen Gesellschafter über, wenn sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits im Rechenwerk der Gesellschaft ihren Niederschlag gefunden haben, insbesondere . . . aus dem Privat- oder Darlehenskonto des Veräußerers ersichtlich sind“<sup>93</sup>.

Als Darlehen stehengelassene Gewinne gehen folglich — unter den genannten Voraussetzungen — ebenso auf den Erwerber über wie Rückzahlungsverpflichtungen wegen unerlaubter Entnahmen oder Ansprüche auf Tätigkeitsvergütungen, die auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhen<sup>94</sup>.

Der BFH sieht dies übrigens, jedenfalls für den Fall, daß der Kommanditist nur einen Teil seiner Beteiligung überträgt, anders. Der BFH geht hier genau umgekehrt davon aus, daß im Zweifel die Ansprüche und Pflichten aus den Sonderkonten nicht auf den Erwerber übergehen, sondern dem Veräußerer ungeschmälert erhalten bleiben<sup>95</sup>.

Der Altgesellschafter scheidet durch die Übertragung aus der Gesellschaft aus. Er haftet grundsätzlich nur für die bis zu seinem Ausscheiden entstandenen Verbindlichkeiten. Seine Haftung verjährt gemäß § 159 HGB analog innerhalb von 5 Jahren<sup>96</sup>. Der neue Gesellschafter haftet gemäß § 173 HGB für die Alt- und Neuverbindlichkeiten. Beide haften grundsätzlich nur beschränkt bis zum Betrag der Haftsumme. Ist die Einlage in Höhe der Haftsumme erbracht und nicht zurückgewährt worden, sind Alt- und Neugesellschafter von der Haftung befreit. Dies gilt jedoch nach der Rechtsprechung des BGH nur, wenn im Handelsregister der Neugesellschafter als *Rechtsnachfolger* des Altgesellschafters eingetragen ist<sup>97</sup>. Unterbleibt der Rechtsnachfolgevermerk, so hat dies nach einer gegen die bis dahin herrschende Meinung in der Literatur ergangenen Entscheidung zur Folge, daß eine etwa geleistete Einlage des Altgesellschafters nur noch dem Neugesellschafter zugute kommt: Das Recht, sich auf die haftungsbefreiende Leistung zu berufen, ist — so der BGH — durch die Anteilsübertragung auf den Neugesellschafter übergegangen. Die Haftung des Altge-

sellschafter lebt wieder auf; entsprechend § 172 Abs. 4 HGB gelte eine tatsächlich erbrachte Einlage „den Gläubigern als nicht (mehr) geleistet“<sup>98</sup>. Im übrigen haften Alt- und Neugesellschafter für die Altverbindlichkeiten als Gesamtschuldner, für die Neuverbindlichkeiten haftet grundsätzlich nur der Neugesellschafter<sup>99</sup>. Haftungsschädliche Rückzahlungen an den Neugesellschafter lassen — wie bereits erwähnt — auch die Haftung des Altgesellschafter wieder aufleben<sup>100</sup>.

Der Neugesellschafter soll also nach der Rechtsprechung des BGH auch bezüglich der Haftung die gleiche Rechtsstellung erlangen, die der Altgesellschafter innehatte. In der Literatur wird leider fast vollständig die Frage übergangen, wie sich dieser Grundsatz auswirkt, wenn für den übertragenen Kommanditanteil einmal eine unbeschränkte Haftung nach § 176 Abs. 1 oder Abs. 2 HGB entstanden ist. Denkt man den Ansatz zu Ende, wonach — „entsprechend den Grundsätzen einer jeden Rechtsnachfolge“<sup>101</sup> — der Erwerber „hinsichtlich der Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern diejenige Rechtsposition übernimmt, die bis zur Abtretung der frühere Kommanditist innegehabt hatte“<sup>102</sup>, so ist jedenfalls auch denkbar, daß eine etwa entstandene unbeschränkte Haftung ebenfalls auf den Erwerber übergeht. Das Recht, sich auf die beschränkte Haftung berufen zu können, kann — so ließe sich argumentieren — in der Hand des Erwerbers nicht weitergehen, als in der Hand des Veräußerers.

Die soweit ersichtlich einzige Stelle in der Literatur, die sich mit diesem Problem beschäftigt, stammt bemerkenswerterweise von K. Schmidt, einem der stärksten Kritiker der extensiven BGH-Rechtsprechung, der ausführt: „Die Nachfolge in einen nicht eingetragenen Kommanditistenanteil, dessen Veräußerer bereits nach (§ 176) Abs. 2 haftete, begründet allerdings auch für den Erwerber die Haftung aus Abs. 2. Das beruht indessen nicht darauf, daß die Nachfolge ein Eintrittstatbestand wäre, sondern der Erwerber erwirbt die Mitgliedschaft so, wie sie ist, hier also als Kommanditanteil mit unbeschränkter Haftung.“<sup>103</sup>

Zu betonen ist, daß keine einschlägige Entscheidung zu finden ist, in der der Übergang auch der unbeschränkten Haftung auf den Erwerber angenommen worden ist. Festzuhalten ist auch, daß der BGH in der Vergangenheit mehrfach Entscheidungen zur Haftung des Kommanditisten getroffen hat, die einem fast einhelligen Meinungsstand in der Literatur widersprechen.

## 2. Die Form

Die Übertragung von Kommanditanteilen bedarf grundsätzlich keiner Form. Für die notarielle Praxis interessanter sind die möglichen Ausnahmen von diesem Grundsatz. Ein Formerfordernis kann sich insbesondere aus § 313 BGB oder § 15 GmbHG ergeben.

### a) Formbedürftigkeit gemäß §§ 313, 125 BGB

Die notarielle Beurkundung eines Anteilsübertragungsvertrages ist nach §§ 313, 125 BGB immer dann erforderlich, wenn im Rahmen eines *rechtlich* einheitlichen Vertrages Grundstückseigentum zusammen mit Kommanditanteilen übertragen werden sollen. Maßgebend für das Vorliegen eines einheitlichen Geschäfts ist — wie der BGH kürzlich im Zusammenhang mit Mietkaufmodellen bekräftigt hat — das Vorhandensein eines „Einheitlichkeitswillens“ der Beteiligten, der unter Berücksichtigung der Interessen der Vertragschließenden und ihres

90 BGH WM 1973, 169, 170. Inwieweit damit auch besondere Vorrechte und besondere Pflichten des Veräußerers auf den Erwerber übergehen, ist fraglich. Nach Westermann, Handbuch, Rd.-Nr. 392, ist entscheidend, „in wie starkem Maße die besondere Stellung an persönliche Eigenschaften des veräußernden Gesellschafters angeknüpft war“.

91 BGHZ 81, 82, 84 ff.

92 St. Rspr. des BGH, zuletzt WM 1986, 1314 ff.; wie gefestigt die Rspr. ist, mag man daraus ersehen, daß der BGH in der genannten Entscheidung über fast eine Spalte seine Ausführungen aus WM 1973, 169 ff., wörtlich wiederholt — freilich ohne dies zu kennzeichnen.

93 BGH a.a.O. (Fn. 92).

94 BGH a.a.O. (Fn. 92); WM 1966, 615 ff. — BGHZ 45, 221 ff. — gekürzt; WM 1968, 692 ff.

95 BFH BStBl. II 1982, 211 ff.

96 BGH WM 1978, 671, 673; WM 1983, 698, 699.

97 BGHZ 81, 82 ff.

98 BGHZ 81, 82, 89. S. dazu Eckert, ZHR 147 (1983), 565 ff.

99 BGH WM 1963, 831.

100 BGH a.a.O. (Fn. 98); BB 1976, 383, 384.

101 BGHZ 81, 82, 85.

102 BGH a.a.O. (Fn. 101).

103 Schlegelberger/K. Schmidt, § 176 HGB, Rd.-Nr. 26; K. Schmidt, NJW 1983, 2260.

erklärten Willens mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu ermitteln ist. Eine Erklärung der Parteien, die Einzelvereinbarungen seien voneinander unabhängig, während tatsächlich der Wille zu einem einheitlichen Geschäft vorliegt, ist unerheblich: „Es steht nämlich nicht in der Gestaltungsmacht der Parteien, einen Teil eines als zusammenhängend gewollten Geschäftes beurkundet zu lassen, ohne daß das ganze Geschäft nichtig wird.“<sup>104</sup>

Zu denken ist hier vor allem an Fallgestaltungen, bei denen das Betriebsgrundstück zivilrechtlich ganz, teilweise oder zu Bruchteilen im Eigentum eines Kommanditisten steht und steuerrechtlich als Sonderbetriebsvermögen der Gesellschaft behandelt wird. Sollen Eigentumsrechte an dem Grundstück zusammen mit dem Kommanditanteil im Rahmen eines rechtlich einheitlichen Geschäftes übertragen werden, so bedarf der gesamte Vertrag nach § 125 BGB der notariellen Beurkundung<sup>105</sup>.

Nach der Rechtsprechung des BGH bedarf die Übertragung von Geschäftsanteilen auch dann *nicht* der Form des § 313 BGB, wenn das Gesellschaftsvermögen „praktisch auf den Grundbesitz geschrumpft“ ist und der wirtschaftliche Zweck der Übertragung in dem Erwerb der Verfügungsmöglichkeit über das Grundstück liegt<sup>106</sup>. Der BGH begründet dies damit, daß ansonsten keine klaren Maßstäbe vorhanden wären, um zwischen einer formfreien und einer formgebundenen Anteilsübertragung zu unterscheiden. Deshalb seien gesellschaftsrechtliche Verfügungen grundsätzlich formfrei möglich. Allenfalls für Fälle, in denen durch gesellschaftsrechtliche Übertragungsakte die Formvorschrift des § 313 BGB bewußt umgangen werde, könne etwas anderes gelten, also Fälle — so der BGH — „wo etwa Grundstücksgesellschaften nur zu dem Zweck gegründet werden, um mit Hilfe der in ihr verfügbaren rechtlichen Konstruktionsmöglichkeiten Grundvermögen außerhalb des Grundbuchs und ohne förmliche Zwänge beweglicher verlagern zu können“<sup>107</sup>.

Wann derartige Umgehungsfälle vorliegen, kann man nach der bisherigen BGH-Rechtsprechung zu § 313 BGB kaum mit einiger Sicherheit vorhersagen.

#### b) Formbedürftigkeit gemäß § 15 GmbHG

Nach § 15 Abs. 3 GmbHG bedarf die Abtretung von GmbH-Anteilen der notariellen Form, nach § 15 Abs. 5 S. 1 GmbHG auch die Verpflichtung zur Abtretung. Die formfehlerhafte Verpflichtung wird jedoch nach § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG durch einen notariellen Abtretungsvertrag gültig.

Zweck der Formvorschrift soll es sein, „die Verpflichtung zur Übertragung von Geschäftsanteilen und die Abtretung selbst zu erschweren. Diese Anteilsrechte sollen nicht zu einem Gegenstand des Handelsverkehrs werden“<sup>108</sup>, die Spekulation mit GmbH-Anteilen soll unterbunden werden<sup>109</sup>.

Die Frage nach dem Umfang der Formbedürftigkeit wird im einzelnen unterschiedlich beantwortet<sup>110</sup>. Zu der Abtretungs-

*verpflichtung* heißt es etwa bei Hachenburg/Schilling/Zutt, der Vertrag müsse „alle Punkte enthalten, welche die Parteien im Zusammenhang mit der Übertragungspflicht für wesentlich erachtet haben“; verwiesen wird global auf die Kommentierungen zu § 313 BGB<sup>111</sup>.

Der BGH hat 1967 entschieden, der Beurkundungszwang betreffe nur die *wesentlichen* Vereinbarungen, aus denen sich die Abtretung und/oder die Verpflichtung zur Abtretung ergebe<sup>112</sup>. Es ist daraufhin mit Recht nach der Grenze zwischen wesentlich und unwesentlich gefragt worden<sup>113</sup>.

In der letzten einschlägigen Entscheidung des BGH heißt es, formbedürftig sei „die gesamte Vereinbarung, durch die die Übertragungspflicht begründet wird, unter Einschuß aller mit ihr verbundenen Abreden, insbesondere derjenigen über die Gegenleistung.“<sup>114</sup> In dem zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der Kläger, ein Kommanditist einer GmbH & Co. KG, zugleich Mitgesellschafter der GmbH, seinen Kommanditanteil und seinen GmbH-Anteil formlos übertragen. Zu der vorgesehenen notariellen Übertragung des GmbH-Anteils kam es nicht mehr. Der BGH hat nicht ausgeschlossen, daß die Übertragung des Kommanditanteils wegen Formmangels nach §§ 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG, 125 S. 1 BGB nichtig sei und zur Sachverhaltsaufklärung zurückverwiesen. Allerdings führe ein Formmangel nicht zur Nichtigkeit solcher Teile der Vereinbarung, die für sich allein nicht formbedürftig gewesen wären und von denen anzunehmen ist, daß sie auch ohne die Verpflichtung zur Abtretung des Geschäftsanteils abgeschlossen worden wären. Unter diesen Voraussetzungen könne auch die formlose Verpflichtung bezüglich des Kommanditanteils wirksam sein<sup>115</sup>.

Bei einer Vielzahl von GmbH & Co. Kommanditgesellschaften wird es nun so sein, daß die Beteiligungsverhältnisse an beiden Gesellschaften voneinander abhängen sollen. Zum Teil wird dies ausdrücklich gesellschaftsvertraglich festgelegt sein. Bei diesen Fällen dürfte kaum ein Parteiwille anzunehmen sein, der lediglich auf die Übertragungspflicht bezüglich des Kommanditanteils und nicht auch bezüglich des GmbH-Anteils gerichtet ist<sup>116</sup>. Nach § 15 Abs. 4 S. 4 GmbHG sind folglich *unter diesen Voraussetzungen* auch die Verpflichtung und die Abtretung bezüglich des Kommanditanteils formbedürftig.

Nun könnte man allerdings einwenden, die Formbedürftigkeit des Verpflichtungsgeschäfts sei unerheblich, da durch eine notarielle *Abtretung* des GmbH-Anteils nach § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG das *gesamte* Rechtsgeschäft, also auch die formnichtigen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte bezüglich des Kommanditanteils geheilt werden<sup>117</sup>. Da üblicherweise Verpflichtungs- und Abtretungsgeschäfte in einer Urkunde vereinbart werden, würde in diesem Zeitpunkt auch die Abtretung der Kommanditanteile wirksam. Dem läßt sich folgendes entgegenhalten:

(1) Zum einen ist es in der Literatur durchaus nicht unbestritten, daß die Heilung des Vertrages, mit dem ein GmbH-Anteil

104 BGH MittBayNot 1987, 21, 22.

105 Vgl. zu diesem Problemkreis Schmeinck, MittRhNotK 1982, 97 ff.; Petzoldt, BB 1975, 905 ff.; Wiesner, NJW 1984, 95 ff.

106 BGHZ 86, 367, 371.

107 BGH a.a.O. (Fn. 106).

108 BGH WM 1959, 60.

109 BGH NJW 1967, 1326, 1328.

110 Zum Streitstand s. Wiesner, NJW 1984, 95, 96 ff.

111 Hachenburg/Schilling/Zutt, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 48. Von Tiedau, NJW 1984, 1447, 1448 wird diese Ansicht als h. M. bezeichnet, ebenso Wiesner, a.a.O. Eher irreführend ist es, wenn Sigle/Maurer, NJW 1984, 2657, 2659 zwar betonen, daß der BGH zwischen den den beiden Vorschriften zugrundeliegenden Normzwecken unterscheidet (BGH NJW 1954, 1157), andererseits aber behaupten, die Rspr. fasse den beurkundungsbedürftigen Inhalt des § 15 Abs. 4 GmbHG wie bei § 313 S. 1 BGB. Die angeführten Entscheidungen geben dafür wenig her. Die von ihnen weiter angeführte Stelle bei Hachenburg bezieht sich keineswegs ausdrücklich auf Anteilsübertragungen bei GmbH und Co. KG's. Zweifelhaft ist auch, ob es — wie Tiedau, Wiesner und Sigle/Maurer behaupten — eine h. M. in der Literatur gebe, wonach der Umfang der Formbedürftigkeit entsprechend § 313 S. 1 BGB zu bestimmen sei: Bei Rowedder, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 18, heißt es lediglich, der Formzwang beziehe sich auf alle Teile des Abtretungsvertrages; ebenso Scholz/Winter, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 40, 69, der hinzufügt, der Formzwang gelte

auch für Nebenabreden. Nach Meyer-Landrut ist die Vorschrift eng auszulegen (§ 15 GmbHG, Rd.-Nr. 25), andererseits sollen Nebenabreden grds. vom Formzwang mitumfaßt sein, dies gelte auch für eine gekoppelte Verpflichtung zur Abtretung von Kommanditanteilen (a.a.O., Rd.-Nr. 28). Nach Roth (§ 15 GmbHG, Rd.-Nr. 5.3.) unterfällt zwar bei einer GmbH und Co. KG die Abtretung an sich nicht § 15 GmbHG, die Wirksamkeit bestimme sich aber bei gleichzeitiger Abtretung des GmbH-Anteils nach § 139 BGB. Nach Fischer/Lutter/Hornmeierhoff, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 13, ist das gesamte Rechtsgeschäft mit allen seinen wesentlichen Abreden zu beurkunden. Von § 313 BGB ist bei keinem der genannten Autoren die Rede.

112 BGH NJW 1967, 1326, 1328.

113 Wiesner, NJW 1983, 1843, 1844.

114 BGH NJW 1986, 2642 ff. — DNotZ 1986, 689 ff. m. Anm. Tiedau.

115 BGH a.a.O. (Fn. 114).

116 So auch Tiedau, a.a.O. (Fn. 114), 691 und Wiesner, NJW 1984, 95, 97. Zu denken ist dabei insbesondere an Fälle, bei denen im Gesellschaftsvertrag der GmbH die Wirksamkeit einer Abtretung der GmbH-Anteile an die gleichzeitige Übertragung der Kommanditanteile geknüpft ist. Der BGH hat darin die Vereinbarung einer besonderen satzungsmäßigen Wirksamkeitsvoraussetzung gemäß § 15 Abs. 5 GmbHG gesehen (BGH BB 1967, 1307).

117 So insbesondere Wiesner, NJW 1984, 95, 99. Offen gelassen von Tiedau NJW 1984, 1447, 1448.



übertragen wurde, zugleich eine formnichtige Übertragung des Kommanditanteils heilt<sup>118</sup>. Rechtsprechung liegt zu diesem Problem nicht vor.

(2) Es kann zum anderen nicht im wohlverstandenen Interesse der Beteiligten sein, den Vertrag über die GmbH-Anteile isoliert zu beurkunden, da ansonsten die Gefahr einer inhaltlichen Divergenz zwischen den beiden Anteilsübertragungsverträgen besteht.

(3) Wichtiger scheint ein anderes Argument: Es entspricht der ganz h. M., daß heilende Wirkung gemäß § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG nur eintritt, wenn die Abtretung selbst wirksam ist. Keine Heilung tritt z. B. ein, solange eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung noch aussteht<sup>119</sup>. Wird nun zur Vermeidung der Haftung nach § 176 Abs. 2 HGB und um einen Gleichlauf von beiden Beteiligungsverhältnissen zu gewährleisten, auch die Abtretung des GmbH-Anteils aufschiebend bedingt vereinbart, so fehlt es bis zur Eintragung der Rechtsnachfolge an dem Kommanditanteil in das Handelsregister an einer wirksamen Abtretung. Folglich fehlt — mangels Heilung — bis zu diesem Zeitpunkt ein wirksames Verpflichtungsgeschäft. Jeder Vertragsbeteiligte könnte folglich die Anmeldung bezüglich der KG zum Handelsregister jederzeit zurückziehen, da eine wechselseitige Bindung nicht besteht.

Jedenfalls müssen Zweifel bleiben. Der sichere Weg liegt meiner Auffassung nach in der Beurkundung sowohl des Verpflichtungs- als auch des Verfügungsgeschäftes bezüglich beider Gesellschaftsanteile.

### 3. Hinweise zur Vertragsgestaltung

Voraussetzung für jede sinnvolle Gestaltung eines Übertragungsvertrages ist, daß der Gesellschaftsvertrag vorliegt, bei einer GmbH u. Co. KG auch der Gesellschaftsvertrag der GmbH.

Der Übertragungsgegenstand muß präzisiert werden. Nach der genannten Rechtsprechung des BGH stehen der Übertragung eines Gesellschaftsanteils mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter — soweit im Gesellschaftsvertrag oder im Übertragungsvertrag nichts anderes bestimmt ist — „auch alle Rechte und Pflichten des bisherigen Gesellschafters, die im Gesellschaftsvertrag ihre Grundlage haben, grundsätzlich dem neuen Gesellschafter“<sup>120</sup> zu, insbesondere auch aus der Vergangenheit herrührende Geldansprüche (und -verpflichtungen) „wenn sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits im Rechnungswerk der Gesellschaft ihren Niederschlag gefunden haben, insbesondere ... aus dem Privat- oder Darlehenskonto des Veräußerers ersichtlich sind“<sup>121</sup>.

Der Übertragungsvertrag sollte daher klarstellen, welche Sozialansprüche und -pflichten auf den Erwerber übergehen.

Zur Vermeidung der Haftung gemäß § 176 Abs. 2 HGB sollte die Übertragung bedingt auf die Eintragung in das Handelsregister erfolgen. Wird etwas anderes vereinbart, ist die Aufnahme eines Belehrungsvermerks über die Haftungsfolgen in die Urkunde ratsam.

Regelungsbedürftig ist ferner, wie Entnahmen und Veränderungen auf dem Darlehenskonto, die zwischen Vertragsschluß und Wirksamwerden der Übertragung stattfinden, zu behandeln sind, insbesondere ob ein Ausgleich durch den Veräußerer gegenüber der Gesellschaft oder gegenüber dem Erwerber

— etwa im Wege der Verrechnung mit einer zweiten Kaufpreiskorrektur — erfolgen soll<sup>122</sup>.

Hinsichtlich der Gewinn- und Verlustbeteiligung wird, sofern die Übertragung nicht zum Ende eines Geschäftsjahres erfolgt, entweder ein Zwischenabschluß auf einen Stichtag aufzustellen sein oder es erfolgt ein zeitanteiliger Ausgleich, bei dem auch etwaige saisonale Besonderheiten berücksichtigt werden können.

Sofern der Erwerber den Saldo des Privat- oder Verrechnungskontos nicht übernimmt, können Gewinne und Verluste, die zeitanteilig auf den Veräußerer entfallen, auf dem Privatkonto verbucht werden. Andernfalls ist ebenfalls eine Korrektur im Rahmen einer etwaigen zweiten Kaufpreiskorrektur möglich<sup>123</sup>.

Soweit der Kaufpreis nicht sofort fällig gestellt wird, ist daran zu denken, daß entgegen einer offenbar verbreiteten Auffassung § 454 BGB, der im Grundstückskaufvertrag regelmäßig abgedungen wird, nicht nur für den Sachkauf, sondern grundsätzlich für jeden Kaufgegenstand gilt<sup>124</sup>. Auch die Abbedingung des § 454 BGB sollte daher — soweit sachlich geboten — in die Urkunde aufgenommen werden.

Nach den gesetzlichen Bestimmungen richtet sich die Gewährleistung beim Kommanditanteilskauf nach den Regeln für den Rechtskauf<sup>125</sup>. Nach § 437 ff. BGB besteht grundsätzlich nur eine Haftung für den einredefreien Bestand des Geschäftsanteils, nicht aber für seinen wirtschaftlichen Wert. Es gibt zu diesem Problemkreis kaum Rechtsprechung<sup>126</sup>. Ob die Auffassungen, die in der Literatur zum Haftungsumfang nach §§ 434, 437 BGB und ergänzend zur c.i.c. vertreten werden, von der Rechtsprechung bestätigt werden, muß danach offen bleiben. Es empfiehlt sich daher, die einzelnen Gewährleistungsrechte besonders zu regeln<sup>127</sup>, auch für den Bestand des Anteils und die Freiheit von Rechten Dritter.

Da sich aus dem Handelsregister keine Aufschlüsse über den geltenden Gesellschaftsvertrag erzielen lassen, sollte ein Vertragsexemplar der Urkunde beigelegt werden und der Veräußerer zusichern, daß es sich dabei um den derzeit gültigen Stand handelt.

Angesichts der nicht geringen Möglichkeiten einer unbeschränkten Haftung des Kommanditisten nach § 176 HGB, die möglicherweise auf einen Erwerber übergeht und angesichts des im Regelfall gewichtigen Interesses des Erwerbers, nur beschränkt zu haften, halte ich es für geboten, als Gegenstand von Zusicherungen des Veräußerers eine „Beteiligungsgeschichte“ aufzunehmen, etwa mit folgenden Einzelpunkten: Wann ist die KG entstanden? Wann erfolgte die Eintragung in das Handelsregister? Wann hat der Veräußerer seine Beteiligung erworben und, falls nicht bereits mit Entstehung der KG, war der Vorveräußerer im Handelsregister eingetragen? Wann erfolgte die Eintragung des Veräußerers im Handelsregister?

Bezüglich der Einlageverpflichtung genügt es m. E. nicht zu formulieren, der Veräußerer gewährleiste, „daß der Gesellschaftsanteil ... voll eingezahlt, durch Verluste oder Entnahmen nicht gemindert“ ist<sup>128</sup>. Man muß sich die Voraussetzungen vor Augen halten, die an eine haftungsbefreiende Leistung zu stellen sind und die Möglichkeiten, unter denen die Haftung wieder auflebt. Es dürfte mehr als zweifelhaft sein, daß ein Veräußerer z. B. ohne weiteres auf die Idee kommt, eine haftungs-

118 Keine Heilung bezüglich des Kommanditanteils nehmen z. B. Beisel/Klump, Unternehmenskauf, RZ. 72, an. Nicht zu halten nach der Entscheidung des BGH NJW 1984, 2642 ff., ist die Auffassung von Wiesner, die Abtretung des Kommanditanteils sei „stets formlos möglich“, NJW 1984, 95, 99. Vielmehr hat der BGH klargestellt, daß auch dingliche Geschäfte nach dem Parteiwillen im Einzelfall mit Verpflichtungsabreden rechtlich verknüpft sein können. Um so mehr muß ein Parteiwille möglich sein, der zwei dingliche Geschäfte, nämlich die Abtretung beider Geschäftsanteile, verknüpft.

119 Vgl. z. B. Hachenburg/Schilling/Zutt, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 62; Scholz/Winter, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 54.

120 BGH WM 1986, 1314, 1315.

121 BGH a. a. O. (Fn. 120).

122 So Günther, Münchener Vertragshandbuch Bd. 2, Form. IV.1 Anm. 35.

123 Günther, a. a. O. (Fn. 122), Anm. 37.

124 Vgl. Palandt/Putzo, § 454 BGB, Anm. 1 b); Staudinger, § 454 BGB, Rd.-Nr. 21; Soergel/Huber, § 454 BGB, Rd.-Nr. 13.

125 Soweit nicht das gesamte Unternehmen verkauft wird. Wann dies der Fall ist, läßt sich nach der BGH-Rspr. nicht sicher sagen, vgl. BGH GmbHR 1980, 204 ff.; Beteiligungserwerb von 60 % führt nicht zur Anwendung der Sachmängelhaftung. Zur Sachmängelhaftung s. vor allem Günther, a. a. O. (Fn. 122), Anm. 89 ff.

126 Vgl. die Nachweise bei Soergel/Huber, § 434 BGB, Rd.-Nr. 8 ff., § 437 BGB, Rd.-Nr. 1 ff.

127 So zu Recht Günther, a. a. O. (Fn. 122), Anm. 89 ff.

128 Riegger, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, Form. III.18, § 3 (1) a).

schädliche Rückgewähr könnte in der Inanspruchnahme einer von der KG abgetretenen Eigentümergrundschuld liegen. Man sollte daher eher Zusicherungen darüber aufnehmen, worin die Einlage bestand, ob sie später abgeändert wurde, wie die Einlagepflicht erfüllt worden ist, ferner, daß der Veräußerer keine unangemessenen Vergünstigungen seitens der KG erhalten hat.

Soweit die Einlage noch nicht voll erbracht ist, sollten schließlich Zusicherungen aufgenommen werden, ob die Einlageforderungen abgetreten, ge- oder verpfändet worden sind.

Welche *Rechtsfolgen* im Gewährleistungsfall gelten sollen, ob insbesondere die Ansprüche auf Wandlung und Minderung ausgeschlossen und nur Schadensersatzansprüche möglich sein sollen, ist eine Frage des Einzelfalls und entzieht sich der Pauschalierung. Sinnvoll erscheint eine Differenzierung bei den einzelnen Zusicherungen.

Aufgenommen werden sollte schließlich eine Verpflichtung des Erwerbers, keine für die Enthaltung des Veräußerers schädliche Rückgewährleistung auf die Einlage entgegenzunehmen.

Soweit eine gesamtschuldnerische Haftung von Veräußerer und Erwerber in Betracht kommt, sollten auch die Ausgleichsansprüche im Innenverhältnis klargestellt werden.

Ist auf der Veräußerer- oder Erwerberseite ein Minderjähriger beteiligt, so bedarf der Übertragungsvertrag der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (§§ 1632, 1822 Nr. 3 BGB). Zu der Frage, inwieweit eine nachträgliche Genehmigung auch den übrigen Gesellschaftern gemäß § 1829 BGB mitgeteilt werden muß, ist Rechtsprechung nicht ersichtlich. Die Frage ist jedoch zu verneinen: Zwar bedarf die Übertragung grundsätzlich der Zustimmung der übrigen Gesellschafter, die entweder im Gesellschaftsvertrag enthalten ist oder noch zu dem Übertragungsvertrag erteilt werden muß. Dies macht die übrigen Gesellschafter jedoch nicht zu „dem anderen Teile“ i. S. d. § 1829 BGB. Soweit durch die Übertragung das Gesellschaftsverhältnis mit den übrigen Gesellschaftern berührt ist, ist darauf zu verweisen, daß auch ansonsten Änderungen im Gesellschaftsverhältnis, wie z. B. eine Änderung des Gesellschaftsvertrags keiner Genehmigung bedarf<sup>129</sup>. Zum anderen sind die übrigen Gesellschafter nicht Vertragsbeteiligte i. S. d. §§ 1829 ff. BGB, vielmehr wird durch die Zustimmung nur die Übertragbarkeit des Anteils bewirkt. Rechtsbeziehungen zwischen den Minderjährigen und den übrigen Mitgesellschaftern treten erst als Folge der Übertragung ein. Die Situation ist vergleichbar mit der Übertragung von Wohnungseigentum, bei der gleichfalls keine Mitteilung der Genehmigung an den Verwalter oder etwa die übrigen Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft gefordert wird.

#### 4. Zur Handelsregisteranmeldung

Der Kommanditistenwechsel ist eintragungspflichtig<sup>130</sup>. Eintragungspflichtig ist auch, daß der Kommanditistenwechsel durch Rechtsnachfolge eingetreten ist<sup>131</sup>. Die Rechtsnachfolge ist im Handelsregister durch die Eintragung eines entsprechenden Vermerks deutlich zu machen<sup>132</sup>. Die Eintragung des bloßen Ausscheidens des Alt- und des Eintritts des Neugesellschafter genügt nicht. Der Rechtsnachfolgevermerk wird nur eingetragen, wenn die Beteiligten — das sind die übrigen Gesell-

schafter und der Altgesellschafter, nicht jedoch der Neugesellschafter<sup>133</sup> — versichern, daß dem Altgesellschafter „von Seiten der Gesellschaft keinerlei Abfindung für die von ihm aufgegebenen Rechte aus dem Gesellschaftsvermögen gewährt oder versprochen“ worden ist<sup>134</sup>. Die schon vom RG geforderte Versicherung wird damit begründet, daß damit der Nachweis erbracht sei, daß kein Austritt des einen und ein davon getrennter Eintritt eines neuen Gesellschafters vorliegen, sondern ein Gesellschafterswechsel auf Grund Rechtsfolge<sup>135</sup>.

Unterbleibt die Eintragung des Rechtsnachfolgevermerks, so hat dies nach dem erwähnten Urteil des BGH zur Folge, daß eine etwa geleistete Einlage des Altgesellschafter nur noch für den neuen Gesellschafter haftungsbefreiend wirkt<sup>136</sup>.

Nach Ansicht des BayObLG ist bei einer Kommanditanteilsübertragung auf einen Komplementär nur das Ausscheiden des Kommanditisten, nicht aber der Vermerk über die Rechtsnachfolge des Komplementärs einzutragen. Der Rechtsnachfolgevermerk diene der Klarstellung der Haftungsverhältnisse und damit dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger. Eine Veränderung der Haftungsverhältnisse des Komplementärs trete aber durch die Übertragung nicht ein<sup>137</sup>. Die Begründung trägt die Haftung des Komplementärs ankommt als vielmehr auf die Möglichkeit des Kommanditisten, sich gegenüber Gläubigern auf eine haftungsbefreiende Einlage berufen zu können. Zu Recht hat daher das LG Aachen die Eintragungsfähigkeit des Rechtsnachfolgevermerks bejaht<sup>138</sup>.

### V.

#### Die Rechtsnachfolge von Todes wegen

##### 1. Vorbemerkung

Die Rechtsnachfolge in Kommanditanteile gehört offenbar zu den Problembereichen, die für rechtswissenschaftliche Auseinandersetzungen besonders fruchtbar sind, jedenfalls was die Möglichkeit betrifft, neue Lösungswege und neue Interpretationen von BGH-Entscheidungen zu entwickeln. Das liegt bekanntlich nicht zuletzt daran, daß die für Erbrecht und Gesellschaftsrecht zuständigen BGH-Senate in ihren Entscheidungen von offenbar divergierenden Konzeptionen ausgehen<sup>139</sup>.

Im folgenden soll diese Fruchtbarkeit ungenutzt bleiben und statt dessen die Stellung des bzw. der Erben und Vermächtnisnehmer als Rechtsnachfolger, gegenüber den Gläubigern und gegenüber den nicht zugelassenen Miterben in den Mittelpunkt gestellt werden.

##### 2. Ausgangspunkt

Nach § 177 HGB hat der Tod eines Kommanditisten die Auflösung der Gesellschaft nicht zur Folge. Die ganz überwiegende Auffassung schließt sich dieser Vorschrift an, daß der Kommanditanteil grundsätzlich vererblich ist<sup>140</sup>.

Bei einer Erbenmehrheit erwirbt nicht die Erbengemeinschaft als solche den Kommanditanteil, vielmehr gilt nach bekannter ganz h. M. in Literatur und Rechtsprechung, „daß die vererblich gestellte Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft beim Tode ihres Inhabers nicht ‚als Ganzes‘, sondern im Wege der

129 Vgl. Soergel/Damrau, § 1822 BGB, Rd.-Nr. 9.

130 GK/Schilling, § 173 HGB, Anm. 26; Schlegelberger/K. Schmidt, § 173 HGB, Rd.-Nr. 26.

131 So schon RG DNotZ 1944, 195 ff. = WM 1964, 1130, 1131.

132 Vor der anderslautenden Empfehlung von Spindelhörn, DB 1983, 271 ff., kann angesichts der Haftungsfolgen für den Altgesellschafter nur gewarnt werden.

133 GK/Schilling, § 173 HGB, Anm. 28; Kersten/Bühling/Kanzleiter, Formularbuch, 1811.

134 So die Formulierung des RG, a. a. O. (Fn. 131), ebenso BayObLG MittRhNotK 1983, 49; GK/Schilling, a. a. O. (Fn. 133); Schlegelberger/Martens, § 162 HGB, Rd.-Nr. 17. Enger LG Frankfurt NJW 1968, 2114: Ausreichend, wenn versichert wird, daß der Kommanditist keine den Betrag seiner Einlage erreichende Abfindung erhalten habe.

135 RG a. a. O. (Fn. 131), 1133.

136 BGHZ 81, 82, 87, gegen die damals ganz h. M. in der Literatur.

137 BayObLG, Rpfleger 1983, 115 f.

138 Rpfleger 1983, 356.

139 Vgl. zuletzt die Entscheidung des Erbrechtsenats NJW 1986, 2431 ff., die sich zwar dem Wortlaut nach gegen die Auffassung Ulmers, der Sache nach aber gegen die des Gesellschaftsrechtsenats richtet. Zu dieser Entscheidung ausführlich Marotzke, ACP 187 (1987), 223 ff. Zu dem im Mittelpunkt stehenden Streit um die Testamentsvollstreckung vor allem Schmellenkamp, MittRhNotK 1986, 181, 183 ff.; dort auch eine Darstellung der Entwicklung der Rspr. und der verschiedenen Interpretationsversuche in der Literatur. Zum Streitstand ferner K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 980 ff.

140 Vgl. BGH NJW 1977, 1339, 1340; Westermann, Handbuch, Rd.-Nr. 846; a. A. nur Göbel, DNotZ 1979, 132, 144.

Sondererbfolge (Singularsukzession) unmittelbar und geteilt ohne weiteres Dazutun an die mehreren Nachfolge-Erben gelangt<sup>141</sup>.

Voraussetzung für eine Rechtsnachfolge ist in jedem Fall, daß die Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag mit dem testamentarischen bzw. gesetzlichen Regelungen der Erbfolge übereinstimmen. Daran fehlt es, wenn etwa im Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung mit den Erben vorgesehen ist und der Erblasser den Kommanditanteil einem Vermächtnisnehmer zuweist<sup>142</sup> oder in dem Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung mit den leiblichen Abkömmlingen vorgesehen ist und der Erblasser seine Ehefrau zur Alleinerbin einsetzt<sup>143</sup>. In diesen Fällen des Scheiterns einer gesellschaftsvertraglich festgelegten erbrechtlichen Nachfolgeregelung kann aber je nach Auslegung des Gesellschaftsvertrages ein Eintrittsrecht der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Personen in Betracht kommen<sup>144</sup>.

### 3. Die zugelassenen Erben

#### a) Der Alleinerbe

Auch für den Fall, daß der Erblasser von einem einzelnen Erben beerbt wird und dieser Erbe als Nachfolger gesellschaftsvertraglich zugelassen ist, wird — z. B. von dem Gesellschaftsrechtsenat des BGH — vertreten, daß eine Sondererbfolge in den Kommanditanteil stattfindet<sup>145</sup>. Welchen Sinn dies machen soll, bleibt jedenfalls für die Fälle, in denen keine Testamentvollstreckung angeordnet ist, dunkel.

Auf den Erben gehen alle Rechte und Pflichten aus der Mitgliedschaft ebenso wie die Haftung über. Der Erbe haftet gemäß § 1967 BGB *erbrechtlich* wie der Erblasser den Gesellschaftsgläubigern gegenüber, jedoch beschränkt bis zur Höhe der Haftsumme; haftet allerdings der Erblasser, etwa wegen einer unterbliebenen Handelsregister-Eintragung, unbeschränkt, so trifft diese unbeschränkte Haftung auch den Alleinerben. Dem Alleinerben verbleiben bezüglich der erbrechtlichen Haftung die allgemeinen Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung nach den Vorschriften des Erbrechts.

Der zugelassene Alleinerbe haftet jedoch nach h. M. nicht nur erbrechtlich, sondern nach Annahme der Erbschaft auch gesellschaftsrechtlich gemäß §§ 171, 173 HGB als eintretender Gesellschafter für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft, und zwar mit seinem Privatvermögen und ohne die Möglichkeit, erbrechtliche Haftungsbeschränkungen geltend machen zu können<sup>146</sup>. War daher die Einlage des Erblassers in Höhe der Haftsumme nicht erbracht oder haftete der Erblasser, weil er nicht im Handelsregister eingetragen war, gemäß § 176 HGB in unbeschränkter Höhe und genügt der übrige Nachlaß zur Erbringung der Einlage oder zur Tragung der unbeschränkten Haftung, so bleibt dem Erben nur die Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen, wenn er eine Haftung mit seinem Privatvermögen ausschließen will<sup>147</sup>.

Darüber hinaus haftet der Erbe nach Annahme der Erbschaft nach der genannten Rechtsprechung des BGH für die Verbindlichkeiten, die nach seinem Eintritt in die Gesellschaft, also dem Zeitpunkt des Erbfalls und dem Ablauf einer von dem BGH nicht präzisierten Schonfrist bis zu seiner Eintragung als Rechts-

nachfolger des Erblassers in das Handelsregister entstehen, gemäß § 176 Abs. 2 HGB in unbeschränkter Höhe, und zwar auch mit seinem Privatvermögen<sup>148</sup>.

#### b) Die zugelassenen Miterben

Sind alle Erben als Gesellschafter-Nachfolger zugelassen, so erfolgt die Nachfolge in dem Kommanditanteil durch Sondererbfolge. Jeder Erbe wird Kommanditist, wobei die Mitgliedschaft entsprechend den Erbquoten übergeht<sup>149</sup>. Dies gilt sowohl für den Kapitalanteil als auch für die Stimmrechte und die Gewinn- und Verlustbeteiligung, sofern der Gesellschaftsvertrag sie an die Kapitalbeteiligung gebunden hat. Die Verwaltungs- und Kontrollrechte vervielfältigen sich<sup>150</sup>.

Für die Erbringung einer rückständigen Einlage haften die Erben gesellschaftsrechtlich entsprechend ihrer Erbquote. Auch die Haftung nach §§ 172, 173 HGB trifft den Erben nur entsprechend seinem erworbenen Anteil<sup>151</sup>.

Erbrechtlich sollen die Erben als Gesamtschuldner für die bis zum Tode des Erblassers entstandenen Verbindlichkeiten haften, offenbar ohne die Möglichkeiten einer Beschränkung auf ihre Erbquote, wie sie § 2059 Abs. 1 BGB für den ungeteilten Nachlaß vorsieht<sup>152</sup>. Der Grund hierfür dürfte darin liegen, daß mit der Sondererbfolge de facto eine Teilung erfolgt ist<sup>153</sup>. Dies gilt aber nur dann, wenn der Kommanditanteil den Nachlaß im wesentlichen ausmacht. Nach der BGH-Rechtsprechung ist davon auszugehen, daß trotz der Sonderrechtsnachfolge der gesamte Nachlaß als Haftungsobjekt den Nachlaßgläubigern erhalten bleibt. Die Haftungsmassen Nachlaß und Privatvermögen bleiben folglich getrennt. Die Erben behalten die Möglichkeit, ihre Haftung zu beschränken durch Anordnung eines Nachlaßkonkurses. Ihnen verbleibt auch die Möglichkeit, die Dürftigkeitseinrede geltend zu machen<sup>154</sup>.

#### c) Zulassung eines von mehreren Miterben

Besonders unklar ist die Rechtslage, wenn nicht alle Erben, sondern nur einer von ihnen als Nachfolger gesellschaftsvertraglich zugelassen ist. Klar ist noch, daß der zugelassene Erbe den Kommanditanteil in voller Höhe und nicht etwa nur entsprechend seiner Erbquote erwirbt<sup>155</sup>.

Für die gesellschaftsvertragliche Haftung gilt das für den Alleinerben Gesagte: Der zugelassene Miterbe haftet gemäß §§ 171, 173 HGB wie jeder eintretende Gesellschafter für die Alt- und Neuverbindlichkeiten ohne die Möglichkeit einer erbrechtlichen Haftungsbeschränkung<sup>156</sup>. Erbrechtlich verbleibt es bei einer gesamtschuldnerischen Haftung auch der nicht zugelassenen Erben, und zwar auch für die Erfüllung von Pflichten des Erblassers gegenüber der Gesellschaft, etwa auf Rückzahlung von Entnahmen. Dies werde, so der BGH, durch die Einzelrechtsnachfolge des zugelassenen Miterben nicht ausgeschlossen, „weil das, ohne von den Besonderheiten des Gesellschaftsrechts geboten zu sein, den allgemeinen erbrechtlichen Grundsatz durchbrechen würde, wonach zur Befriedigung eines Gläubigers des Erblassers zumindest das von diesem stammende Vermögen zur Verfügung zu stehen hat“<sup>157</sup>.

Den nicht zugelassenen Erben wird in der Literatur ein Ausgleichsanspruch zugebilligt, der teilweise auf eine Analogie zu §§ 2050 ff. BGB gestützt wird<sup>158</sup>; andere sehen in der qualifizierten Nachfolgeklausel eine mit dem Erbfall vollzogene

141 BGH NJW 1986, 2431, 2432. Aus der Literatur s. Baumbach/Duden/Hopt, § 177 HGB, Anm. 1; GK/Schilling, § 177 HGB, Anm. 151. Nach BGH NJW 1983, 2376, 2377 (Erbrechtsenat) ist diese vom Gesellschaftsrechtsenat vertretene Auffassung sachgerecht „und auch im Hinblick auf die notwendige Kontinuität der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht mehr in Frage zu stellen“.

142 Göbel, DNotZ 1979, 133, 144.

143 BGH NJW 1977, 1339; 1978, 264 ff.

144 BGH a.a.O. (Fn. 143).

145 BGH NJW 1984, 2104, 2105.

146 Soergel/Stein, vor § 1967 BGB, Rd.-Nr. 24; GK/Schilling, § 177 HGB, Anm. 13; Westermann, Handbuch, Rd.-Nr. 932; Schlegelberger/K. Schmidt, § 177 HGB, Rd.-Nr. 43 m. w. N.

147 GK/Schilling, a.a.O.; Westermann, a.a.O. (jew. Fn. 146).

148 BGHZ 66, 98 ff.; NJW 1983, 2258, 2259.

149 Vgl. nur BGH NJW 1983, 2376 ff.

150 GK/Schilling, § 177 HGB, Anm. 16; Westermann, Handbuch, Rd.-Nr. 848.

151 GK/Schilling, § 177 HGB, Anm. 16; Sudhoff, Rechte und Pflichten, 93.

152 BGH NJW 1977, 1339, 1343; GK/Schilling, § 177 HGB, Anm. 16.

153 Vgl. BGH NJW 1986, 2431, 2433 ff., wo nur von den Beschränkungsmöglichkeiten *nach* einer Teilung die Rede ist.

154 BGH a.a.O. (Fn. 153); Esch, NJW 1984, 339 ff.; Flume, Festschrift für Müller-Freienfels, 113, 123 ff.

155 BGH NJW 1977, 1339, 1342, unter Aufgabe seiner bisherigen Rspr.; ebenso die Literatur, vgl. Baumbach/Duden/Hopt, § 139 HGB, Anm. 2 A.

156 Schlegelberger/K. Schmidt, § 173 HGB, Rd.-Nr. 46.

157 BGH (Gesellschaftsrechtsenat) NJW 1977, 1339, 1343; ebenso BGH (Erbrechtsenat) NJW 1986, 2431, 2433.

158 So z. B. Westermann, Handbuch, Rd.-Nr. 542.

Teilungsanordnung. Der zugelassene Erbe muß sich danach den Wert des Kommanditanteils auf sein Erbteil anrechnen lassen<sup>159</sup>. Der BGH hat erklärt, die Erbquoten hätten bei einer qualifizierten Nachfolgeklausel zwar keine Bedeutung für die Sondernachfolge in den Kommanditanteil, wohl aber für die Ansprüche der Miterben untereinander auf Wertausgleich<sup>160</sup>; allerdings ohne eine Anspruchsgrundlage zu nennen. Viel dürfte für die Auffassung von Flume sprechen, der statt dessen auf die Möglichkeit einer Ausgleichspflicht gemäß §§ 2050 ff. BGB verweist<sup>161</sup>.

#### 4. Der vermachte Kommanditanteil

Der Vermächtnisnehmer erwirbt nicht im Wege der Sondererbfolge, sondern auf Grund Vermächtniserfüllungsvertrag mit den Erben den Kommanditanteil<sup>162</sup>. Voraussetzung ist hierfür, daß der Erbe und der Vermächtnisnehmer als Nachfolger gesellschaftsvertraglich zugelassen sind<sup>163</sup>.

Auch wenn der Kommanditanteil nicht bei dem Erben verbleibt, ist die Voreintragung des Erben als Rechtsnachfolger des Erblassers in das Handelsregister wegen der Möglichkeiten einer unbeschränkten Haftung gemäß § 176 Abs. 2 HGB unbedingt erforderlich.

Mit dem Vermächtniserfüllungsvertrag erlangt der Vermächtnisnehmer die Mitgliedschaft des Erblassers. Der Vermächtnisnehmer haftet gesellschaftsvertraglich gemäß §§ 171, 173 (und wohl auch 176) HGB in gleicher Weise wie der Erblasser<sup>164</sup>. Er haftet zudem in unbeschränkter Höhe für Verbindlichkeiten, die zwischen dem Zeitpunkt des Übergangs des Kommanditanteils auf Grund des Vermächtniserfüllungsvertrages und seiner Eintragung als neuer Kommanditist in das Handelsregister entstehen (§ 176 Abs. 2 HGB).

Den Nachlaßgläubigern bleibt auch bei der Anordnung eines Vermächtnisses der gesamte Nachlaß als Haftungsobjekt erhalten.

Im Innenverhältnis soll es eine Frage der Auslegung der letztwilligen Verfügung sein, ob für eine außenstehende Einlage die Erben oder der Vermächtnisnehmer aufzukommen haben<sup>165</sup>. Das gleiche muß gelten für die Frage, ob die Erben den Vermächtnisnehmer von einer entstandenen unbeschränkten Haftung freizustellen haben.

#### 5. Erwerb einer Kommanditbeteiligung gemäß § 139 HGB

„Das Privileg des § 139 HGB wurde geschaffen, um die Zwangslage des Erben zu beseitigen, entweder vollhaftender Gesellschafter einer Handelsgesellschaft zu werden oder die Erbschaft ausschlagen zu müssen.“<sup>166</sup> Dem Erben wird daher durch § 139 HGB die Möglichkeit eröffnet, trotz Annahme der Erbschaft ein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig zu machen, daß der ererbte Gesellschaftsanteil in eine Kommanditbeteiligung umgewandelt wird.

Jeder erbrechtlich und gesellschaftsvertraglich zugelassene Erbe kann von diesem Wahlrecht binnen drei Monaten nach

Kenntnis vom Anfall des Erbes, mindestens jedoch bis zum Ablauf der Ausschlagungsfrist (§ 139 Abs. 3 S. 3 HGB) Gebrauch machen. Wird die Frist versäumt, kann zwar immer noch eine Umwandlung in eine Kommanditbeteiligung erfolgen. Der Erbe verliert jedoch die Vergünstigungen des § 139 HGB<sup>167</sup>. Auszuüben ist das Wahlrecht gegenüber den übrigen Gesellschaftern, nicht gegenüber den Miterben, und zwar auch dann nicht, wenn diese ebenfalls Gesellschafter bleiben<sup>168</sup>. Das Wahlrecht kann auch ausgeübt werden, wenn der Kapitalanteil negativ ist<sup>169</sup>.

Über den Antrag entscheiden die übrigen Gesellschafter grundsätzlich einstimmig, es sei denn, der Gesellschaftsvertrag sieht etwa Mehrheitsentscheidung vor<sup>170</sup>. Die Entscheidung soll nach einer angemessenen Überlegungsfrist erfolgen; erfolgt sie später, gilt der Antrag als abgelehnt<sup>171</sup>. Erfolgt sie nicht innerhalb von drei Monaten bzw. innerhalb der möglicherweise längeren Ausschlagungsfrist, verliert der Erbe seine Wahlrechte nach § 139 Abs. 4 HGB<sup>172</sup>. Die Gesellschafter haben die Möglichkeit, bei mehreren Erben den Antrag des einen anzunehmen und den des anderen abzulehnen<sup>173</sup>. Nehmen die Gesellschafter an, so wandelt sich die Stellung des Erben in die eines Kommanditisten. Aus der OHG wird eine KG.

Sofern der Gesellschaftsvertrag keine anderen Bestimmungen enthält, gelten für die Mitgliedschaftsrechte des neuen Kommanditisten grundsätzlich die Regeln der §§ 139, 161 ff. HGB, insbesondere ist dem Erben gemäß § 139 Abs. 1 HGB der Gewinnanteil des Erblassers zu belassen (§ 139 Abs. 1 und Abs. 5 HGB), ebenso die Verlustbeteiligung, sofern sich aus § 176 Abs. 3 HGB nichts anderes ergibt<sup>174</sup>. Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht erlöschen ebenso wie das Wettbewerbsverbot gemäß § 112 HGB. An die Stelle des Entnahmerechts treten die Rechte gemäß § 169 HGB<sup>175</sup>.

Nach § 139 Abs. 1 HGB soll der auf den Erben „fallende Teil der Einlage des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt“ werden. Wie dies im einzelnen geschehen soll, ist nach wie vor strittig<sup>176</sup>. Nach wohl h. M. ist maßgeblich das Kapitalkonto des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes unter Einbeziehung etwa noch ausstehender Einlagen<sup>177</sup>. Grundsätzlich soll die Haftsumme der Höhe der so berechneten Einlage entsprechen<sup>178</sup>.

Was die Haftung des Erben betrifft, so ist sie während der Schwebezeit beschränkt entsprechend den erbrechtlichen Vorschriften<sup>179</sup>. Ist der Erbe Kommanditist geworden, so ist für seine Haftung zu unterscheiden zwischen bis zu dem Eintritt entstandenen Verbindlichkeiten und den danach entstandenen. Für die vor seinem Eintritt entstandenen Verbindlichkeiten haftet der Erbe erbrechtlich mit den erbrechtlichen Beschränkungsmöglichkeiten. Gesellschaftsrechtlich haftet er daneben nur, soweit die Voraussetzungen der §§ 171, 172 Abs. 4 HGB in seiner Person vorliegen, z. B. die Einlage (teilweise) zurückgezahlt wurde<sup>180</sup>. Für die nach seinem Eintritt entstandenen Verbindlichkeiten haftet der Kommanditist entsprechend den

159 Ulmer, ZGR 1972, 195, 326 ff.; zustimmend K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 993.

160 BGH NJW 1977, 1339, 1342.

161 Flume, Personengesellschaft, 403 ff.

162 GK/Schilling, § 177 HGB, Anm. 10; BGH WM 1976, 251 ff.

163 GK/Schilling, a.a.O. (Fn. 162); BGH a.a.O. (Fn. 162), allerdings jeweils ohne die gesellschaftsvertragliche Zulassung des Erben zu fordern. Scheitert der Vermächtniserfüllungsvertrag, weil der Vermächtnisnehmer gesellschaftsvertraglich nicht zugelassen ist, so ist der Erbe verpflichtet, dem Vermächtnisnehmer wenigstens die übertragbaren Rechte (z. B. auf die Gewinnausschüttung und das Auseinandersetzungsguthaben) abzutreten, BGH WM 1976, 251, 252; GK/Schilling, § 177 HGB, Anm. 10.

164 GK/Schilling, § 177 HGB, Anm. 11.

165 GK/Schilling, a.a.O. (Fn. 164).

166 BGH NJW 1971, 1268, 1269.

167 Westermann, Handbuch, Rd.-Nr. 483.

168 BGH a.a.O. (Fn. 166); Hueck, OHG, 420; Westermann, a.a.O. (Fn. 167).

169 BGH a.a.O. (Fn. 166).

170 Hueck, OHG, 421; GK/Ulmer, § 139 HGB, Rd.-Nr. 114; Westermann, a.a.O. (Fn. 167).

171 Hueck, a.a.O. (Fn. 170); GK/Ulmer, § 139 HGB, Rd.-Nr. 115; Westermann, Handbuch, Rd.-Nr. 484.

172 Westermann, a.a.O. (Fn. 171).

173 BGH NJW 1971, 1268, 1269; Baumbach/Duden/Hopt, § 139 HGB, Anm. 3 A; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 1119.

174 Hueck, OHG, 422; Westermann, Handbuch, Rd.-Nr. 487.

175 GK/Ulmer, § 139 HGB, Rd.-Nr. 121; Westermann, a.a.O. (Fn. 174).

176 Zum Streitstand s. ausführlich GK/Ulmer, § 139 HGB, Rd.-Nr. 122 ff.

177 So Sudhoff, NJW 1958, 401 ff.

178 GK/Ulmer, a.a.O. (Fn. 176); K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 1119. Besondere Probleme wirft diese Lösung auf, wenn das Kapitalkonto des Erblassers negativ war. Nach einer Meinung soll in diesem Fall die Pflichteinlage negativ bleiben und die Haftsumme DM 1 betragen (Sudhoff, NJW 1958, 401 ff.; GK/Ulmer, § 139 HGB, Rd.-Nr. 137 f.; Baumbach/Duden/Hopt, § 139 HGB, Anm. 3 B). Andere wollen dem Kommanditisten ein Austrittsrecht entsprechend § 139 HGB einräumen (Hueck, OHG, 426). Eine dritte Meinung will dem Kommanditisten für diesen Fall das Recht zubilligen, die Einlage festzusetzen (Westermann, Handbuch, Rd.-Nr. 489).

179 Einhellige Meinung, vgl. Westermann, Handbuch, Rd.-Nr. 490; GK/Ulmer, § 139 HGB, Rd.-Nr. 149.

180 H. M.: GK/Ulmer, § 139 HGB, Rd.-Nr. 152; Hueck, OHG, 429; Westermann, Handbuch, Rd.-Nr. 493; ausführlich Emmerich, ZHR 150 (1986), 193, 210 ff.

allgemeinen Vorschriften über die Kommanditistenhaftung (§§ 171, 172 HGB). Allerdings ist eine unbeschränkte Haftung möglich, wenn der Kommanditist nicht unverzüglich seine Eintragung im Handelsregister als Kommanditist herbeiführt. Für Verbindlichkeiten, die zwischen seinem Eintritt und der Eintragung im Handelsregister entstehen, unter den weiteren Voraussetzungen des § 176 Abs. 2 HGB<sup>181</sup>.

## 6. Zur Handelsregisteranmeldung

Das Ausscheiden des verstorbenen Kommanditisten sowie der Eintritt des oder der Erben als neue Kommanditisten im Wege der Gesamtrechtsnachfolge ist von allen Gesellschaftern und auch von allen weichen Erben des Verstorbenen zum Handelsregister anzumelden<sup>182</sup>.

Vereinzelte wird auch für den Fall der Gesamtrechtsnachfolge die Abgabe einer Versicherung verlangt, daß „der ausscheidende Kommanditist (seine Erben) von seiten der Gesellschaft keinerlei Abfindung für aufgegebenen Rechte aus dem Gesellschaftsvermögen gewährt oder versprochen erhalten habe“<sup>183</sup>. Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Das RG hat, als es erstmals die Übertragbarkeit eines Kommanditanteils anerkannt hat, die Abgabe der Versicherung nur verlangt als Nachweis dafür, daß tatsächlich kein Austritt und ein davon getrennter Neueintritt vorliegt. Auch vor dieser Entscheidung des RG war völlig unzweifelhaft, daß ein Kommanditanteil vererbt werden konnte, ohne daß eine entsprechende Versicherung verlangt worden wäre. Die von allen Gesellschaftern und den weichen Erben unterzeichnete Handelsregisteranmeldung muß daher i. V. m. etwaigen Erbnachweisen genügen, um die Gesamtrechtsnachfolge darzutun.

# Rechtsprechung

## 1. Schuldrecht/Sozialrecht — Umwandlung von in Versorgungsverträgen vereinbarten Naturalleistungen in eine Geldrentenverpflichtung

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 28. 10. 1987 — 9 U 69/87 — mitgeteilt von Richter am OLG Wohlgemuth, Düsseldorf)

BGB §§ 157; 242

PrAGBGB Art. 15 §§ 8, 9

BSHG § 90

Entsprechend den in Art. 15 §§ 8, 9 PrAGBGB kodifizierten Grundsätzen kann sich bei Verträgen, die der Versorgung des Berechtigten durch Sicherstellung seines Unterhaltes dienen, die Verpflichtung zur Erbringung von Naturalleistungen (Wohnung, Pflege, Beköstigung) in die Verpflichtung zur Zahlung einer Geldrente umwandeln. Dieser Zahlungsanspruch kann auf den Sozialhilfeträger übergeleitet werden.

(Leitsätze nicht amtlich)

### Zum Sachverhalt:

Die Bekl. ist eine Nichte des am 31. 7. 1984 verstorbenen Kaufmanns E. H. Dieser hatte ihr durch notariell beurkundeten Vertrag vom 17. 11. 1972 sein Hausgrundstück übertragen. Als Gegenleistung für die Übertragung gewährte die Bekl. ihrem Onkel ein in das Grundbuch einzutragendes „Altenteil“, bestehend aus einem lebenslänglichen unentgeltlichen Wohnrecht an allen Räumen im 2. Stock des Hauses und einem Recht auf Pflege und Bewirtung einschließlich Reinigung der Wohnung und Reinigung und Instandhaltung der Bekleidung. Darüber hinaus räumte die Bekl. ihrem Onkel den lebenslänglichen unentgeltlichen Nießbrauch an dem Grundbesitz ein.

Im April 1978 erkrankte der Onkel schwer, wurde zunächst für zwei Monate stationär im Krankenhaus behandelt und mußte anschließend bis zu seinem Tode in einem Altenpflegeheim untergebracht und gepflegt werden. Die hierdurch entstehenden Kosten trug er zunächst selbst. Ab Februar 1979 übernahm die Kl. nach dem BSHG die Heimpflegekosten. Seit 1980 verhandelte sie mit der Bekl. über eine Kostenerstattung. Seit Januar 1981 sind die Räume im 2. Stock des Hauses für monatlich 265 DM anderweitig vermietet. Im Juni/Juli 1982 kamen die Parteien überein, daß die Bekl. zur Abgeltung der vertraglichen Rechte auf Pflege und Bewirtung bis zum 31. 12. 1982 vorerst monatlich 150 DM zahlen sollte. Für die Folgezeit konnte eine Einigung über eine von der Kl. geforderte Erhöhung nicht erzielt werden. Durch Bescheid vom 30. 9. 1983 leitete die Kl. gemäß § 90 BSHG bestehende und zukünftige Ansprüche aus dem Grundstücksübertragungsvertrag über.

Die Kl. hält die Bekl. für verpflichtet, anstelle der vereinbarten Naturalleistungen eine entsprechende Geldrente für die anderweitige Pflege und Versorgung ihres Onkels zu entrichten, der zu Hause nicht mehr leben können. Als Abgeltung müsse die Bekl. — neben der Miete für die Wohnung im 2. Obergeschoß — für die Zeit vom 1. 3. bis 30. 9. 1983 monatlich 220 DM und für die Folgezeit monatlich 250 DM an sie zahlen.

Das LG hat der Klage mit dem angefochtenen Urteil stattgegeben.

### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel der Bekl. hat keinen Erfolg. Denn die von der Kl. geforderten und ihr zuerkannten Ausgleichszahlungen schuldet die Bekl. auch dann, wenn die Geldrente anstelle der Naturalleistungen nur „dem Werte der Vorteile“ entspricht, welche die Bekl. „durch die Befreiung von der Pflicht . . . erlangt“ hat (vgl. Art. 15 § 9 Abs. 3 PrAGBGB).

Der von der Bekl. mit der Berufung nicht mehr ausdrücklich aufgegriffene Einwand mangelnder „Aktivlegitimation“ der Kl. ist unbegründet. Denn nach § 1 Abs. 1 der Satzung des Landschaftsverbandes Rheinland (GVBl. 1972, 386 f.) führen die örtlichen Träger der Sozialhilfe die Aufgaben des überörtlichen Trägers aus und entscheiden dabei im eigenen Namen. Nach § 1 Abs. 3 können die örtlichen Träger im Rahmen dieser Aufgaben auch Ansprüche des überörtlichen Trägers gegen Dritte geltend machen und durchsetzen.

Infolge der Anspruchsüberleitung ist die Kl. berechtigt, die Bekl. auf Zahlungen als Abgeltung für die von dieser mit ihrem Onkel vereinbarten Pflege- und Versorgungsleistungen in der von ihr begehrten Höhe in Anspruch zu nehmen.

Zwar handelte es sich bei dem Grundstücksübertragungsvertrag vom 17. 11. 1972, auch wenn die Beteiligten die für den Onkel begründeten Ansprüche auf Naturalleistungen als ein „Altenteil“ bezeichnet haben, nicht um einen sogenannten Leibgedingvertrag, für dessen Abwicklung Art. 15 PrAGBGB besondere Bestimmungen trifft, auch und insbesondere die Voraussetzungen der Umwandlung der vereinbarten Naturalleistungspflichten in eine Geldrente regelt (vgl. dazu etwa BGH MDR 1964, 741). Aber in der — auch höchststrichterlichen — Rechtsprechung ist seit langem anerkannt, daß auch bei Versorgungsabreden in Verträgen rechtlich anderer, aber ähnlicher Art unter vergleichbaren Voraussetzungen aus dem Rechtsgrund des Wegfalls der Geschäftsgrundlage bei einer erheblichen Veränderung der Verhältnisse ein Zahlungsausgleich für Versorgungsleistungen in Betracht kommen kann (vgl. u. a. BGH DB 1981, 1614 f.; BGHZ 25, 293 ff. und st. Rspr. des Senats).

Daß die hierfür zu fordernden Voraussetzungen im vorliegenden Fall nach und infolge der Aufnahme des Onkels der Bekl. im Altenpflegeheim erfüllt waren, zieht die Bekl. zu Unrecht und ohne Erfolg in Zweifel.

Bei Unterhaltsverträgen bzw. der vertraglichen Übernahme von Versorgungsleistungen kann sich eine grundlegende Veränderung nicht nur aufgrund der allgemeinen Wirtschaftslage, sondern auch aus den persönlichen Verhältnissen der

181 BGHZ 66, 98, 99; Westermann, Handbuch, Rd.-Nr. 493; Emmerich, a. a. O. (Fn. 180), 213.

182 Schlegelberger/Martens, § 162 HGB, Rd.-Nr. 21.

183 Keidel/Schmatz/Stöber, Registerrecht, Rd.-Nr. 288 d.

Beteiligten ergeben. Das ist nicht nur für Altenteilsverträge (Art. 15 PrAGBGB), sondern auch für Versorgungsabreden in andersartigen Verträgen anerkannt (BGH DB 1981, 1614 f.; BGHZ 25, 293 ff.). Bei Verträgen, die der Versorgung der Begünstigten durch Sicherstellung seines Unterhalts dienen, dürfte auch schon eine Auslegung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§§ 157, 242 BGB) ergeben, daß in Fällen grundlegender Veränderungen die Notwendigkeit für eine Wertausgleichung oder, sofern notwendig, Inhaltsänderung der einzelnen Leistungspflichten entstehen kann.

Insoweit geben die in Art. 15 §§ 8 und 9 PrAGBGB kodifizierten Grundsätze für die Anpassung und Veränderung von Versorgungsleistungen in Altenteilsverträgen wesentliche Richtlinien dafür, wann eine Veränderung wesentlich ist und welche Folgerungen daraus abzuleiten sind. Vertraglich vereinbarte Versorgungsleistungen, die dem Begünstigten in Natur zuzuwenden sind, können ihren Sinn und Zweck nicht nur dadurch verlieren, daß es zu einer derartigen Störung der persönlichen Beziehungen zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten kommt, daß ein enges Zusammenleben und die für Versorgungsleistungen in Natur vorausgesetzte gemeinschaftliche Lebensführung nicht mehr möglich und zumutbar sind. Es kann vielmehr auch aus anderen Gründen, insbesondere ohne ein Verschulden des Berechtigten oder des Verpflichteten, ein weiteres Zusammenleben unmöglich werden, etwa dadurch, daß der Berechtigte ständiger ärztlicher oder pflegerischer Betreuung bedarf, die der Verpflichtete ihm nicht — in Natur — zuwenden kann. Ein solcher Fall ist hier eingetreten, weil der Onkel der Bekl. nach seiner Erkrankung heimpflegerischer Betreuung bedurfte.

Daß die Vertragsparteien beim Abschluß des Grundstücksübertragungsvertrages eine derartige tatsächliche Entwicklung bereits bedacht, eine Anpassung und/oder inhaltliche Änderung der vereinbarten Versorgungsleistungen für einen solchen Fall jedoch nicht gewünscht hätten, läßt sich dem Vertrag jedenfalls nicht entnehmen. Darin ist vielmehr im Gegenteil vorgesehen, daß das Recht auf Pflege und Bewirtung auch „in kranken Tagen“ und zwar bis zum Tode des Onkels bestehen sollte. Schließlich haben die Beteiligten die Versorgungsvereinbarung ausdrücklich als ein „Altenteil“ bezeichnet und auch auf diese Weise zum Ausdruck gebracht, daß sie sich an bestehende Grundsätze und Regelungen für Leibgedingverträge dieser Art anlehnen wollten.

Bei der Frage, wie hoch die von der Bekl. als Abgeltung für die als solche — in Natur — nicht mehr erfüllbaren Pflege- und Versorgungsleistungen zu zahlende Geldrente zu bemessen ist, dürften allerdings nicht die Aufwendungen der Kl. für die anderweitige pflegerische Versorgung des Onkels, sondern vielmehr der Wert derjenigen Vorteile maßgebend sein, die die Bekl. durch die Befreiung von ihren Naturalverpflichtungen zur Pflege und Betreuung ihres Onkels erlangt hat.

Nach Art. 15 § 8 PrAGBGB ist bei Altenteilsverträgen der Berechtigte nur dann durch Ersatz seiner Aufwendungen für eine anderweitige Verpflegung zu entschädigen, wenn die Störung der persönlichen Beziehungen durch ein Verhalten des Verpflichteten verursacht und verschuldet worden ist. Beruht die Störung der persönlichen Beziehungen dagegen auf einem Verhalten des Berechtigten (§ 9 Abs. 1) oder ist der Berechtigte aus anderen Gründen — ohne ein Verschulden des Verpflichteten — zur Entgegennahme der Versorgungsleistungen außerstande (§ 9 Abs. 2), so ist die dem Altenteilsberechtigten zu zahlende Geldrente nach dem Wert der Vorteile zu bemessen, die der Verpflichtete „durch die Befreiung von der Pflicht zur Gewährung der Wohnung und Dienstleistungen erlangt“.

Eine ähnliche Differenzierung der Vertragsanpassung an die veränderten Umstände ist auch bei anderweitigen Versorgungsabreden, wenn sie — wie hier — wie Altenteilsrechte ausgestaltet sind, recht und billig. Denn der Verpflichtete — hier: die Bekl. — ist an sich willens und in der Lage, ihren vertraglich übernommenen Verpflichtungen nachzukommen.

Sie ist an der Erfüllung lediglich durch von ihr weder verursach-

te noch verschuldete Umstände gehindert. Es erscheint deshalb nicht gerechtfertigt, sie stärker zu belasten als sie bei Ausführung der Naturalleistungen belastet wäre.

Andererseits besteht kein rechtfertigender Grund, die von der Bekl. zu erbringenden Ausgleichszahlungen der Höhe nach noch unter den von der Kl. schon recht maßvoll gestellten Forderungen anzusetzen, auch wenn nach dieser Betrachtungsweise die von der Kl. pro Tag übernommenen Pflegekosten keine Bewertungsgrundlage sein können.

Die Bekl. macht insbesondere zu Unrecht geltend, die Versorgung sei für sie „mit keinen finanziellen Aufwendungen verbunden“ gewesen, weil ihr Onkel „die Kosten seiner Verpflegung und Beköstigung stets selbst“ getragen habe. Denn der Wert dessen, was die Bekl. durch die „Befreiung“ von ihren Verpflichtungen „erspart“ hat, ist danach zu bemessen, was der Onkel nach der vertraglichen Vereinbarung beanspruchen konnte, und nicht nach dem, was er tatsächlich beansprucht hat.

Ein „Recht auf Pflege und Bewirtung in gesunden und kranken Tagen“ sowie, „falls es der Gesundheitszustand verlangt, das Auftragen der Mahlzeiten am Bett“, schließt auch den Kostenaufwand für Verpflegung und Beköstigung mit ein. Unter „Bewirtung“ wird gemeinhin nicht nur die Zubereitung und Bedienung, sondern auch die Beschaffung der erforderlichen Lebensmittel verstanden. War es dem Onkel der Bekl. demnach unbenommen, diese Berechtigung jedenfalls für die Zukunft auch in ihrem vollen Ausmaß in Anspruch zu nehmen, so muß auch der Kl. — nach Anspruchsüberleitung — im Rahmen der Bemessung der Geldrente das volle Ausmaß der vertraglichen Berechtigung des Onkels zugute kommen.

Jedenfalls unter diesen Umständen sind die von der Kl. verlangten Beträge von monatlich 220 DM (vom 1. 3. bis 30. 9. 1983) bzw. von monatlich 250 DM (vom 1. 10. 1983 bis 31. 7. 1984) keinesfalls überhöht. Sie liegen beispielsweise noch ganz erheblich unter den in Ausführung des BSHG festgesetzten Regelsätzen für die Leistung von Sozialhilfe, die schon zur Sicherung einer einfachen Lebensführung — ohne Berücksichtigung des Wohnbedarfs — notwendig sind. Mit noch geringerem Kosten- und Zeitaufwand sind die Zubereitung und das Auftragen von Mahlzeiten, tägliche Pflege „in kranken Tagen“ sowie die Reinigung von Wohnung und Bekleidung nicht sachgerecht und angemessen auszuführen.

## **2. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht — Nichtigkeit der Unterteilung von Wohnungseigentum; Unzulässigkeit der Begründung von „Mitsondereigentum“**

(BayObLG, Beschluß vom 10. 11. 1987 — BReg. 2 Z 75/86 — mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

### **BGB § 892**

**WEG §§ 1; 4; 5; 6 Abs. 1; 7 Abs. 3, 4; 8**

**GBO § 53 Abs. 1**

- 1. Wird bei der Unterteilung eines Wohnungseigentums ein Raum, der bisher zum Sondereigentum gehörte, nicht als Sondereigentum mit einem Miteigentumsanteil verbunden, so ist die Unterteilung nichtig.**
- 2. Die Grundbucheintragungen, die eine solche Unterteilung nachvollziehen, sind inhaltlich unzulässig und können nicht Grundlage für einen Erwerb kraft öffentlichen Glaubens des Grundbuchs sein.**
- 3. Zur Umwandlung von Sondereigentum in gemeinschaftliches Eigentum bedarf es der Einigung aller Wohnungseigentümer in der Form der Auflassung und der Eintragung im Grundbuch.**
- 4. Ein Raum kann nicht den Inhabern mehrerer Wohnungseigentumsseinheiten als „Mitsondereigentum“ gehören.**



## Zum Sachverhalt:

1. Durch übereinstimmende notariell beglaubigte Erklärung vom 7., 8., 10. und 23. 7. 1969 teilten die damaligen Miteigentümer ihr Grundstück gemäß § 8 WEG in Wohnungs- und Teileigentum auf. Zu den insgesamt 12 Einheiten gehörten u. a.:

- a) ein Miteigentumsanteil von 162,221/1000 verbunden mit dem Sondereigentum an der im ersten Obergeschoß gelegenen Pension („Pension I“); diese bestand aus neun Doppelzimmern, neun Dielen, neun Bädern, elf Balkonen, einem Flur, einem WC, einem Personalraum, einem Frühstücksraum und einem als „Büro“, „Rezeption“ und „Empfang“ bezeichneten Raum;
- b) ein Miteigentumsanteil von 75,587/1000 verbunden mit dem Sondereigentum an der im vierten Obergeschoß rechts gelegenen Pension („Pension V“), bestehend aus sechs Doppelzimmern, sechs Dielen, sechs WC's und sechs Balkonen;
- c) Ein Miteigentumsanteil von 112,022/1000 verbunden mit dem Sondereigentum an der im vierten Obergeschoß links gelegenen Pension („Pension IV“) bestehend aus neun Doppelzimmern, neun Dielen, neun WC's und neun Balkonen.

Doppelzimmer, Diele, WC und Balkon bildeten innerhalb der Pension IV und V (oben b und c) jeweils in sich eine geschlossene Einheit; die Einheiten lagen jeweils rechts und links eines Ganges (Flurs). Der Flur gehörte jeweils ebenfalls zum Sondereigentum; er grenzte mit einer Schmalseite an das im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Treppenhaus. Zu jedem der Miteigentumsanteile (a bis c) gehörte noch ein Raum im Keller.

Die Teilung wurde im Grundbuch vollzogen.

2. a) Durch notariell beglaubigte Erklärung (im folgenden: Unterteilungserklärung) vom 16. 10. 1970 teilten die damaligen Eigentümer des unter 1. a) beschriebenen Raumeigentums dieses weiter in folgende Teileigentumseinheiten auf:

- (1) Miteigentumsanteil von 37,435/1000 verbunden mit dem Sondereigentum an der im ersten Obergeschoß gelegenen Rezeption, bestehend aus einer Rezeption, einem Büro, einem Frühstücksraum, einem WC, einem Balkon; im Aufteilungsplan als „Rezeption“ bezeichnet;
- (2) Miteigentumsanteil von 112,307/1000 verbunden mit der im ersten Obergeschoß gelegenen Pension, bestehend aus neun Doppelzimmern, neun Dielen, neun Bädern, neun Balkonen, im Aufteilungsplan als „Pension I“ bezeichnet;
- (3) Miteigentumsanteil von 12,479/1000 verbunden mit dem Sondereigentum an dem im ersten Obergeschoß gelegenen Personalraum, bestehend aus einem Raum, einer Diele, einem Bad, einem Balkon; im Aufteilungsplan als „Personal I“ bezeichnet.

Die Unterteilung wurde im Grundbuch vollzogen.

Der in der ursprünglichen Teilungserklärung und im ursprünglichen Aufteilungsplan mit „Empfang“ bezeichnete Bereich sowie der dem ursprünglichen Raumeigentum zugewiesene Kellerraum wurden bei der Unterteilung vom 16. 10. 1970 nicht erwähnt und keiner der neu gebildeten Einheiten zugeteilt. Im neuen Aufteilungsplan (im folgenden: Unterteilungsplan) liegt der mit „Empfang“ bezeichnete Bereich außerhalb der neu gebildeten Sondereigentumseinheiten und ist nicht als Sondereigentum bezeichnet.

b) Durch notariell beglaubigte Erklärung (Unterteilungserklärung) vom 30. 4. 1973 teilte der damalige Eigentümer das unter 1 b) genannte Teileigentum weiter auf in sechs Miteigentumsanteile von 75,587/6000 jeweils verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung, diese jeweils bestehend aus Doppelzimmer, Diele, WC und Balkon (im Unterteilungsplan als Wohnungen 5/1 bis 5/6 bezeichnet). Der Flur ist in der Unterteilungserklärung nicht aufgeführt und im Unterteilungsplan nicht als Sondereigentum dargestellt. Der zu dem oben 1 b) genannten Raumeigentum gehörende Keller wurde bei der Unterteilung ebenfalls keinem Miteigentumsanteil als Sondereigentum zugeteilt. Vielmehr ist in der Unterteilungserklärung folgendes bestimmt:

Für das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander gelten die Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes.

Abweichend hiervon gilt:

1. ...
2. Zur Klarstellung wird bestimmt, daß der zu dem Miteigentumsanteil von 75,587/1000 an dem Grundstück gehörige Kellerabteil den jeweiligen Eigentümern der Wohnungen 5/1 bis 5/6 zur gemeinschaftlichen Nutzung zusteht. Die übrigen Miteigentümer sind von der Nutzung nach wie vor ausgeschlossen.

Die Unterteilung wurde im Grundbuch vollzogen.

c) Durch notariell beglaubigte Erklärung (Unterteilungserklärung) vom 3. 9. 1974 teilte der damalige Eigentümer das unter 1 c) beschriebene Teileigentum weiter auf in acht Miteigentumsanteile zu 12,447/1000 und einen Miteigentumsanteil zu 12,446/1000, jeweils verbunden mit dem

Sondereigentum an einer Wohnung, diese jeweils bestehend aus einem Doppelzimmer, Diele, WC und Balkon. Auch hier blieb der Flur in der Unterteilungserklärung unerwähnt und er ist im Unterteilungsplan nicht als Sondereigentum ausgewiesen. Die Unterteilungserklärung enthält außerdem für den Keller eine Bestimmung, die der oben 2 b) wiedergegebenen entspricht.

Die Unterteilung wurde im Grundbuch vollzogen.

3. Der Bet. zu 1) ist als Miteigentümer zu 2/9 der „Pension I“ — (oben 2 a) (2) —, als Alleineigentümer der aus der Pension IV gebildeten Teileigentumsrechte (oben 2 c) und als Alleineigentümer von vier der aus der „Pension V“ gebildeten Wohnungseigentumsrechte (oben 2 b) im Grundbuch eingetragen. Er hat diese Rechtsstellung durch Rechtsgeschäft zeitlich nach den zu 2 geschilderten Unterteilungen erworben. Mit notariellem Vertrag vom 19. 2. 1986 verkaufte er diese Raumeigentumseinheiten — bezüglich der Pension I nur einen Miteigentumsanteil von 1/9 — an die Bet. zu 2). (Gegenstand des Verkaufs sind außerdem noch drei weitere Teileigentumseinheiten, nämlich zwei Kellerräume und ein Büro). In Abschnitt 19 der notariellen Urkunde bewilligte der Bet. zu 1) zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums Auflassungsvormerkungen zugunsten des Erwerbers in das Grundbuch einzutragen.

Das GBA hat die Anträge auf Eintragung der Vormerkungen zurückgewiesen. Das LG hat das Rechtsmittel der Beteiligten zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde.

## Aus den Gründen:

1. Das LG hat ausgeführt:

Die Teilungserklärungen (Unterteilungserklärungen) vom 16. 10. 1970, 30. 4. 1973 und 3. 9. 1974 seien wegen Verstoßes gegen zwingendes Recht unwirksam und hätten nicht zur Entstehung neuen Wohnungs- bzw. Teileigentums geführt; an diesen könnten deshalb auch keine Auflassungsvormerkungen begründet werden.

Die Teilungen seien deshalb nichtig, weil die mit dem ursprünglichen Miteigentumsanteil als Sondereigentum verbundenen Flure (bzw. der „Empfangsbereich“) und Kellerräume zu keinem der neu gebildeten Miteigentumsanteile geschlagen worden seien. Das hätte zur Folge, daß diese Räume als Sondereigentum ohne Verbindung mit einem Miteigentumsanteil fortbestünden; § 6 WEG schließe dies zwingend aus. Um wirksam zu sein, hätte die Unterteilung sämtliche im Sondereigentum stehenden Räume erfassen müssen. Die bei der Unterteilung nicht berücksichtigten Räume hätten auch nicht gemeinschaftliches Eigentum aller Wohnungseigentümer oder der Eigentümer der neu gebildeten Einheiten werden können.

Der Mangel sei auch nicht durch gutgläubigen Erwerb des Bet. zu 1) geheilt worden. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckte sich zwar auch darauf, daß ein eingetragenes Grundstück als Gegenstand der verlaublichen dinglichen Rechte bestehe. Im vorliegenden Fall gehe es aber nicht darum, daß durch den Inhalt des Grundbuchs bestimmte Grundstücke oder Grundstücksbestandteile als Objekt der eingetragenen Rechte nachgewiesen (fingiert) würden. Vielmehr hätten die Wohnungs- und Teileigentumsrechte so, wie sie vorgetragen sind, überhaupt nicht entstehen können. Damit sei auch kein gutgläubiger Erwerb möglich.

Da zwischen den Anträgen, welche die nicht wirksam begründeten Wohnungseigentumsrechte betrafen und den übrigen Anträgen ein rechtlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang bestehe, sei von einer stillschweigenden Bestimmung i. S. d. § 16 Abs. 2 GBO auszugehen. Die hier behandelten Eintragungshindernisse stünden damit auch dem Vollzug der übrigen Anträge entgegen.

2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

Der Senat teilt die Rechtsansicht der Vorinstanzen, daß die Eintragungen über die durch die Unterteilungen entstandenen Raumeigentumseinheiten inhaltlich unzulässig sind. Inhaltlich unzulässige Eintragungen (§ 53 Abs. 1 S. 2 GBO) können nicht Grundlage weiterer Eintragungen sein (BayObLG Rpfleger 1986, 372; KG JFG 14, 102, 103; Horber/Demharter, 17. Aufl., § 53 GBO, Anm. 18a). Die beantragten Vormerkungen können deshalb nicht eingetragen werden.

a) Inhaltlich unzulässig ist eine Eintragung, die einen Rechtszustand verlaubbart, den es nicht geben kann (BayObLGZ 1977, 103, 104; Staudinger, 12. Aufl. § 892 BGB, Rd.-Nr. 16; Horber/Demharter, § 53 GBO, Anm. 16c; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann — KEHE —, 3. Aufl., § 53 GBO, Rd.-Nr. 16). Inhaltlich unzulässig ist eine Eintragung auch, wenn sie etwas Widersprüchliches verlaubbart und ihre Bedeutung auch bei zulässiger Auslegung nicht ermittelt werden kann (RGZ 113, 223, 231; 130, 64, 67; BayObLGZ 1961, 24, 35; KEHE, § 53 GBO, Rd.-Nr. 18). Die inhaltliche Unzulässigkeit muß sich aus dem Eintragungsvermerk und den dort in zulässiger Weise in Bezug genommenen Eintragsunterlagen selbst ergeben (BayObLG Rpfleger 1986, 372 m. N.); auf die rechtlichen Vorgänge, die der Eintragung im übrigen zugrunde liegen, darf nicht zurückgegriffen werden. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

Die Eintragungen haben je den folgenden Inhalt: Im Eintragungsvermerk wird zunächst der Miteigentumsanteil und das mit ihm verbundene (neue) Sondereigentum (durch Verweisung auf den „Aufteilungsplan“ — gemeint: Unterteilungsplan — mit der betreffenden Nummer) bezeichnet. Es folgt der Satz, im übrigen werde „wegen Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums“ auf die zur ursprünglichen Teilung gehörende Eintragungsbewilligung und auf die zur Unterteilung gehörende Eintragungsbewilligung Bezug genommen. Die ursprüngliche Eintragungsbewilligung nimmt Bezug auf den ursprünglichen Aufteilungsplan, die Unterteilungsbewilligung auf den Unterteilungsplan. Der Flur (entsprechendes gilt im Fall 1 a) des Sachverhalts für den mit „Empfang“ bezeichneten Bereich) liegt nach dem ursprünglichen Aufteilungsplan innerhalb der Wohnung („Pension“) und ist wie alle ihre Räume Sondereigentum; im Unterteilungsplan liegt er außerhalb der neu gebildeten Sondereigentumseinheiten und ist nicht als Sondereigentum dargestellt.

Die Eintragungsbewilligungen und Aufteilungspläne gehören durch zulässige Bezugnahme (§ 7 Abs. 3, 4 Nr. 1 WEG) mit zum Inhalt der Eintragung. Für die Bestimmung des Inhalts der Eintragung ist vom Eintragungsvermerk und der zur Unterteilung gehörenden Eintragungsbewilligung samt dem Unterteilungsplan auszugehen; denn es kommt darauf an, welches Recht als jetzt bestehend im Grundbuch ausgewiesen ist. Die Eintragung macht ersichtlich, daß es sich um eine Unterteilung handelt; dies ergibt sich zwar nicht aus Worten oder Zeichen des Unterteilungsplans, aber aus der die Unterteilung betreffenden Eintragungsbewilligung.

Zugleich weist der von der Eintragungsbewilligung in Bezug genommene Unterteilungsplan einen Raum (Flur bzw. „Empfang“) als gemeinschaftliches Eigentum aus; denn er ist nicht als Sondereigentum erklärt und nicht als solches dargestellt (§ 1 Abs. 5 WEG). Das ist ein Rechtszustand, den es nicht geben kann und der in sich widersprüchlich ist. Ein Unterteilungsplan kann nicht innerhalb der Grenzen des untergeteilten ursprünglichen Sondereigentums gemeinschaftliches Eigentum ausweisen. Daß der Plan gemeinschaftliches Eigentum ausweist und zugleich sich als Unterteilungsplan darstellt, ist ein Widerspruch in sich. Mit dem Wesen eines — als solchen erkennbaren — Unterteilungsplans ist es unvereinbar, daß er gemeinschaftliches Eigentum ausweist. Denn durch bloße Unterteilung von Sondereigentum kann nie gemeinschaftliches Eigentum entstehen.

b) Daß bei der Unterteilung eines Raumeigentums in keinem Fall gemeinschaftliches Eigentum an Räumen entstehen kann, die bisher im Sondereigentum standen, ergibt sich aus folgendem:

Zur Umwandlung von Sondereigentum in gemeinschaftliches Eigentum bedarf es gemäß § 4 Abs. 1, 2 WEG der Einigung aller Wohnungseigentümer in der Form der Auflassung und der Eintragung in das Grundbuch (vgl. Augustin, § 4 WEG, Rd.-Nr. 23, 24; KEHE, Einl. E 52). Die Unterteilung eines Raumeigentums dagegen wird allein von dem Inhaber dieses Raumeigentums (entsprechend § 8 WEG) erklärt. Rechtsprechung

und Schrifttum haben diese Verfügung des Raumeigentümers über sein Raumeigentum zugelassen (vgl. BGHZ 49, 250; BayObLGZ 1977, 1). Aber es steht außerhalb der Verfügungsgewalt des Raumeigentümers, Räume aus dem Sondereigentum in gemeinschaftliches Eigentum zu verwandeln. Den Wohnungseigentümern können Räume nicht ohne ihre Mitwirkung als gemeinschaftliches Eigentum „aufgedrängt“ werden. Es ist hier anders als bei ursprünglicher Begründung von Raumeigentum nach § 3 oder § 8 WEG: Werden dabei bestimmte Räume nicht mit einem Miteigentumsanteil als Sondereigentum verbunden, so bleiben sie in der gemeinsamen Rechtszuständigkeit der teilenden Eigentümer, und zwar als gemeinschaftliches Eigentum (§ 1 Abs. 5 WEG; vgl. BayObLGZ 1973, 267, 268; BayObLG Rpfleger 1982, 21, 22; OLG Frankfurt OLGZ 1978, 290, 291). Bei der Unterteilung aber können Räume, die bisher Sondereigentum waren, nicht gemeinschaftliches Eigentum „bleiben“, sondern sie müssen in gemeinschaftliches Eigentum umgewandelt werden und dazu fehlt dem unterteilenden Raumeigentümer die Rechtsmacht.

Soweit von Röll (MünchKomm, 2. Aufl., § 3 WEG, Rd.-Nr. 19, 31) die Meinung vertreten wird, daß „vergessene“ Räume auch bei der Unterteilung im Ergebnis ebenso wie bei der ursprünglichen Teilung gemeinschaftliches Eigentum werden, kann ihm nicht gefolgt werden. Diese Annahme verstößt gegen die oben wiedergegebenen Grundsätze. Auch aus § 5 Abs. 2 WEG läßt sich nicht herleiten, daß Räume (z. B. ein Flur), die ursprünglich Sondereigentum waren, durch die Unterteilung automatisch gemeinschaftliches Eigentum werden, falls nur über diese Räume die bei der Unterteilung gebildeten Sondereigentumseinheiten erreicht werden können. Im übrigen würde dieses Argument ohnehin nicht wirken, soweit es um Räume geht, die nicht den einzigen Zugang zu den bei der Unterteilung neu gebildeten Sondereigentumseinheiten bilden.

c) Die Darstellung im Aufteilungsplan ist auch dann unzulässig, wenn man sie dahin deuten wollte, sie weise am Flur und „Empfang“ Sondereigentum aus, das freilich nicht mit einem Miteigentumsanteil verbunden sei, weil die Miteigentumsanteile bereits durch Verbindung mit den neu gebildeten Raumeigentumseinheiten „aufgebraucht“ sind. Ein Sondereigentum (hier: Flur, „Empfang“) ohne Verbindung mit einem Miteigentumsanteil kann es nicht geben.

Ein Sondereigentum ohne Verbindung mit einem bestimmten Miteigentumsanteil verstößt gegen zwingendes Recht (§§ 1 Abs. 2, 3, 6 Abs. 1 WEG, vgl. auch § 1 Abs. 4, 5 WEG; BGH Mitt-RhNotK 1987, 79; Weitnauer, 6. Aufl., § 6 WEG, Rd.-Nr. 1; KEHE, Einl. E 6, 7). Die unauflösbare Verbindung von Sondereigentum und Miteigentumsanteil macht das Wesen des Wohnungseigentums aus (BayObLGZ 1958, 263, 265; 1970, 163, 166; 1981, 407, 412; OLG Frankfurt ZMR 1974, 251, 252; Augustin, § 6 WEG, Rd.-Nr. 1; Erman, 7. Aufl., § 6 WEG, Rd.-Nr. 1; Tasche, DNotZ 1972, 710). Daraus folgt weiter, daß bei Begründung oder bei späterer Unterteilung eines Wohnungs- oder Teileigentums gemäß § 8 WEG Sondereigentum immer nur i. V. m. einem Miteigentumsanteil gebildet und die Unterteilung nur in der Weise vorgenommen werden kann, daß alle im Sondereigentum stehenden Räume mit einem Miteigentumsanteil verbunden bleiben (vgl. auch Bärmann/Pick/Merle, 6. Aufl., § 8 WEG, Rd.-Nr. 39; Weitnauer, § 6 WEG, Rd.-Nr. 2). Niemand kann Sondereigentum an einer Wohnung oder an einem Raum erlangen oder behalten, ohne Miteigentümer des Gebäudegrundstücks zu sein und zu bleiben (BayObLG DNotZ 1984, 381, 382). „Isoliertes“ Sondereigentum ist nicht denkbar (MünchKomm/Röll, § 6 WEG, Rd.-Nr. 10). Diese Grundsätze sind zwingend, da sie sachenrechtlicher Natur sind; sie können durch Teilungserklärung oder Vereinbarung nicht außer Kraft gesetzt werden (Weitnauer, § 6 WEG, Rd.-Nr. 1).

d) Durch die Unterteilung entsteht an nicht zugeteilten Räumen auch nicht eine Mitberechtigung der (und nur der) Inhaber der neu gebildeten Wohnungs- und Teileigentumseinheiten — gelegentlich „Mitsondereigentum“ oder „abgesondertes Miteigentum“ genannt (vgl. MünchKomm/Röll, § 3 WEG,

Rd.-Nr.19). Eine solche Rechtsfigur gibt es nicht. Eine Eintragung, die diesen Rechtszustand ausweisen würde, wäre ebenfalls inhaltlich unzulässig.

Das WEG sieht ein solches Mitsondereigentum nicht vor. Da die Sachenrechte abschließend geregelt sind, ist es nicht möglich, ein solches Recht zu begründen (vgl. BayObLGZ 1981, 407, 412; OLG Düsseldorf Rpfleger 1975, 308; Weitnauer, § 5 WEG, Rd.-Nr.18; MünchKomm/Röll, § 3 WEG, Rd.-Nr.19; § 5 WEG, Rd.-Nr.10; Palandt, 46. Aufl., § 5 WEG, Anm. 2; Erman, § 6 WEG, Rd.-Nr. 7; Horber/Demharter, Anhang zu § 3 GBO, Anm. 3b cc; KEHE, Einl. E 24, 25; a. A. z. B. LG Kempten MittBayNot 1975, 166 f.; Bärmann/Pick/Merle, § 5 WEG, Rd.-Nr. 66; May, JZ 1957, 81, 82 f.; Hurst, DNotZ 1968, 131, 153 und 286).

Die Gegenmeinung liefe darauf hinaus, daß den Inhabern der durch die Unterteilung gebildeten Raumeigentumseinheiten als einer Art Untergemeinschaft ein „gemeinschaftliches Sondereigentum“ zustünde. Jeder Miteigentumsanteil (an dem gesamten Grundstück) wäre verbunden erstens mit dem Sondereigentum an den ihm durch die Unterteilungserklärung zugeordneten Räume und zweitens mit einem Anteil an dem untergemeinschaftlichen Sondereigentum an dem nicht zugeordneten Raum. Anders betrachtet: Der Anteil an dem untergemeinschaftlichen, nicht zugeordneten Raum stünde (nach Art einer subjektiv-dinglichen Berechtigung) dem jeweiligen Inhaber des Miteigentumsanteils an dem gesamten Grundstück zu, der mit dem Sondereigentum an den bei der Unterteilung zugeordneten Räume verbunden ist. Eine solche Theorie würde Rechtsverhältnisse schaffen, die noch erheblich komplizierter wären, als es diejenigen nach dem WEG, zumal bei den nach der h. M. möglichen Unterteilungen, ohnehin oft sind. Das ist abzulehnen. Das Gesetz gibt hierfür keine Grundlage.

In Rechtsprechung und Literatur wird vielfach angenommen, daß zwei — in der Regel benachbarten — Wohnungseigentümern ein „Mitsondereigentum“ an bestimmten Teilen des Gebäudes zustehen könne, z. B. an einer nicht tragenden und deshalb nicht im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Trennwand zwischen ihren beiden Wohnungen (vgl. OLG Zweibrücken ZMR 1987, 102 und das dort angegebene Schrifttum). Ob dieser Meinung zuzustimmen ist, kann hier offen bleiben. Jedenfalls gibt sie keinen hinreichenden Grund, hier abermals über die dort in Betracht gezogene Fallgestaltung hinauszugehen und eine Untergemeinschaft mehrerer, möglicherweise vieler Wohnungseigentümer an bestimmten Räumen für zulässig anzusehen (ebenso MünchKomm/Röll, § 5 WEG, Rd.-Nr.10).

e) Es wurde oben a) bereits gesagt, daß sich die inhaltliche Unzulässigkeit aus der Eintragung (Eintragungsvermerk und zulässigerweise in Bezug genommene Unterlagen) selbst ergeben muß und daß auf die rechtlichen Vorgänge, die der Eintragung im übrigen zugrunde liegen, nicht zurückgegriffen werden darf. Es genügt nicht, daß man bei der nachträglichen Prüfung der zeitlich aufeinanderfolgenden Eintragungen im Grundbuch, ausgehend von einer früheren Eintragung, erkennen kann, daß offenbar die spätere Eintragung das Grundbuch unrichtig gemacht hat. In diesem Sinn könnte der Einwand erhoben werden, die hier in Rede stehende Eintragung (Eintragungsvermerk verbunden mit der zu der Unterteilung gehörenden Eintragungsbewilligung und dem Unterteilungsplan) gebe, für sich genommen, keinen Rechtszustand wieder, den es unter keinen Umständen geben könne, und die Eintragung sei auch nicht in sich widersprüchlich. Stelle man ausschließlich auf die oben genannten Urkunden ab, so erscheine der Flur und der „Empfang“ nicht als Sondereigentum; also würden sie — in dieser Eintragung — als gemeinschaftliches Eigentum ausgewiesen. Das aber sei ein möglicher Rechtszustand. Daß es zu diesem Rechtszustand wegen Fehlens der Auflassung aller Miteigentümer (§ 4 WEG) nicht gekommen und die Eintragung also unrichtig sei, betreffe einen Rechtsgeschäftsvorgang außerhalb der Eintragung selbst; die Unwirksamkeit dieses Rechtsgeschäftsvorgangs sei der Eintragung, für sich genommen, nicht anzusehen und führe deshalb nicht zur Unzulässigkeit der Eintragung. Dieser Einwand ist nicht begründet.

Im vorliegenden Fall wird nicht etwa (nur) aus der Eintragung über die ursprüngliche Teilung hergeleitet, daß die Unterteilung wegen der Nichtberücksichtigung des Flurs und des „Empfangs“ materiell-rechtlich unwirksam und deshalb die Eintragung der Unterteilung unrichtig seien. Vielmehr macht, wie bereits oben a) gesagt wurde, die Eintragung der Unterteilung selbst erkennbar, daß sie einen Rechtszustand verlautbart, der — in einem Unterteilungsplan — nicht auftreten kann: Ein Unterteilungsplan kann unter keinen Umständen Räume als gemeinschaftliches Eigentum ausweisen. Ein Unterteilungsplan mit einem solchen Inhalt enthält einen Widerspruch in sich.

Hiervon zu unterscheiden ist, daß in der zeichnerischen Darstellung des Unterteilungsplans auch Räume nochmals aufgeführt sein können, die bereits nach der ursprünglichen Teilung gemeinschaftliches Eigentum waren; die Zeichnung wird diese Räume, falls sie sie überhaupt aufführt, wiederum als gemeinschaftliches Eigentum darstellen. Ihr kommt insoweit aber keine Rechtserheblichkeit zu; sie wiederholt — im Rechtssinn überflüssig — nur, was im ursprünglichen Aufteilungsplan rechtsverbindlich niedergelegt ist. Zur Abgrenzung, wie weit danach die rechtsverbindliche Aussage des Unterteilungsplans reicht, ist ein Vergleich mit dem ursprünglichen Aufteilungsplan erforderlich und entscheidend: Räume, die im ursprünglichen Aufteilungsplan als Sondereigentum des Raumeigentums ausgewiesen sind, das nunmehr untergeteilt werden soll, werden durch den Unterteilungsplan betroffen und müssen in ihm behandelt werden, und zwar alle diese Räume und nur diese Räume. Insoweit kann und muß der ursprüngliche Aufteilungsplan zur Bestimmung des Inhalts der Grundbucheintragung mitherrangezogen werden. Die zur ursprünglichen Teilung gehörende Eintragungsbewilligung und der ursprüngliche Aufteilungsplan behalten auch für die durch die Unterteilung entstehenden Raumeigentumseinheiten Bedeutung, und zwar nicht nur für die Beschreibung des Inhalts des neuen Sondereigentums (vgl. §§ 5 Abs. 4; 7 Abs. 3 WEG), sondern auch des Gegenstands des Sondereigentums (§ 7 Abs. 3 WEG) sowie dafür, daß Lage und Größe der im Sondereigentum und der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Gebäudeteile ersichtlich sein müssen (vgl. § 7 Abs. 4 Nr.1 WEG). Dementsprechend ist in dem Eintragungsvermerk über die Unterteilung in den Wohnungs- und Teileigentumsgrundbüchern jeweils nicht nur auf die zur Unterteilung gehörende Eintragungsbewilligung und den Unterteilungsplan, sondern auch auf die zur ursprünglichen Teilung gehörende Eintragungsbewilligung und den ursprünglichen Aufteilungsplan Bezug genommen (s. oben 2 a).

f) Was im Vorstehenden für den Flur und den „Empfang“ ausgeführt wurde, gilt gleichermaßen auch für die Kellerräume.

Diese Räume sind im vorliegenden Fall im jeweiligen Unterteilungsplan überhaupt nicht eingezeichnet; der Unterteilungsplan stellt nur das Stockwerk der betreffenden Pension dar. Für die inhaltliche Unzulässigkeit der Eintragung der Unterteilung macht es keinen Unterschied, ob ein Raum, der nach der ursprünglichen Teilungserklärung zum Sondereigentum gehörte, im Unterteilungsplan als nicht zum künftigen Sondereigentum gehörig dargestellt oder überhaupt nicht dargestellt ist.

Überdies wird im vorliegenden Fall die inhaltliche Unzulässigkeit der Eintragungen, die mit den Kellerräumen zusammenhängen (siehe oben 2 b und c), noch deutlicher dadurch, daß die Eintragungsbewilligungen selbst insoweit je eine Klausel enthalten, die ausdrücklich darauf hinweist, daß zum ursprünglichen Sondereigentum je ein Kellerraum gehörte, der bei der Unterteilung nicht einem Miteigentumsanteil zugeteilt wurde.

g) Da die Eintragungen der Wohnungs- und Teileigentumsrechte inhaltlich unzulässig sind, konnten sie auch nicht Grundlage für einen rechtsgeschäftlichen Erwerb kraft öffentlichen Glaubens des Grundbuchs (§ 892 BGB) sein (BayObLG Rpfleger, 1986, 372; OLG Frankfurt Rpfleger 1975, 305; Horber/Demharter, § 53 GBO, Anm. 18a, Staudinger/Gursky, § 892 BGB, Rd.-Nr.15). Der Mangel konnte also auch nicht durch die

Übertragung der Rechte an den Beteiligten zu 1) geheilt werden.

Die Folgen der materiellen Nichtigkeit einer Unterteilung, die nicht alle Räume des bisherigen Sondereigentums einem Miteigentumsanteil wiederum als Sondereigentum zuweist, und der inhaltlichen Unzulässigkeit der Eintragungen, die im Vollzug einer solchen Unterteilung vorgenommen werden, sind äußerst weitreichend. Es ist verständlich, daß man nach Lösungen sucht, die diese Nachteile zurückdrängen (vgl. Röhl, Gutgläubiger Erwerb im Wohnungseigentum, Festschrift für Hanns Seuß, 233 ff.).

Die ursprüngliche materiell-rechtliche Nichtigkeit der Unterteilung würde „geheilt“, wenn man die Eintragungen im Vollzug der Unterteilung nicht für inhaltlich unzulässig und einen Erwerb kraft öffentlichen Glaubens für möglich halten würde, vorausgesetzt, daß Anknüpfungspunkt für den öffentlichen Glauben die Aussagen des Unterteilungsplans ausschließlich zu dem Bereich wären, der das zu diesem Raumeigentum gehörende Sondereigentum betrifft. Diese Lösung würde aber eine Reihe von sachenrechtlichen Grundsätzen widerstreiten, so u. a., daß niemandem gemeinschaftliches Eigentum ohne seine Mitwirkung aufgedrängt werden kann, oder daß es Miteigentumsanteile ohne Sondereigentum und Sondereigentum ohne Miteigentumsanteil nach dem WEG nicht gibt. Vor allem aber würde diese Lösung zu einer „Atomisierung“ des Aufteilungsplans führen: Die Aussagen des ursprünglichen Aufteilungsplans und des Unterteilungsplans (möglicherweise vieler Unterteilungspläne oder mehrerer Unter-Unterteilungspläne) würden sich darin, wo die Grenzen zum Sondereigentum und gemeinschaftlichen Eigentum verlaufen, widersprechen und es wäre nicht klar, welche Angabe maßgeblich sein soll. Die Risiken, die sich aus den inhaltlichen Anforderungen an eine Unterteilung, und die Nachteile, die sich aus ihrer Nichtbeachtung ergeben, müssen deshalb hingenommen werden.

**3. Liegenschaftsrecht — Eintragung einer Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB a. F. für ein im Rang zurücktretendes, vor dem 1. 1. 1978 eingetragenes Grundpfandrecht** (LG Köln, Beschluß vom 16. 9. 1987 — 11 T 295/87 — mitgeteilt von Notar Kurt Franken, Köln)

#### **BGB §§ 1179 a. F.; 880**

**Tritt ein vor dem 1. 1. 1978 eingetragenes Grundpfandrecht im Range hinter ein nach diesem Stichtag eingetragenes Grundpfandrecht zurück, so kann bei dem vortretenden Recht und zugunsten des jeweiligen Gläubigers des im Rang zurücktretenden „Altrechtes“ eine Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB a. F. eingetragen werden.**

**(Leitsatz nicht amtlich)**

#### **Zum Sachverhalt:**

An dem im Grundbuch von N. Bl. ... als Eigentum der Bet. zu 1) bezeichneten Grundbesitz ist in Abt. III des Grundbuchs mit lfd. Nr. 5 seit dem 17. 7. 1961 zugunsten der Bet. zu 3) eine Grundschuld im Betrag von 30.000,— DM eingetragen. Die Bet. zu 2) ist eingetragene Gläubigerin der am 12. 6. 1987 auf Bewilligung vom 5. 6. 1987 in Abt. III mit lfd. Nr. 8 eingetragenen Grundschuld im Betrag von 221.000,— DM. Diese — antragsgemäß zunächst an rangbereiter Stelle eingetragene — Grundschuld soll nunmehr den Rang vor dem Recht III/5 erhalten. In der Urkunde vom 5. 6. 1987 hat sich die Bet. zu 1) gegenüber dem jeweiligen Gläubiger der im Rang zurücktretenden Belastung III/5 zur Löschung der neu bestellten Grundschuld für den Fall ihrer Vereinigung mit dem Eigentum in einer Person verpflichtet und die Eintragung einer entsprechenden Löschungsvormerkung bei der neu bestellten Grundschuld zugunsten des jeweiligen Gläubigers der im Rang zurücktretenden Belastung III/5 bewilligt und beantragt. Die Bet. zu 3) hat durch notariell beglaubigte Erklärung vom 16. 6. 1987 ihrerseits die Eintragung der Rangänderung bewilligt unter der Voraussetzung, daß bei dem vorrückenden Recht zugunsten des jeweiligen Gläubigers ihres — vor dem 1. 1. 1978 eingetragenen — Rechtes III/5 eine Löschungsvormerkung gemäß § 1179 BGB eingetragen wird.

Mit Schreiben vom 24. 7. 1987 hat der Notar beantragt, die Rangänderung der Rechte III/5 und 8 sowie die Löschungsvormerkung bei dem Recht III/8 zugunsten des jeweiligen Gläubigers des im Rang zurücktretenden Rechtes III/5 einzutragen.

Mit Zwischenverfügung hat der Rechtspfleger dem Notar unter Hinweis auf einen Aufsatz von Stöber (Rpfleger 1977, 403 ff.) mitgeteilt, daß eine Löschungsvormerkung zugunsten des jeweiligen Gläubigers nicht eingetragen werden könne. Der Notar hat gegen diese Zwischenverfügung Erinnerung eingelegt, der vom Rechtspfleger und vom Amtsrichter nicht abgeholfen worden ist.

Der Notar macht geltend, die vom Rechtspfleger zitierte Fundstelle betreffe nur die Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB in der seit dem 1. 1. 1978 geltenden Fassung. Hier sei jedoch mit Rücksicht auf die vor dem 1. 1. 1978 erfolgte Eintragung des Rechtes III/5 eine Löschungsvormerkung nach der für solche Rechte weiter geltenden Vorschrift des § 1179 BGB a. F. einzutragen. Diese Löschungsvormerkung könne für den jeweiligen Gläubiger des vor dem 1. 1. 1978 eingetragenen Grundpfandrechts eingetragen werden; dies entspreche der zum damaligen Rechtszustand seinerzeit allgemein vertretenen Meinung.

#### **Aus den Gründen:**

Die Erinnerung gilt nach § 11 Abs. 2, S. 5 RpfLG als Beschwerde. Das Rechtsmittel ist zulässig (§ 71 Abs. 1 GBO) und hat auch in der Sache Erfolg.

Die angefochtene Zwischenverfügung ist aufzuheben, denn das vom Rechtspfleger angenommene Eintragungshindernis besteht nicht. Die Löschungsvormerkung kann, ohne daß dagegen Bedenken wegen der am 1. 1. 1978 in Kraft getretenen Änderung des § 1179 BGB und Einfügung der neuen §§ 1179a und 1179b BGB bestehen (Änderungsgesetz vom 22. 6. 1977, BGBl. I, 998), zugunsten des jeweiligen Gläubigers des Rechtes III/5 eingetragen werden.

Gesetzliche Grundlage der hier einzutragenden Löschungsvormerkung ist § 1179 BGB in der bis zum 31. 12. 1977 geltenden Fassung i. V. m. Art. 8 § 1 Abs. 3 S. 2 des Änderungsgesetzes. Wären zugunsten des Gläubigers des Rechtes III/5 die §§ 1179 bis 1179b BGB n. F. anwendbar, so würde gemäß § 1179a BGB ein mit Vormerkungswirkungen ausgestatteter Anspruch des jeweiligen Gläubigers auf Löschung vorrangiger bzw. gleichrangiger Grundpfandrechte, die sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigen, zum gesetzlichen Inhalt des Rechtes gehören; die Eintragung einer diesbezüglichen Löschungsvormerkung käme nach § 1179 BGB n. F. nicht in Betracht. Gemäß Art. 8 § 1 Abs. 1 des Änderungsgesetzes hat der jeweilige Gläubiger der im Jahre 1961 eingetragenen Grundschuld III/5 jedoch keinen — zum Inhalt seines Grundpfandrechts gehörigen — Lösungsanspruch nach den §§ 1179a und 1179b BGB. Deshalb kann wegen einer vom Eigentümer eingegangenen Lösungsverpflichtung eine Löschungsvormerkung nach Maßgabe des § 1179 BGB a. F. eingetragen werden. Unter der Geltung des § 1179 BGB a. F. war nach ganz herrschender Auffassung die Eintragung einer Löschungsvormerkung zugunsten des jeweiligen Gläubigers eines Grundpfandrechts möglich, vgl. Soergel/Baur, 11. Aufl., Rd.-Nr. 3 zu § 1179 BGB a. F.; BayObLG DNotZ 1980, 483, 484, 485; Stöber, Rpfleger 1977, 399, 403. Hierfür bestand ein praktisches Bedürfnis, weil der Lösungsanspruch nicht zum gesetzlichen Inhalt des durch die Löschung begünstigten Grundpfandrechts gehörte. Daran hat sich durch die Neuregelung des Rechtes der Löschungsvormerkung nichts geändert, soweit § 1179 BGB a. F. auf „ältere“ Grundpfandrechte weiterhin anwendbar bleibt. Die allgemein gehaltene Formulierung „einem anderen gegenüber“ in § 1179 BGB a. F. läßt i. V. m. dem das Schuldrecht beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit und den Bestimmungen der §§ 328 ff. BGB eine Auslegung dahin zu, daß die Löschungsvormerkung auch zugunsten Dritter eingetragen werden kann, die am Grundstück (noch) nicht dinglich berechtigt sind, aber ein Interesse an der zukünftigen Löschung eines vorgehenden Rechts haben können, z. B. zugunsten des jeweiligen Inhabers des durch die Löschungsvormerkung begünstigten Gläubigerrechts (vgl. BayObLG DNotZ 1980, 484 m. N.). Bei den nach neuem Recht (§ 1179 BGB n. F.) einzutragenden Löschungsvormerkungen ist die Situation anders; ihre Eintragung setzt voraus, daß dem

Berechtigten ein anderes gleichrangiges oder nachrangiges Recht als eine Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld am Grundstück oder ein Anspruch auf Einräumung eines solchen anderen Rechts oder auf Übertragung des Eigentums am Grundstück zusteht. Der etwaige spätere Erwerber eines Grundstücksrechts kann als Vormerkungsberechtigter nicht eingetragen werden, solange er nicht schon einen wenigstens künftigen oder bedingten Anspruch i. S. d. § 1179 Ziff. 2 BGB n. F. hat. Da in dem neu gefaßten § 1179 BGB ohnehin eine Verbindung zwischen dem vorzumerkenden Lösungsanspruch und einem durch die Löschung begünstigten Grundstücksrecht (bzw. dem Anspruch auf Einräumung eines solchen Rechts) vorausgesetzt wird und der Anwendungsbereich der Lösungsvormerkung im Vergleich zum früheren Recht stark eingeschränkt ist, widerspricht es auch nicht praktischen Bedürfnissen, daß als Vormerkungsbegünstigter nur der gegenwärtige — nach Maßgabe des § 15 GBVfg. namentlich zu bezeichnende — Inhaber des Rechts bzw. Anspruchs eingetragen wird. Die in der Zwischenverfügung zitierten Ausführungen von Stöber zum Inhalt der Eintragung betreffen insoweit nur die nach neuem Recht (§ 1179 BGB n. F.) eintragenden Lösungsvormerkungen und nicht solche Lösungsvormerkungen, deren Eintragungsfähigkeit sich aus § 1179 BGB a. F. i. V. m. Art. 8, § 1 Abs. 3 des Änderungsgesetzes ergibt. Die zuletzt genannten Vormerkungen können aus den auch jetzt noch überzeugenden Gründen, auf denen die vor der Gesetzesänderung vertretene herrschende Meinung zu § 1179 BGB a. F. beruhte, weiterhin zugunsten des jeweiligen Inhabers eines (im Rang zurücktretenden) Grundpfandrechts eingetragen werden.

#### **4. Liegenschaftsrecht — Ausschluß des Lösungsanspruchs nach § 1179b BGB bei Bestellung einer Eigentümergrundschuld**

(LG Wuppertal, Beschluß vom 13. 11. 1987 — 6 T 979/87 — mitgeteilt von Notar Dr. Bodo Wolter, Wuppertal)

##### **BGB §§ 1179a; 1179b**

**Bei der Bestellung einer Eigentümergrundschuld kann der Anspruch der zukünftigen Fremdgäubiger auf Löschung der Grundschuld aus § 1179b BGB ausgeschlossen und dies im Grundbuch eingetragen werden.**

(Leitsatz nicht amtlich)

##### **Zum Sachverhalt:**

Der Beteiligte hat als eingetragener Eigentümer mit notarieller Urkunde vom 3. 7. 1987 die Eintragung einer Eigentümergrundschuld bewilligt und beantragt.

Unter Ziff. 7 der Urkunde ist bestimmt, daß der Anspruch der zukünftigen Fremdgäubiger der vorbestellten Grundschuld auf Löschung dieser Grundschuld hiermit ausgeschlossen werde. Die Eintragung dieses Ausschlusses in das Grundbuch ist alsdann bewilligt und beantragt.

Durch die angefochtene Zwischenverfügung hat das AG unter Verweis auf §§ 1196 Abs. 3; 1179a Abs. 2 S. 2 BGB beanstandet, daß dieser Ausschluß des Lösungsanspruches nicht vereinbart und eingetragen werden könne, da hinsichtlich der Eigentümergrundschuld kein gesetzlicher Lösungsanspruch bestehe, da diese noch nicht inner- oder außerhalb des Grundbuches abgetreten sei.

Das AG hat dem Rechtsmittel des Beteiligten nicht abgeholfen.

##### **Aus den Gründen:**

Das Rechtsmittel ist nach Vorlage der Akten an die Kammer zulässig als Beschwerde gemäß §§ 11 RpfLG; 71 GBO und hat auch in der Sache Erfolg.

Das AG hat durch die angefochtene Zwischenverfügung zu Unrecht beanstandet, der unter Ziff. 7 der Urkunde bewilligte und zur Eintragung beantragte Ausschluß eines gesetzlichen Lösungsanspruches sei im vorliegenden Falle der Eigentümergrundschuld nicht vereinbar und nicht eintragungsfähig.

Zunächst ist der Hinweis des AG, dies ergebe sich aus § 1179a Abs. 2 S. 2 BGB unzutreffend. § 1179a BGB regelt den gesetz-

lichen Lösungsanspruch des Gläubigers eines Grundpfandrechts, das diesem als Inhalt des Rechtes zusteht, betreffend die Löschung vor- oder gleichrangiger Grundpfandrechte für den Fall der Vereinigung von Gläubigerstellung und Eigentum. Der Ausschluß dieses gesetzlichen Lösungsanspruches nach Maßgabe von § 1179a Abs. 5 BGB ist im vorliegenden Falle ohnehin nicht bestimmt. Vielmehr liegt hier eine Bewilligung des Eigentümers vor bezüglich des Ausschlusses eines Lösungsrechtes des Gläubigers am eigenen, d. h. einzutragenden Recht gemäß § 1179b BGB.

Davon abgesehen verkennt das AG den Regelungsgehalt von § 1179a Abs. 2 S. 2 BGB. Dort ist lediglich bestimmt im Hinblick auf §§ 1117; 1163 Abs. 2 BGB, nach denen ein Gläubiger bei einem Briefrecht dieses erst mit Übergabe des Briefes erwirbt und ungeachtet einer Eintragung bis zu diesem Zeitpunkt für den Übergangszeitraum ein vorläufiges Eigentümerrecht besteht, daß der gesetzliche Lösungsanspruch des § 1179a Abs. 1 BGB sich nicht auf diesen Fall der vorläufigen Eigentümergrundschuld bezieht. § 1179a Abs. 2 BGB stellt mithin eine gesetzliche Beschränkung des Lösungsanspruches gemäß § 1179a BGB dar und ist für den Lösungsanspruch gemäß § 1179b BGB, der hier in Rede steht, schon mangels einer Verweisung in § 1179b Abs. 2 BGB ohne Belang.

Auch aus § 1196 Abs. 3 BGB folgt nicht, daß für den Fall der Eigentümergrundschuld der Ausschluß des Lösungsanspruches gemäß §§ 1179b Abs. 1, Abs. 2; 1179a Abs. 5 BGB nicht vereinbart werden könnte. Diese Vorschrift bestimmt lediglich, daß die gesetzlichen Lösungsansprüche nur wegen solcher Vereinigungen der Grundschuld mit dem Eigentum bestehen, nachdem die Grundschuld einem anderen als dem Eigentümer zugestanden hat. Damit ist jedoch lediglich bestimmt, daß im Falle der Eigentümergrundschuld Lösungsansprüche erst in Betracht kommen können, wenn diese durch Verwertung einmal zur Fremgrundschuld geworden ist. Dies versteht sich im übrigen für den Lösungsanspruch des § 1179b BGB des Gläubigers am eigenen Recht ohnehin, da bis zu diesem Zeitpunkt Schuldner und Gläubiger identisch sind. Die Vorschrift des § 1196 Abs. 3 BGB setzt mithin gerade voraus, daß als Inhalt des Eigentümerrechtes auch die Vorschriften der §§ 1179a; 1179b BGB gelten, jedoch mit der Maßgabe, daß die Lösungsansprüche von der weiteren Voraussetzung abhängig sind, daß eine Übertragung des Rechtes stattgefunden hat. Gehört es aber mithin zum Inhalt des Rechtes, daß nach Maßgabe dieser Bestimmungen Lösungsansprüche entstehen, muß bereits bei der Eintragung der Eigentümergrundschuld die Ausschlußvereinbarung gemäß §§ 1179b Abs. 2; 1179a Abs. 5 BGB möglich sein, da auch im Falle des Lösungsanspruches gemäß § 1179b BGB es ebensowenig wie nach § 1179a BGB Voraussetzung der Vereinbarkeit eines Ausschlusses und der Eintragungsfähigkeit sein kann, daß bereits zum Zeitpunkt der Vereinbarung und Eintragung ein Lösungsanspruch gegeben ist.

Abgesehen von diesen dogmatischen Erwägungen ergibt sich dies auch aus dem systematischen Zusammenhang der Vorschriften und ihrem Zwecke. Die Möglichkeit der Bestellung eines Eigentümerrechtes gemäß § 1196 BGB ist eingeräumt, um dem Eigentümer die Verwertung einer bestimmten Rangstelle zu Kreditzwecken zu ermöglichen. Ließe man den Ausschluß des gesetzlichen Lösungsanspruches am eigenen Recht gemäß § 1179b BGB bei Eintragung des Eigentümerrechtes nicht zu, würde dies dazu führen, daß der Eigentümer das Recht nur einmal zu Kreditzwecken verwerten kann, da er sich bereits alsdann dem Lösungsanspruch des Gläubigers gemäß § 1179b BGB ausgesetzt sähe.

Die Erwägungen zeigen insgesamt, daß auch beim Eigentümergrundpfandrecht ohne nachträgliche Inhaltsänderung die gesetzlichen Lösungsansprüche entstehen können, die Möglichkeit der Entstehung der Lösungsansprüche mithin von Anbeginn zum Inhalt des Rechtes gehört und der Ausschlußvereinbarung gemäß § 1179a Abs. 5 BGB zugänglich ist.

**Anm. der Schriftleitung:** Vgl. auch OLG Braunschweig DNotZ



1987, 515 (m. Anm. Schelter) zum Ausschluß der Löschan-sprüche aus § 179a BGB bei Bestellung der Eigentümer-grundschuld.

##### 5. Liegenschaftsrecht — Einschränkung der Sicherungsab-rede in einer Kaufpreisfinanzierungsgrundschuld (LG Mainz, Urteil vom 7. 8. 1987 — 7 O 198/87 — mitgeteilt von Notar Wolfgang Göbel, Wiehl)

**BGB §§ 1191; 145 ff.**

**Wird bei der Bestellung einer Kaufpreisfinanzierungsgrund-schuld in der Grundschuldbestellungsurkunde erklärt, daß die Grundschuld bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung „nur zur Sicherung von an den derzeitigen Grundstücksei-gentümer ausgezahlten Kaufpreisfinanzierungsmitteln der Schuldner zu diesem (Kauf-)vertrag“ dient, „nicht dagegen zur Sicherung sonstiger Verbindlichkeiten des Schuldners bei der Grundschuldgläubigerin, auch nicht von Disagio oder aufgelaufenen Zinsen“, und zwar unabhängig davon, welche Zweckerklärung der Darlehensnehmer/Käufer an-sonsten gegenüber der Grundschuldgläubigerin abgege-ben hat oder abgeben wird, dann ist diese eingeschränkte Sicherungszweckerklärung wirksam vereinbart, wenn die Grundschuldgläubigerin, der die Grundschuldbestellungs-urkunde in Abschrift und unter Hinweis auf die Einschrän-kung des Sicherungszweckes übersandt wird, nicht wider-spricht.**

(Leitsatz nicht amtlich)

##### **Zum Sachverhalt:**

Die Kl. sind in Erbengemeinschaft Eigentümer der im Grundbuch von W. Bl. ... eingetragenen Grundstücke (Parzellen 362, 480, 481).

Durch notariellen Kaufvertrag vom 29. 4. 1983 des Notars G. verkaufte die Kl. diese Grundstücke für 273.740,— DM an A. Zugunsten dieses Käufers wurde im Grundbuch eine Auflassungsvormerkung eingetra-gen.

In dem notariellen Kaufvertrag hatten sich die Kl. verpflichtet, zur Sicherstellung der Kaufpreisfinanzierung den Grundbesitz mit Grundpfandrechten zu belasten. Zur Absicherung eines durch die bekl. Bausparkasse dem Käufer und Bausparer gewährten Darlehens be-stellten sie demgemäß für die Bekl. an dem Kaufgrundstück eine Ge-samtgrundschuld (Briefgrundschuld) in Höhe von 81.600,— DM nebst 15 % Zinsen im Range vor der Auflassungsvormerkung. Die notarielle Urkunde des Notars G. vom 9. 2. 1984 besteht unter anderem aus einer Vorbemerkung und dem von der Bekl. zur Verfügung gestellten Formu-lar betreffend der Grundschuldbestellung. In der Vorbemerkung heißt es auszugsweise:

Die Erschienenen — handelnd wie angegeben — ließ folgende Grundschuldbestellung beurkunden und erklärte:

Vorbemerkung:

Bei der nachfolgenden Eintragungsbewilligung und Schuldurkunde wirken die derzeitigen Eigentümer nur mit, um eine alsbaldige Durchführung der Kaufpreisfinanzierung des zwischen ihnen und dem Schuldner geschlossenen Kaufvertrages, enthalten in der vor-stehend schon benannten Urkunde des amtierenden Notars, die auch die Vollmacht enthält, zu ermöglichen. Demgemäß überneh-men die derzeitigen Grundstückseigentümer in dieser Urkunde ausdrücklich keine persönliche Schuldhaft oder Schuldmitaft.

Die Beteiligten erklären ferner gegenüber der Gläubigerin, daß die nachfolgend bestellte Grundschuld bis zur vollständigen Kaufpreis-zahlung nur zur Sicherung von an den derzeitigen Grundstücksei-gentümer ausgezahlten Kaufpreisfinanzierungsmitteln der Schuld-ner zu diesem Vertrag dient, nicht dagegen zur Sicherung sonstiger Verbindlichkeiten des Schuldners bei der Gläubigerin, auch nicht von Disagio oder aufgelaufenen Zinsen. Dies gilt unabhängig da-von, welche Zweckerklärungen die Schuldner ansonsten oder auch in dieser Urkunde gegenüber der Gläubigerin abgegeben haben oder noch abgeben werden.

In dem von der Bekl. zur Verfügung gestellten formularmäßigen Teil der Urkunde heißt es:

Die Grundschuld ist von heute an mit 15 v. H. zu verzinsen und jeder-zeit ohne Kündigung fällig. Die Zinsen sind monatlich im voraus zu entrichten.

Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung  
Der Eigentümer unterwirft sich in Ansehung der Grundschuld samt Zinsen und sonstigen Nebenansprüchen der sofortigen Zwangs-vollstreckung aus dieser Urkunde in der Weise, daß die Zwangsvoll-streckung gegen den jeweiligen Eigentümer des Pfandobjekts zu-lässig sein soll.

Eine einfache Abschrift dieser Urkunde wurde der Bekl. mit folgendem Anschreiben zugeleitet:

Ich verweise auf die Zweckbestimmungserklärung in der Grund-schuldbestellungsurkunde und bitte diese zu berücksichtigen.

Die Bekl. widersprach diesem Schreiben nicht.

Die Grundschuld ist zugunsten der Bekl. eingetragen worden.

Der Käufer A. geriet in Zahlungsschwierigkeiten. Die Kl. haben noch ei-ne vollstreckbare Restkaufpreisforderung in Höhe von 52.130,70 DM nebst Zinsen. Die zugunsten des Käufers eingetragene Auflassungs-vormerkung pfändeten die Kl. Die Pfändung wurde am 21. 11. 1985 in das Grundbuch eingetragen.

Die Bekl. betrieb die Zwangsvollstreckung aus ihrer Grundschuld in die Parzellen 480 und 481. Der Meistbietende erhielt den Zuschlag am 1. 12. 1986 durch Zahlung eines Betrages von 82.600,— DM. Auf die Forde-rungsanmeldung der Bekl. vom 13. 4. 1987 über Grundschuldkapital, dingliche Zinsen und verauslagte Kosten im Gesamtbetrag von 121.223,70 DM wurde ihr ein Versteigerungserlös in Höhe von 83.411,17 DM zugeteilt. Die Bekl. hatte einen Kostenvorschuß in Höhe von 1600,— DM erbracht sowie die Kosten der Anordnung des Zwangs-versteigerungsverfahrens in Höhe von 113,70 DM bezahlt, so daß nach Ausführung des Teilungsplanes die auf den Grundstücken lastende Grundschuld gelöscht und auf dem Flurstück 362 die Grundschuld von 81.600,— DM auf 37.812,93 DM berichtigt wurde.

Mit Schreiben vom 22. 12. 1986 forderten die Kl. die Bekl. auf, die Lö-schungsbewilligung für die zu ihren Gunsten auf dem Flurstück 362 ein-getragene Grundschuld zu erteilen, was die Bekl. ablehnte.

Mit der Klage begehren die Kl. Erteilung der Löschungsbewilligung und Herausgabe des Grundschuldbriefes.

Nach Auffassung der Kl. habe die Bekl. auf einen über 81.600,— DM hin-ausgehenden Betrag keinen Anspruch. Die Grundschuld sei mit der ein-schränkenden Sicherungsabrede bestellt worden. Auf den öffentlichen Glauben des Grundbuches könne sich die Bekl. nicht berufen.

Die Bekl. trägt vor, die Grundschuld sei mit dinglichen Zinsen bewilligt und — unstreitig — in das Grundbuch zur Sicherung des Darlehens der Bekl. eingetragen. Die in der Grundschuldbestellung enthaltene Zweck-abrede gehe nicht zu ihren Lasten. Sie gehe von dem Inhalt des Grund-buches aus, welches öffentlichen Glauben genieße. Es könne nicht da-von ausgegangen werden, daß hier eine modifizierte Zweckerklärung vereinbart worden sei.

##### **Aus den Gründen:**

Die Klage ist im vollen Umfang begründet.

Die Bekl. ist verpflichtet, die Löschungsbewilligung der zu ihren Gunsten im Grundstück eingetragenen Briefgrundschuld zu er-teilen und den entsprechenden Grundschuldbrief herauszuge-ben, §§ 1192, 875, 985 BGB.

Die Kl. bestellten durch notarielle Urkunde vom 9. 2. 1984 des Notars G. der Bekl. eine Gesamtgrundschuld in Höhe von 81.600,— DM an den im Grundbuch von W. Bl. ... Flurstück 362, 480, 481 eingetragenen Grundstücken. Diese Grund-schuld diente nicht der Sicherung sonstiger Verbindlichkeiten des Käufers der Bekl. gegenüber, auch nicht von Disagio oder aufgelaufenen Zinsen. Nach der der Grundschuldbestellung vorangestellten Vorbemerkung wirkten die Kl. bei der Eintra-gungsbewilligung und Schuldurkunde nur mit, um eine alsbal-dige Durchführung der Kaufpreisfinanzierung des zwischen ihnen und dem Käufer geschlossenen Kaufvertrages zu er-möglichen. Entsprechend dieser Intention erklärten die Kl. der Bekl. gegenüber, daß die nachfolgend bestellte Grundschuld bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung nur zur Sicherung von an den derzeitigen Grundstückseigentümer ausgezahlten Kaufpreisfinanzierungsmitteln dient. Nur mit dieser einschrän-kenden Zweckbestimmung sollte für die Bekl. erkennbar die Grundschuld bestellt werden (vgl. BGH DNotZ 1987, 493, 494 f.). Diese in der Vorbemerkung der Grundschuldbestellung enthaltene Erklärung der Kl. ist durch den von der Bekl. zur Ver-fügung gestellten formularmäßigen Teil der Grundschuldbeste-llung nicht relativiert worden. Wenn auch in diesem formu-larmäßigen Teil vorgesehen ist, daß sich die Kl. in Ansehung der



Grundschild samt Zinsen und sonstigen Nebenansprüchen der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde unterwerfen und unstreitig die einschränkende Sicherungsabrede nicht in dem Grundbuch eingetragen worden ist, lassen sich hieraus keine Rechte für die Bekl. herleiten. Die Übersendung des formularmäßigen Teils der Grundschildbestellungsurkunde stellt ein Angebot der Bekl. auf Bestellung der Grundschild gemäß ihren formularmäßigen Konditionen dar, § 145 BGB. Dieses Angebot nahmen die Kl. nicht uneingeschränkt an. Vielmehr unterbreiteten sie ihrerseits nunmehr ein Angebot auf Abschluß zu ihren Bedingungen, § 150 Abs. 2 BGB. Mit Schreiben vom 10. 2. 1984 leiteten sie der Bekl. eine einfache Abschrift der Urkunde zu und verwiesen ausdrücklich auf die Zweckbestimmungserklärung in der Grundschildbestellungsurkunde und baten diese zu berücksichtigen. Unstreitig widersprach die Bekl. diesem Schreiben nicht. Entsprechend dieser in der Vorbemerkung der Grundschildbestellungsurkunde ausgewiesenen Vorbemerkung kam eine Sicherungsabrede zustande. Zu Unrecht beruft sich die Bekl. darauf, daß diese nicht im Grundbuch eingetragen worden ist. Im Grundbuch sind der Sicherungszweck bzw. der Sicherungsvertrag nicht eintragbar (Palandt, § 1191 BGB, Anm. 3a). Durch den formfreien Sicherungsvertrag, die Zweckerklärung, verpflichtet sich der Sicherungsgeber, dem Sicherungsnehmer zur Sicherung einer Forderung eine Grundschild zu bestellen. Der Sicherungsgeber erlangt durch ihn durch Tilgung der Forderung einen aufschiebend bedingten Anspruch auf Rückgewähr der Grundschild (vgl. BGH NJW 1982, 2768). Er hat Treuhandnatur, da er die Rechtsmacht des Grundschildgläubigers obligatorisch begrenzt.

Da unstreitig die Bekl. insgesamt durch den Zuschlag einen Betrag von 83.411,17 DM aus dem Versteigerungserlös erhielt, von dem der verauslagte Kostenvorschuß in Höhe von 1600,— DM und die Kosten der Anordnung des Zwangsversteigerungsverfahrens in Höhe von 113,70 DM abzuziehen sind, erhielt die Bekl. insgesamt 81.698,47 DM. Durch diesen Betrag ist gemäß der Sicherungsabrede die Bekl. in voller Höhe befriedigt worden. Nach der zwischen den Parteien bestehenden schuldrechtlichen Vereinbarung ist sie daher zur Rückgewähr der Grundschild, d. h. vorliegend Erteilung der Löschungsbewilligung und Herausgabe des Grundschildbriefes verpflichtet.

**6. Erbrecht/Grundbuchrecht — Surrogation bei Auseinandersetzung einer Vorerbengemeinschaft**  
(LG Köln, Beschluß vom 26. 10. 1987 — 11 T 345/87 — mitgeteilt von Notar Bruno Zimmermann, Wassenberg)

**BGB § 2111  
GBO § 51**

**Überträgt eine Vorerbengemeinschaft zwecks Auseinandersetzung der Gesamthand zum Nachlaß gehörende Grundstücke auf einzelne Vorerben als Alleineigentümer, so gehören die Grundstücke nach § 2111 BGB (Grundsatz der Surrogation) gleichwohl noch zu der Erbschaft des Vorerben und unterliegen den Bindungen der vom Erblasser angeordneten Vor- und Nacherbschaft. Die Eintragung von Nacherbvermerken im Grundbuch ist in diesem Fall notwendig.**

(Leitsatz nicht amtlich)

**Zum Sachverhalt:**

Im Grundbuch von K. Bl. ... ist als Eigentümer des dort verzeichneten Grundstücks der im folgenden als Erblasser bezeichnete Ehemann der Bet. zu 1) und Vater der Bet. zu 2) und 3) eingetragen. In einem mit seiner Ehefrau am 7. 12. 1983 abgeschlossenen Erbvertrag hat er seine beiden Kinder als befreite Vorerben mit der Maßgabe eingesetzt, daß zu Nacherben jedes von ihnen jeweils das andere Kind und ersatzweise dessen eheliche Abkömmlinge zu gleichen Teilen nach Stämmen entsprechend den Regeln der gesetzlichen Erbfolge berufen seien und die Nacherbfolge mit dem Tode des jeweiligen Vorerben und nur dann eintrete, wenn dieser keine ehelichen Abkömmlinge hinterlasse. Im Wege der Teilungsanordnung hat der Erblasser bestimmt, daß der Bet. zu 2) das Grundstück in W. und die Bet. 3) das Grundstück in K. erhalten soll. Ferner

enthält der Erbvertrag verschiedene Vermächtnisse zugunsten der Bet. zu 1), der insbesondere ein Wohnrecht an dem Hausgrundstück in W. und Rentenansprüche gegen die Bet. zu 3) und 3) zugewandt sind.

Nachdem der Erblasser am 16. 11. 1986 verstorben ist, haben die Bet. zu 1)—3) am 23. 1. 1987 von Notar Z. einen Erbauseinandersetzungsvertrag beurkunden lassen, der die Auflassung der beiden zum Nachlaß gehörenden Grundstücke an den in der Teilungsanordnung jeweils bezeichneten Vorerben als Alleineigentümer und zugunsten der Bet. zu 1) die Bestellung eines dinglichen Wohnrechtes an dem Grundbesitz in W. sowie die Bestellung jeweils einer Rentenrealast an beiden Grundstücken enthält.

Mit Schreiben vom 2. 6. 1987 hat der Notar beim GBA folgende Eintragungen beantragt:

- a) die Umschreibung des Eigentums an dem Grundstück in K. auf die Bet. zu 3),
- b) die Eintragung des Vermerks, daß die Bet. zu 3) auflösend bedingter befreiter Vorerbe sei und Nacherben der Bet. zu 2) und ersatzweise dessen eheliche Abkömmlinge zu gleichen Teilen nach Stämmen entsprechend den Regeln der gesetzlichen Erbfolge seien,
- c) die Eintragung der währungsgesicherten Rentenrealast,
- d) die Eintragung des Vermerks, daß die Rentenrealast dem Nacherben gegenüber wirksam sei.

Im Wege der Zwischenverfügung hat der Rechtspfleger den Antrag dahingehend beanstandet, daß kein Nacherbenvermerk bzw. Wirksamkeitsvermerk eingetragen werden könne, weil das Grundstück durch die im Wege der Erbauseinandersetzung erfolgte Übertragung an einen der beiden Vorerben aus der Vorerbschaft ausscheide. Gegen diese Zwischenverfügung hat der Notar Erinnerung eingelegt, der vom Rechtspfleger und vom Amtsrichter nicht abgeholfen worden ist.

**Aus den Gründen:**

Die Erinnerung gilt nach § 11 Abs. 2 S. 5 RpfG als Beschwerde. Die Beschwerde ist zulässig (§ 71 Abs. 1 GBO) und hat auch in der Sache Erfolg. Die angefochtene Zwischenverfügung ist aufzuheben, denn das in ihr bezeichnete Eintragungshindernis besteht nicht.

Die Eintragung des Nacherbenvermerks ist entgegen der Auffassung des Rechtspflegers notwendig. Nach § 51 GBO ist bei der Eintragung eines Vorerben zugleich das Recht des Nacherben und, soweit der Vorerbe von den Beschränkungen seines Verfügungsrechts befreit ist, auch die Befreiung von Amts wegen einzutragen.

Eine Eintragung des Vorerben i. S. v. § 51 GBO liegt auch dann vor, wenn sie auf grundbuchmäßigem Vollzug eines unter die Vorschrift des § 2111 Abs. 1 BGB fallenden Grundstückserwerbs des Vorerben gerichtet ist. Nach § 2111 Abs. 1 S. 1 BGB gehört zur Erbschaft nämlich auch, was der Vorerbe durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, sofern nicht der Erwerb ihm als Nutzung gebührt. Im vorliegenden Fall erwirbt die Bet. zu 3) das Grundstück in K. im Wege der zwischen den beiden Vorerben betriebenen Auseinandersetzung unter Aufgabe ihrer Gesamthandsbeteiligung. Ein solcher Erwerb fällt nach der in Rechtsprechung und Literatur herrschenden Auffassung unter die Surrogationsvorschrift des § 2111 BGB und macht die Eintragung eines Nacherbenvermerks im Grundbuch nach § 51 GBO erforderlich, vgl. RGZ 89, 53; KG OLG 8, 321; BGH MDR 1959, 290; BayObLG JurBüro 1984, 751 und BayObLGZ 1986, 208; Horber/Demharter, 17. Aufl. 1986, § 51 GBO, Anm. 4a cc; Staudinger/Behrens, 12. Aufl., § 2111 BGB, Rd.-Nr. 26 und § 2113 BGB, Rd.-Nr. 33, 45. Soweit demgegenüber bei Haegle/Schöner/Stöber, GBR, 8. Aufl., Rd.-Nr. 3520 und in einer dort zitierten Entscheidung des BayObLG (Rpfleger 1982, 468 — DNotZ 1983, 320) ohne Auseinandersetzung mit der Vorschrift des § 2111 BGB die Ansicht vertreten wird, die von der Vorerbengemeinschaft im Wege der Auseinandersetzung wirksam vorgenommene Übertragung eines Grundstücks auf einen Vorerben als Alleineigentümer führe dazu, daß dieses Grundstück aus der Erbschaft ausscheide und ein Nacherbenvermerk nicht mehr in Betracht komme, kann dem nicht gefolgt werden. Die hier abgelehnte — vom Rechtspfleger in der angefochtenen Entscheidung vertretene — Auffassung über das durch Auseinandersetzung bewirkte Ausscheiden des Grundstücks aus der Erbschaft würde bedeuten,

daß die Einsetzung mehrerer Personen als befreite Vorerben ohne Auseinandersetzungsverbot praktisch unmöglich wäre, weil es den auch bei befreiter Vorerbschaft vorgesehenen Mindestschutz des Nacherben nicht mehr gäbe. Auch das LG Hannau geht in der im Nichtabhilfemerkmale des Rechtspflegers zitierten Entscheidung davon aus, daß ein Nacherbenvermerk einzutragen ist, wenn die Erbengemeinschaft entsprechend einer Teilungsanordnung des Erblassers ein Grundstück auf den Vorerben zu Alleineigentum überträgt (Rpflger 1986, 433, 434).

Nur wenn die Nacherben sich bereits vor Eintritt des Nacherbfalles mit den Vorerben unter Verzicht auf den künftigen bzw. aufschiebend bedingten Rechtserwerb endgültig auseinandersetzen würden, käme ein Ausscheiden der insoweit übertragenen Nachlaßgegenstände aus der „Vorerbschaft“ in Betracht. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor, denn die Bet. zu 2) und 3), die ja noch nicht wissen können, wer Nacherbe wird (einer von ihnen oder Abkömmlinge eines von ihnen) bzw. ob es überhaupt zum Eintritt des Nacherbfalles kommt, haben zweifelsfrei nur die in Teilungsanordnung des Erblassers vorgesehene Auseinandersetzung als Vorerben vorgenommen.

Gegen die Zulässigkeit der beantragten Eintragung der Rentenrealast mit dem Vermerk, daß sie auch gegenüber dem Nacherben wirksam ist, bestehen ebenfalls keine Bedenken.

#### **7. Erbrecht/Kostenrecht — Berechnung des Nachlaßwertes bei Nachlaßzugehörigkeit von Gesellschaftsanteilen, die einer Sondererbfolge unterliegen**

(BayObLG, Beschluß vom 14. 5. 1987 — BReg. 3 Z 131/86 — mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

**BGB § 2353  
KostO § 107**

**Bei der Ermittlung des Reinnachlaßwertes gemäß § 107 Abs. 2 S.1 KostO ist der Wert des einer Sondererbfolge unterliegenden Anteils an einer Personengesellschaft zu berücksichtigen.**

#### **Zum Sachverhalt:**

1. Der 1979 verstorbene Erblasser Dr. h.c. H. hatte mit Erbvertrag vom 8. 6. 1970 seine Kinder, darunter den Bet. zu 2), zu seinen Erben zu gleichen Anteilen eingesetzt und für die Auseinandersetzung des Nachlasses unter den Erben Anordnungen getroffen. Der Bet. zu 2) sollte dabei u. a. den Geschäftsanteil des Erblassers an der damaligen offenen Handelsgesellschaft „U&Sch“ oder ihrer Rechtsnachfolgerin erhalten und als Nachfolger des Erblassers gemäß § 8 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages vom 9. 12. 1968 in dessen gesellschaftsrechtliche Stellung eintreten. Testamentsvollstreckung war angeordnet worden; der Bet. zu 1) wurde testamentarisch zum Testamentsvollstrecker bestimmt.

Auf Antrag des Bet. zu 2) erteilte das AG am 20. 7. 1981 einen gemeinschaftlichen Erbschein des Inhalts, daß der Erblasser von seinen oben genannten Kindern zu je 1/4 beerbt worden und Testamentsvollstreckung angeordnet sei.

2. Mit Beschl. vom 3. 10. 1983 setzte die Rechtspflegerin des AG u. a. den Geschäftswert für die Erbscheinserteilung auf 5.827.701,— DM fest. Den Erinnerungen des Bet. zu 1), der hinsichtlich der Erbscheinskosten gegenüber dem Nachlaßgericht die Kostenübernahme erklärt hatte, half das Nachlaßgericht (Rechtspflegerin) am 13. 6. 1985 insoweit ab, als es den Wert des für die Berechnung der Erbscheinskosten maßgeblichen Reinnachlasses auf 4.465.419,— DM herabsetzte. In diesem Betrag war u. a. der Wert des Gesellschaftsanteils des Erblassers an der Firma „U&Sch KG“, den das Nachlaßgericht mit 2.176.000,— DM annahm, enthalten. Soweit die Rechtspflegerin den Erinnerungen nicht abhalf, legte sie der Nachlaßrichter dem LG vor.

In einer ergänzenden Rechtsmittelbegründung wies der Bet. zu 1) u. a. darauf hin, daß der Wert des Gesellschaftsanteils des Erblassers beim Geschäftswert für die Erteilung des Erbscheins auf der Aktivseite nicht hätte berücksichtigt werden dürfen, weil dieser Anteil nicht der allgemeinen Erbfolge unterliege, wie sie der Erbschein ausweise, sondern einer Sondererbfolge. Der Erbschein beziehe sich deshalb auf diesen

Vermögensgegenstand nicht; es handle sich der Sache nach um einen gegenständlich beschränkten Erbschein, für den § 107 Abs. 2 S. 3 KostO zumindest entsprechend anzuwenden sei. Maßgebend könne daher nicht der Wert des Gesamtnachlasses, sondern nur der des vom Erbschein betroffenen Nachlasses sein.

Das LG änderte mit Beschl. vom 30. 7. 1986 den Beschl. des AG vom 13. 6. 1985 u. a. dahin ab, daß es den Geschäftswert für die Erteilung des Erbscheins auf 1.803.000,— DM festsetzte; die weitere Beschwerde wurde zugelassen. Zur Begründung wurde ausgeführt, daß der Wert des Gesellschaftsanteils bei der Ermittlung des Geschäftswerts für die Erteilung des Erbscheins zu berücksichtigen sei. Da diese Beteiligung in den Nachlaß falle, führe die Tatsache, daß insoweit eine Sondererbfolge eingetreten sei, zu keiner kostenrechtlichen Sonderbehandlung. Der Gesetzgeber habe in § 107 Abs. 2 S. 1 KostO allein auf den Wert des reinen Nachlasses im Zeitpunkt des Erbfalles abgestellt. Zutreffend habe der Beschwerdeführer jedoch beanstandet, daß Nachlaßverbindlichkeiten bei der Wertermittlung unberücksichtigt geblieben seien.

3. Mit seiner weiteren Beschwerde beantragt der Bet. zu 1), den Geschäftswert für die Erteilung des Erbscheins auf 517.000,— DM zu ermäßigen. Das Rechtsmittel stelle nur die Frage zur Überprüfung, ob bei der Wertermittlung Nachlaßgegenstände herangezogen werden dürften, die einer im Erbschein nicht ausgewiesenen Sondererbfolge unterlägen. Die Theorie, daß Anteile einer Personengesellschaft Gegenstand einer Sondererbfolge seien, sei von der Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung entwickelt worden. Wenn dadurch der gegenständliche Anwendungsbereich eines Inlandserbscheins eingeschränkt worden sei, müsse auch eine parallellaufende Rechtsfortbildung im Kostenrecht vorgenommen werden. Der Kostengesetzgeber gehe in § 107 KostO davon aus, daß der Erbschein die Erbfolge in Bezug auf den vollen Nachlaß bezeuge. Soweit der BGH (MittRhNotK 1986, 230, 231 ff.) die Auffassung vertrete, daß auch der Sondererbfolge unterliegende Anteile an Personengesellschaften zum Nachlaß gehörten, beeinflusse dies die dargelegte Rechtsmeinung nicht. Ausschlaggebend sei, daß sich der Erbschein nicht auf diesen Gegenstand des Nachlasses beziehe. Schließlich gebiete der Gleichheitsgrundsatz, die Gebührenmaßstäbe so zu wählen, daß sie unterschiedlichen Ausmaßen in der erbrachten Leistung Rechnung trügen. Die Gleichmäßigkeit unter den Gebührenschuldern sei nicht mehr gewahrt, wenn für zwei Erbscheine unterschiedliche Gebühren erhoben würden, je nachdem ob der Erblasser außer dem Vermögen, über das der Erbschein ein Zeugnis ablege, noch weiteres vom Erbscheinsverfahren überhaupt nicht betroffenes Vermögen hinterlassen habe oder nicht.

#### **Aus den Gründen:**

1. a) Die weitere Beschwerde des Bet. zu 1) ist statthaft, da sie das LG zugelassen hat (§§ 31 Abs. 3 S. 1; 14 Abs. 3 S. 2 KostO). Das Rechtsmittel ist formgerecht eingelegt (§ 14 Abs. 4 KostO). Der Testamentsvollstrecker ist zur Einlegung der weiteren Beschwerde schon deshalb berechtigt, weil seine Erstbeschwerde (zum Teil) zurückgewiesen wurde.

b) Eine Beschränkung der Anfechtung auf die Einbeziehung des ererbten Gesellschaftsanteils in den Geschäftswert für die Erteilung des Erbscheins wäre allerdings nicht zulässig, da es sich insoweit um keinen selbständigen oder teilbaren Verfahrensgegenstand handelt (vgl. Jansen, 2. Aufl., Rd.-Nr. 13, Keidel/Kuntze/Winkler, 12. Aufl., Rd.-Nr. 7, Bumiller/Winkler, 3. Aufl., Anm. 2 a, je zu § 21 FGG; Beschl. des Senats vom 17. 7. 1986 — BReg. 3 Z 199/84). Die unzulässige Beschränkung wäre unbeachtlich mit der Folge, daß die angefochtene Entscheidung in vollem Umfang zu prüfen wäre (BayObLGZ 1967, 286, 288; BayObLG JurBüro 1982, 120; Jansen, a.a.O.). Hier ist jedoch die Beschränkung des Rechtsmittels dahin zu verstehen, daß sie sich auf den genannten Geschäftswert bezieht. Mit dieser Maßgabe ist sie zulässig, weil es sich insoweit um einen selbständigen Verfahrensgegenstand handelt.

2. Das somit zulässige Rechtsmittel ist sachlich nicht begründet. Die angefochtene Entscheidung hält einer rechtlichen Nachprüfung (§§ 31 Abs. 3 S. 1; 14 Abs. 3 S. 3 KostO) stand.

a) Die schon aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 103 Abs. 1 GG) erforderliche Beteiligung des Bet. zu 2) am Erinnerungs- und Beschwerdeverfahren hat stattgefunden. Die Entscheidung über den Geschäftswert für die Erteilung des Erbscheins wirkte ihrer Natur nach für und gegen alle Kostenschuldner sowie die Staatskasse; sie konnte daher für alle Beteiligten nur einheitlich getroffen werden (vgl. BayObLG MDR 1980, 858 — JurBüro 1980, 1378; Beschluß des Senats vom 12. 3. 1987 — BReg. 3 Z 185/86). Zwar wurde der Beschluß des

Nachlaßgerichts vom 13. 6. 1985 dem Bet. zu 2) zunächst nicht mitgeteilt. Das LG hat dies jedoch nachgeholt, dem Bet. zu 2) zudem den wesentlichen Akteninhalt des Erinnerungs- und Beschwerdeverfahrens in Ablichtung übersandt und ihm vor der Entscheidung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Entscheidung des LG wurde dem Bet. zu 2) auch mitgeteilt. Damit ist die Versagung des rechtlichen Gehörs in der ersten Instanz nachträglich geheilt worden.

b) Die angefochtene Entscheidung trifft auch hinsichtlich der Festsetzung des Geschäftswerts für die Erbscheinerteilung zu.

Nach § 107 Abs. 2 S. 1 KostO ist für die Gebühren der Erbscheinerteilung der Wert des nach Abzug der Nachlaßverbindlichkeiten verbleibenden reinen Nachlasses im Zeitpunkt des Erbfalls maßgebend. Zum Nachlaß gehört aber auch der im Wege der Erbfolge auf einen Gesellschaftererben übergegangene Anteil an einer Personengesellschaft.

Nach st. Rspr. des BGH (BGHZ 22, 186; 68, 225; 91, 132 = DNotZ 1984, 630, 631; DNotZ 1984, 35, 36 f.; MittRhNotK 1986, 230, 231; vgl. auch BayObLG MittRhNotK 1984, 18) vererbt sich der Gesellschaftsanteil an einer Personengesellschaft in der Weise, daß er im Wege der Sondererbfolge getrennt vom übrigen — bei mehreren Erben gesamthänderisch gebundenen — Nachlaßvermögen unmittelbar und endgültig in das Privatvermögen des Gesellschaftererben fällt. Diese Trennung vom übrigen Nachlaßvermögen bedeutet jedoch nicht, daß der Gesellschaftsanteil nicht zum Nachlaß (zur Erbschaft) zu zählen wäre (BGH, MittRhNotK 1986, 230, 231 ff. m. w. N.).

Gehört der Gesellschaftsanteil aber zum Nachlaß, so ist sein Wert nach der eindeutigen Regelung des § 107 Abs. 2 S. 1 KostO auch Bestandteil des Reinnachlasses, aus dem die Gebühr für die Erteilung des Erbscheins zu berechnen ist.

Der vom Beschwerdeführer geforderten Rechtsfortbildung im Kostenrecht bedarf es nicht; auch liegt kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vor. Der Erbschein ist nicht deshalb unrichtig, weil er keinen Ausspruch enthält, daß er sich nicht auf einen der Sondererbfolge unterliegenden Gesellschaftsanteil beziehe. Nach § 2353 BGB bezeugt der allgemeine Erbschein das Erbrecht einer oder mehrerer Personen und nicht die Zugehörigkeit bestimmter Gegenstände zum Nachlaß. Dieses Erbrechtszeugnis kann deshalb ohne Rücksicht auf die Zusammensetzung des Nachlasses ausgestellt werden (Weithase, Rpfleger 1985, 267, 268). Auch ist — bei mehreren Erben — die im Erbschein ausgewiesene Erbquote, die das Recht des Erben umreißt, keine gegenständliche Begrenzung seines Erwerbs i. d. S., daß er keinen über die Quote hinausgehenden Teil des Gesellschaftsanteils erwerben könnte; sie bestimmt nur zwingend den Anteil am Wert des Gesamtnachlasses, der ihm zufließen darf (BGHZ 68, 225, 238). Auch wenn der Anteil eines Miterben — wie hier — nach einer Teilungsanordnung des Erblassers ausschließlich aus dem der Sondererbfolge unterliegenden Gesellschaftsanteil besteht, wird die durch den Erbschein ausgewiesene Erbquote des durch die qualifizierte Nachfolgeanordnung begünstigten Miterben nicht sinnlos, da ihr für die Ansprüche der Miterben untereinander auf Wertausgleich und für die Ansprüche Dritter (Pflichtteilsberechtigter, Nachlaßgläubiger) volle Bedeutung zukommt (BGH a.a.O.). Schon deshalb hat der Erbschein Auswirkungen auch hinsichtlich solcher Bestandteile des Nachlasses, die einer Sonderrechtsnachfolge unterliegen.

Unabhängig hiervon weist der Erbschein kraft seiner Vermutungswirkung (§ 2365 BGB) aus, wer diese Sonderrechtsnachfolge als Erbe (vgl. § 139 HGB; BGHZ 68, 225, 230) antreten konnte. Auch im vorliegenden Fall hat die Vermutungswirkung des Erbscheins Bedeutung insofern, als nach § 8 Abs. 1, 3 des Gesellschaftsvertrags der Nachfolger eines verstorbenen Gesellschafters zu dessen Erben oder Vermächtnisnehmern gehören muß; die Eigenschaft des Bet. zu 2) als Miterbe wird durch den Erbschein vom 20. 7. 1981 bewiesen.

Da die verfahrensgegenständliche Sondererbfolge in einen

Anteil an einer Personengesellschaft die Nachfolge in einen einzelnen Nachlaßgegenstand betrifft, bleibt das Erbrecht von ihr unberührt. Als bloßes Zeugnis für das Erbrecht darf deshalb der allgemeine Erbschein über diese Sondererbfolge keine Aussage enthalten (MünchKomm/Promberger, § 2353 BGB, Rd.-Nr. 14). Eine § 18 Abs. 2 HöfO entsprechende Regelung fehlt für den vorliegenden Fall der Sondererbfolge.

**8. Gesellschaftsrecht/Vertretungsrecht — Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB in einer GmbH & Co. KG** (LG Kleve, Beschluß vom 2. 7. 1987 — 8 (6) T 6/85 — mitgeteilt von Notar Armin Leggewie, Goch)

**BGB § 181  
GmbHG § 35**

**In der Satzung der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG kann wirksam vereinbart werden, daß die Geschäftsführer der GmbH bei Rechtsgeschäften zwischen der GmbH und der KG sowie deren Gesellschaftern von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sind.**

**(Leitsatz nicht amtlich)**

**Zum Sachverhalt:**

Durch Gesellschaftsvertrag vom 14. 7. 1973 haben die Gesellschafter in § 7 Abs. 2 der Satzung der Antragstellerin festgelegt:

2. Die Geschäftsführer sind bei Rechtsgeschäften zwischen der GmbH und der Kommanditgesellschaft X.-KG sowie deren Gesellschaftern von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

Die Gesellschafter haben in der Gesellschafterversammlung vom 3. 10. 1985 eine Kapitalerhöhung beschlossen und durchgeführt und den § 3 der Satzung („Stammkapital“) entsprechend neu gefaßt.

Mit Zwischenverfügung vom 25. 10. 1985 machte das AG Kleve Bedenken gegen § 7 Abs. 2 der Satzung geltend. Es hält diese Bestimmung der Satzung insoweit für nichtig, als dort festgelegt ist, daß die Geschäftsführer bei Rechtsgeschäften der GmbH und deren Gesellschaftern von der Beschränkung des § 181 BGB befreit sind, weil eine Gesellschafterstellung sich nicht unmittelbar aus der Handelsregistereintragung ergibt, und die Gesellschafter sich ohne Kenntnis des Handelsregisters durch Anteilsübertragungen ändern können.

Mit Zwischenverfügung vom 16. 11. 1985 hielt das AG seine Bedenken gegen § 7 Abs. 2 der Satzung der Antragstellerin insoweit aufrecht, als die Geschäftsführer der GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sind, als sie Rechtsgeschäfte mit den namentlich nicht benannten Gesellschaftern der X.-KG treffen, und regte an, § 7 Abs. 2 der Satzung zu ändern und diese demnächst zum Handelsregister anzumelden.

Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit der Beschwerde. Sie ist der Auffassung, daß nach der vorliegenden Satzung der Geschäftsführer grundsätzlich nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sei, sondern lediglich in den Fällen, in welchen Rechtsgeschäfte zwischen a) der GmbH (vertreten durch den Geschäftsführer) und der KG, b) der GmbH (vertreten durch den Geschäftsführer) und Gesellschaftern der Kommanditgesellschaft abgeschlossen werden. Die Befreiung der Geschäftsführer der GmbH von § 181 BGB werde demnach nicht von einer Voraussetzung abhängig gemacht, die in der Person des Geschäftsführers selbst begründet sei. Bei der Feststellung, ob die Geschäftsführer von § 181 BGB befreit seien, bedürfe es demgemäß nicht der Heranziehung von außerhalb des Registers liegenden Umständen.

**Aus den Gründen:**

Die Regelung des § 7 Abs. 2 der Satzung der Antragstellerin ist nicht unwirksam. Es handelt sich um eine auf bestimmte Geschäfte der GmbH begrenzte Gestattung im Rahmen des § 181 BGB, wobei die Voraussetzungen der Befreiung klar begrenzt sind. Denn nach dem Wortlaut der Satzung muß es sich um Rechtsgeschäfte zwischen der GmbH einerseits und der X.-KG bzw. deren Gesellschaftern andererseits handeln. Die Regelung der Konfliktlage des § 181 BGB durch Befreiung umfaßt daher nach der Satzung nur die Rechtsgeschäfte, bei denen der Geschäftsführer der GmbH sowohl für die GmbH handelt als auch gleichzeitig entweder als Vertreter der KG handelt oder

einen Gesellschafter der KG bei dessen Geschäften mit der GmbH vertritt oder er selbst, sofern er Gesellschafter der KG ist, ein eigenes Geschäft mit der GmbH abschließt.

Diese beschränkte Gestattung ist nirgendwo von internen Vorgängen der GmbH abhängig. Der Befreiungstatbestand selbst kann auch von jedem Außenstehenden überprüft werden. Denn sofern der Geschäftsführer der GmbH mit Gesellschaftern der KG, sei es als Vertreter für andere Gesellschafter, sei es für sich mit eigener Gesellschafterstellung bei der KG, für die GmbH Rechtsgeschäfte abschließt, läßt sich die jeweilige Voraussetzung bezüglich der Gesellschafterstellung bei der KG dem Handelsregister entnehmen. Gemäß § 161 Abs. 1 und 3 HGB sind die Gesellschafter der KG, seien sie Komplementäre oder seien sie Kommanditisten, mit Name, Vorname, Stand und Wohnort zum Handelsregister anzumelden und dort einzutragen. Zwar werden diese Angaben gemäß § 162 Abs. 2 HGB nicht bekanntgegeben, jedoch können sie ohne weiteres durch Einsicht in das Handelsregister erkundet werden.

Soweit im übrigen Rechtsgeschäfte der GmbH mit der KG betroffen sind, ergibt sich die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB allein schon aus der konkreten Benennung des Vertragspartners, der auch in § 7 Abs. 2 der Satzung der GmbH aufgeführt ist.

#### **9. Kostenrecht — Gebührenbefreiung bei Ersterwerb von Wohnungseigentum**

(OLG Düsseldorf, Beschluß vom 5. 3. 1987 — 10 W 139/86 — mitgeteilt von Richter am OLG Lahr, Düsseldorf)

##### **WohnGebBefrG § 1 Abs. 1, Abs. 4 i. V. m. Abs. 3**

**Wurde, nachdem Gebäude errichtet worden waren, Wohnungseigentum durch einseitige Erklärung (§ 8 WEG) begründet und anschließend übertragen, so ist die Eintragung in das Wohnungsgrundbuch auch dann gebührenfrei, wenn vor der Bebauung des Grundstückes ein Zwischenerwerb stattgefunden hatte (Aufgabe des Senatsbeschlusses vom 14. 2. 1985 — 10 W 18/85 — MittRhNotK 1986, 151).**

##### **Aus den Gründen:**

Die zulässige weitere Beschwerde ist begründet. Der angefochtene Beschluß beruht auf einer Verletzung des Gesetzes.

Das LG hat festgestellt:

Durch notariellen Kaufvertrag vom 2. 10. 1984 erwarb die (Kostenschuldnerin) ... Eigentumswohnungen nebst Kfz-Einstellungsplätzen zum Gesamtkaufpreis von 810.000,— DM von der E. Wohnungsbau-GmbH, nachdem diese das Wohnungseigentum aufgrund der nach §§ 3 und 8 WEG durchgeführten Teilung begründet hatte und zunächst als Eigentümerin der von der (Kostenschuldnerin) erworbenen Eigentumswohnungen im Wohnungsgrundbuch eingetragen worden war.

Nachdem Gebäude errichtet worden waren, teilte die E. GmbH ihr Wohnungseigentum nochmals gemäß § 8 WEG durch einseitige Erklärung; sie wurde als Eigentümerin in das Wohnungsgrundbuch eingetragen. Die Kostenschuldnerin erwarb vier der hierdurch geschaffenen Objekte (zwei Wohnungen nebst zwei Garagen) und wurde gleichfalls in das Wohnungsgrundbuch eingetragen.

Was die Gebühr aus § 60 KostO angeht, so ist die Sache gemäß § 1 Abs. 4 lit. a), Abs. 3 des Gesetzes über Gebührenbefreiungen beim Wohnungsbau zu beurteilen. Das LG hat Gebührenfreiheit einmal mit der Erwägung verneint, zwischen der Begründung des Wohnungseigentums und der Veräußerung an die Kostenschuldnerin lägen fast acht Monate. Der Ausdruck „anschließend“ in § 1 Abs. 4 lit. a) läßt indes eine solche zeitliche Begrenzung nicht zu. In § 1 Abs. 3, der zum Abs. 4 die „Veräußerungen“ näher definiert, ist bestimmt, das Grundstück könne, nachdem es bebaut worden ist, noch binnen fünf Jahren

einmal gebührenfrei veräußert werden. Der Ausdruck „anschließend“ ist demgemäß als Frist von fünf Jahren zu verstehen.

Das LG hat zum anderen erwogen, die Kostenschuldnerin sei nicht aufgrund einer „ersten Veräußerung“ i. S. d. § 1 Abs. 3 eingetragen worden. Auch dies hält der Senat nicht für zutreffend. Zwar wurden die Objekte, welche die Kostenschuldnerin später erwarb, bereits i. S. d. § 1 Abs. 4 lit. b) des Gesetzes veräußert, indem die E. GmbH Dritten Miteigentumsanteile ihres Grundstücks übertrug und die Miteigentümer Wohnungseigentum gemäß § 3 WEG begründeten. Diese Veräußerung ist jedoch nicht die erste Weiterveräußerung i. S. d. § 1 Abs. 3. Denn die Gebäude wurden erst hergestellt, nachdem die E. GmbH Dritten Anteile übertragen und die Miteigentümer gemäß § 3 WEG verfahren waren. Solange indes Gebäude nicht erbaut sind, kann nicht i. S. d. § 1 Abs. 3 übersie i. S. einer „Weiterveräußerung“ verfügt werden (vgl. Senatsbeschluß vom 28. 2. 1980 — 10 W 83/79 — JurBüro 1980, 925). In § 1 Abs. 4 lit. b) werden lediglich weitere Tatbestände als Veräußerung i. S. d. § 1 Abs. 3 definiert. Es wird jedoch nicht bestimmt, eine Veräußerung i. S. d. Abs. 4 lit. b) sei stets eine Weiterveräußerung i. S. d. 3. Absatzes. Das ist sie erst dann, wenn der zu schaffende Wohnraum errichtet worden ist. Vorherige mit der Aufteilung des Grundstückes zusammenhängende und Wohnungsbau-fördernde Geschäfte unterliegen dem § 1 Abs. 1 des Gesetzes, sind also im Vorfeld liegende Errichtungsmaßnahmen.

Der Senat gibt daher in seiner jetzigen Besetzung seinen Beschluß vom 14. 2. 1985 (10 W 18/85 — MittRhNotK 1986, 151) nach erneuter Prüfung auf. Er vermag sich den durchgreifenden Bedenken Lappes (Rpfleger 1985, 332) nicht zu verschließen.

#### **10. Kostenrecht — Geschäftswert bei Vertragsentwurf für gleichlautende Grundstücksveräußerungen**

(OLG Köln, Beschluß vom 2. 12. 1987 — 2 Wx 37/87 — mitgeteilt von Richter am OLG Dr. Egon Schneider, Köln)

##### **KostO § 145 Abs. 1**

**Wird der Notar beauftragt, einen Entwurf für mehrere mit einzelnen Erwerbern abzuschließende Grundstückskaufverträge anzufertigen, dann berechnet sich der Geschäftswert nach den zusammengerechneten Werten der beabsichtigten einzelnen Veräußerungsvorgänge.**

##### **Zum Sachverhalt:**

Die Gemeinschuldnerin hatte die Errichtung und Veräußerung von 13 Reihenhäusern auf einem ihr gehörenden Baugrundstück geplant. Sie beauftragte den Bet. zu 2) mit der Erstellung eines Entwurfs für die mit den einzelnen Erwerbern abzuschließenden Grundstückskaufverträge. Dazu ist es nicht mehr gekommen. Der Bet. zu 2) berechnete seine Kosten nach einem Geschäftswert von 3.250.000,— DM. Dieser Betrag entspricht der Summe der Veräußerungserlöse von 13 Reihenhäusern bei einem Einzelpreis von 250.000,— DM.

Mit Beschluß vom 15. 12. 1986 hat das LG die Beschwerde der Gemeinschuldnerin gegen die Geschäftswertberechnung des Bet. zu 2) zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die zugelassene weitere Beschwerde.

##### **Aus den Gründen:**

Die weitere Beschwerde ist nicht begründet. Die vom LG vertretene Rechtsauffassung entspricht dem Gesetz (§§ 14 Abs. 3 S. 3 KostO; 550 ZPO).

Der Bet. zu 2) hat seinen Gebührenanspruch nach § 145 Abs. 1 KostO berechnet. Das ist zutreffend und wird auch von dem Bet. zu 1) nicht gerügt.

Der vom Bet. zu 2) zugrunde gelegte Geschäftswert ist ebenfalls zutreffend berechnet worden: Der von ihm angefertigte Entwurf hat sich auf die Gesamtheit der Einzelgeschäfte bezogen. Deshalb sind die Einzelwerte gemäß § 44 Abs. 2a

KostO zu einem einheitlichen Gesamtgeschäftswert zu addieren (s. Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 10. Aufl. 1984, § 145 KostO, Rd.-Nr. 14 m. N. aus der Rspr.).

Den gegenteiligen Auffassungen des OLG Schleswig (JurBüro 1977, 847) und des OLG Frankfurt (JurBüro 1980, 116) ist nicht zu folgen. Das OLG Schleswig geht davon aus, bei der Erstellung eines Entwurfs, der zur Verwendung für mehrere Einzelobjekte bestimmt sei, werde derselbe Gegenstand beurkundet, so daß nach § 44 Abs. 1 KostO nur der höchste Einzelwert anzusetzen sei. Demgegenüber nimmt das OLG Frankfurt an, die KostO regle den hier zu entscheidenden Fall nicht, so daß der Geschäftswert nach § 30 Abs. 1 KostO zu schätzen sei. Beide abweichenden Ansichten verkennen die Zielsetzung des Entwurfsauftrages und die wirtschaftliche Bedeutung des Entwurfs. Der Auftraggeber wird durch den Entwurf so gestellt, wie

wenn der Notar 13 Entwürfe für vorgesehene Veräußerungen angefertigt hätte. Dementsprechend würde der Notar in jedem der einzelnen Beurkundungsfälle haften, wenn dem Auftraggeber durch einen Fehler im Entwurf Schaden entstünde. Daraus erhellt, daß es sich nicht um denselben Gegenstand, sondern um verschiedene Gegenstände handelt und der Fall deshalb auch in der KostO, nämlich in § 44 Abs. 2a, geregelt ist. Davon ist das LG mit Recht ausgegangen.

Daraus, daß der Senat in diesem Beschluß von den Entscheidungen des OLG Schleswig und des OLG Frankfurt (JurBüro 1977, 847; 1980, 116) abweicht, ergibt sich keine Vorlagepflicht nach § 28 Abs. 2 FGG. Diese Vorschrift ist nicht anzuwenden in Angelegenheiten, die in der KostO geregelt sind, damit auch nicht bei Streit über die Geschäftswertfestsetzung (Keidel/Kuntze/Winkler, 12. Aufl. 1987, § 28 FGG, Rd.-Nr. 15 m. N.).

## Mitteilungen

### 1. Gemeinderecht/Gesellschaftsrecht — Privatwirtschaftliche Betätigung der Gemeinden; hier: Änderung der Gemeindeordnung

Durch Art. 9 des Rechtsbereinigungsgesetzes 1987 für das Land Nordrhein-Westfalen vom 6. 10. 1987 (GVBl. NW 1987, 342, 345) wurden u. a. die Vorschriften der Gemeindeordnung über die wirtschaftliche Betätigung und Beteiligung der Gemeinden an privatrechtlich organisierten Unternehmen geändert und an die Regelungen des Bilanzrichtlinien-Gesetzes angepaßt. Nach § 89 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GO muß künftig gewährleistet sein, daß der Jahresabschluß und der Lagebericht, soweit nicht weitergehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, aufgrund der Satzungen oder des Gesellschaftsvertrages in entsprechender Anwendung der Vorschriften des Dritten Buches des HGB für große Kapitalgesellschaften aufgestellt und ebenso oder in entsprechender Anwendung der für Eigenbetriebe geltenden Vorschriften geprüft werden. Eingefügt wurde § 89 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GO (Publizität). § 103a Abs. 1 GO wurde neu gefaßt und Abs. 2 um einen neuen S. 5 ergänzt (Prüfung durch Wirtschaftsprüfer oder Wirtschaftsprüfungsgesellschaft).

### 2. Internationales Privatrecht — Inkrafttreten des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge

(Bekanntmachung über das Inkrafttreten des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 26. 10. 1987 — BGBl. II, 757)

Nach Art. 3 Abs. 2 des Gesetzes vom 3. 8. 1985 zu dem Wiener Übereinkommen vom 23. 5. 1969 über das Recht der Verträge (BGBl. II 1985, 926) wurde bekanntgemacht, daß das Übereinkommen nach seinem Art. 84 Abs. 2 für die Bundesrepublik Deutschland am 20. 8. 1987 in Kraft getreten ist; die Ratifikationsurkunde ist am 21. 7. 1987 bei dem Generalsekretär der Vereinten Nationen hinterlegt worden.

Die Bundesrepublik Deutschland hat bei Hinterlegung der Ratifikationsurkunde Erklärungen zu Art. 66, 66b, 75 des Übereinkommens abgegeben. Die Bekanntmachung enthält eine Übersicht über die Staaten, in denen das Übereinkommen in Kraft getreten ist.

## Buchbesprechungen

### 1. Pirrung, Internationales Privat- und Verfahrensrecht nach dem Inkrafttreten der Neuregelung des IPR, 1987, 400 S., DIN A4, Verlag Rehm, 49,50 DM.

Der von Pirrung, dem Leiter des Referats für Internationales Privatrecht im Bundesministerium der Justiz herausgegebene Band enthält die Gesetzesmaterialien zur Neuregelung des am 1. 9. 1986 in Kraft getretenen IPR-Gesetzes. Einer Gegenüberstellung der alten Gesetzesfassung, des Regierungsentwurfs zur Neufassung und des Wortlautes des IPR-Neuregelungsgesetzes folgt zu den einzelnen Bestimmungen der Neufassung die Begründung des Regierungsentwurfs sowie gegebenenfalls die Stellungnahme des Bundesrates, die Gegenäußerung der Bundesregierung und der Bericht des Rechtsausschusses. Erklärter Zweck des Bandes ist es, die Anwendung des IPR-Neuregelungsgesetzes durch Aufbereitung der Materialien zu erleichtern.

Der angezeigte Band wird — obwohl er keine vollständige Kommentierung oder umfassende Darstellung der Neuregelung enthält — diesem Zweck voll und ganz gerecht. Dies gilt insbesondere für die grundlegend neuen Bestimmungen hinsichtlich der mehr oder weniger begrenzten Möglichkeiten einer

Rechtswahl im Internationalen Familien- und Erbrecht. Ein Sachverzeichnis erleichtert die Arbeit des Benutzers. Daneben erhält der Leser einen guten Einblick in die Arbeit des Gesetzgebers (Vorlage eines in sich geschlossenen Entwurfs seitens der Regierung, hin und her zwischen Bundesrat und Bundesregierung, lang diskutierte oder nur kurz erörterte und alsdann beschlossene Änderungsvorschläge des Rechtsausschusses).

Wenn die vorgelegten Gesetzesmaterialien auch nur einen Bruchteil der Bedeutung erlangen werden, die die Motive und Protokolle zum BGB und zum früheren Internationalen Privatrecht für die Auslegung dieser Gesetze hatten, müßte die angezeigte Arbeit für die nächsten Jahre zu einem Standardwerk des IPR werden.

*Notar Dr. Günther Schotten, Köln*

### 2. Geimer, Internationales Zivilprozeßrecht, 1987, 518 S., Verlag Dr. Otto Schmidt, 185,— DM.

Bei dem vom Kollegen Geimer aus München verfaßten Buch handelt es sich um eine erweiterte eigenständige Veröffent-