1 MittBayNot
Begründet 1864
Januar/Februar 2011
Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Mitteilungsblatt für die im Bereich der Notarkasse tätigen Notare und Notarassessoren sowie für die Beamten un d Angestellten der Notarkasse

Herausgeberbeirat: Notar a. D. Dr. Hermann Amann, Notare Dr. Johann Frank, Dr. Susanne Frank, Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Prof. Dr. Dieter Mayer, Dr. Jörg Mayer, Dr. Eckhard Wälzholz

Schriftleitung: Notarassessoren Dr. Ulrich Gößl, Eliane Schuller
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München

Druck: Mediengruppe Universal Grafische Betriebe München GmbH, Kirschstraße 16, 80999 München
Gedruckt auf Papier aus 100 % chlorfrei gebleichten Faserstoffen

AUFSÄTZE

Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht

Von Notarassessor Dr. *Christoph Suttmann*, LL.M. (Columbia), München

Probleme des Insichgeschäfts bei der Beteiligung von Gesellschaften stellen sich in der notariellen Praxis in wechselnden Konstellationen. Häufig geht es um die Frage, ob eine vom Notar vorgenommene Beurkundung wirksam ist oder welche Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Beurkundung zu schaffen sind. Diese Frage ist für die notarielle Praxis bedeutsam, weil der Notar grundsätzlich die Vertretungsmacht der Handelnden bei Mitwirkung rechtsgeschäftlicher, gesetzlicher oder organschaftlicher Vertreter gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG zu prüfen hat.[1] Die folgenden Ausführungen sollen daher einen Überblick über die Problematik des Insichgeschäfts im Gesellschaftsrecht geben und relevante Fallkonstellationen aufzeigen.[2] Dabei wird zunächst die Regelung des § 181 BGB kurz zusammengefasst (Teil A.), bevor im Anschluss spezifisch gesellschaftsrechtliche Anwendungsbereiche der Norm dargestellt werden (Teil B.). Der Beitrag schließt mit einer zusammenfassenden Übersicht über mögliche Fallgruppen (Teil C.).

A. Die Regelung des § 181 BGB

Rechtlicher Ausgangspunkt für die Fälle des Insichgeschäfts ist, unbeschadet gesellschaftsspezifischer Einzelregelungen etwa in § 112 AktG oder § 39 GenG, § 181 BGB. Danach kann ein Vertreter grundsätzlich nicht im Namen des Vertretenen ein Rechtsgeschäft mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten wirksam vornehmen. Schon aus der Stellung des § 181 BGB im Allgemeinen Teil des BGB folgt, dass die Regelung für das gesamte BGB, darüber hinaus aber auch für das gesamte Zivilrecht Anwendung findet.[3] Anwendbarkeit und Reichweite von § 181 BGB im Gesellschaftsrecht sollen daher im Folgenden näher beleuchtet werden.

I. Reichweite und Ratio des § 181 BGB

§ 181 BGB erfasst alle Formen der Vertretung, also sowohl die gesetzliche als auch die rechtsgeschäftliche und die organschaftliche.[4] Verboten sind nach § 181 BGB sowohl Geschäfte, die der Vertreter mit sich selbst abschließt (Selbstkontrahieren), als auch solche, die der Vertreter zugleich auch als Vertreter für einen weiteren Vertretenen schließt (Mehrfachvertretung).[5] Erfasst werden alle Rechtsgeschäfte, also Verträge jeglicher Art, grundsätzlich auch einseitige Rechtsgeschäfte sowie rechtsgeschäftsähnliche Handlungen.[6]

§ 181 BGB bezweckt in seinen beiden Varianten den Schutz des Vertretenen vor einem möglichen Interessenkonflikt.[7] Dieser liegt im Fall des Selbstkontrahierens in der Über-

1 Vgl. BGH, DNotZ 1989, 43 f.; *Reetz* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl. 2009, Kap. F Rdnr. 118.

2 Vgl. aus dem Schrifttum bereits *Schmitt*, WM 2009, 1784; *Schemmann*, NZG 2008, 89; *Auktor*, NZG 2006, 334; *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193; *Ekkenga*, AG 1985, 40; *Fischer* in FS Hauß, 1978, S. 61.

3 *Palandt/Ellenberger*, § 181 Rdnr. 4 u. 10 ff.; *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 5. Aufl. 2010, § 181 Rdnr. 3.

4 Allg. M., vgl. nur BayObLG, MittBayNot 1979, 107, 109; *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 5. Aufl. 2010, § 181 Rdnr. 2; *Gehrlein/Weinland* in jurisPK-BGB, 4. Aufl. 2009, § 181 Rdnr. 2; *Fischer* in FS Hauß, S. 61, 64.

5 Terminologie nach *Staudinger/Schilken,* § 181 Rdnr. 1.

6 RGRK/*Steffen*, BGB, 12. Aufl. 1982, § 181 Rdnr. 5; *Palandt/Ellenberger*, § 181 Rdnr. 6; *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 4.

7 *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, 1899, S. 759 u. 840; vgl. auch RGZ 68, 172, 175 f.; MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 2;, *Staudinger/Schilken*, § 181 Rdnr. 3; *Soergel/Leptien*, BGB, 13. Aufl. 1999, § 181 Rdnr. 3; RGRK/*Steffen*, BGB, § 181 Rdnr. 1; vgl. auch *Erman/Palm*, BGB, 12. Aufl. 2008, § 181 BGB Rdnr. 2, der zusätzlich noch die Erkennbarkeit des Rechtsgeschäfts als Normzweck ansieht.

schneidung der Interessen von Vertreter und Vertretenem;[8] im Fall der Mehrfachvertretung hat der Vertreter die Interessen verschiedener Parteien zugleich zu wahren.[9] Im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit erfordert § 181 BGB keinen im Einzelfall tatsächlich bestehenden Interessenkonflikt;[10] vielmehr genügt der in typisierter Form vom Tatbestand des § 181 BGB erfasste potenzielle Konflikt für das Eingreifen der Verbotsnorm.

II. Der Tatbestand des § 181 BGB

Der Tatbestand des § 181 BGB setzt für die beiden erfassten Varianten zunächst Personenidentität auf beiden Seiten des Rechtsgeschäftes voraus.[11] Für den Fall des Selbstkontrahierens ist diese gegeben, wenn der Vertreter den Vertrag mit sich selbst als andere beteiligte Partei abschließt;[12] kein Fall des Selbstkontrahierens liegt demgegenüber vor, wenn der Vertreter und die vertretene Person auf derselben Seite des Rechtsgeschäfts stehen und durch das abgeschlossene Rechtsgeschäft zwischen ihnen keine weiteren Rechtsfolgen eintreten.[13] Dieser Fall kann auch als teleologische Reduktion des seinem Wortlaut nach einschlägigen Tatbestandes angesehen werden: Die von § 181 BGB typischerweise vermutete Gefahr eines Missbrauchs liegt in dieser Konstellation regelmäßig nicht vor, da zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter keine gegenläufigen Interessen bestehen.[14]

Ein Fall der Mehrfachvertretung liegt vor, wenn dieselbe Person als Stellvertreter zweier Personen, zwischen denen ein Rechtsgeschäft abgeschlossen werden soll, auftritt.[15] Kein Fall der nach § 181 BGB unzulässigen Mehrfachvertretung liegt, ähnlich wie beim Selbstkontrahieren, vor, wenn der Vertreter die beiden von ihm Vertretenen bei einem Vertragsschluss mit einem Dritten vertritt, die beiden Vertretenen also auf derselben Seite des Rechtsgeschäftes stehen.[16]

III. Ausnahmen vom Verbot des § 181 BGB

1. Gesetzlich geregelte Ausnahmen

Bereits der Tatbestand des § 181 BGB lässt zwei Ausnahmen zu: So findet die Beschränkung keine Anwendung, wenn dem Vertreter ausdrücklich ein anderes gestattet, er also von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist, sowie wenn das abzuschließende Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Beide Ausnahmen lassen sich mit der Ratio des § 181 BGB begründen: Wenn der Vertretene den Vertreter ausdrücklich von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, verzichtet er im Voraus freiwillig auf den von § 181 BGB vermittelten Schutz.[17] Die zu erfüllende Verbindlichkeit, die Voraussetzung der zweiten Ausnahme ist, kann der nicht von § 181 BGB befreite Vertreter allein durch Insichgeschäft nicht wirksam begründen; ein Interessengegensatz kann also nicht bestehen.[18] Daher genügt für das Eingreifen der Ausnahme gerade nicht, wenn die Verbindlichkeit erst durch das Erfüllungsgeschäft, etwa durch Heilung, wirksam wird;[19] sie muss vielmehr von vornherein als wirksame Verbindlichkeit bestehen.

2. Teleologische Reduktion des Tatbestandes

Neben den gesetzlich geregelten Ausnahmen ist mittlerweile anerkannt, dass auch ungeschriebene Ausnahmen vom Anwendungsbereich des § 181 BGB existieren. Diese werden durch teleologische Reduktion des als zu weit angesehenen Tatbestandes begründet: Da Sinn und Zweck des § 181 BGB der Schutz des Vertretenen vor einem Missbrauch der eingeräumten Vertretungsmacht ist, kann der Tatbestand des § 181 BGB nicht eingreifen, wenn ein Missbrauch von vornherein ausgeschlossen ist.

a) Lediglich rechtlicher Vorteil

Dies wird von der Rechtsprechung[20] und der ihr folgenden Literatur[21] vor allem dann angenommen, wenn das Rechtsgeschäft dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt. Hauptanwendungsfall ist demnach der Bereich des Selbstkontrahierens, da im Fall der Mehrfachvertretung ein für beide Seiten lediglich rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft nur schwer vorstellbar ist.[22]

b) Vertreter ohne Vertretungsmacht

Umstritten ist die Anwendbarkeit des § 181 BGB auf den Vertreter ohne Vertretungsmacht. Besonders problematisch sind in diesem Zusammenhang diejenigen Konstellationen, in denen ein Vertreter nicht oder nur unter Schwierigkeiten von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit werden kann, etwa regelmäßig bei Vertretern juristischer Personen des öffentlichen

---

8 *Staudinger/Schilken*, BGB, § 181 Rdnr. 4; MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 2; *Soergel/Leptien*, BGB, § 181 Rdnr. 3.

9 *Staudinger/Schilken*, BGB, § 181 Rdnr. 4; MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 2; *Soergel/Leptien*, BGB, § 181 Rdnr. 3; *Erman/Palm*, BGB, § 181 Rdnr. 2.

10 BayObLG, MittBayNot 1979, 107, 108; OLG Jena, NJW 1995, 3126, 3127; RGRK/*Steffen*, BGB, § 181 Rdnr. 2; *Palandt/Ellenberger*, § 181 Rdnr. 2; *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 1; *Gehrlein/Weinland* in jurisPK-BGB, § 181 Rdnr. 1; *Fischer* in FS Hauß, S. 61, 64.

11 *Jauernig*, BGB, 13. Aufl. 2009, § 181 Rdnr. 3.

12 MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 11; RGRK/*Steffen*, BGB, § 181 Rdnr. 3; *Gehrlein/Weinland* in jurisPK-BGB, § 181 Rdnr. 1.

13 RGZ 127, 103, 105 f.; OLG Jena, NJW 1995, 3126; MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 12; RGRK/*Steffen*, BGB, § 181 Rdnr. 10.

14 MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 12.

15 *Staudinger/Schilken*, BGB, § 181 Rdnr. 15; MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 14; RGRK/*Steffen*, BGB, § 181 Rdnr. 3; *Gehrlein/Weinland* in jurisPK-BGB, § 181 Rdnr. 1.

16 BGHZ 50, 8, 12; *Staudinger/Schilken*, BGB, § 181 Rdnr. 15; MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 12; *Soergel/Leptien*, § 181 Rdnr. 2.

17 Ähnlich *Staudinger/Schilken*, BGB, § 181 Rdnr. 49.

18 RGRK/*Steffen*, BGB, § 181 Rdnr. 15.

19 RGZ 94, 147, 150 f.; *Staudinger/Schilken*, BGB, § 181 BGB Rdnr. 62; *Soergel/Leptien*, BGB, § 181 Rdnr. 43; *Erman/Palm*, BGB, § 181 Rdnr. 27; *Palandt/Ellenberger*, § 181 Rdnr. 22; *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 17.

20 BGH, MittBayNot 1972, 284; BGH, NJW 1975, 1885, 1886; BGH, NJW 1985, 2407 f.; BGH, NJW 1989, 2542, 2543; BFH, MittBayNot 1980, 225; BayObLG, MittBayNot 1979, 107, 108 f.; BayObLG, MittBayNot 1998, 431, 432; BayObLG, ZEV 2004, 340; OLG Hamm, Rpfleger 1983, 251; OLG Dresden, MittBayNot 1996, 288, 289.

21 *Staudinger/Schilken*, BGB, § 181 Rdnr. 32; MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 15; RGRK/*Steffen*, BGB, § 181 Rdnr. 13; *Palandt/Ellenberger*, § 181 Rdnr. 9; *Habermeier* in Bamberger/Roth, Beck'scher OK BGB, Stand 1.5.2010, § 181 Rdnr. 19; *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 9; *Gehrlein/Weinland* in jurisPK-BGB, § 181 Rdnr. 6; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 3561 (Vollmacht) u. Rdnr. 3602 (gesetzliche Vertretung); *Tiedtke*, Teleologische Reduktion und analoge Anwendung des § 181 BGB, 2002, S. 44; *Schmitt*, WM 2009, 1784; a. A. *Jauernig*, BGB, § 181 Rdnr. 7.

22 Ähnlich MünchKommAktG/*Spindler/Spindler*, 3. Aufl. 2008, § 78 Rdnr. 120.

Rechts, Vorständen von Aktiengesellschaften oder Parteien kraft Amtes. Die Anwendbarkeit von § 181 BGB auf den Vertreter ohne Vertretungsmacht wird insbesondere in der Rechtsprechung bejaht, vor allem mit dem Argument, auch der Vertreter ohne Vertretungsmacht sei Vertreter i. S. d. § 181 BGB.[23] Die Gegenauffassung verweist hingegen darauf, dass § 181 BGB in diesem Fall seinem Normzweck nach nicht zur Anwendung gelangen dürfe, da eine Bindung des Vertretenen durch den Vertreter ohne Vertretungsmacht gerade nicht herbeigeführt werde.[24] Der Vertretene könne vielmehr selbst entscheiden, ob er das abgeschlossene Rechtsgeschäft gegen sich gelten lassen wolle. Insoweit wäre nach dieser Auffassung der Tatbestand des § 181 BGB wiederum teleologisch zu reduzieren.

Die besseren Gründe sprechen jedenfalls im Fall der Mehrfachvertretung für eine teleologische Reduktion des Tatbestandes. Denn der vollmachtlos Vertretene bedarf nicht des zusätzlichen Schutzes von § 181 BGB; er muss ohnehin nachgenehmigen, kann also gegen seinen Willen nicht verpflichtet werden. Daher ist § 181 BGB von vornherein unanwendbar, wenn alle Beteiligten vollmachtlos vertreten werden.[25] § 181 BGB ist darüber hinaus aber auch dann unanwendbar, wenn ein Beteiligter bereits wirksam Vollmacht (unter Befreiung von § 181 BGB) erteilt hatte und ein Beteiligter vollmachtlos vertreten wird. Denn für den Vertragsteil, der bereits wirksam Vollmacht erteilt hatte, ist die Frage irrelevant, da auch die Befreiung bereits erteilt wurde. Die erteilte Vollmacht kann nicht deshalb unwirksam werden, weil der Vertreter zugleich eine andere Partei ohne Vertretungsmacht vertritt. Und der vollmachtlos Vertretene hat wiederum die Möglichkeit zur Prüfung des Geschäfts vor Genehmigungserteilung. Die teilweise vorgeschlagene Differenzierung, § 181 BGB nur in dem Fall anzuwenden, in welchem zumindest eine Vertragspartei wirksam vertreten wurde, § 181 BGB hingegen nicht anzuwenden, wenn der Vertreter für alle Parteien ohne Vertretungsmacht gehandelt hat,[26] vermag vor diesem Hintergrund nicht zu überzeugen.

Ferner zeigt der für die Praxis vielfach geäußerte Vorschlag, zur Sicherheit solle in den Fällen vollmachtloser Mehrfachvertretung ein weiterer vollmachtloser Vertreter (etwa ein Notariatsangestellter) eingeschaltet werden,[27] dass die Bejahung der Anwendbarkeit von § 181 BGB für den Fall der Mehrfachvertretung im Regelfall nicht zu einem Sicherheitsgewinn für den Vertretenen führt, da der zusätzlich eingeschaltete Vertreter nicht notwendigerweise aus der Sphäre des Vertretenen stammen und auch dessen Rechte nicht zwingend besser wahrnehmen muss als der Mehrfachvertreter. Entscheidend ist vielmehr auch hier, dass der Vertretene das Rechtsgeschäft durch seine Erklärung gegen sich gelten lassen kann oder nicht.

Der Streit ist auch nicht nur theoretischer Natur, weil die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 181 BGB möglicherweise andere sind als diejenigen der lediglich vollmachtlosen Vertretung (dazu sogleich).

IV. Folgen eines Verstoßes gegen § 181 BGB

Ein Verstoß gegen § 181 BGB führt nicht automatisch zur Nichtigkeit des vorgenommenen Rechtsgeschäftes.[28] Denn die Regelung des § 181 BGB stellt kein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB dar.[29] Vielmehr führt die Anwendung von § 181 BGB lediglich dazu, dass dem Vertreter, der ein Rechtsgeschäft unter Verstoß gegen die Norm abschließt, die Vertretungsmacht fehlt. Die Folgen des Vertreterhandelns richten sich also nach §§ 177 ff. BGB.[30] Ein vom Vertreter entgegen § 181 BGB abgeschlossener Vertrag ist daher schwebend unwirksam,[31] ein einseitiges Rechtsgeschäft ist grundsätzlich nichtig.[32]

Umstritten ist allerdings für den Fall der Mehrfachvertretung, wer im Fall eines Verstoßes gegen § 181 BGB den geschlossenen Vertrag zu genehmigen hat. Dies wird insbesondere relevant, wenn im Falle der Mehrfachvertretung ein Vertragsteil den Vertreter von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit hatte, der andere Vertragsteil hingegen nicht. In diesem Fall liegt es nahe anzunehmen, dass lediglich derjenige Vertragsteil, der den Vertreter nicht von § 181 BGB befreit hatte, den Vertrag genehmigen muss. Gerade dies nimmt die herrschende Meinung vor allem im Schrifttum jedoch nicht an: Sie verlangt, dass beide Vertragsteile den Vertrag genehmigen.[33] Hier liegt auch der entscheidende Unterschied bei der Frage der Anwendbarkeit von § 181 BGB auf den Vertreter ohne Vertretungsmacht: Hält man § 181 BGB für anwendbar, so müssten nach der herrschenden Ansicht beide Vertragsteile genehmigen; hält man § 181 BGB hingegen nicht für anwendbar, wären §§ 177 ff. BGB nur für den vollmachtlos Vertretenen zu beachten mit der Folge, dass nur dieser nachzugenehmigen hätte.

Die herrschende Lehre stützt sich auf den Wortlaut von § 181 BGB, der sich nicht auf die einzelne Willenserklärung, sondern auf das Rechtsgeschäft des Vertreters bezieht.[34] Dem ist nicht zu folgen: Das BGB verwendet die Begriffe des Rechtsgeschäftes und der Willenserklärung teilweise gleichbe-

---

23 BayObLG, MittBayNot 1986, 68 = MittRhNotK 1987, 128 m. zust. Anm. *Kanzleiter*; OLG Düsseldorf, MittBayNot 1999, 470 m. abl. Anm. *Lichtenberger*; LG Saarbrücken, MittBayNot 2000, 433; *Palandt/Ellenberger*, § 181 Rdnr. 3; MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 15; *Kuhn*, RNotZ 2001, 305, 324 ff.; *Tebben*, DNotZ 2005, 173, 176 f.; *Schmitt*, WM 2009, 1784, 1788; unklar *Staudinger/Schilken*, § 181 Rdnr. 15.

24 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3559 a; *Fertl*, Rpfleger 1988, 61 f.; *Lichtenberger*, MittBayNot 1999, 470, 472; *Lichtenberger*, MittBayNot 2000, 434; *Vollhardt*, DNotZ 2000, 309 f.; *Neumayer*, RNotZ 2001, 249, 265 f.; *Schneeweiß*, MittBayNot 2001, 341, 342; *Benecke/Ehinger*, MDR 2005, 1265, 1266.

25 *Bischoff* in Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 22. Aufl. 2008, § 25 Rdnr. 15; a. A. aber *Kuhn*, RNotZ 2001, 305, 327; *Fröhler*, BWNotZ 2003, 14, 19; wohl auch LG Saarbrücken, MittBayNot 2000, 433: Genehmigung nach § 177 BGB enthalte zugleich Gestattung der Mehrfachvertretung.

26 So wohl *Bischoff* in Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 25 Rdnr. 15.

27 Z. B. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3559 a.

28 Heute allg. M., vgl. nur MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 41; *Soergel/Leptien*, BGB, § 181 Rdnr. 45. Das RG hatte dies zunächst noch anders gesehen und Nichtigkeit angenommen, vgl. RGZ 51, 422, 426. Bald darauf änderte auch das RG seine Rechtsprechung und nahm Genehmigungsfähigkeit nach § 177 BGB an, RGZ 56, 104, 107 f.; 67, 51, 54; 119, 114, 116.

29 RGRK/*Steffen*, BGB, § 181 Rdnr. 15; *Palandt/Ellenberger*, § 181 Rdnr. 1; *Jauernig*, BGB, § 181 Rdnr. 1; *Auktor*, NZG 2006, 334, 335.

30 *Palandt/Ellenberger*, § 181 Rdnr. 15; *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 19; *Schulze* in Dörner, HK BGB, 6. Aufl. 2009, § 181 Rdnr. 6.

31 *Palandt/Ellenberger*, BGB, § 181 Rdnr. 15; *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 19.

32 Für direkte Anwendung von § 180 BGB *Soergel/Leptien*, BGB, § 181 Rdnr. 45; *Erman/Palm*, BGB, § 181 Rdnr. 21; *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 19. Für Analogie zu § 180 BGB *Palandt/Ellenberger*, BGB, § 181 Rdnr. 15; wohl auch BayObLG, NJW-RR 2001, 469; BayObLG, NJW-RR 2003, 663.

33 OLG Düsseldorf, DB 1999, 578; *Palandt/Ellenberger*, § 181 Rdnr. 15; MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 141; *Staudinger/Schilken*, § 181 BGB Rdnr. 46.

34 Vgl. *Schmitt*, WM 2009, 1784, 1785.

deutend.[35] Rechtsfolge des § 181 BGB ist daher (nur) die schwebende Unwirksamkeit der Erklärung desjenigen, in dessen Person die Voraussetzungen des § 181 BGB vorliegen. Die Erklärung des anderen Vertretenen, der den Vertreter von § 181 BGB befreit hatte, wird hingegen sofort wirksam und bleibt dies grundsätzlich auch, sofern nicht §§ 177 Abs. 2 oder 178 BGB eingreifen. Dies zeigt schon der Vergleich mit einem einseitigen Rechtsgeschäft, das der Vertreter namens des Vertretenen ebenfalls hätte vornehmen können. Daher ist nur die Genehmigung desjenigen Vertragsteils erforderlich, der den Vertreter nicht von § 181 BGB befreit hatte.[36] Die Gegenauffassung führte auch dazu, dass sich diejenige Partei, die auf den Schutz des § 181 BGB bereits verzichtet hatte, nachträglich durch Verweigerung der Genehmigung vom Vertrag lösen könnte.[37] Schließlich verlangt auch die Gegenauffassung für den Fall des Selbstkontrahierens nicht, dass der Vertreter selbst den von ihm geschlossenen Vertrag zusätzlich genehmigt.[38] Dies wäre aber bei konsequenter Anwendung der herrschenden Ansicht ebenfalls erforderlich, da insoweit in Bezug auf die Rechtsfolgen kein Unterschied zwischen Mehrfachvertretung und Selbstkontrahieren bestehen dürfte.

B. Anwendungsbereich des § 181 BGB im Gesellschaftsrecht

Die Regelung des § 181 BGB gilt aufgrund der systematischen Stellung der Norm für das gesamte Zivilrecht und somit grundsätzlich auch im Gesellschaftsrecht.[39] Sie erlangt in diesem Rechtsgebiet Relevanz für die notarielle Praxis zum einen bei der Frage der Vertretung der Gesellschaft im Rechtsverkehr[40] (dazu I.). Darüber hinaus kann sich die Frage der Anwendbarkeit von § 181 BGB aber auch im Rahmen der Gründung von Gesellschaften[41] (dazu II.) und bei Beschlüssen der jeweiligen Gesellschaftsorgane[42] (dazu III.) stellen, nämlich wenn sich ein (werdender) Gesellschafter durch Mitgesellschafter oder Dritte vertreten lässt. Ferner ist auch eine Kombination der genannten Fallgruppen denkbar, wenn eine Gesellschaft an einer weiteren Gesellschaft beteiligt ist, also insbesondere in Konzernsachverhalten. Ob und welche Sonderregelungen in diesem Fall gelten, wird abschließend erörtert (dazu IV.).

Nachfolgend werden zunächst allgemeine, d. h. bei jeder Gesellschaft auftretende Probleme im Zusammenhang mit § 181 BGB dargestellt; im Anschluss wird – soweit erforderlich – auf spezifische Problemkonstellationen der einzelnen Gesellschaftsformen eingegangen.

I. Vertretung der Gesellschaft im Rechtsverkehr

Sowohl bei der Vertretung juristischer Personen (GmbH[43], AG[44]) als auch bei der Vertretung von Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG)[45] handelt es sich um sog. organschaftliche Vertretung. Die rechtliche Einordnung der organschaftlichen Vertretung ist dabei in Rechtsprechung und Literatur umstritten: Teilweise wird die organschaftliche Vertretung als Unterfall der gesetzlichen Vertretung angesehen,[46] teilweise auch als Vertretung eigener Art.[47] Über die Anwendbarkeit von § 181 BGB besteht im Ergebnis aber weitgehend Einigkeit, so dass es auf diesen dogmatischen Streit im Ergebnis nicht ankommt.[48]

1. Für alle Gesellschaftsformen geltende Regelungen

a) Grundsatz: Anwendbarkeit von § 181 BGB auf alle organschaftlichen Vertreter

§ 181 BGB gilt unbeschadet der Spezialregelung in § 112 AktG in vollem Umfang für die organschaftlichen Vertreter der jeweiligen Gesellschaft (Geschäftsführer bei der GmbH,[49] Vorstand bei der AG,[50] vertretungsberechtigte Gesellschafter bei OHG und KG[51]), und zwar unabhängig von ihrer Zahl und der Art der Vertretungsbefugnis (Einzel- oder Gesamtvertretungsbefugnis). Es genügt auch, wenn im Falle der Gesamtvertretung die Voraussetzungen des § 181 BGB in der Person eines der Vertretungsberechtigten auf nur einer Seite des Rechtsgeschäftes vorliegen.[52] Durch § 181 BGB ist daher grundsätzlich ausgeschlossen, dass der Vertreter die Gesellschaft bei Geschäften mit sich selbst vertritt (Fall des Selbstkontrahierens), sowie dass derselbe Vertreter einen weiteren Vertretenen, etwa eine weitere Gesellschaft, bei einem Vertragsschluss vertritt (Fall der Mehrfachvertretung).

Zulässig ist bei allen Gesellschaftsformen, unbeschadet der zwingenden Regelung des § 112 AktG (dazu sogleich), eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB bereits im Gesellschaftsvertrag oder – mit unterschiedlichen Voraussetzungen – durch Beschluss des jeweils zuständigen Organs (dazu noch unten).

---

35 *Erman/Palm*, BGB, Einl. § 104 Rdnr. 2.

36 So auch *Schmitt*, WM 2009, 1784, 1785; *Auktor*, NZG 2006, 334, 335; *Lichtenberger*, MittBayNot 1999, 470, 471.

37 *Auktor*, NZG 2006, 334, 335.

38 MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 41; vgl. *Staudinger/Schilken*, BGB, § 181 Rdnr. 45 f.

39 *Gehrlein/Weinland* in jurisPK-BGB, § 181 Rdnr. 2; *Tiedtke*, Teleologische Reduktion und analoge Anwendung des § 181 BGB, 2002, S. 44.

40 Vgl. *Staudinger/Schilken*, BGB, § 181 Rdnr. 9.

41 *Staudinger/Schilken*, BGB, § 181 Rdnr. 22.

42 Vgl. hierzu ausführlich *Schemmann*, NZG 2008, 89.

43 *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 35 Rdnr. 75.

44 *Hüffer*, AktG, 9. Aufl. 2010, § 78 Rdnr. 1.

45 BGH, NJW 1960, 1997, 1998; NJW 1962, 738, 739; NJW 1964, 1624; *v. Ditfurth* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, 3. Aufl. 2009, § 54 Rdnr. 1; *Baumbach/Hopt*, HGB, 34. Aufl. 2010, § 125 Rdnr. 2; MünchKommHGB/*Schmidt*, 2. Aufl. 2006, § 125 Rdnr. 3; *Hillmann* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2007, § 125 Rdnr. 3; kritisch zum Begriff der organschaftlichen Vertretung bei Personengesellschaften *Beuthien*, NJW 2005, 855, 857.

46 So wohl RGRK/*Steffen*, BGB, § 181 Rdnr. 7; *Brandmüller*, Der GmbH-Geschäftsführer im Gesellschafts-, Steuer- und Sozialversicherungsrecht, 16. Aufl. 2004, Rdnr. 277 für die GmbH; *Baumbach/Hopt*, HGB, 34. Aufl. 2010, § 125 Rdnr. 2 für OHG und KG.

47 So wohl BGH, NJW 1960, 2285.

48 Ebenso MünchKommHGB/*Schmidt*, 2. Aufl. 2006, § 125 Rdnr. 3.

49 Vgl. BayObLG, MittBayNot 1979, 107, 109.

50 *Habersack* in Großkommentar zum AktG, 4. Aufl. 2008, § 78 Rdnr. 15.

51 *Baumbach/Hopt*, HGB, 34. Aufl. 2010, § 126 Rdnr. 9; *Hillmann* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2007, § 126 Rdnr. 12; MünchKommHGB/*Schmidt*, 2. Aufl. 2006, § 126 Rn. 14.

52 *Gehrlein/Weinland* in jurisPK-BGB, 4. Aufl. 2009, § 181 Rdnr. 2; *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 5. Aufl. 2010, § 181 Rdnr. 6; für OHG/KG *Baumbach/Hopt*, HGB, § 126 Rdnr. 9; *v. Ditfurth* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, § 54 Rdnr. 11. Für die GmbH & Co KG BayObLG, MittBayNot 1979, 107, 109. Für die AG *Habersack* in Großkommentar zum AktG, § 78 Rdnr. 15.

b) Ausschaltung des § 181 BGB durch Einschaltung eines Untervertreters, Prokuristen oder Ermächtigung?

aa) Einschaltung eines Untervertreters

Diskutiert wird in Bezug auf alle Gesellschaftsformen, ob durch die Einschaltung eines Untervertreters[53] die Beschränkungen des § 181 BGB ausgeschaltet werden können, so vor allem für den Fall der Mehrfachvertretung, in dem ein organschaftlicher Vertreter wegen § 181 BGB an der Vertretung gehindert ist. Die wohl herrschende Ansicht in Literatur[54] und Rechtsprechung[55] lässt in diesem Fall die Untervertretung nicht zu, und zwar weder bei GmbH[56] noch bei AG[57], OHG oder KG[58]. Das Verbot des § 181 BGB kann ferner nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur nicht dadurch umgangen werden, dass der Vertretungsberechtigte sich im Falle des Selbstkontrahierens wiederum von einem Vertreter vertreten lässt und selbst nur für die Gesellschaft handelt.[59]

Nach der Gegenauffassung, die früher von der Rechtsprechung[60] vertreten wurde, ist § 181 BGB bei Einschaltung eines Untervertreters nicht anwendbar,[61] jedenfalls dann, wenn der Unterbevollmächtigte nicht weisungsabhängig ist[62] oder keine Umgehungsabsicht besteht.[63] Der herrschenden Ansicht dürfte zu folgen sein: Auszugehen ist von der Prämisse, dass ein Vertreter nicht mehr Rechte auf einen Untervertreter übertragen kann als ihm selbst zustehen.[64] Denn der Untervertreter leitet seine Vertretungsmacht von dem Vertreter ab, der durch die Untervertretung selbst an dem Geschäft beteiligt bleibt.[65] Erforderlich ist also eine ununterbrochene Legitimationskette vom Untervertreter zum Vertretenen (also zur Gesellschaft),[66] die die Befreiung von § 181 BGB einschließt. Kann der Vertreter selbst wegen § 181 BGB die Gesellschaft nicht wirksam vertreten, so vermag eine Übertragung der Vertretungsbefugnisse an einen Unterbevollmächtigten hieran nichts zu ändern. Daher müssen bei Gesamtvertretung sämtliche Vertreter, die einen Unterbevollmächtigten bestellen und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien, ebenfalls von diesen Beschränkungen befreit sein. Jedenfalls für die Praxis empfiehlt sich die Einschaltung eines Untervertreters zur Umgehung des § 181 BGB aufgrund der eindeutigen Position der Rechtsprechung nicht.

bb) Einschaltung eines Prokuristen

Grundsätzlich anders wird dies gesehen für den Fall, dass aufseiten der Gesellschaft ein Prokurist tätig wird.[67] In diesem Fall soll der Prokurist die Gesellschaft bei Geschäften mit dem jeweiligen Organmitglied wirksam vertreten können,[68] wobei im Aktienrecht wegen § 112 AktG für Geschäfte der Gesellschaft mit dem Vorstand eine Ausnahme gelten dürfte.[69] Anders wird dies teilweise mit dem Argument gesehen, dass der Prokurist vom organschaftlichen Vertreter abhängig sei und diese Abhängigkeit im Vordergrund stehe.[70] Der Grundsatz, dass das jeweilige Leitungsorgan einen Untervertreter von den Beschränkungen des § 181 BGB nur befreien kann, wenn es selbst hiervon befreit ist (s. o.), soll nach der Rechtsprechung des BGH auf Prokuristen nicht zutreffen, da es sich insoweit nicht um Untervertretung handle.[71] Dem dürfte zu folgen sein, denn der Prokurist erhält eine Stellung eigener Art und wird nicht Unterbevollmächtigter des Organvertreters, sondern Vertreter des Inhabers des Handelsgeschäftes, [72] also der Gesellschaft.

cc) Ermächtigung im Fall der Gesamtvertretung

Die Rechtsprechung lässt auch zu, dass im Falle der Gesamtvertretung ein Vertretungsberechtigter für ein bestimmtes Rechtsgeschäft einen anderen Vertretungsberechtigten ermächtigt, die Gesellschaft allein zu vertreten. Aus den §§ 125 Abs. 2 Satz 2 HGB, § 78 Abs. 4 Satz 1 AktG, 25 Abs. 3 Satz 1 GenG wird ein auch auf GmbH und GbR anwendbares Rechtsprinzip abgeleitet.[73] In diesem Fall soll der ermächtigte Vertreter die Gesellschaft auch beim Abschluss eines Vertrages mit dem anderen Organmitglied, das entweder für eigene Rechnung oder als Vertreter eines Dritten handeln kann, wirksam vertreten können.[74] Im Schrifttum wird das Ergebnis des

---

53 *Schmitt*, WM 2009, 1784, 1786 ist der Auffassung, da es sich bei der Vertretungsmacht der Gesellschaftsorgane um organschaftliche Vertretungsmacht handle, handle es sich bei Einschaltung eines rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten durch diese Organe nicht um einen Fall der Untervertretung, sondern der Bevollmächtigung. Dem dürfte im Hinblick darauf, dass organschaftliche Vertretungsmacht wie gesetzliche und rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht zu behandeln ist, nicht zu folgen sein.

54 RGRK/*Steffen*, BGB, § 181 Rdnr. 16; *Gehrlein/Weinland* in jurisPK-BGB, § 181 Rdnr. 5.

55 BGHZ 64, 72, 76; KG, MittBayNot 1999, 472, 473.

56 *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rdnr. 136; *Scholz/Schneider*, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 35 Rdnr. 91 f.; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 35 Rdnr. 51; *Klingelhöfer* in Ring/Grziwotz, Praxiskommentar GmbH-Recht, 2009, § 35 GmbHG Rdnr. 59; a. A. für den Fall der Mehrfachvertretung LG München, NJW-RR 1989, 997, 998; *Habermeier* in Bamberger/Roth, Beck'scher OK BGB, Stand 1.5.2010, § 181 Rdnr. 36.

57 MünchKommAktG/*Spindler/Spindler*, 3. Aufl. 2008, § 78 Rdnr. 121; *Mertens/Cahn* in Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2010, § 78 Rdnr. 73.

58 BGH, NJW 1991, 691, 692 (für GbR); OLG Frankfurt, DNotZ 1974, 435; BayObLG, MittBayNot 1993, 150, 152 (für GmbH & Co KG i. Gr.).

59 OLG Hamm, NJW 1982, 1105 f.; BayObLG, MittBayNot 1979, 107, 109; *Baumbach/Hopt*, HGB, Anh. nach § 177 a Rdnr. 39; *Gehrlein/Weinland* in jurisPK-BGB, 4. Aufl. 2009, § 181 Rdnr. 5; *Tiedtke*, Teleologische Reduktion und analoge Anwendung des § 181 BGB, S. 64.

60 RGZ 108, 405, 407; 157, 24, 31 f.

61 *Schmidt-Ott*, ZIP 2007, 943, 945.

62 *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 35 Rdnr. 80.

63 RGRK/*Steffen*, BGB, § 181 Rdnr. 12.

64 KG vom 30.1.1941, DR 1941, 997.

65 *Staudinger/Schilken*, BGB, § 181 Rdnr. 36; MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 24.

66 *Erman/Palm*, BGB, § 181 Rdnr. 25.

67 *Soergel/Leptien*, BGB, § 181 Rdnr. 29. Für die GmbH BGH, NJW 1984, 2085; *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 35 Rdnr. 92; *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, § 35 Rdnr. 80. Für die AG: MünchKommAktG/*Spindler/Spindler*, § 78 Rdnr. 121.

68 *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 10; für OHG/KG: *Koller* in Koller/Roth/Morck, HGB, § 126 Rdnr. 2.

69 Gutachten DNotI-Report 2007, 89, 90.

70 *Marsch-Barner/Diekmann* in Priester/Mayer, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, GmbH, 3. Aufl. 2009, § 44 Rdnr. 34; *Koppensteiner* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 35 Rdnr. 34; *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 35 Rdnr. 93 für den Fall der Einpersonen-GmbH.

71 BGH, NJW 1984, 2085; vgl. auch BAG, DB 1969, 1704.

72 *Weber* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 48 Rdnr. 7; MünchKommHGB/*Krebs*, § 48 Rdnr. 1, 3.

73 Gutachten DNotI-Report 2000, 49, 50.

74 *Palandt/Ellenberger*, § 181 Rdnr. 10; für die GmbH BGHZ 64, 72, 74 f.; ebenso *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, § 35 Rdnr. 79; *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 35 Rdnr. 94; *Klingelhöfer* in Ring/Grziwotz, Praxiskommentar GmbH-Recht, § 35 GmbHG Rdnr. 58. Für die AG BGH, NJW 1975, 1117, 1118 (obiter). Für OHG/KG *Baumbach/Hopt*, HGB, § 126 Rdnr. 9; *Hadding* in FS Merle, 2010, S. 143, 152. Übersicht über den Streitstand in DNotI-Report 2000, 49, 51.

BGH überwiegend kritisch gesehen, zumeist mit dem Hinweis auf die Argumentation zum Untervertreter.[75] Der entscheidende Unterschied zur Einschaltung eines Untervertreters dürfte jedoch darin liegen, dass in dieser Fallgestaltung rechtstechnisch kein Fall der Unterbevollmächtigung vorliegt, sondern ein Fall der Ermächtigung; der zur Alleinvertretung der Gesellschaft ermächtigte Vertreter ist dieser gegenüber – anders als ein gewillkürter Untervertreter – aber bereits aus seiner Stellung als Organmitglied treuepflichtig.[76]

Eine Ermächtigung dürfte auch im Fall einer unechten Gesamtvertretung zusammen mit einem Prokuristen möglich sein,[77] jedenfalls wenn man dies ebenfalls als Fall organschaftlicher Vertretung ansieht[78]. Da Rechtsprechung zu dieser Konstellation bislang nicht existiert, ist für die Praxis allerdings Vorsicht geboten.

dd) Schwebende Unwirksamkeit als Folge eines Verstoßes

Das von einem organschaftlichen Vertreter unter Nichtbeachtung des § 181 BGB abgeschlossene Rechtsgeschäft ist grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln der §§ 177 ff. BGB zu behandeln. Eine Genehmigung des Vertretenen ist daher in der Regel möglich. Zuständig für die Erteilung der Genehmigung ist in erster Linie das zur Vertretung der Gesellschaft berufene Organ,[79] also Geschäftsführer (bei der GmbH),[80] Vorstand (bei der AG, aber str., dazu noch unten) oder vertretungsberechtigte Gesellschafter (bei OHG/KG); die Genehmigung kann aber auch von dem jeweiligen Bestellungsorgan ausgesprochen werden.[81]

Umstritten ist, ob der Genehmigende selbst von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sein muss. Unter Verweis auf die Situation der Unterbevollmächtigung wird dies von Teilen des Schrifttums bejaht.[82] Der Vergleich mit der Unterbevollmächtigung dürfte indes nicht zutreffen: Denn der Genehmigende hätte, sofern in seiner Person nicht ebenfalls die Voraussetzungen eines Insichgeschäftes vorlagen, das Rechtsgeschäft auch selbst mit dem Vertreter abschließen können;[83] in diesem Fall wäre eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht erforderlich gewesen. Entscheidend ist daher, ob die Genehmigung für den Genehmigenden selbst ein Geschäft ist, das § 181 BGB unterfällt.[84] Ist dies der Fall, wenn der genehmigende Vertreter also an dem zu genehmigenden Geschäft entweder bereits als Insich- oder Mehrfachvertreter (auch durch Unterbevollmächtigten) oder als Vertragspartei beteiligt war, so kann er die Genehmigung wirksam nicht erteilen, im Übrigen wäre seine Genehmigung wirksam.[85]

2. GmbH

a) Grundsatz

Bei der GmbH gilt gemäß § 181 BGB das Verbot des Insichgeschäfts für den Geschäftsführer.[86] Erfasst wird auch der Gesellschafter-Geschäftsführer einer Einpersonen-GmbH, wie § 35 Abs. 3 GmbHG ausdrücklich klarstellt,[87] und zwar auch für den Fall der Mehrfachvertretung.[88] Die früher vom BGH mangels Interessenkonfliktes angenommene teleologische Reduktion des Tatbestandes im Fall der Einpersonen-GmbH für den Gesellschafter-Geschäftsführer[89] ist damit überholt.

Folge des § 181 BGB ist, dass der Geschäftsführer die Gesellschaft grundsätzlich nicht wirksam bei Geschäften mit sich selbst vertreten kann; ferner kann eine Person, die Geschäftsführer zweier GmbHs ist, die GmbHs bei einem Vertragsschluss grundsätzlich nicht wirksam vertreten.[90] In Bezug auf die GmbH ist allerdings umstritten, ob das Verbot des § 181 BGB zumindest im Fall der Mehrfachvertretung durch Einschaltung eines Untervertreters umgangen werden kann.[91]

b) Befreiung von § 181 BGB durch Satzung oder Bestellungsorgan möglich

Schon die Satzung kann Ausnahmen vom Verbot des § 181 BGB vorsehen, und zwar generell, beschränkt auf bestimmte Arten von Geschäften oder für bestimmte Geschäftsführer.[92] In der Praxis dürfte die Aufnahme einer Befreiung in die

---

75 Für die GmbH *Kübler/Assmann*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2006, S. 286. Für die AG *Hüffer*, AktG, § 78 Rdnr. 6; *Mertens/Cahn* in Kölner Kommentar zum AktG, § 78 Rdnr. 72; *Habersack* in Großkommentar zum AktG, 4. Aufl. 2008, § 78 Rdnr. 55. Für OHG/KG: MünchKommHGB/*Schmidt*, § 125 Rdnr. 45.

76 Ähnlich *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 10; *Brandmüller*, Der GmbH-Geschäftsführer im Gesellschafts-, Steuer- und Sozialversicherungsrecht, 16. Aufl. 2004, Rdnr. 278.

77 Vgl. *Köhl*, NZG 2005, 197, 198; *Beuthien/Müller*, DB 1995, 461; wohl auch *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 10.

78 So *Beuthien/Müller*, DB 1995, 461; a. A. *Mertens/Cahn* in Kölner Kommentar zum AktG, § 78 Rdnr. 61 m. w. N. zum Streitstand.

79 *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 19.

80 *Heybrock/Thoma*, Praxiskommentar GmbH-Recht, 2008, § 35 GmbHG Rdnr. 40: Geschäftsführer oder Gesellschafterversammlung.

81 *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 19.

82 *Palandt/Ellenberger*, § 181 Rdnr. 18; *Staudinger/Schilken*, BGB, § 181 Rdnr. 46; *Jauernig*, BGB, 13. Aufl., 2009, § 181 Rdnr. 14; *Fröhler*, BWNotZ 2003, 14, 21; wohl auch *Neumeyer*, RNotZ 2001, 249, 265.

83 *Tebben*, DNotZ 2005, 173, 178.

84 So auch *Tebben*, DNotZ 2005, 173, 178 f.

85 So auch die wohl h. M.: KG vom 30.1.1941, DR 19410, 997; LG Saarbrücken, MittBayNot 2000, 433 f; *Soergel/Leptien*, BGB, § 181 Rdnr. 36; *Lichtenberger*, MittBayNot 1999, 470, 472; *Lichtenberger*, MittBayNot 2000, 434, 435; *Schneeweiß*, MittBayNot 2001, 341, 343; *Kuhn*, RNotZ 2001, 305, 328; *Tebben*, DNotZ 2005, 173, 177 ff.; *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 198 f.

86 *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 35 Rdnr. 51; *Heybrock/Thoma*, Praxiskommentar GmbH-Recht, § 35 GmbHG Rdnr. 39; *Marsch-Barner/Diekmann* in Priester/Mayer, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, GmbH, § 44 Rdnr. 29; *Klingelhöfer* in Ring/Grziwotz, Praxiskommentar GmbH-Recht, 2009, § 35 GmbHG Rdnr. 51; *Ockelmann/Pieperjohanns/Hölck* in Bormann/Kauka/Ockelmann, Handbuch GmbH-Recht, 2008, Rdnr. 142.

87 *Klingelhöfer* in Ring/Grziwotz, Praxiskommentar GmbH-Recht, § 35 GmbHG Rdnr. 60; *Palandt/Ellenberger*, § 181 Rdnr. 10; *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 9; *Gehrlein/Weinland* in jurisPK-BGB, § 181 Rdnr. 7.

88 *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rdnr. 137; *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 35 Rdnr. 108; *Koppensteiner* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 35 Rdnr. 29; *Bachmann*, ZIP 1999, 85.

89 BGHZ 56, 97 (Leitsatz 1); BGHZ 75, 358 (Leitsatz 1).

90 Vgl. *Schmitt*, WM 2009, 1784, 1785.

91 Hierfür LG München I, NJW-RR 1989, 997, 998; *Habermeier* in Bamberger/Roth, Beck'scher OK BGB, Stand 1.5.2010, § 181 Rdnr. 36; *Schmidt-Ott*, ZIP 2007, 943, 945 f. Dagegen BayObLG, MittBayNot 1993, 150, 152; LG Stuttgart, BWNotZ 1995, 166; *Fröhler*, BWNotZ 2006, 97, 105.

92 BGH, MittBayNot 1983, 135; BayObLG, MittBayNot 1982, 79, 80; OLG Stuttgart, Rpfleger 1985, 116; vgl. *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rdnr. 132; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 35 Rdnr. 52; *Heybrock/Thoma*, Praxiskommentar GmbH-Recht, § 35 GmbHG Rdnr. 44; *Jacoby* in Bork/Schäfer, GmbHG, § 35 Rdnr. 37; *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 15.

Satzung allerdings eher die Ausnahme darstellen, da sie unflexibel ist.

Der weitaus häufigere Fall ist derjenige, dass das zuständige Bestellungsorgan, also in der Regel die Gesellschafterversammlung,[93] einzelnen oder mehreren Geschäftsführern Befreiung von den Einschränkungen des § 181 BGB erteilen kann. Dies ist unstreitig möglich;[94] umstritten ist allerdings, ob die Satzung eine entsprechende Möglichkeit der Befreiung vorsehen muss; dies wird insbesondere von der Rechtsprechung bejaht;[95] teilweise wird einschränkend eine Befreiung im Einzelfall in einer Mehrpersonen-GmbH auch durch einfachen Gesellschafterbeschluss ohne satzungsmäßige Grundlage für möglich gehalten,[96] für die Einpersonen-GmbH wird dagegen von der herrschende Meinung auch im Einzelfall eine satzungsmäßige Grundlage gefordert.[97] Da die meisten Mustersatzungen entsprechende Klauseln enthalten, ist die Frage in der Regel für die Praxis nicht relevant. Enthält die Satzung ausnahmsweise keine Ermächtigung zur Befreiung der Geschäftsführer, etwa bei nach dem Musterprotokoll zum GmbHG gegründeten Gesellschaften,[98] ist davon auszugehen, dass die gesetzliche Regelung des § 35 Abs. 2 Satz 1 GmbH greift. Diese sieht zwar ausdrücklich nur Gesamtvertretungsbefugnis als Folge fehlender Satzungsbestimmungen vor; der Norm lässt sich darüber hinaus jedoch das Prinzip entnehmen, dass jede Abweichung von der gesetzlichen Vertretungsregelung einer satzungsmäßigen Grundlage bedarf, also auch eine Abweichung von der gesetzlichen Regel des § 181 BGB.[99]

Die Befreiung kann generell oder auch nur für den Einzelfall, also für ein bestimmtes Geschäft, erteilt werden.[100] Umstritten ist in diesem Zusammenhang die Pflicht oder Möglichkeit der Eintragung in das Handelsregister. Nach der Rechtsprechung ist die generelle Befreiung des Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB stets in das Handelsregister einzutragen;[101] die Befreiung im Einzelfall ist hingegen weder eintragungspflichtig noch eintragungsfähig. Eine Befreiung für bestimmte Geschäfte ist nur eintragungsfähig, wenn sich der Umfang der Vertretungsbefugnis ohne Zuhilfenahme weiterer Urkunden aus dem Handelsregister selbst ergibt.[102] Daher ist etwa die Befreiung des Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB für den Fall, dass er Alleingesellschafter der GmbH ist, nicht eintragungsfähig.[103]

Die in einer Mehrpersonen-GmbH erteilte Befreiung bleibt erhalten, wenn der einzige Geschäftsführer später aufgrund Anteilsvereinigung auch einziger Gesellschafter wird.[104] Die zwischenzeitlich insbesondere vom BayObLG[105] unter Verweis auf § 35 Abs. 3 GmbH vertretene Gegenauffassung[106] dürfte durch eine Entscheidung des BGH[107] mittlerweile überholt sein.

c) Erfüllung einer Verbindlichkeit

Das Verbot des Selbstkontrahierens in § 181 BGB gilt nicht, wenn das Handeln des Vertreters lediglich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Diese grundsätzliche Ausnahme gilt auch im Recht der GmbH. Zulässig und vom Verbot des § 181 BGB nicht erfasst ist daher etwa die Auszahlung des eigenen Geschäftsführergehaltes oder der Ersatz von eigenen Aufwendungen durch den Geschäftsführer.[108]

Ein Fall des Erfüllens einer zuvor wirksam begründeten Verbindlichkeit – diesmal allerdings zugunsten der GmbH – liegt ferner vor, wenn die Gesellschaft bei Abschluss des dinglichen Einbringungsvertrages (nicht der zugrundeliegenden schuldrechtlichen Abrede) mit einem Gesellschafter von ebendiesem Gesellschafter als Geschäftsführer vertreten wird.[109]

---

93 *Jacoby* in Bork/Schäfer, GmbHG, 2010, § 35 Rdnr. 37; MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 50; *Habermeier* in Bamberger/Roth, Beck'scher OK BGB, Stand 1.5.2010, § 181 Rdnr. 36.

94 BGH, NJW 1976, 1538; BayObLG, MittBayNot 1982, 79, 80; OLG Zweibrücken, MittBayNot 1982, 81; *Klingelhöfer* in Ring/Grziwotz, Praxiskommentar GmbH-Recht, § 35 GmbHG Rdnr. 56; MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 50; *Habermeier* in Bamberger/Roth, Beck'scher OK BGB, Stand 1.5.2010, § 181 Rdnr. 36.

95 So OLG Zweibrücken, MittBayNot 1982, 81; OLG Frankfurt, NJW 1983, 945; OLG Stuttgart, Rpfleger 1985, 116; OLG Hamm, NJW-RR 1998, 1193, 1194; OLG Celle, NJW-RR 2001, 175; neuerdings OLG Nürnberg, Rpfleger 2010, 374, 376; ebenso *Lüke* in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch GmbH & Co KG, 20. Aufl. 2009, § 3 Rdnr. 25; MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 50; *Habermeier* in Bamberger/Roth, Beck'scher OK BGB, Stand 1.5.2010, § 181 Rdnr. 36; *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 15; *Goette*, DStR 2000, 697, 698 für Einpersonen-GmbH;wohl auch BGH, NJW 2000, 664, 665.

96 BayObLG, MittBayNot 1990, 52, 53*; Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rdnr. 132; *Koppensteiner* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 35 Rdnr. 35; *Jacoby* in Bork/Schäfer, GmbHG, § 35 Rdnr. 37; *Schmitt*, WM 2009, 1784, 1785; *Bühler*, DNotZ 1983, 588; wohl auch *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 35 Rdnr. 52.

97 *Jacoby* in Bork/Schäfer, GmbHG, § 35 Rdnr. 38; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rdnr. 140; *Baumbach/Hopt*, HGB, Anh. nach § 177 a Rdnr. 39; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 35 Rdnr. 53; *Bachmann*, ZIP 1999, 85, 86; *Heybrock/Thoma*, Praxiskommentar GmbH-Recht, § 35 GmbHG Rdnr. 44; *Gehrlein/Weinland* in jurisPK-BGB, § 181 Rdnr. 7; *Klingelhöfer* in Ring/Grziwotz, Praxiskommentar GmbH-Recht, § 35 GmbHG Rdnr. 50; a. A. *Altmeppen*, NJW 1995, 1182, 1185 f.; offen gelassen von BGH, NJW-RR 2004, 1035, 1036: „tatsächliche Vermutung bei üblicher notarieller Satzungsgestaltung".

98 So nunmehr ausdrücklich OLG München, DB 2010, 1283; a. A. wohl *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rdnr. 136 a.

99 Ebenso OLG Nürnberg, Rpfleger 2010, 374, 376; OLG Celle, NJW-RR 2001, 175; OLG Stuttgart, Rpfleger 1985, 116; OLG Frankfurt, NJW 1983, 945.

100 *Koppensteiner* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 35 Rdnr. 35.

101 BGH, MittBayNot 1983, 135; zust. *Jacoby* in Bork/Schäfer, GmbHG, 2010, § 35 Rdnr. 37; *Klingelhöfer* in Ring/Grziwotz, Praxiskommentar GmbH-Recht, § 35 GmbHG Rdnr. 57; *Schmitt*, WM 2009, 1784, 1785; *Ockelmann/Pieperjohanns/Hölck* in Bormann/Kauka/Ockelmann, Handbuch GmbH-Recht, 2008, Rdnr. 142.

102 BGH, MittBayNot 1983, 135, 136.

103 BGH, MittBayNot 1983, 135, 136; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 35 Rdnr. 52.

104 *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 35 Rdnr. 116; *Baumbach/Hopt*, HGB, Anh. nach § 177 a Rdnr. 39; *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 15; *Schmitt*, WM 2009, 1784, 1785; *Reinicke/Tiedtke*, WM 1988, 441, 444 f.; *Reinicke/Tiedtke*, GmbHR 1990, 200, 204; *Tiedtke*, ZIP 1991, 355, 356 f.; einschränkend *Jacoby* in Bork/Schäfer, GmbHG, § 35 Rdnr. 38 und *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 35 Rdnr. 54: nur bei Befreiung auf satzungsmäßiger Grundlage.

105 BayObLG, MittBayNot 1987, 208, 209 f.; BayObLG, MittBayNot 1990, 52, 54.

106 So immer noch MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 18.

107 BGH, NJW 1991, 1731.

108 *Marsch-Barner/Diekmann* in Priester/Mayer, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, GmbH, § 44 Rdnr. 30; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 35 Rdnr. 51; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rdnr. 130; *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 35 Rdnr. 96; *Heybrock/Thoma*, Praxiskommentar GmbH-Recht, 2008, § 35 GmbHG Rdnr. 39; *Klingelhöfer* in Ring/Grziwotz, Praxiskommentar GmbH-Recht, 2009, § 35 GmbHG Rdnr. 51.

109 *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 195.

d) Vertretung der GmbH durch die Gesellschafterversammlung

In bestimmten Ausnahmefällen wird die GmbH nicht von ihren Geschäftsführern, sondern von der Gesellschafterversammlung vertreten. Auch in diesen Fällen stellt sich die Frage, ob ein Gesellschafter, der Vertragspartner der GmbH werden soll, wegen § 181 BGB an der Vertretung gehindert ist. Relevant wird dies zum einen beim Abschluss des Anstellungsvertrages mit einem Gesellschafter-Geschäftsführer, zum anderen beim Abschluss von Übernahmeverträgen mit Gesellschaftern.

aa) Abschluss des Anstellungsvertrages

Die Gesellschafterversammlung ist nach § 46 Nr. 5 GmbHG zuständig für die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern. Hieraus wird gefolgert, dass die Gesellschafterversammlung ebenfalls zuständig sei für den Abschluss des Anstellungsvertrages mit den Geschäftsführern (sog. „Annexkompetenz").[110] Ob in diesem Fall § 181 BGB dem Mitwirken des betroffenen Gesellschafters entgegensteht, ist insbesondere für die Einpersonen-GmbH umstritten; Stimmrechtsverbote für die Mehrpersonen-GmbH sind noch nicht abschließend geklärt.

In der Mehrpersonen-GmbH kommt insbesondere ein Stimmverbot gemäß § 47 Abs. 4 GmbHG in Betracht; der Wortlaut der Norm ist erfüllt.[111] Dennoch will die herrschende Meinung wegen der Nähe zur Bestellung nach § 46 Nr. 5 GmbHG auch für den Abschluss des Anstellungsvertrages § 47 Abs. 4 GmbHG nicht anwenden.[112] Konsequenterweise stellte sich dann aber die Frage der Anwendbarkeit des § 181 BGB.[113] Diese wird aber nahezu einhellig abgelehnt,[114] von der wohl herrschenden Meinung für die Einpersonen-GmbH unter Verweis auf § 35 Abs. 3 GmbHG allerdings bejaht.[115] Die Gegenauffassung hält § 181 BGB auch im Fall der Einpersonen-GmbH für unanwendbar, da es sich um einen unnötigen Formalismus handle, den der Gesetzeszweck nicht erfordere.[116] Dem dürfte nicht zu folgen sein: Der Gesetzgeber hat durch § 35 Abs. 3 GmbHG zum Ausdruck gebracht, dass § 181 BGB grundsätzlich auch auf die Einpersonen-GmbH Anwendung findet. Raum für eine teleologische Reduktion unter Verweis auf den fehlenden Interessenkonflikt bleibt daher nicht. Auch dürfte § 181 BGB entgegen der herrschenden Meinung im Falle der Mehrpersonen-GmbH grundsätzlich Anwendung finden, denn der Tatbestand der Norm ist erfüllt und Gründe für eine Ungleichbehandlung von Ein- und Mehrpersonen-GmbH sind nicht ersichtlich. Die danach erforderliche Gestattung in der Satzung[117] dürfte bei praxisgerechter Auslegung in der satzungsmäßigen Befreiung des Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB enthalten sein, auch wenn vorliegend gerade nicht der Geschäftsführer für die Gesellschaft handelt.[118]

bb) Abschluss von Übernahmeverträgen

Nach der Rechtsprechung wird die GmbH beim Abschluss eines Übernahmevertrages im Rahmen einer Kapitalerhöhung, die sich insgesamt in einem mehrstufigen Verfahren nach §§ 55 ff. GmbHG vollzieht,[119] nicht vom Geschäftsführer, sondern von den Gesellschaftern vertreten.[120] Auch in diesem Zusammenhang stellt sich also die Frage der Anwendbarkeit des § 181 BGB, wenn ein bereits an der GmbH beteiligter Gesellschafter im Rahmen einer Kapitalerhöhung neue Anteile übernimmt oder alte Anteile aufstockt.[121] Fraglich ist also, ob ein betroffener Gesellschafter in diesem Fall vom Handeln für die Gesellschaft ausgeschlossen ist;[122] insbesondere für die Einpersonen-GmbH wäre dies nachteilig.[123] Daher wird teilweise eine teleologische Reduktion des Tatbestandes von § 181 BGB auch für den Fall des Abschlusses von Übernahmeverträgen befürwortet, da der Übernahmevertrag für die Gesellschaft lediglich rechtlich vorteilhaft sei.[124]

e) Rechtsfolge eines Verstoßes

Ein entgegen § 181 BGB vom Geschäftsführer vorgenommenes Rechtsgeschäft ist grundsätzlich gemäß §§ 177 f. BGB schwebend unwirksam und kann genehmigt werden.[125] Zuständig ist in erster Linie ein anderer Geschäftsführer, der die erforderliche Vertretungsmacht hat und auch erst nach Abschluss des zu genehmigenden Rechtsgeschäftes bestellt worden sein kann,[126] in Ermangelung eines solchen die Gesellschafterversammlung.[127]

3. AG

a) Spezialregelung in § 112 AktG für den Fall des Selbstkontrahierens

aa) Grundsatz

Für die AG regelt § 112 AktG spezialgesetzlich[128] das Verbot des Selbstkontrahierens für die Vorstandsmitglieder und verdrängt in seinem Anwendungsbereich die Anwendbarkeit von § 181 BGB.[129] Der Gesetzeszweck des § 112 AktG besteht

---

110 OLG Köln, GmbHR 1991, 156, 157; *Zöllner* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 46 Rdnr. 36; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rdnr. 167; *Wicke*, GmbHG, 2008, § 46 Rdnr. 15; *Heybrock/Thoma*, Praxiskommentar GmbH-Recht, 2008, § 35 GmbHG Rdnr. 49.

111 So zu Recht *Roth* in Roth/Altmeppen, GmbHG, § 47 Rdnr. 64.

112 BGH, NJW 1955, 1716, 1717; BGH, NJW 1969, 841, 844; OLG Frankfurt, GmbHR 2005, 550, 552 f.; *Zöllner* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47 Rdnr. 86; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 47 Rdnr. 45; *Koppensteiner* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 47 Rdnr. 71; *Wank*, ZGR 1979, 222, 240 ff.

113 Vgl. *Roth* in Roth/Altmeppen, GmbHG, § 46 Rdnr. 27; RGRK/*Steffen*, BGB, § 181 Rdnr. 10.

114 *Wicke*, GmbHG, § 47 Rdnr. 18; *Fischer* in FS Hauß, S. 61, 73; OLG Frankfurt, GmbHR 2005, 550, 553.

115 *Paefgen* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 35 Rdnr. 60; *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 35 Rdnr. 121 ff; *Roth* in Roth/Altmeppen, GmbHG, § 46 Rdnr. 29; a. A. *Koppensteiner* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 46 Rdnr. 22.

116 *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rdnr. 167.

117 Vgl. *Zöllner/Noack*, GmbHG, § 35 Rdnr. 167 (Fn. 489).

118 So zu Recht *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 35 Rdnr. 123.

119 BFH, DStRE 2002, 694, 696.

120 BGH, NJW 1968, 398, 399; BFH, DStRE 2002, 694, 696; LG Berlin, Rpfleger 1985, 446.

121 Grundsätzlich bejahend BGH, NJW 1968, 398, 399.

122 In diesem Sinne wohl BGH, NJW 1960, 2285.

123 So *Scholz/Priester*, GmbHG, § 55 Rdnr. 76 ff.

124 Hierfür *Scholz/Priester*, GmbHG, § 55 Rdnr. 77; *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 196; LG Berlin, Rpfleger 1985, 446.

125 *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 35 Rdnr. 51; *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 35 Rdnr. 95; *Jacoby* in Bork/Schäfer, GmbHG, 2010, § 35 Rdnr. 36.

126 *Heybrock/Thoma*, Praxiskommentar GmbH-Recht, § 35 GmbHG Rdnr. 40.

127 *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 35 Rdnr. 51; *Scholz/Schneider*, GmbHG, § 35 Rdnr. 95; *Jacoby* in Bork/Schäfer, GmbHG, § 35 Rdnr. 36.

128 So auch *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 214; *Fischer*, ZNotP 2002, 297, 298.

129 DNotI-Report 1999, 67, 68; *Ekkenga*, AG 1985, 40, 41.

darin, eine unbefangene Vertretung der Gesellschaft sicherzustellen, die von sachfremden Erwägungen frei ist und die Gesellschaftsbelange wahrt.[130] Dieser Zweck wäre nach Ansicht des Gesetzgebers abstrakt gefährdet, wenn bei einem mehrgliedrigen Vorstand einzelne Vorstandsmitglieder die Gesellschaft bei Rechtsgeschäften mit Vorstandskollegen vertreten könnten.

Bei Rechtsgeschäften zwischen der AG und den Vorstandsmitgliedern wird die Gesellschaft somit zwingend vom Aufsichtsrat vertreten; eine anderweitige Regelung in der Satzung oder durch Beschluss des Bestellungsorgans ist nicht möglich, sondern § 112 AktG ist gemäß dem in § 23 Abs. 5 Satz 1 AktG normierten Grundsatz der Satzungsstrenge zwingend.[131] Die Norm ist auch anwendbar im Fall der Einpersonen-AG, wenn Vorstand und Alleinaktionär identisch sind.[132] § 112 AktG sieht im Gegensatz zu § 181 BGB keine Möglichkeit der Befreiung von dem Verbot des Selbstkontrahierens vor, entsprechende Satzungsregelungen wären unwirksam.[133]

Fraglich ist, ob § 112 AktG auch einem Insichgeschäft des Prokuristen entgegensteht. Der Wortlaut der Vorschrift ist nur auf Vorstände anwendbar; dennoch spricht für eine entsprechende Anwendung auf Prokuristen, dass der Vorstand, der selbst niemals von den Beschränkungen des § 112 AktG befreit werden kann, selbst ebenfalls zu einer solchen Befreiung nicht in der Lage ist. Dennoch ist § 112 AktG auf Prokuristen nicht anzuwenden: Der Vorstand selbst wäre nämlich berechtigt, die AG gegenüber dem Prokuristen zu vertreten, ohne dass § 112 AktG entgegensteht. Dann muss es im Wege des Erst-Recht-Schlusses dem Vorstand auch erlaubt sein, dem Prokuristen ein Selbstkontrahieren zu erlauben.[134] Nicht möglich ist hingegen grundsätzlich die Vertretung der Gesellschaft gegenüber dem Vorstand durch einen Prokuristen, weil § 112 AktG zwingend die Vertretung durch den Aufsichtsrat vorschreibt.[135]

bb) Erweiternde Auslegung des § 112 AktG

(1) Geschäfte mit ehemaligen oder künftigen Vorstandsmitgliedern

In verschiedenen Konstellationen wird zudem eine erweiternde Auslegung des Verbots von § 112 AktG erwogen. Insbesondere die Rechtsprechung geht unter Berufung auf den Schutzzweck von § 112 AktG davon aus, dass das Verbot auch Anwendung findet bei Rechtsgeschäften zwischen der Gesellschaft und solchen Personen, die im Zeitpunkt der Vornahme noch nicht oder nicht mehr Vorstandsmitglieder sind.[136] Das Schrifttum ist dieser erweiternden Auslegung weitgehend gefolgt.[137]

130 BGH, NJW 1988, 1384, 1385; BGH, NJW-RR 1991, 926; *Rupietta*, NZG 2007, 801; *Commichau*, Rpfleger 1995, 98.

131 *Wiesner* in Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, AG, 3. Aufl. 2007, § 23 Rdnr. 21; *Hüffer*, AktG, § 112 Rdnr. 1; DNotI-Report 1999, 67, 68.

132 *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 216; *Bachmann*, NZG 2001, 961, 965; *Ekkenga*, AG 1985, 40, 41.

133 *Ekkenga*, AG 1985, 40, 41; DNotI-Report 1999, 67, 68.

134 Vgl. dazu auch DNotI-Report 2007, 89, 90 f.; *Wiesner* in Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, AG, 3. Aufl. 2007, § 23 Rdnr. 22.

135 *Mertens/Cahn* in Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2010, § 78 Rdnr. 74.

136 BGH, NJW-RR 1991, 926; NJW 1989, 2055, 2056; NJW 1988, 1384, 1385. Ebenso im Fall einer mitbestimmten GmbH BGH, BB 1990, 729 f.; für § 39 Abs. 1 GenG BGH vom 26.6.1995, NJW 1995, 2559 f.

137 *Fischer*, ZNotP 2002, 297, 299.

(2) Geschäfte mit personenidentischen juristischen Personen („wirtschaftliche Identität“)

Erwogen wird eine erweiternde Auslegung des § 112 AktG ferner für die Fälle, in denen ein Vorstandsmitglied die AG bei einem Rechtsgeschäft mit einer anderen Gesellschaft vertritt, deren alleiniger Eigentümer wiederum das Vorstandsmitglied selbst ist. Die „wirtschaftliche Identität“ zwischen Vertreter und vertretener Gesellschaft gebiete in diesem Fall die Anwendung von § 112 AktG.[138] Diese Auffassung ist abzulehnen: Denn ebenso wie aus Gründen der Rechtssicherheit eine entsprechende Anwendung von § 181 BGB auf Fälle wirtschaftlicher Interessenkollisionen ohne Personenidentität nur in eng umgrenzten, für alle Beteiligten erkennbaren Ausnahmefällen in Betracht kommt,[139] kommt eine solche erweiternde Auslegung im Rahmen des § 112 AktG nur im Ausnahmefall in Frage.[140] Die Anwendung auf Fälle wirtschaftlicher Identität widerspricht dem Wortlaut des § 112 AktG, der die Vertretung durch den Aufsichtsrat lediglich gegenüber „Vorstandsmitgliedern“ anordnet,[141] ferner auch dem Grundsatz, dass Ausnahmevorschriften eng auszulegen sind.[142] Schließlich verliert der Anwendungsbereich des § 112 AktG auf Kosten der Rechtssicherheit seine klar umrissenen Konturen, da nicht feststeht, wann „wirtschaftliche Identität“ gegeben ist (Beteiligung von 51 %, 75 %[143] oder 100 %? Auch mittelbare Beteiligung?).

Eine obergerichtliche Entscheidung, die die Frage abschließend klärt, steht bislang aus.[144] Bis zur Klärung der Frage ist aus praktischer Sicht – auch im Hinblick auf die mögliche Nichtigkeitsfolge bei einem Verstoß gegen § 112 AktG (dazu sogleich) – Vorsicht geboten; vorsorglich sollte (falls die Konstellation für den Notar erkennbar ist) in einschlägigen Fällen der Aufsichtsrat an einem Rechtsgeschäft beteiligt werden.

b) Geltung des § 181 BGB nur für Mehrfachvertretung

Die allgemeine Regelung des § 181 BGB hat für die AG somit nur Bedeutung für den Fall der Mehrfachvertretung.[145] Hier gilt im Wesentlichen das zur GmbH Gesagte entsprechend: Die Mehrfachvertretung ist nur zulässig, wenn sie dem Vorstandsmitglied gestattet ist oder ausschließlich in Erfüllung einer Verbindlichkeit gehandelt wird. Die Erlaubnis kann be-

138 LG Koblenz, ZNotP 2002, 322; LG Köln vom 13.11.2001 und LG Verden vom 18.10.2001, jeweils zitiert nach *Fischer*, ZNotP 2002, 297, 299; *Mertens* in Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl. 1996, § 112 Rdnr. 14; MünchKommAktG/*Habersack*, 3. Aufl. 2008, § 112 Rdnr. 9; *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 215 f.; *Werner*, ZGR 1989, 369, 373 f.; *Werner*, Konzern 2008, 639, 641.

139 Vgl. ausführlich *Staudinger/Schilken*, BGB, § 181 Rdnr. 7; *Soergel/Leptien*, BGB, 13. Aufl. 1999, § 181 Rdnr. 6; siehe auch RGRK/*Steffen*, BGB, § 181 Rdnr. 11; *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 12; *Gehrlein/Weinland* in jurisPK-BGB, § 181 Rdnr. 5.

140 *Hopt/Roth* in Großkommentar zum AktG, § 112 Rdnr. 43; *Hüffer*, AktG, § 112 Rdnr. 2 a; *Fischer*, ZNotP 2002, 297, 300 ff.; wohl auch *Commichau*, Rpfleger 1995, 98, 99.

141 *Hopt/Roth* in Großkommentar zum AktG, § 112 Rdnr. 43; *Fischer*, ZNotP 2002, 297, 300 ff.

142 Ebenso *Fischer*, ZNotP 2002, 297, 300 ff.

143 So wohl *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 216 unter Verweis auf *Bormann*, OLG-Report Düsseldorf 2003, K 21, K 24.

144 Offen gelassen in OLG Saarbrücken, NZG 2001, 414; OLG Celle, MittBayNot 2002, 410.

145 *Hüffer*, AktG, § 78 Rdnr. 6; *Habersack* in Großkommentar zum AktG, § 78 Rdnr. 15; *Mertens/Cahn* in Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2010, § 78 Rdnr. 71; *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 214; a. A. wohl *Fischer* in FS Hauß, S. 61, 66 (Fn. 25): § 181 BGB nur ausnahmsweise anwendbar.

reits in der Satzung enthalten sein,[146] sie kann aber auch erst vom Bestellungsorgan (Aufsichtsrat) ausgesprochen werden.[147] Wie bei der GmbH ist auch bei der AG umstritten, ob der Aufsichtsrat einer entsprechenden Ermächtigung in der Satzung bedarf.[148] In der Praxis empfiehlt sich die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung.

Nicht möglich ist die Gestattung durch die übrigen Mitglieder des Vorstandes, selbst wenn sie selbst von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sind. Dies folgt für die AG schon aus § 112 AktG, da die Gestattung gegenüber dem Vorstandsmitglied namens der Gesellschaft erklärt wird.[149] Nicht möglich ist ferner die Gestattung durch die Hauptversammlung nach § 119 Abs. 2 AktG, da es dieser an der erforderlichen Zuständigkeit fehlt.[150]

Das Verbot der Mehrfachvertretung gilt nach herrschender Meinung, die sich auf eine Analogie zu § 35 Abs. 3 GmbHG beruft, auch in der Einpersonen-AG.[151] Nach der Gegenauffassung soll das Verbot der Mehrfachvertretung gemäß § 181 BGB in diesem Fall nicht gelten.[152] Der herrschenden Ansicht dürfte indes zu folgen sein, da weder § 181 BGB noch das AktG Ausnahmen für den Fall der Einpersonen-AG vorsehen. Durch die Einführung von § 35 Abs. 3 GmbHG hat der Gesetzgeber zudem gezeigt, dass er eine teleologische Reduktion des Tatbestandes von § 181 BGB für Fälle der Einpersonen-Gesellschaften ablehnt. Eine unterschiedliche Behandlung von AG und GmbH lässt sich ferner auch nicht rechtfertigen.

Die generelle Befreiung vom Verbot der Mehrfachvertretung ist zum Handelsregister anzumelden (§ 81 Abs. 1 AktG).[153] In diesem Zusammenhang ist darauf zu achten, die Handelsregisteranmeldung möglichst genau zu formulieren, da eine vollumfängliche Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht möglich ist; anderenfalls droht eine Beanstandung durch das Registergericht.[154] Formulierungsvorschlag: „Der Vorstand ist vom Verbot der Mehrfachvertretung gemäß § 181 Var. 2 BGB befreit."

146 *Hüffer*, AktG, § 78 Rdnr. 7; *Habersack* in Großkommentar zum AktG, § 78 Rdnr. 17; *Mertens/Cahn* in Kölner Kommentar zum AktG, § 78 Rdnr. 75; *Hefermehl* in Geßler/Hefermehl, AktG, 1973, § 78 Rdnr. 91; *Ekkenga*, AG 1985, 40, 42.

147 *Hüffer*, AktG, § 78 Rdnr. 7; *Habersack* in Großkommentar zum AktG, § 78 Rdnr. 17; *Mertens/Cahn* in Kölner Kommentar zum AktG, § 78 Rdnr. 75.

148 Dafür die h. M., etwa *Hüffer*, AktG, § 78 Rdnr. 7; Münch KommAktG/*Spindler/Spindler*, § 78 Rdnr. 118; *Mertens/Cahn* in Kölner Kommentar zum AktG, § 78 Rdnr. 75; a. A. *Wiesner* in Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, AG, 3. Aufl. 2007, § 23 Rdnr. 22.

149 Hefermehl in Geßler/Hefermehl, AktG, 1973, § 78 Rdnr. 91; a. A. *Ekkenga*, AG 1985, 40, 42: Erklärung gegenüber dem Geschäftspartner. Die trifft aber allenfalls bei der späteren Genehmigung eines zuvor unwirksam abgeschlossenen Rechtsgeschäftes zu.

150 MünchKommAktG/*Spindler/Spindler*, § 78 Rdnr. 118; *Habersack* in Großkommentar zum AktG, 4. Aufl. 2008, § 78 Rdnr. 17; *Hüffer*, AktG, § 78 Rdnr. 7; *Mertens/Cahn* in Kölner Kommentar zum AktG, 3. Aufl. 2010, § 78 Rdnr. 75; a. A. *Hefermehl* in Geßler/Hefermehl, AktG, 1973, § 78 Rdnr. 91; *Ekkenga*, AG 1985, 40, 42.

151 *Hüffer*, AktG, § 42 Rdnr. 2 u. § 78 Rdnr. 6; MünchKommAktG/*Spindler/Spindler*, § 78 Rdnr. 117; *Habersack* in Großkommentar zum AktG, § 78 Rdnr. 15.

152 *Bachmann*, NZG 2001, 961, 965 f.; *Ekkenga*, AG 1985, 40, 42.

153 *Fischer*, ZNotP 2002, 297, 298.

154 *Wiesner* in Hoffmann-Becking, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, § 23 Rdnr. 21.

c) Folgen eines Verstoßes

Die Folgen eines Verstoßes gegen das Verbot der Mehrfachvertretung richten sich nach den allgemeinen Regeln: Das abgeschlossene Geschäft ist nicht nichtig, sondern schwebend unwirksam und kann genehmigt werden.[155] Umstritten ist allerdings, wer zur Genehmigung befugt ist. Dies wäre nach allgemeinen Grundsätzen der Vorstand namens der vertretenen Gesellschaft und nur für den Fall des Fehlens vertretungsberechtigter Vorstandsmitglieder der Aufsichtsrat.[156] Dennoch wird überwiegend unter Verweis auf § 112 AktG stets der Aufsichtsrat als das zuständige Genehmigungsorgan angesehen.[157] Vorsichtshalber sollten daher in der Praxis – soweit möglich – Vorstand und Aufsichtsrat genehmigen.

Besonders umstritten ist, welche Folge ein Verstoß gegen § 112 AktG auslöst. Nach einer Auffassung führen Verstöße gegen § 112 AktG zwingend zur Nichtigkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts gemäß § 134 BGB.[158] Nach der Gegenauffassung bemessen sich die Rechtsfolgen nach §§ 177 ff. BGB, so dass das abgeschlossene Rechtsgeschäft schwebend unwirksam, aber genehmigungsfähig ist.[159] Der BGH hat die Frage bisher ausdrücklich offengelassen.[160] Die Frage ist nicht nur akademischer Natur: Wird das Rechtsgeschäft als nichtig angesehen, so ist nur eine Neuvornahme oder eine Bestätigung gemäß § 141 BGB möglich;[161] beide wirken nur ex nunc,[162] während die Genehmigung im Fall des § 177 BGB gemäß § 184 Abs. 2 BGB auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäftes zurückwirkt.[163] Die Genehmigung bedarf ferner grundsätzlich nicht der Form, die etwa für das zu genehmigende Rechtsgeschäft erforderlich ist (§ 182 Abs. 2 BGB),[164] und kann auch durch schlüssiges Verhalten erklärt werden.[165]

Zuständig wäre nach beiden Auffassungen für die Neuvornahme, Bestätigung oder für die Genehmigung der Aufsichtsrat.[166] Für den Fall des Selbstkontrahierens folgt dies zwingend bereits aus § 112 AktG.

Zutreffend dürfte die Auffassung sein, derzufolge schwebende Unwirksamkeit als Rechtsfolge eintritt. Denn die Gesellschaft wird vor Interessenkollisionen in diesem Fall durch das Erfordernis der Genehmigung durch den Aufsichtsrat hinreichend geschützt.[167] Für die Praxis ergeben sich allerdings aufgrund der noch bestehenden Rechtsunsicherheit erhebliche

155 *Habersack* in Großkommentar zum AktG, § 78 Rdnr. 17; *Mertens/Cahn* in Kölner Kommentar zum AktG, § 78 Rdnr. 76.

156 So auch *Habersack* in Großkommentar zum AktG, § 78 Rdnr. 17; *Mertens/Cahn* in Kölner Kommentar zum AktG, § 78 Rdnr. 76.

157 *Hefermehl* in Geßler/Hefermehl, AktG, § 78 Rdnr. 94; *Baetzgen,* RNotZ 2005, 193, 217; *Ekkenga*, AG 1985, 40, 41.

158 OLG Hamburg, NJW-RR 1986, 1483, 1484; OLG Stuttgart, AG 1993, 85, 86; *Mertens* in Kölner Kommentar zum AktG, § 112 Rdnr. 5; *Hopt/Roth* in Großkommentar zum AktG, § 112 Rdnr. 109 ff.; *Stein*, AG 1999, 28, 33; *Ekkenga*, AG 1985, 40, 41.

159 OLG Celle, MittBayNot 2002, 410; OLG München, NotBZ 2008, 424; *Werner*, ZGR 1989, 369, 392; *Baetzgen*, DNotZ 2005, 193, 214 f.; für den Regelfall wohl auch *Hüffer*, AktG, § 112 Rdnr. 7.

160 BGH, NJW-RR 1993, 1250, 1251; BGH, NZG 2005, 276, 277 zur KGaA.

161 DNotI-Report 1999, 67, 68; *Schmidt*, BWNotZ 1985, 52, 53.

162 BAG, NJW 2005, 2333, 2334; *Palandt/Ellenberger*, § 141 Rdnr. 3.

163 *Palandt/Ellenberger*, § 177 Rdnr. 8.

164 Zu Ausnahmen im Kommunalrecht vgl. BGH, NJW 1982, 1036, 1037; BGH, NJW 1984, 606.

165 *Palandt/Ellenberger*, § 177 Rdnr. 6.

166 *Ekkenga*, AG 1985, 40, 41.

167 So auch *Hüffer*, AktG, § 112 Rdnr. 7; *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 215.

Probleme, so dass im Zweifel neben einer Genehmigung auch vorsorglich zu einer Bestätigung gemäß § 141 BGB zu raten ist. Diese kann bei einer bereits vorliegenden notariellen Urkunde, selbst wenn diese materiell wirksame Erklärungen nicht enthält, auch durch Bezugnahme gemäß § 13 a BeurkG erfolgen,[168] so dass den Beteiligten eine – u. U. langwierige – zweite Beurkundung des gesamten Geschäfts erspart bleibt, was die Bereitschaft der Beteiligten in der Praxis fördern dürfte.

4. OHG/KG

a) Vertretung der Gesellschaft

Zur Vertretung der Gesellschaft sind gemäß § 125 Abs. 1 HGB bei der OHG grundsätzlich alle Gesellschafter, bei der KG gemäß §§ 161 Abs. 2, 125, 170 HGB grundsätzlich alle persönlich haftenden Gesellschafter ermächtigt; an der Gesellschaft nicht beteiligte Dritte können demgegenüber grundsätzlich nicht zur organschaftlichen Vertretung der Gesellschaft ermächtigt werden (Grundsatz der Selbstorganschaft).[169] § 125 Abs. 1 HGB geht ferner vom Grundsatz der Einzelvertretungsbefugnis aus; gemäß § 125 Abs. 2 HGB sind abweichende Regelungen aber zulässig. Auch für die vertretungsberechtigten Gesellschafter der Personenhandelsgesellschaften gilt das Verbot des Selbstkontrahierens und der Mehrfachvertretung gemäß § 181 BGB.[170]

b) Möglichkeiten der Befreiung

Wie bei GmbH und AG bestehen auch bei OHG und KG Möglichkeiten, einen vertretungsbefugten Gesellschafter von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien. Die Gestattung kann auch bereits im Gesellschaftsvertrag erfolgen.[171] Diese Möglichkeit dürfte bei den Personenhandelsgesellschaften anders als bei den Kapitalgesellschaften in der Praxis durchaus relevant sein.

Die Gestattung kann auch durch Gesellschafterbeschluss nach § 119 HGB nach Abschluss des Gesellschaftsvertrages erteilt werden.[172] Eine Befreiung durch einen alleinvertretungsberechtigten anderen Gesellschafter genügt hingegen nicht.[173]

Die generelle Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB stellt bei den Personenhandelsgesellschaften nach herrschender Meinung eine eintragungsfähige, nicht aber eintragungspflichtige Tatsache dar.[174]

c) Folgen eines Verstoßes

Die Folgen eines Verstoßes richten sich nach den allgemeinen Regeln der §§ 177 ff. BGB. Eine nachträgliche Genehmigung des schwebend unwirksamen Rechtsgeschäfts ist also möglich.[175]

5. GmbH & Co KG

a) Grundsatz

Besonderheiten sind bei der GmbH & Co KG zu beachten. Hier geht es nicht nur um Geschäfte des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH mit sich selbst, sondern die Ebene der KG ist mit einzubeziehen. Denkbar sind daher auch Geschäfte zwischen der Komplementär-GmbH und der KG, zwischen dem Geschäftsführer der GmbH und der KG, zwischen den Kommanditisten und der KG sowie zwischen den Kommanditisten und der Komplementär-GmbH.[176]

b) Rechtsgeschäfte zwischen Kommanditisten und KG oder Komplementär-GmbH

Bei Rechtsgeschäften zwischen Kommanditisten und der KG gelten grundsätzlich die allgemeinen Regeln. Die Kommanditisten sind grundsätzlich nicht selbst zur Vertretung der KG befugt (§ 170 HGB); in Betracht kommt daher allenfalls rechtsgeschäftlich erteilte Vertretungsmacht, die den allgemeinen Regeln unterliegt. Dies gilt auch für Rechtsgeschäfte zwischen den Kommanditisten und der Komplementär-GmbH, sofern die Kommanditisten nicht zugleich Geschäftsführer der GmbH sind. Ein Sonderfall betrifft die Gründung der KG: Hier liegt ein Fall des Insichgeschäfts vor, wenn der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH zugleich Kommanditist ist (dazu unter II.).

c) Rechtsgeschäfte zwischen dem GmbH-Geschäftsführer und der KG

Für Geschäfte des GmbH-Geschäftsführers mit der KG, die wiederum ebenfalls von dem GmbH-Geschäftsführer vertreten wird, wird die Anwendbarkeit von § 181 BGB überwiegend bejaht.[177] Der Auffassung ist zu folgen: Zwar vertritt der GmbH-Geschäftsführer die KG nicht unmittelbar, sondern als Geschäftsführer des Komplementärs. Da der Komplementär als juristische Person aber zwingend durch seine Organe handeln muss und im Ergebnis kein Unterschied zur unmittelbaren Vertretung besteht, sind die Organe ebenso zu behandeln als verträten sie die KG unmittelbar.[178] Dies gilt auch für die Einpersonen-GmbH & Co KG.[179]

d) Rechtsgeschäfte zwischen der KG und der GmbH

Bei Rechtsgeschäften zwischen der KG und der GmbH liegt, wenn beide von demselben Geschäftsführer vertreten werden, ein Fall der Mehrfachvertretung vor.[180]

e) Befreiungsmöglichkeiten

Rechtsgeschäfte zwischen KG und GmbH sowie zwischen KG und GmbH-Geschäftsführer sind demnach gemäß § 181

---

168 *Auktor*, NZG 2006, 334, 337.

169 BGH, NJW 1960, 1997, 1998; BGH, NJW 1982, 1817; *v. Ditfurth* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, § 54 Rdnr. 12.

170 *Baumbach/Hopt*, HGB, § 126 Rdnr. 9; *Hadding* in FS Merle, 2010, S. 143, 152.

171 *Habersack* in Großkommentar zum HGB, § 126 Rdnr. 19; MünchKommHGB/*Schmidt*, § 126 Rdnr. 15; *v. Ditfurth* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, § 54 Rdnr. 11; *Hadding* in FS Merle, 2010, S. 143, 152.

172 *v. Ditfurth* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, § 54 Rdnr. 11; *Hadding* in FS Merle, 2010, S. 143, 152.

173 MünchKommHGB/*Schmidt*, HGB, § 126 Rdnr. 15.

174 OLG Hamm, Rpfleger 1983, 280, 281; OLG Hamburg, DNotZ 1986, 571 f.; BayObLG, MittBayNot 2000, 53; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 119 Rdnr. 22.

175 *Baumbach/Hopt*, HGB, § 126 Rdnr. 9.

176 Vgl. auch *Westermeier*, MittBayNot 1998, 155.

177 BGH, BGHZ 58, 115, 117 (= MittBayNot 1972, 78); BGH, NJW 1995, 1158; BayObLG, MittBayNot 2000, 53; OLG Düsseldorf, NZG 2005, 131, 132; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rdnr. 128; *Koppensteiner* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 35 Rdnr. 113; *Claussen*, Grenzen der Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht, 2000, S. 204 f.; a. A. *Hübner*, Jura 1982, 85, 87 für den Alleingesellschafter-Geschäftsführer der Komplementär-GmbH.

178 Ebenso BayObLG, MittBayNot 1979, 107, 109.

179 *Koppensteiner* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 35 Rdnr. 29: § 35 Abs. 3 GmbHG analog.

180 *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, § 35 Rdnr. 73; *Lüke* in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch GmbH & Co KG, § 3 Rdnr. 25; *Claussen*, Grenzen der Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht, 2000, S. 205; wohl auch *Klingelhöfer* in Ring/Grziwotz, Praxiskommentar GmbH-Recht, 2009, § 35 GmbHG Rdnr. 52.

BGB grundsätzlich nur zulässig, wenn eine entsprechende Gestattung vorliegt, bei Geschäften zwischen KG und GmbH-Geschäftsführer seitens der KG, bei Geschäften zwischen KG und GmbH von beiden Gesellschaften.[181] Nach einer in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung soll aber dem von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten GmbH-Geschäftsführer von der GmbH im Einzelfall auch namens der KG Befreiung von § 181 BGB gewährt werden können, selbst wenn der Gesellschaftsvertrag der KG eine solche Möglichkeit nicht ausdrücklich vorsieht.[182]

Die Befreiung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB kann auch im Handelsregister der KG eingetragen werden.[183] Ob eine Anmeldepflicht besteht, ist von der Rechtsprechung bisher offengelassen worden.[184]

Schließlich könnten Probleme des § 181 BGB auch durch Einschaltung eines Prokuristen umgangen werden. Denn die von einer Komplementär-GmbH erteilte Prokura erfasst auch die Wahrnehmung ihrer Aufgaben in dieser Eigenschaft und ermächtigt daher zur Vertretung der KG.[185]

II. Gründung der Gesellschaft

Die Regelung des § 181 BGB ist auf die Gründung einer Gesellschaft, also auf den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, anwendbar.[186] Die Regelung greift ein, wenn ein Gesellschafter bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages für mindestens einen weiteren Gesellschafter handelt, oder wenn ein Vertreter bei Gesellschaftsgründung mindestens zwei Gesellschafter vertritt, da der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages ein mehrseitiges Rechtsgeschäft ist, bei dem sich alle Gesellschafter gegenüberstehen.[187] Die Stellvertretung kann bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages aufgrund Rechtsgeschäfts, aufgrund Gesetzes oder aufgrund der organschaftlichen Stellung des Stellvertreters auftreten. Hier gelten außer bei der GmbH & Co KG, auf die nachfolgend eingegangen werden soll, grundsätzlich keine gesellschaftsspezifischen Besonderheiten.

1. Fälle rechtsgeschäftlicher Vertretung

Für die Fälle rechtsgeschäftlicher Vertretung ist zu beachten, dass ein Gesellschafter, der einen anderen Gesellschafter bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages vertritt, oder ein Bevollmächtigter, der mehrere künftige Gesellschafter vertritt, von der Beschränkung des Verbots des Selbstkontrahierens befreit sein muss. Dies gilt grundsätzlich bei allen Gesellschaftsgründungen, wird in der notariellen Praxis allerdings vor allem für die GmbH und die AG relevant werden: Die Vollmacht zur Gründung einer GmbH bedarf gemäß § 2 Abs. 2 GmbHG, die Vollmacht zur Gründung einer AG bedarf gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 AktG wenigstens der notariellen Beglaubigung. Der Notar sollte daher bei Entwurf einer entsprechenden Vollmacht darauf hinwirken, dass der Bevollmächtigte von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit wird, jedenfalls wenn dieser selbst ebenfalls Gesellschafter werden soll.

2. Fälle der gesetzlichen Vertretung

Im Falle der gesetzlichen Vertretung kann Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB nach der herrschenden Meinung nicht erteilt werden.[188] Insbesondere Eltern sind daher bei der Vertretung ihrer minderjährigen Kinder im Rahmen der Gründung einer Gesellschaft, an der sie auch selbst beteiligt sein sollen, grundsätzlich durch § 181 BGB gehindert;[189] für jedes Kind ist daher grundsätzlich ein eigener Ergänzungspfleger zu bestellen.[190]

3. Organschaftliche Vertretung

Relevant wird § 181 BGB auch bei einer Gesellschaftsgründung, an der wiederum Gesellschaften beteiligt sind. Diese können zwar durch ihre Organe vertreten werden, jedoch wegen § 181 BGB grundsätzlich nicht, wenn diese auch selbst an dem Gesellschaftsvertrag beteiligt sind. In diesem Fall wäre eine Befreiung von § 181 BGB erforderlich.

Ein Sonderfall betrifft die GmbH & Co KG. Wird die Komplementär-GmbH bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages der KG von einem Geschäftsführer vertreten, der zugleich Kommanditist werden soll, so liegt ein Fall des Selbstkontrahierens vor.[191] Der GmbH-Geschäftsführer müsste von den Beschränkungen des § 181 BGB ausdrücklich befreit werden. Hiervon macht die Rechtsprechung allerdings eine Ausnahme, wenn die GmbH zu dem Zweck gegründet wurde, einzige Komplementärin der KG zu sein: In diesem Fall sei eine konkludente Befreiung des Geschäftsführers von § 181 BGB im Gesellschaftsvertrag der GmbH enthalten.[192]

III. Organbeschlüsse[193]

1. Allgemeines

Inwieweit § 181 BGB auf Beschlüsse von Gesellschaftsorganen Anwendung findet, ist im Einzelnen bislang noch nicht abschließend geklärt.[194] Insbesondere ist noch nicht geklärt, inwieweit die Stimmabgabe in einer Gesellschafterversammlung ein Rechtsgeschäft i. S. v. § 181 BGB darstellt. Dies

---

181 *Lüke* in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch GmbH & Co KG, 20. Aufl. 2009, § 3 Rdnr. 25.

182 OLG Düsseldorf, NZG 2005, 131, 132; zustimmend *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rdnr. 132; *Baumbach/Hopt*, HGB, Anh. nach § 177 a Rdnr. 40.

183 BayObLG, MittBayNot 2000, 53; BayObLG, MittBayNot 2000, 241, 242; *Klingelhöfer* in Ring/Grziwotz, Praxiskommentar GmbH-Recht, 2009, § 35 GmbHG Rdnr. 57; *Westermeier*, MittBayNot 1998, 155, 158 f.

184 Hierfür *Westermeier*, MittBayNot 1998, 155, 158 f.; wohl auch *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 35 Rdnr. 133.

185 OLG Hamm, NJW 1967, 2163; *Weber* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2007, § 49 Rdnr. 3.

186 *Staudinger/Schilken*, BGB, § 181 Rdnr. 22; RGRK/*Steffen*, BGB, § 181 Rdnr. 5; *Palandt/Ellenberger*, § 181 Rdnr. 7; *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 8.

187 *Staudinger/Schilken*, BGB, § 181 Rdnr. 22; *Soergel/Leptien*, BGB, § 181 Rdnr. 19.

188 *Soergel/Leptien*, BGB, § 181 Rdnr. 19 m. w. N.; RGRK/*Steffen*, BGB, § 181 Rdnr. 6 u. 16.

189 RGRK/*Steffen*, BGB, § 181 Rdnr. 9; ausführlich hierzu *Rust*, DStR 2005, 1942 u. 1992.

190 BGH, DNotZ 1956, 559, 561; RGRK/*Steffen*, BGB, § 181 Rdnr. 9; *Reimann*, DNotZ 1999, 179, 183; *Lohse/Triebel*, ZEV 2000, 337, 338; *Rust*, DStR 2005, 1992, 1993.

191 *Koppensteiner* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 35 Rdnr. 113.

192 BGH, BB 1968, 481; offengelassen in BayObLG, MittBayNot 1979, 107, 109. Dem BGH folgt etwa *Klingelhöfer* in Ring/Grziwotz, Praxiskommentar GmbH-Recht, § 35 GmbHG Rdnr. 52.

193 Hierzu bereits ausführlich *Schemmann*, NZG 2008, 89.

194 Hierzu ausführlich *Jäger*, Teleologische Reduktion des § 181 BGB, 1999, S. 143 ff.

wurde von der Rechtsprechung früher mit dem Hinweis abgelehnt, es liege ein „Sozialakt" vor.[195] Insbesondere das Schrifttum ist dieser Auffassung entgegengetreten.[196] Auch der BGH ist von der Kennzeichnung von Gesellschafterbeschlüssen als „Sozialakte" mittlerweile abgerückt, ohne allerdings für die Praxis brauchbare Kriterien für die Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit von § 181 BGB auf Gesellschafterbeschlüsse zu entwickeln.[197] Wie zu zeigen sein wird, ist mit Differenzierungen im Einzelnen zwischen der AG auf der einen Seite und GmbH und Personengesellschaften auf der anderen Seite zu unterscheiden.[198]

2. GmbH

a) Anwendbarkeit von § 181 BGB auf Organbeschlüsse der GmbH

Umstritten ist, inwieweit § 181 BGB auf Organbeschlüsse der GmbH Anwendung findet. Zunächst ist festzustellen, dass § 47 Abs. 4 GmbHG eine Sonderregelung zum Stimmrechtsausschluss enthält. Hieraus wird von der herrschenden Meinung geschlossen, dass § 181 BGB insoweit verdrängt werde.[199] Umstritten ist allerdings die Reichweite des Ausschlusses von § 181 BGB durch § 47 Abs. 4 GmbHG: Während eine in der Literatur vertretene Mindermeinung keinerlei Anwendungsbereich für § 181 BGB sieht,[200] stehen Rechtsprechung und herrschende Lehre auf dem Standpunkt, die allgemeinere Regelung des § 181 BGB werde nur insoweit verdrängt, als der Anwendungsbereich des § 47 Abs. 4 GmbHG reiche; daher könne in bestimmten Fallkonstellationen auch § 181 BGB der Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung entgegenstehen.[201] Dieser Auffassung ist zu folgen: Die Mindermeinung übersieht, dass es nicht um die Frage der Spezialität geht, sondern dass zwei Ebenen zu unterscheiden sind: § 47 Abs. 4 GmbHG betrifft das Verhältnis des Gesellschafters zur Gesellschaft, § 181 BGB betrifft das Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem. Überschneidungen treten insoweit zwischen den Anwendungsbereichen der beiden Normen nur ausnahmsweise auf, nämlich wenn die Gesellschaft nicht von ihren Geschäftsführern, sondern von den Gesellschaftern vertreten wird (s. o.). § 181 BGB kann daher auf Gesellschafterbeschlüsse grundsätzlich Anwendung finden.[202] Die eigene Stimmabgabe des Gesellschafters bei seiner Wahl zum Geschäftsführer unterfällt von vornherein mangels Vertretungssituation nicht § 181 BGB.[203] Auch § 47 Abs. 4 GmbHG ist nicht einschlägig.[204] Anders dürfte dies für den Abschluss des Anstellungsvertrages durch die Gesellschafterversammlung zu beurteilen sein (s. o.).

b) Abstimmung durch Vertreter

§ 181 BGB ist anwendbar, wenn ein Gesellschafter einen anderen Gesellschafter bei der Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung vertritt. Dies ist daher grundsätzlich nur dann möglich, wenn der Vertretene den Vertreter von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit hat.[205] Allerdings wird die Anwendbarkeit von der herrschenden Meinung nicht für alle Beschlüsse der Gesellschafterversammlung angenommen, sondern nur für solche, die das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander betreffen („Grundlagenbeschlüsse").[206] Welche Beschlüsse dies im Einzelnen sind, ist allerdings vor allem im Schrifttum umstritten. Dass Satzungsänderungen hierzu zählen sollen, ist weitgehend unstreitig.[207] Genannt werden ferner Auflösungsbeschlüsse,[208] Ausschließungsbeschlüsse, Umwandlungsbeschlüsse, Beschlüsse über die Verteilung von Gewinn und Verlust[209] sowie Beschlüsse über Unternehmensverträge.[210] Beschlüsse über „gewöhnliche" Geschäfte sollen demgegenüber nicht von § 181 BGB erfasst sein.[211] Nach anderer, leicht modifizierter Auffassung sollen nur Beschlüsse über Geschäftsführungsmaßnahmen vom Anwendungsbereich des § 181 BGB ausgenommen sein.[212]

Dieser Differenzierung ist vor dem Hintergrund des § 181 BGB nicht zu folgen: Der Schutzzweck der Norm gebietet es, § 181 BGB auf sämtliche Beschlüsse anzuwenden, ohne zwischen Grundlagen- und sonstigen Beschlüssen zu differenzieren.[213] Für die Beurkundungspraxis ist es jedenfalls ratsam, dafür Sorge zu tragen, dass entsprechende Stimmrechtsvollmachten eine Befreiung von § 181 BGB vorsehen; ggf. kann in einer entsprechenden Bevollmächtigung auch zugleich konkludent eine Befreiung von § 181 BGB gesehen werden.[214]

c) Selbstbetroffenheit des Vertreters

§ 181 BGB ist darüber hinaus auch anwendbar, wenn der an der Beschlussfassung teilnehmende Vertreter, ohne selbst Ge-

---

195 BGH, NJW 1970, 33; dem folgend RGRK/S*teffen*, BGB, § 181 Rdnr. 5.

196 MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 19; *Fischer* in FS Hauß, 1978, S. 61, 76 ff.; *Siegmund*, BB 1981, 1674.

197 BGH, NJW 1976, 49, 50.

198 Ähnlich *Erman/Palm*, BGB, § 181 Rdnr. 12; anders noch (für Differenzierung zwischen Kapital- und Personenhandelsgesellschaften) RGRK/*Steffen*, BGB, § 181 Rdnr. 10.

199 *Fischer* in FS Hauß, S. 61, 72 f.; *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 221 f.; *Siegmund*, BB 1981, 1674, 1678.

200 *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 47 Rdnr. 16; *Fischer* in FS Hauß, S. 61, 78 f.; wohl auch *Hüffer* in Großkommentar zum GmbHG, § 47 Rdnr. 110 ff.

201 BGH, NJW 1969, 841, 844 ff.; BGH, NJW 1991, 691, 692 (zur GbR); BGH, NJW 1989, 168, 169; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 47 Rdnr. 31; *Scholz/Schmidt*, GmbHG, § 47 Rdnr. 178; *Zöllner* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47 Rdnr. 46, 60; *Michalski/Römermann*, GmbHG, § 47 Rdnr. 113; MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 19; *Erman/Palm*, BGB, § 181 Rdnr. 12; *Siegmund*, BB 1981, 1674, 1678.

202 Vgl. *Michalski/Römermann*, GmbHG, § 47 Rdnr. 113; *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 221 f.

203 Ebenso *Fischer* in FS Hauß, S. 61, 72 f.; *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 221 f.; für den Fall der Einpersonen-GmbH; vgl. auch LG Nürnberg-Fürth, AG 2001, 152.

204 *Scholz/Schmidt*, GmbHG, § 47 Rdnr. 118.

205 BGH, NJW 1989, 168, 169.

206 *Scholz/Schmidt*, GmbHG, § 47 Rdnr. 180; MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 19; *Tiedtke*, Teleologische Reduktion und analoge Anwendung des § 181 BGB, S. 46 ff.; wohl auch *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 8.

207 *Scholz/Schmidt*, GmbHG, § 47 Rdnr. 180; *Koppensteiner* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 47 Rdnr. 80; *Soergel/Leptien*, BGB, § 181 Rdnr. 21; *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 8.

208 *Hüffer* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 47 Rdnr. 116 f.; *Scholz/Schmidt*, GmbHG, § 47 Rdnr. 180; *Soergel/Leptien*, BGB, § 181 Rdnr. 21; *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 8.

209 *Hadding* in FS Merle, S. 143, 149 zu Personengesellschaften.

210 *Scholz/Schmidt*, GmbHG, § 47 Rdnr. 180; *Hüffer* in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, § 47 Rdnr. 117.

211 Vgl. *Scholz/Schmidt*, GmbHG, § 47 Rdnr. 180; MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 19; *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 8.

212 *Erman/Palm*, BGB, § 181 Rdnr. 12.

213 So auch *Michalski/Römermann*, GmbHG, § 47 Rdnr. 125; *Jäger*, Teleologische Reduktion des § 181 BGB, S. 143 ff., 178 f.

214 So MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 19; *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 8.

sellschafter zu sein, von dem Beschluss selbst betroffen ist.[215] § 47 Abs. 4 GmbHG nimmt hingegen den Gesellschafter nur in Ausnahmefällen von der Mitwirkung an ihn selbst betreffende Beschlüsse aus. Dies gilt für rechtsgeschäftliche, gesetzliche und organschaftliche Vertretung.[216] Erfasst werden folglich etwa Organe von juristischen Personen, die an einer GmbH beteiligt sind,[217] Testamentsvollstrecker[218] oder auch Eltern als gesetzliche Vertreter ihrer Kinder jeweils im Rahmen der Beschlussfassung über ihre Bestellung zum Geschäftsführer der GmbH. Eine Befreiung der teilnehmenden Vertreter von den Beschränkungen des § 181 BGB ist daher, soweit rechtlich möglich, anzuraten. Zu beachten ist, dass die Befreiung des Testamentsvollstreckers von den Beschränkungen des § 181 BGB nach der Rechtsprechung sowohl von dem Erblasser als auch von den Erben angeordnet werden kann.[219]

3. AG

Anders als bei der GmbH wird die Anwendbarkeit von § 181 BGB auf Gesellschafter (Aktionäre) bei Abstimmungen im Hinblick auf die Regelung des § 135 AktG überwiegend abgelehnt.[220] Speziell aktienrechtliche Stimmverbote enthält demgegenüber § 136 AktG. Für den Aufsichtsrat wird von der herrschenden Meinung § 34 BGB analog herangezogen,[221] § 181 BGB soll demgegenüber nicht einschlägig sein.[222]

Das spezialgesetzliche Verbot des Selbstkontrahierens in § 112 AktG hindert Vorstände einer AG, die Muttergesellschaft einer anderen Gesellschaft ist, sich dort namens der AG zu Gesellschaftsorganen zu bestellen.[223] Der Aufsichtsrat kann den Vorstand hierzu aber rechtsgeschäftlich bevollmächtigen.[224]

4. OHG/KG

Umstritten, allerdings bislang nicht mit derselben Intensität wie bei den Kapitalgesellschaften diskutiert[225], ist auch die Reichweite der Geltung des § 181 BGB bei Gesellschafterbeschlüssen in OHG und KG.[226] Hier geht es vor allem um die Frage des Selbstkontrahierens, wenn ein Gesellschafter in Vertretung für einen anderen Gesellschafter und zugleich für sich selbst abstimmt;[227] grundsätzlich denkbar ist aber auch wie bei der GmbH eine Selbstbetroffenheit des Vertreters, der nicht selbst Gesellschafter ist, sofern die Stimmrechtsvertretung bei der Personengesellschaft zulässig ist.[228]

Nach der Rechtsprechung des BGH gilt § 181 BGB bei Personengesellschaften grundsätzlich nicht für Gesellschafterbeschlüsse über Maßnahmen der Geschäftsführung oder sonstige gemeinsame Gesellschaftsangelegenheiten, „soweit sie sich auf dem Boden des geltenden Gesellschaftsvertrags bewegen“;[229] insoweit soll mangels gegenläufiger Interessen kein „Rechtsgeschäft“ i. S. d. § 181 BGB vorliegen. Dagegen soll § 181 BGB anwendbar sein bei solchen Beschlüssen, bei denen das persönliche Interesse des Vertreters typischerweise nicht identisch ist mit den mitgliedschaftlichen Interessen der Vertretenen;[230] dies wurde etwa angenommen, wenn ein Gesellschafter sich mit den Stimmen seiner Vollmachtgeber zum Geschäftsführer der Gesellschaft bestellt.[231] Insofern wird die zur GmbH entwickelte Unterteilung in „Grundlagenbeschlüsse“, bei denen § 181 BGB Anwendung findet, und sonstige Beschlüsse, bei denen § 181 BGB unanwendbar ist, auch bei Personengesellschaften übernommen.[232]

Die Differenzierung des BGH ist für die Praxis wenig brauchbar, da sie wenig trennscharf ist. Zu Recht geht die überwiegende Meinung im Schrifttum daher von einer unbeschränkten Anwendbarkeit des § 181 BGB aus.[233] Für die Praxis empfiehlt es sich daher, auf eine Befreiung von den Restriktionen des § 181 BGB zu achten, um jegliche Zweifel auszuschließen.

IV. Besonderheiten bei Gesellschaftsbeteiligungen und in Konzernsachverhalten

Ob in Konzernsachverhalten § 181 BGB Anwendung findet, ist abschließend bislang nicht geklärt. Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung ist § 181 BGB in Konzernsachverhalten teleologisch zu reduzieren.[234] Die Rechtsprechung ist dieser Auffassung bislang nicht gefolgt und dürfte einer teleologischen Reduktion des § 181 BGB in Beteiligungs- und Konzernsachverhalten eher entgegenstehen.[235] Auch die wohl herrschende Ansicht im Schrifttum spricht sich gegen eine teleologische Reduktion aus.[236] Für die notarielle Praxis dürfte daher auch in Konzernsachverhalten auf die Einhaltung der Voraussetzungen von § 181 BGB zu achten sein.

---

215 Ebenso *Scholz/Schmidt*, GmbHG, § 47 Rdnr. 181; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 47 Rdnr. 31; *Zöllner* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47 Rdnr. 60; *Siegmund*, BB 1981, 1674, 1675; a. A. aber *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 47 Rdnr. 16; wohl auch RGZ 137, 305, 316.

216 *Scholz/Schmidt*, GmbHG, § 47 Rdnr. 181.

217 BayObLG, NJW-RR 2001, 469; vgl. auch LG Nürnberg-Fürth, AG 2001, 152.

218 BGH, NJW 1969, 841, 844 ff.

219 BGH, NJW 1969, 841, 844 ff; BGH, NJW 1989, 2694, 2695.

220 MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 19; *Erman/Palm*, BGB, § 181 Rdnr. 12; *Frensch* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 181 Rdnr. 8; *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 222; a. A. *Soergel/Leptien*, BGB, 13. Aufl. 1999, § 181 Rdnr. 21.

221 BayObLG, NZG 2003, 691, 692 m. w. N.; *Hüffer*, AktG, § 108 Rdnr. 9; MünchKommAktG/*Habersack*, § 108 Rdnr. 29; *Oetker* in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2010, § 108 AktG Rdnr. 9.

222 A. A. aber wohl *Wilhelm*, NJW 1983, 912, 913.

223 LG Berlin, GmbHR 1997, 750, 751; *Gehrlein/Weinland* in jurisPK-BGB, § 181 Rdnr. 7; *Götze*, GmbHR 2001, 217, 220; *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 223; a. A. LG Nürnberg-Fürth, AG 2001, 152; *Bormann*, OLG-Report Düsseldorf 2003, K 21, K24.

224 LG Berlin, GmbHR 1997, 750, 751; *Götze*, GmbHR 2001, 217, 220; *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 223.

225 Vgl. *Hadding* in FS Merle, S. 143, 144.

226 Vgl. etwa *Fischer* in FS Hauß, S. 61, 79 ff.

227 *Goette* in Ebenroth/Bounong/Joost/Strohn, HGB, § 119 Rdnr. 20.

228 Vgl. dazu *Baumbach/Hopt*, HGB, § 119 Rdnr. 22.

229 BGH, NJW 1976, 49, 50; zustimmend *Soergel/Leptien*, BGB, § 181 Rdnr. 21; *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 224.

230 BGH, NJW 1991, 691, 692 (in Bezug auf eine GbR).

231 BGH, NJW 1991, 691, 692.

232 BGH, NJW 1991, 691, 692 (für GbR); BGHZ 65, 93, 96 f. (= MittBayNot 1975, 263); BGH, NJW 1961, 724; zustimmend *Hadding* in FS Merle, S. 143, 151.

233 MünchKommHGB/*Enzinger*, 2. Aufl. 2006, § 119 Rdnr. 21; *Wiedemann*, GesR I, 182 f., der aber Maßnahmen der Geschäftsführung ausnehmen will; a. A. *Schulze-Osterloh* in FS Hadding, 637, 652.

234 MünchKommBGB/*Schramm*, § 181 Rdnr. 19; *Timm*, AcP 193, 423 ff.

235 Vgl. BGH, NJW 1985, 2409, 2410.

236 *Erman/Palm*, BGB, § 181 Rdnr. 13 m. w. N.; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 35 Rdnr. 51; *Jäger*, Teleologische Reduktion des § 181 BGB, S. 183 f.; *Tiedtke*, Teleologische Reduktion und analoge Anwendung des § 181 BGB, S. 90 f.

C. Fallgruppenübersicht

Im Folgenden sollen überblicksartig, allerdings ohne Anspruch auf Vollständigkeit, die wichtigsten denkbaren Fallkonstellationen zusammengefasst werden.

	GmbH	**AG**	**OHG/KG**	**GmbH & Co KG**
Rechtgeschäfte zwischen Vertreter und Gesellschaft				
Insichgeschäfte: Vertreter mit Gesellschaft	§ 181 anwendbar	§ 112 AktG verdrängt § 181 BGB; auch bei „wirtschaftlicher Identität“ möglich	§ 181 anwendbar	§ 181 anwendbar auf Geschäfte zwischen GmbH und KG, sowie zwischen GmbH-GeFü und KG
Mehrfachvertretung Vertreter für Gesellschaft und zugleich für einen Dritten	§ 181 anwendbar	§ 181 anwendbar	§ 181 anwendbar	§ 181 anwendbar
Handeln eines Prokuristen für die Gesellschaft Vertrag mit Vertreter oder mit Vertreter handelnd für einen Dritten	§ 181 BGB unanwendbar	Bei Geschäft mit Vorstand: § 112 AktG zwingend, bei Geschäft mit Vorstand als Vertreter eines Dritten: § 181 BGB unanwendbar, bei Geschäft des Prokuristen mit der AG § 181 BGB mit Befreiungsmöglichkeit anwendbar (str.)	§ 181 BGB unanwendbar	§ 181 BGB unanwendbar
Befreiungsmöglichkeiten	Befreiungsmöglichkeit in Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluss (auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage, str.)	Keine Befreiungsmöglichkeit von § 112 AktG; Befreiungsmöglichkeit für Mehrfachvertretung durch AR (auf satzungsmäßiger Grundlage, str.), keine Befreiung durch HV	Befreiungsmöglichkeit in Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluss	Befreiungsmöglichkeit in Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluss
Erfüllung einer Verbindlichkeit	§ 181 BGB unanwendbar, z. B. Einbringungs-[237] oder Übernahmevertrag[238] (str.)	Nur bei Mehrfachvertretung zulässig	wie GmbH	wie GmbH
Ermächtigung Bei Gesamtvertretung: Ein Vertreter ermächtigt nicht von § 181 BGB betroffenen anderen Vertreter	Möglich (str.)	Möglich bei Mehrfachvertretung (str.)	Möglich (str.)	Möglich (str.)
Folge eines Verstoßes	§§ 177 ff. BGB: Genehmigung durch anderen Geschäftsführer (soweit möglich) oder Gesellschafterversammlung; bei Mehrfachvertretung zusätzlich Genehmigung des anderen Vertragsteils (str.)	Selbstkontrahieren: str., e. A.: § 134 BGB, a. A.: §§ 177 ff. BGB; Bestätigung nach § 141 BGB daher empfehlenswert Mehrfachvertretung: §§ 177 ff. BGB mit Möglichkeit der Genehmigung durch Vorstand oder AR, zusätzlich Genehmigung des anderen Vertragsteils (str.)	§§ 177 ff. BGB: Genehmigung durch anderen Gesellschafter (soweit möglich) oder Gesellschafterversammlung, bei Mehrfachvertretung zusätzlich Genehmigung des anderen Vertragsteils (str.)	§§ 177 ff. BGB: Genehmigung durch anderen Geschäftsführer (soweit möglich) oder Gesellschafterversammlung, bei Mehrfachvertretung zusätzlich Genehmigung des anderen Vertragsteils (str.)

Beteiligungskonstellationen				
Bestellung zum Leitungsorgan einer Tochtergesellschaft	§ 181 BGB anwendbar, wenn GeFü sich zum Vertreter eine GmbH-Tochtergesellschaft bestellt	§ 112 AktG anwendbar, wenn Vorstand sich zum Vertreter einer Tochtergesellschaft bestellt (str.)	§ 181 BGB anwendbar, wenn Gesellschafter sich zum Vertreter eine Tochtergesellschaft bestellt	§ 181 BGB anwendbar, wenn GeFü sich zum Vertreter eine GmbH-Tochtergesellschaft bestellt
Unternehmensverträge	§ 181 BGB anwendbar, aber Ermächtigung denkbar	§ 181 BGB anwendbar, aber Ermächtigung denkbar	§ 181 BGB anwendbar, aber Ermächtigung denkbar	§ 181 BGB anwendbar, aber Ermächtigung denkbar
Gemeinsamer Unterbevollmächtigter	§ 181 BGB anwendbar: keine Befreiung, wenn GeFü selbst nicht befreit ist (str.)	§ 181 BGB anwendbar, keine Befreiung, wenn Vorstand selbst nicht befreit ist (str.)	§ 181 BGB anwendbar, keine Befreiung, wenn Gesellschafter selbst nicht befreit ist	§ 181 BGB anwendbar, keine Befreiung, wenn GeFü selbst nicht befreit ist
Organbeschlüsse				
Stimmabgabe durch Vertreter	§ 181 BGB anwendbar bei Selbstbetroffenheit und bei Mehrfachvertretung, allerdings nur auf „Grundlagenbeschlüsse“ (str.). § 181 BGB und § 47 Abs. 4 GmbHG unanwendbar, wenn Gesellschafter sich selbst zum Geschäftsführer wählt	§ 181 BGB ist auf Hauptversammlung unanwendbar.	§ 181 BGB anwendbar bei Selbstbetroffenheit und bei Mehrfachvertretung, allerdings nur auf „Grundlagenbeschlüsse“ (str.).	§ 181 BGB anwendbar bei Selbstbetroffenheit und bei Mehrfachvertretung, allerdings nur auf „Grundlagenbeschlüsse“ (str.).

237 LG Nürnberg-Fürth, MittBayNot 1982, 175; *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 195.
238 LG Berlin, ZIP 1985 , 1491; *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 196.

Probleme der Volljährigenadoption, insbesondere derjenigen mit „starken Wirkungen“

Von Rechtsanwältin Dr. *Gabriele Müller*, Deutsches Notarinstitut, Würzburg

Seit einigen Jahren tritt die Volljährigenadoption vermehrt in das Blickfeld der Öffentlichkeit, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Reform des Erbschaftsteuerrechts, durch die die Steuerklassen geändert und die Steuertarife für nicht – eng – verwandte Personen wie z. B. Geschwister, Neffen oder Nichten stark angehoben wurden. Damit steigt auch die Anzahl der Adoptionsfälle in der notariellen Praxis. Für Notare, die bislang eher selten mit Volljährigenadoptionen befasst waren, hält dieses Rechtsgebiet einige Fallstricke parat. Nachfolgend werden einige Musterfälle vorgestellt, anhand derer einzelne praxisrelevante Probleme der Volljährigenadoption erörtert werden. Von besonderem Interesse ist in diesem Zusammenhang die Abgrenzung der Volljährigenadoption mit schwachen Wirkungen nach den §§ 1767 ff. BGB von derjenigen mit „starken“ Wirkungen gemäß § 1772 BGB.

1. Stark oder schwach? – Das ist hier die Frage!

Fall 1:

Aus der im Jahr 2002 rechtskräftig geschiedenen Ehe der Ehegatten M und F ging das heute 19-jährige Kind K hervor. F heiratet erneut und wohnt mit ihrem Kind K und ihrem zweiten Ehemann M2 mehrere Jahre harmonisch in einem Haushalt zusammen. Dann scheitert auch die zweite Ehe. F setzt sich nach der Scheidung nach Mallorca ab, wo sie ein völlig neues Leben beginnen will.

M2, der zweite Ehemann von F, hat sein gutes Verhältnis zu K über die Scheidung hinaus beibehalten. Als M, der leibliche Vater von K, stirbt, fasst M2 den Entschluss, das Kind seiner geschiedenen Ehefrau im Wege der Volljährigenadoption anzunehmen und zwar mit „starken Wirkungen“. M2 und K suchen daher Notar N auf, wo Adoptionsanträge gemäß § 1772 BGB beurkundet werden. Problem? –

Soll ein Volljähriger als Kind angenommen werden, so ist dies nach deutschem Recht in zwei Formen möglich: Zum einen im Wege der einfachen („normalen“) Volljährigenadoption nach den §§ 1767 ff. BGB, zum anderen im Wege der Volljährigenadoption nach § 1772 BGB. § 1772 Abs. 1 BGB sieht vor, dass das Familiengericht beim Ausspruch der Annahme eines Volljährigen auf Antrag des Annehmenden und des Anzunehmenden bestimmen kann, dass sich die Wirkungen der Annahme nach den Vorschriften über die Annahme eines Minderjährigen richten (§§ 1754 bis 1756 BGB). Dies gilt allerdings nur, wenn der Ausschlussgrund des § 1772 Abs. 1

Satz 2 BGB nicht vorliegt[1] und einer der in § 1772 Abs. 1 Satz 1 a) bis d) BGB enumerativ genannten Sonderfälle erfüllt ist.

Dies ist der Fall, wenn:

a) ein minderjähriger Bruder oder eine minderjährige Schwester des Anzunehmenden von dem Annehmenden als Kind angenommen worden ist oder gleichzeitig angenommen wird (Geschwisteradoption) oder

b) der Anzunehmende bereits als Minderjähriger in die Familie des Annehmenden aufgenommen worden ist („Nachgeholte Minderjährigenadoption“) oder

c) der Annehmende das Kind seines Ehegatten annimmt (Stiefkindadoption) oder

d) der Anzunehmende in dem Zeitpunkt, in dem der Antrag auf Annahme bei dem Familiengericht eingereicht wird, noch nicht volljährig ist (Eintritt der Volljährigkeit während des Verfahrens).

Im geschilderten Fall 1 greift b) ein, so dass der Tatbestand des § 1772 BGB erfüllt ist. Dies bedeutet jedoch nicht zwangsläufig, dass auch diese Form der Volljährigenadoption beantragt werden muss. Es ist vielmehr weiter zu prüfen, ob die Adoption nach § 1772 BGB von ihren Rechtsfolgen her den Vorstellungen und Wünschen der Beteiligten entspricht oder ob nicht vielmehr eine einfache Volljährigenadoption nach den §§ 1767 ff. BGB „genügen“ würde. Die Beteiligten können bzw. müssen also die geeignete Adoptionsform wählen.[2]

Im Falle des § 1772 BGB richten sich die Wirkungen der Adoption nach den Vorschriften über die Annahme eines Minderjährigen. Es gelten also die §§ 1754 bis 1756 BGB. Im Falle der gemeinschaftlichen Annahme eines Kindes oder der Annahme eines Kindes des Ehegatten erlangt das Kind daher die rechtliche Stellung eines gemeinsamen Kindes der Annehmenden und wird voll in die (neue) Verwandtschaft der Annehmenden integriert. Andererseits erlöschen gemäß § 1755 Abs. 1 BGB die Verwandtschaftsverhältnisse des Kindes und seiner Abkömmlinge zu den bisherigen (leiblichen) Verwandten. Dies bedeutet, dass im geschilderten Fall 1 nicht nur das Verwandtschaftsverhältnis zum leiblichen Vater (bzw. dessen Verwandten), sondern auch das Verwandtschaftsverhältnis zur leiblichen Mutter nebst ihren Verwandten erlöschen würde.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 1755 Abs. 2 BGB, der eine Adoption des Kindes des Ehegatten (Stiefkindadoption) voraussetzt. Diese Konstellation liegt in Fall 1 nicht vor, da die Ehe bereits rechtskräftig aufgelöst ist. Es dürfte unterstellt werden können, dass in einem Fall wie dem oben geschilderten Fall 1 das Erlöschen der Verwandtschaftsbeziehung zur leiblichen Mutter und deren Verwandten regelmäßig nicht gewünscht ist und daher die leibliche Mutter bzw. der Anzunehmende wenig angetan wären, wenn sie nach Ausspruch der Adoption erfahren würden, dass zwischen ihnen kein Verwandtschaftsverhältnis mehr besteht.

Anstelle der beantragten Adoption gemäß § 1772 BGB kommt die Vornahme einer einfachen Volljährigenadoption nach den §§ 1767 ff. BGB in Betracht. Hierdurch würde eine rechtliche Verwandtschaft zum Annehmenden (nicht aber zu seinen Verwandten) hergestellt, während die Verwandtschaftsverhältnisse zu den bisherigen (leiblichen) Verwandten – und damit auch zur leiblichen Mutter – bestehen blieben (§ 1770 Abs. 2 BGB). Dies wird den Interessen der Betroffenen regelmäßig eher entsprechen.

Ergebnis: Auch wenn die Voraussetzungen des § 1772 BGB – ausnahmsweise – vorliegen, wird es von den Rechtsfolgen her häufig angezeigt sein, nur eine „normale“ Volljährigenadoption nach den §§ 1767 ff. BGB zu beantragen.[3]

2. Zu spät für die Stiefkindadoption?

Fall 2:

Aus der im Jahr 2002 rechtskräftig geschiedenen Ehe der Ehegatten M1 und F ging das heute 19-jährige Kind K hervor. F heiratet erneut und wohnt mit ihrem Kind K und ihrem zweiten Ehemann M2 mehrere Jahre harmonisch in einem Haushalt zusammen. Dann stirbt F. Ihr zweiter Ehemann M2 plant nunmehr, das Kind seiner verstorbenen Ehefrau im Wege der Volljährigenadoption anzunehmen. Beabsichtigt ist eine Volljährigenadoption mit starken Wirkungen, da etwaige Unterhaltsansprüche des zwischenzeitlich im Pflegeheim untergebrachten leiblichen Vaters M1 drohen. Fraglich ist, wie sich infolge der gewünschten Adoption die Verwandtschaftsbeziehungen zu den mütterlichen Verwandten darstellen. Diese sollen infolge der Adoption keinesfalls gelöst werden, da die Großeltern mütterlicherseits sehr wohlhabend sind und K von dieser Seite erhebliche Erbschaften zu erwarten hat. –

Soll nach den Vorstellungen der Beteiligten die Verwandtschaftsbeziehung zum leiblichen Vater „gekappt“ werden,[4] kommt nur die Volljährigenadoption mit „starken Wirkungen“ i. S. v. § 1772 BGB in Betracht. Die Wirkungen der Annahme richten sich dann nach den Vorschriften über die Annahme eines Minderjährigen (§§ 1754 bis 1756 BGB), es kommt zur Volladoption, bzw. „Adoption mit starken Wirkungen“ (vgl. dazu bereits Fall 1). Infolge der Adoption würde gemäß § 1772 BGB auch die Verwandtschaftsbeziehung zu den mütterlichen Verwandten erlöschen. Etwas anderes gilt nur, wenn eine der gesetzlichen Ausnahmebestimmungen (§ 1755 Abs. 2 BGB oder § 1756 Abs. 2 BGB) eingreifen würde.

§ 1755 Abs. 2 BGB sieht für den Fall, dass ein Ehegatte das Kind seines Ehegatten annimmt (Stiefkindadoption), vor, dass das Erlöschen nur im Verhältnis zu dem anderen Elternteil und dessen Verwandten eintritt (also im Beispielsfall nur in Bezug auf den Vater und dessen Verwandte). Auf den in Fall 2 mitgeteilten Sachverhalt kann die Norm nicht direkt angewendet werden. Denn ist die Ehe durch Tod aufgelöst, liegt keine echte Stiefkindadoption i. S. v. § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB mehr vor, so dass das Kind infolge der Adoption auch nicht mehr gemäß § 1754 Abs. 1 BGB die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen ehelichen Kindes erlangen kann.[5]

---

1 Vgl. zur Beteiligung der leiblichen Eltern im Falle des § 1772 BGB noch unten Fall 5.

2 Ist von den Beteiligten eine Volladoption beantragt, darf das Gericht keine Adoption mit schwachen Wirkungen aussprechen, da es sich insoweit um ein aliud und nicht um ein minus handelt; zulässig ist es aber, dass die Antragsteller im Hauptantrag die Volladoption (§ 1772 BGB) verfolgen und hilfsweise die Adoption mit schwachen Wirkungen beantragt wird; OLG München, ZErb 2010, 183 ff. – Ist die Adoption antragsgemäß als normale Volljährigenadoption ausgesprochen worden, kann sie nicht nachträglich in eine Volljährigenadoption mit den starken Wirkungen der Minderjährigenannahme abgeändert werden; OLG Frankfurt, FGPrax 2009, 17.

3 Vgl. dazu auch Gutachten DNotI-Report 2010, 139, 142.

4 Gemäß § 1772 Abs. 1 Satz 2 BGB darf eine Volljährigenadoption mit den Wirkungen der Minderjährigenannahme vom Familiengericht nicht ausgesprochen werden, wenn ihr überwiegende Interessen der Eltern des Anzunehmenden entgegenstehen. Voraussichtlich würde den Adoptionsanträgen daher nicht stattgegeben werden. Diese Frage soll hier jedoch nicht vertieft werden.

5 Vgl. nur *Staudinger/Frank*, Neubearb. 2007, § 1756 Rdnr. 30; *Soergel/Liermann*, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1741 Rdnr. 39; MünchKommBGB/*Maurer*, 5. Aufl. 2008, § 1741 Rdnr. 31.

Aber auch § 1756 Abs. 2 BGB greift nicht direkt ein. Dieser sieht für den Fall, dass ein Ehegatte das Kind seines Ehegatten annimmt, vor, dass das Verwandtschaftsverhältnis nicht im Verhältnis zu den Verwandten des anderen Elternteils erlischt, wenn jener die elterliche Sorge hatte und verstorben ist.[6] § 1756 Abs. 2 BGB regelt damit unmittelbar den Fall der Annahme eines Kindes des Ehegatten, dessen frühere Ehe durch Tod aufgelöst worden ist.[7] In einem solchen Fall besteht kein Bedürfnis mehr, das Verwandtschaftsverhältnis zum Stamm des anderen Elternteils (d. h. demjenigen, der bereits verstorben ist) zum Erlöschen zu bringen. Dahinter steht die Überlegung, dass es den Eltern des Verstorbenen, die schon ihr Kind durch Tod verloren haben, nicht zugemutet werden soll, auch noch das Enkelkind durch Adoption zu verlieren.[8] Vorliegend geht es aber nicht um die Frage des Fortbestehens der Verwandtschaftsbeziehung zum (geschiedenen) Ehemann der vorverstorbenen Ehefrau, sondern um diejenige zur (verstorbenen) Mutter bzw. deren Verwandten.

Der hier vorliegende Fall der Adoption durch den Stiefelternteil nach Tod des mit ihm verheiratet gewesenen leiblichen Elternteils ist nicht eigens gesetzlich geregelt. Die einzige hierzu vorliegende Gerichtsentscheidung ist der Beschluss des LG Koblenz vom 29.8.2000.[9] Das LG Koblenz hat sich hierin für eine analoge Anwendung von § 1756 Abs. 2 BGB ausgesprochen, wenn der überlebende Ehegatte das Kind seines verstorbenen Ehegatten annimmt. Begründet hat das LG Koblenz seine Rechtsansicht maßgeblich mit dem Kindeswohl, das durch § 1756 BGB geschützt wird und im Falle der Stiefkindadoption keinen Nachteil erleiden soll. Dem LG Koblenz ist zuzustimmen, da es das Kindeswohl in einem Fall wie dem vorliegenden gebietet, die Verwandtschaft zu den Verwandten seines verstorbenen leiblichen Elternteils aufrechtzuerhalten.[10] Auch die Kommentarliteratur hat sich einhellig der Entscheidung des LG Koblenz angeschlossen,[11] sofern die Adoption durch den Stiefelternteil nicht erst nach Wiederverheiratung mit einem neuen Ehegatten erfolgt.[12] Es spricht nichts dagegen, diese Rechtsprechung auch im Falle einer Volljährigenadoption mit den Wirkungen einer Minderjährigenannahme (§ 1772 BGB) anzuwenden.

Ergebnis: Nach herrschender Ansicht ist auf eine „Stiefkindadoption“ durch den Stiefelternteil nach dem Tod des leiblichen Elternteils § 1756 Abs. 2 BGB analog anwendbar, so dass infolge der Adoption die Verwandtschaftsbeziehung zu den Verwandten des verstorbenen Elternteils nicht erlöschen würde.

3. Rückadoption durch die leiblichen Eltern?

Fall 3:

Der zwischenzeitlich volljährige S wurde im Jahre 2001 vom geschiedenen Ehemann der Kindesmutter und dessen (neuer) Ehefrau als gemeinschaftliches eheliches Kind angenommen. Inzwischen hat sich das Verhältnis zur leiblichen, unverheirateten Mutter derart positiv entwickelt, dass der Angenommene dies auch nach außen hin in einer rechtlichen Verwandtschaft dokumentiert sehen möchte. Geplant ist daher die Adoption des Angenommenen durch die leibliche Mutter, wobei eine Volladoption (§ 1772 BGB) beantragt werden soll. Ist die Rückadoption des eigenen leiblichen Kindes zulässig, auch mit den Wirkungen des § 1772 BGB? –

Nachdem die Aufhebung einer Minderjährigenadoption nur aus eng begrenzten Gründen zulässig ist (vgl. § 1760 BGB: Aufhebung wegen fehlender Erklärungen; § 1763 BGB: Aufhebung zum Wohl des Kindes), kann ein Verwandtschaftsverhältnis zur leiblichen Mutter nur durch Adoption hergestellt werden. Dabei steht der Adoption nicht entgegen, dass es sich bei S um das biologische Kind der Annehmenden handelt. Denn i. R. d. §§ 1741 ff. BGB kommt es auf die rechtliche und nicht auf die biologische Verwandtschaft an.[13]

Das Kernproblem besteht darin, dass es sich bei S um ein bereits adoptiertes Kind handelt und § 1742 BGB eine Zweitadoption (außer durch den Ehegatten) ausschließt, solange das Annahmeverhältnis besteht. Durch dieses Verbot der sog. Kettenadoption soll im Interesse des Kindeswohls verhindert werden, dass die Kinder von Adoptiveltern zu Adoptiveltern weitergereicht werden.

Für Volljährigenadoptionen gilt das Verbot der Kettenadoption allerdings nicht. Denn § 1768 Abs. 1 Satz 2 BGB sieht ausdrücklich vor, dass § 1742 BGB im Rahmen von Volljährigenadoptionen nicht anzuwenden ist. Diese Verweisung, die durch das Gesetz zur Änderung adoptionsrechtlicher Vorschriften (AdoptRÄndG) vom 4.12.1992 (BGBl I, 1974) mit Wirkung vom 12.2.1992 eingeführt wurde, beschränkt das Verbot der Mehrfachadoption auf Minderjährige. Seit 1992 ist damit die Annahme eines Volljährigen grundsätzlich auch dann möglich, wenn der Volljährige vorher schon einmal adoptiert worden ist. Dabei ist es unerheblich, ob der erneut Anzunehmende bei der ersten Annahme minderjährig oder bereits volljährig war.[14]

Das Verbot der Mehrfachadoption wurde für Volljährige insbesondere gelockert, um eine Rückadoption (Readoption) durch einen leiblichen Elternteil zu ermöglichen, beispielsweise, wenn die Ehe, in der die Stiefkindadoption erfolgt war, gescheitert ist.[15] Die Zulässigkeit der erneuten Adoption eines Volljährigen ist aber nicht auf diesen Fall beschränkt.

Ob die Rückadoption durch den leiblichen Elternteil auch als Volladoption gemäß § 1772 BGB erfolgen kann, ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut nicht eindeutig, ist aber zu bejahen.[16] Grundsätzlich könnte die Readoption folglich auch nach § 1772 BGB erfolgen, sofern nur dessen Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind (wie z. B. Aufnahme in den Haushalt des Annehmenden als Minderjähriger; vgl. dazu oben Fall 1). Der Umstand, dass die Adoption durch den leiblichen

---

6 Bei Anwendung der Vorschrift im Rahmen der Volljährigenadoption gemäß § 1772 BGB kommt es darauf an, ob der vorverstorbene Elternteil bei Eintritt der Volljährigkeit des Kindes oder, wenn er vorher verstorben ist, in diesem Zeitpunkt die elterliche Sorge hatte; BGH, NJW 2010, 678 ff. = FamRZ 2010, 273 m. Anm. *Maurer* = DNotZ 2010, 309.

7 Vgl. *Palandt/Diederichsen*, 68. Aufl. 2009, § 1756 Rdnr. 2.

8 Vgl. BT-Drucks. 7/5087, S. 17; BGH, NJW 2010, 678 ff. = FamRZ 2010, 273 m. Anm. *Maurer* = DNotZ 2010, 309.

9 Rpfleger 2001, 34.

10 Anders ist dies, wenn die Adoption erst nach Scheidung der Ehe erfolgen soll, da dann keine echte Stiefkindsituation mehr vorliegt; vgl. Gutachten DNotI-Report 2010, 139, 142.

11 Vgl. MünchKomm/*Maurer*, a. a. O.; *Bamberger/Roth/Enders*, BGB, 2. Aufl. 2008, § 1756 Rdnr. 9; jurisPK-BGB/*Heiderhoff*, 4. Aufl. 2008, § 1756 Rdnr. 5; *Staudinger/Frank*, § 1756 Rdnr. 30 m. w. N.

12 *Staudinger/Frank*, § 1756 Rdnr. 30.

13 Vgl. *Staudinger/Frank*, § 1741 Rdnr. 55; *G. Müller* in Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira, Adoptionsrecht in der Praxis, 2007, Rdnr. 50.

14 *Staudinger/Frank*, § 1742 Rdnr. 8.

15 Vgl. *Liermann*, FamRZ 1993, 1263, 1265.

16 Vgl. *Erman/Saar*, BGB, 12. Aufl. 2008, § 1768 Rdnr. 2; *Soergel/Liermann*, § 1768 Rdnr. 8.

Elternteil des Volljährigen erfolgen soll, impliziert folglich nicht zugleich die Zulässigkeit einer Adoption mit starken Wirkungen.

Zu beachten sind ferner die übrigen Adoptionsvoraussetzungen. Ist der leibliche Elternteil, der die Readoption vornehmen will, beispielsweise zwischenzeitlich (erneut) verheiratet, kann die Adoption nur gemeinsam mit dem (neuen) Ehegatten erfolgen.[17] Denn § 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB gilt nicht nur im Falle der Minderjährigenadoption, sondern über § 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB auch für die Volljährigenadoption (unabhängig davon, ob diese mit schwachen oder mit starken Wirkungen erfolgt). Dies ist regelmäßig problematisch, da der Ehegatte des leiblichen Elternteils, der die Readoption will, nicht unbedingt eine ebenso innige Beziehung zum Kind haben oder entwickeln wird.

Ergebnis: Ein Volljähriger kann auch dann adoptiert werden, wenn er als Minderjähriger oder Volljähriger bereits adoptiert worden ist. In Betracht kommt insbesondere die Rückadoption durch die leiblichen Eltern bzw. einen leiblichen Elternteil, die – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – auch mit starken Wirkungen gemäß § 1772 BGB erfolgen kann.

4. Namensführung nach Adoption

Fall 4:

Die erfolgreiche, unverheiratete Speditions-Unternehmerin U (53 Jahre) soll von dem 84-jährigen X adoptiert werden. Bei X handelt es sich um einen sehr engen Freund des leiblichen Vaters von U, der selbst keine Abkömmlinge hat. Seit Kindheitstagen besteht zwischen den Beteiligten eine enge persönliche Beziehung, die durch eine Volljährigenadoption von U durch X rechtlich manifestiert werden soll.

Einziges Problem ist für U die Änderung ihres Namens, weil sie seit vielen Jahren unter ihrem Namen mit dem gleichnamigen Unternehmen bekannt ist. U sucht daher Notar N auf und fragt dort an, ob ihre Bekanntheit als Unternehmerin und der Umstand, dass der Name zum „Markenzeichen“ des Unternehmens geworden ist, die (unveränderte) Fortführung des bisherigen Familiennamens rechtfertigen würde. Sie will außerdem wissen, ob es eine andere Lösung zur Fortführung des bisherigen Namens gibt, beispielsweise im Rahmen einer Eheschließung mit ihrem langjährigen Lebensgefährten. –

Besonderes Augenmerk ist regelmäßig auf die namensrechtlichen Folgen der Adoption (vgl. § 1757 BGB) zu richten. Denn zum einen handelt es sich im Hinblick auf die Vielfalt von Namenskombinationen und das Zusammenspiel verschiedener familienrechtlicher Normen um eine rechtlich nicht einfach einzuschätzende Materie, zum anderen stellt eine adoptionsbedingte Namensänderung aus Sicht der Angenommenen regelmäßig einen „Störfaktor“ dar. Wenn dann noch eine fehlerhafte Beratung über die Namensführung nach Adoption dazu kommt oder die – ohnehin schon geringen – Möglichkeiten der Beeinflussung der Namensgebung nicht genutzt werden, ist die Verärgerung der Beteiligten und deren immaterieller Schaden regelmäßig groß. Ein diesbezügliches Risiko sollte nicht zu gering eingeschätzt werden (schon Thomas Mann wusste: „Der Name ist ein Stück des Seins und der Seele“!).

Nach § 1757 Abs. 1 BGB, der über § 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB auf die Volljährigenadoption entsprechende Anwendung findet, erwirbt der Angenommene als Geburtsnamen den Namen des Annehmenden. Diese Regelung ist zwingend.[18] Sie wird in der Rechtsprechung auch nicht als verfassungswidrig angesehen. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung wurde in den letzten Jahren vielmehr von verschiedenen Oberlandesgerichten und zuletzt durch das BayObLG bestätigt.[19] Die Weiterführung ausschließlich des bisherigen Familiennamens ist bei der Volljährigenadoption wegen der zwingenden Regelung des § 1757 Abs. 1 BGB daher nicht zulässig.[20]

Die einzige Region, in der innerhalb der Bundesrepublik etwas anderes gilt, ist der Gerichtsbezirk des AG Leverkusen. Nach dortiger Rechtsprechung[21] kann das AG bei einer Volljährigenadoption aussprechen, dass der Anzunehmende seinen derzeitigen Namen als Geburtsnamen behält. Das AG Leverkusen begründet dies damit, dass das Gesetz für den Wunsch eines Volljährigen, den Namen unverändert beizubehalten, eine Lücke enthält, die in erweiternder Auslegung des § 1757 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BGB gefüllt werden kann. Das AG Leverkusen legt die Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus nach Sinn und Zweck dahin aus, dass bei schwerwiegenden Gründen der Grundsatz der Namensfortführung Vorrang vor dem Integrationsinteresse erhält. Diese Rechtsprechung ist m. E. klar contra legem, da die Rechtsfolgenbestimmung des § 1757 Abs. 1 BGB eindeutig ist und die „erweiternde Auslegung“ der Ausnahmevorschrift des § 1757 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BGB im Sinne des AG Leverkusen letztlich die Regel des § 1757 Abs. 1 BGB außer Kraft setzen würde. Im Übrigen verkennt das AG Leverkusen, dass es gerade dem Willen des Gesetzgebers entspricht, die Zugehörigkeit zu der neuen Familie auch mittels einheitlicher Namensführung nach außen zu demonstrieren.[22] Es liegt daher keine planwidrige Lücke vor, die im Wege der Auslegung geschlossen werden könnte. Damit lässt sich als Zwischenergebnis festhalten, dass die Adoption nach der herrschenden Ansicht zwingend dazu führen würde, dass U als Geburtsnamen den Namen des Annehmenden (X) erwirbt.[23]

Die Änderung des Geburtsnamens des Anzunehmenden wirkt sich regelmäßig auch auf den aktuell geführten Familiennamen des Anzunehmenden aus. Etwas anderes gilt allerdings nach § 1757 Abs. 3 BGB, wenn der Anzunehmende bereits verheiratet ist, sein bisheriger Geburtsname zum Ehenamen der Ehegatten bestimmt worden ist und sich sein Ehegatte der Namensänderung nicht durch Erklärung gegenüber dem Familiengericht angeschlossen hat. In diesem Fall würde sich infolge der Adoption nur der Geburtsname, nicht auch der aktuell geführte Ehename ändern. § 1757 Abs. 3 BGB trägt dem Umstand Rechnung, dass die automatisch eintretende Namensänderung infolge Adoption mit dem Namensbestim-

---

17 A.A. AG Starnberg, FamRZ 1995, 827 ff.; AG Rosenheim, FamRZ 2002, 1648 f.

18 Vgl. OLG Celle, FamRZ 1997, 115 ff.

19 Vgl. BayObLG, DNotZ 2003, 290 = MittBayNot 2004, 226; OLG Zweibrücken, FamRZ 2001, 1733 = MittBayNot 2001, 325; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1999, 1089 f. = FamRZ 2000, 115; OLG Celle, FamRZ 1997, 115 ff.

20 Vgl. Gutachten DNotI-Report 2002, 49. Für eine Gesetzesänderung: *Adamietz* in FS Kanzleiter, 2010, S. 3 ff.

21 AG Leverkusen, Beschluss vom 17.12.2007, 14 XVI 12/07, FamRZ 2008, 2058 f. m. abl. Anm. *Maurer*, FamRZ 2009, 440; bekräftigt durch Beschluss vom 16.4.2009, 14 XVI 1/09, RNotZ 2009, 544 f.

22 So auch *Maurer*, FamRZ 2009, 440.

23 Wer sich der – m. E. verfehlten – Rechtsprechung des AG Leverkusen anschließt und darauf besteht, dass der bisherige Name nach Adoption unverändert fortgeführt werden kann, muss daher damit rechnen, dass sein Adoptionsantrag abgelehnt wird. Selbst wenn sich das Gericht ggf. der Ansicht des AG Leverkusen anschließen würde, wäre der Adoptionsbeschluss möglicherweise nichtig und würde vom Standesbeamten nicht umgesetzt; so zumindest OLG Karlsruhe, NJW-RR 1999, 1089 f. = FamRZ 2000, 115.

mungsrecht beider Ehegatten kollidieren kann. Indem § 1757 Abs. 3 BGB die Namensänderung nur dann auf den Ehenamen erstreckt, wenn sich auch der Ehegatte der Namensänderung vor dem Ausspruch der Annahme durch Erklärung gegenüber dem Familiengericht angeschlossen hat, wird sichergestellt, dass die Annahme eines Verheirateten nicht am Namensinteresse seines Ehegatten scheitern muss.[24]

Sofern im vorliegenden Fall die Anzunehmende U noch vor Durchführung der Adoption heiraten würde und die Ehegatten den Namen U zum gemeinsamen Ehenamen bestimmen würden, würde sich die Änderung des Geburtsnamens von U infolge Adoption nicht auf den gemeinsamen Ehenamen auswirken, wenn sich der Ehemann von U nicht der adoptionsbedingten Namensänderung anschließt. U hieße dann nach der Adoption immer noch U, allerdings geb. X.

Scheidet eine Eheschließung aus, kommt im Sinne der Wahrung des bisherigen Namens nur die Bildung eines Doppelnamens in Betracht. Denn § 1757 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BGB sieht vor, dass das Familiengericht im Zusammenhang mit der Adoption auf Antrag dem neuen Familiennamen des Anzunehmenden den bisherigen Familiennamen voranstellen oder anfügen kann, wenn dies aus schwerwiegenden Gründen zum Wohle des „Kindes“ erforderlich ist. Die hierbei vorausgesetzten schwerwiegenden Gründe zum Wohle des Kindes werden in der Rechtsprechung bei Volljährigenadoptionen recht großzügig bejaht. Diesbezüglich wurden persönliche, wirtschaftliche oder gesellschaftliche Interessen[25] bzw. der wissenschaftliche Ruf des Angenommenen[26] als ausreichend für die Annahme eines schwerwiegenden Grundes angesehen. Im Falle der Volljährigenadoption wird ein entsprechender Namensänderungswunsch daher regelmäßig akzeptiert, wenn der Volljährige in nachvollziehbarer Weise ein Interesse daran darlegt, seine Beziehungen zu seinem bisherigen Lebensbereich, die mit seinem bisherigen Familiennamen verknüpft sind, aufrechtzuerhalten.[27] Für eine derartige „weite“ Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen hat sich auch das LG Regensburg[28] ausgesprochen.

Ergebnis: Mit der Adoption ändert sich zwingend der Geburtsname des Anzunehmenden und damit auch der damit identische aktuell geführte Familienname. Dies ist gemäß § 1757 Abs. 3 BGB nur anders, wenn der Anzunehmende verheiratet ist, sein Geburtsname zum gemeinsamen Ehenamen bestimmt wurde und sich der Ehegatte der Namensänderung nicht gegenüber dem Familiengericht angeschlossen hat. Ansonsten bleibt den Adoptionsbeteiligten nur die Möglichkeit, spätestens bis zum Ausspruch der Adoption bei Gericht gemäß § 1757 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BGB zu beantragen, dem neuen Familiennamen den bisherigen Familiennamen voranstellen oder anfügen zu dürfen. Dem Antrag wird stattgegeben werden, wenn – wie bei U – nachvollziehbare Gründe für diesen Wunsch vorliegen.

5. Anhörung der leiblichen Eltern?

Fall 5:

Das anzunehmende Kind K ist bereits volljährig. Die Kindesmutter ist mit dem Annehmenden verheiratet. Das Kind stammt aus einer vorehelichen Beziehung der Ehefrau. Nunmehr soll das Kind nach Minderjährigenrecht angenommen werden. Es ist allerdings nicht bekannt, wo sich der leibliche Vater V des Kindes derzeit aufhält. Entsprechende Nachforschungen verliefen bislang ergebnislos.

Ist für den Ausspruch der Adoption eine Beteiligung des leiblichen Vaters erforderlich? Wenn ja, in welcher Form (Einwilligung, Anhörung, usw.)? –

Bei einer Volljährigenadoption müssen anders als bei einer Minderjährigenadoption die leiblichen Eltern (bzw. Adoptiveltern) des Anzunehmenden nicht einwilligen. Nach § 1772 Abs. 1 Satz 2 BGB darf allerdings eine Volljährigenadoption mit den Wirkungen der Minderjährigenannahme nicht ausgesprochen werden, wenn ihr überwiegende Interessen der Eltern des Anzunehmenden entgegenstehen. Daraus wird geschlossen, dass die leiblichen Eltern des Anzunehmenden zu beteiligen sind, schon damit sichergestellt ist, dass sie ihre Interessen im Verfahren darlegen können.[29] Für die Beteiligung der Eltern spricht im Übrigen, dass die Volljährigenadoption mit den Wirkungen der Minderjährigenannahme die verwandtschaftlichen Beziehungen zu den leiblichen (bzw. bisherigen) Verwandten gemäß § 1755 Abs. 1 Satz 1 BGB beendet.[30]

Dass die leiblichen Eltern bei der Volljährigenadoption – zumindest im Falle des § 1772 BGB – anzuhören sind, war bislang anerkannt, aber nicht gesetzlich geregelt. Durch das zum 1.9.2009 in Kraft getretene FamFG wurde das Adoptionsverfahren gesetzlich neu gefasst (vgl. §§ 186 ff. FamFG). Was die Anhörung im Adoptionsverfahren anbelangt, so regelt § 192 Abs. 1 FamFG, dass das Gericht in Verfahren auf Annahme als Kind oder auf Aufhebung des Annahmeverhältnisses den Annehmenden und das Kind persönlich anzuhören hat. Nach Abs. 2 der Vorschrift ist ferner geregelt, dass im Übrigen die „beteiligten Personen“ angehört werden sollen. Hierzu kann je nach Situation auch die schriftliche Anhörung genügen. Eine persönliche Anhörung ist nicht zwingend erforderlich.[31] Den Kreis der Beteiligten definiert § 188 Abs. 1 Nr. 1 FamFG im Hinblick auf die Verfahren auf Annahme als Kind dahin gehend, dass hierzu auch die Eltern des Anzunehmenden gehören, wenn dieser entweder minderjährig ist und ein Fall des § 1747 Abs. 2 Satz 2 oder Abs. 4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht vorliegt oder im Fall des § 1772 BGB. Daraus folgt, dass zumindest im Falle der Beantragung einer Volljährigenadoption mit starken Wirkungen die leiblichen Eltern – im Fall 5 der leibliche Vater – anzuhören wäre.

Eine Ausnahme sieht das Gesetz hiervon nicht vor. Nach § 192 Abs. 3 FamFG kann nur von der Anhörung eines minderjährigen Beteiligten abgesehen werden, wenn Nachteile für seine Entwicklung, Erziehung oder Gesundheit zu befürchten sind oder wenn wegen des geringen Alters von einer Anhörung keine Aufklärung zu erwarten ist. Zum Absehen von der Anhörung eines volljährigen Beteiligten enthält das Gesetz keine Bestimmung. Aus der in § 192 Abs. 2 FamFG verwandten Formulierung, wonach im Übrigen die beteiligten Personen angehört werden „sollen“, lässt sich aber rückschließen, dass die Anhörung nicht zwingend ist, sondern im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts liegt.[32]

Aber wie sieht es bei der einfachen Volljährigenadoption mit der Anhörung der leiblichen Eltern aus? Hierzu existiert keine

---

24 Vgl. *Staudinger/Frank*, § 1757 Rdnr. 32.

25 Vgl. AG Solingen, FamRZ 1988, 105 f.

26 Vgl. LG Hannover, StAZ 1979, 323; AG Erlangen, StAZ 1979, 323.

27 LG Köln, FamRZ 1998, 506 f.; *G. Müller* in Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira, Adoptionsrecht in der Praxis, Rdnr. 346.

28 LG Regensburg, MittBayNot 2008, 481 ff.

29 BVerfG, BeckRS 2007, 28247.

30 *Bamberger/Roth/Enders*, § 1772 Rdnr. 5.

31 Vgl. *Schulte/Bunert*, Das neue FamFG, 2009, Rdnr. 680.

32 *Bumiller/Harders*, FamFG, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 9. Aufl. 2009, § 192 Rdnr. 5.

spezielle gesetzliche Regelung. Gegen eine Anhörung könnte sprechen, dass durch eine normale Volljährigenadoption die Verwandtschaftsbeziehung zu den leiblichen Eltern nicht beendet wird. Andererseits erwerben auch die Adoptiveltern Erb- und Unterhaltsansprüche nach dem Anzunehmenden und treten damit in Konkurrenz zu den leiblichen Eltern. Außerdem ist davon auszugehen, dass die leiblichen (bzw. bisherigen) Eltern in der Regel zur Frage der sittlichen Rechtfertigung der Adoption Sachdienliches vortragen können.[33] In Verfahren, die auf eine einfache Volljährigenadoption nach den §§ 1767 ff. BGB ausgerichtet sind, dürfte daher eine (zumindest schriftliche) Anhörung der leiblichen Eltern zulässig und im Rahmen der Amtsermittlungspflicht regelmäßig auch geboten sein.

Ergebnis: Die leiblichen (bzw. bisherigen) Eltern müssen im Rahmen einer Volljährigenadoption keine Einwilligungserklärung abgeben, auch nicht, wenn eine Adoption mit den Wirkungen der Minderjährigenannahme (§ 1772 BGB) beantragt wird. Im letzteren Fall sind die Eltern aber grundsätzlich anzuhören, während im Falle der einfachen Volljährigenadoption eine Anhörung im Rahmen der Amtsermittlungspflicht veranlasst sein kann.

6. Ausspruch der Adoption nach dem Tod des Annehmenden?

Fall 6:

Herr X hat mit notarieller Urkunde vom 1.9.2009 einen Antrag auf Annahme des minderjährigen Kindes seiner Ehefrau (Stiefkindadoption) gestellt. Der Vater des Kindes hat mit notarieller Urkunde seine Einwilligung erteilt. Der Annehmende ist sodann am 1.1.2010 während des laufenden Adoptionsverfahrens verstorben. Das Kind hat im Haushalt des Annehmenden gelebt. Die Ausfertigung der Annahmeurkunde ist dem zuständigen Familiengericht am 15.9.2009 durch den Notar zugeleitet worden. Die Auftragserteilung in der notariellen Urkunde lautet hierzu: „Der Notar wird beauftragt, den Antrag beim Familiengericht einzureichen.“

Das Familiengericht lehnt die Fortsetzung des Verfahrens mit der Begründung ab, „dass nach dem Tode des Antragstellers gemäß § 1753 Abs. 2 BGB eine Adoption nur erfolgen könnte, wenn der Antragsteller zu Lebzeiten einen entsprechenden Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens auch für den Fall seines Todes gestellt hätte“. Das Familiengericht beruft sich darauf, dass ein solcher notarieller Antrag nicht vorliegt und lehnt die Fortsetzung des Adoptionsverfahrens ab. Zu Recht?

Alternative:

Der Wortlaut der notariellen Urkunde lautet wie folgt: „Der Antrag wird durch den Beteiligten zu 1 selbst beim Familiengericht eingereicht. Für den Fall des Todes des Beteiligten zu 1 wird der beurkundende Notar mit der Einreichung des Antrags auf Annahme als Kind beim zuständigen Familiengericht betraut (§ 1753 Abs. 2 BGB).“[34] Der Annehmende verstirbt, bevor der Antrag beim Familiengericht eingereicht worden ist. –

Nach § 1753 Abs. 1 BGB kann der Ausspruch der Annahme nicht nach dem Tode des Kindes erfolgen. Zulässig ist allerdings der Ausspruch der Annahme gemäß § 1753 Abs. 2 BGB nach dem Tod des Annehmenden. Dies gilt aber nur unter der weiteren Voraussetzung, dass der Annehmende den Antrag beim Familiengericht eingereicht hat (Alt. 1) oder er den Urkundsnotar damit betraut hat, den Antrag einzureichen (Alt. 2). Stirbt der Annehmende dagegen, bevor die Voraussetzungen des § 1753 Abs. 2 BGB erfüllt sind, so ist die Annahme ausgeschlossen.[35]

Selbst wenn formal betrachtet die Voraussetzungen des § 1753 Abs. 2 BGB erfüllt sind, so ist nach herrschender Ansicht[36] ein Ausspruch der Annahme nach dem Ableben des Annehmenden nicht mehr zulässig, wenn der beurkundende Notar angewiesen worden ist, den Adoptionsantrag erst nach dem Tod des Annehmenden beim Familiengericht einzureichen. Dies lässt sich damit begründen, dass bei dieser Sachverhaltskonstellation der Zweck des § 1753 Abs. 2 BGB, die begründete Erwartung der Beteiligten in den Fortgang des Adoptionsverfahrens zu schützen, nicht einschlägig ist. Außerdem genügt ein solcher Antrag nicht den Erfordernissen des § 1752 BGB (vgl. § 1752 Abs. 2 BGB).

Um die Voraussetzungen des § 1753 Abs. 2 BGB zu wahren, wird der Urkundsnotar in der Praxis regelmäßig ausdrücklich mit der Einreichung des Antrags beim Familiengericht (bis zum 30.8.2009: Vormundschaftsgericht) beauftragt.[37] Mit dem „Antrag“ i. S. d. § 1753 Abs. 2 BGB ist also nicht etwa ein Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens nach Eintritt des Todes des Annehmenden gemeint, sondern der Adoptionsantrag selbst, der bei Gericht eingegangen und damit wirksam geworden sein muss.[38] Weitere Teilschritte des Verfahrens müssen nicht vollzogen sein, um den Tatbestand der ersten Alternative von § 1753 Abs. 2 BGB zu erfüllen.[39]

Im obigen Fall 6 wurde der Adoptionsantrag nicht von vornherein von der Bedingung des Ablebens des Annehmenden abhängig gemacht. Er wurde vielmehr unbedingt gestellt und entsprechend des während der Beurkundung erteilten Auftrags vom Notar beim Familiengericht eingereicht. Der Tatbestand der zweiten Alternative des § 1753 Abs. 2 BGB ist folglich erfüllt, so dass die Adoption auch noch nach dem Ableben des Annehmenden ausgesprochen werden kann, sofern auch die übrigen Voraussetzungen gegeben sind.

In der geschilderten Alternative zu Fall 6 ist dagegen mehr als fraglich, ob die 2. Alternative des § 1753 Abs. 2 BGB erfüllt ist. Im Anschluss an die oben dargelegte herrschende Ansicht wäre zumindest dann davon auszugehen, dass der Tatbestand nicht erfüllt ist, wenn die Beteiligten von vornherein (nur) eine postmortale Adoption anstrebten, die Absicht der Beteiligten also nicht darauf gerichtet war, ein Eltern-Kind-Verhältnis zwischen Lebenden zu begründen.[40] Unabhängig davon dürfte die Beauftragung des Notars, so, wie sie in der

---

33 Vgl. nur AG Bensheim, ZfJ 1995, 81 f., wo von Seiten der Eltern beträchtliche Vorwürfe gegen den Annahmewilligen erhoben wurden, die letztlich zur Ablehnung der Adoption führten.

34 Vgl. *Kersten/Bühling/Peter*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 22. Aufl. 2008, § 93 Rdnr. 31 M, 33 M, 34 M, 37 M, 51 M.

35 *Staudinger/Frank*, § 1753 Rdnr. 4.

36 AG Ratzeburg, NJWE-FER 2000, 7; MünchKomm/*Maurer*, § 1753 Rdnr. 5; *Staudinger/Frank*, § 1753 Rdnr. 4; *Bamberger/Roth/Enders*, § 1752 Rdnr. 2.

37 Vgl. *G. Müller* in Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl. 2010, S. 1516: „Der Notar wird mit der Einreichung einer Ausfertigung des Antrags beim zuständigen Familiengericht betraut.“; *Reetz* in Wurm/Wagner/Zartmann, Das Rechtsformularbuch, 15. Aufl. 2007, S. 1238: „Die Erschienenen beauftragen den amtierenden Notar, dem zuständigen Vormundschaftsgericht [jetzt: Familiengericht] eine Ausfertigung dieser Urkunde und der vorbezeichneten Einwilligungserklärungen zu erteilen und zum Zwecke der Antragstellung einzureichen.“

38 Vgl. OLG München, RNotZ 2010, 336 f. = MittBayNot 2010, 319.

39 Vgl. jurisPK-BGB/*Heiderhoff*, § 1753 Rdnr. 2.

40 So OLG München, RNotZ 2010, 336 f. = MittBayNot 2010, 319.

Alternative erfolgt ist, nicht den Anforderungen von § 1753 Abs. 2 Alt. 2 BGB genügen. Denn ein „Stufenverhältnis“, wie es hier zwischen dem eigenständigen Tätigwerden der Beteiligten und der – für den Fall des Todes des Annehmenden relevanten – Einreichung des Antrages durch den Notar hergestellt worden ist, widerspricht m. E. der Intention des Gesetzes. Es ist vielmehr anzunehmen, dass die beiden Alternativen des § 1753 Abs. 2 BGB nur als jeweils eigenständige Varianten für die Übermittlung des Adoptionsantrags an das Gericht anzusehen sind, die von den Beteiligten nur alternativ, nicht aber kumulativ in Anspruch genommen werden können. In der Sachverhaltsalternative scheidet daher ein postmortaler Ausspruch der Adoption aus, auch wenn der Antrag nach dem Ableben des Annehmenden noch schnell bei Gericht eingereicht wird.[41]

Ergebnis: Eine Adoption kann – bei Vorliegen der übrigen Adoptionsvoraussetzungen – nach dem Tod des Annehmenden noch ausgesprochen werden, wenn der Annehmende den Antrag bei Gericht eingereicht hat oder (alternativ) er den Notar – ohne weitere Einschränkungen – mit der Einreichung des Antrags bei Gericht beauftragt hat.

7. Sittliche Rechtfertigung

Fall 7:

Ehemann M lebt von seiner Ehefrau F getrennt. Zwischenzeitlich hat der Ehemann eine neue, wesentlich jüngere Partnerin P gefunden, die ihn gut versorgt und versprochen hat, ihn bis ins hohe Alter zu pflegen. M würde P gerne heiraten – damit diese auch finanziell „versorgt“ ist, zumal er eine hohe Rente bezieht und ihr bei seinem Ableben hohe Witwenrentenansprüche zustünden. Außerdem will er sie zur Alleinerbin seines nicht unerheblichen Vermögens einsetzen. Ehefrau F lehnt eine Scheidung jedoch vehement ab. Da der Ehemann eine Scheidung nicht gegen deren Willen durchsetzen will, kommt er auf die Idee, seine junge Partnerin als Kind anzunehmen. Seine Ehefrau wäre damit einverstanden. Wird das Familiengericht dem Adoptionsantrag stattgeben? –

Auch eine Volljährigenadoption nach den §§ 1767 ff. BGB steht nicht im freien Belieben der Beteiligten. Das Gesetz setzt vielmehr voraus, dass die Volljährigenadoption sittlich gerechtfertigt ist, § 1767 Abs. 1 BGB. Dies ist insbesondere der Fall, wenn zwischen dem bzw. den Annehmenden und dem Anzunehmenden bereits ein Eltern-Kind-Verhältnis entstanden ist, § 1767 Abs. 1, Hs. 2 BGB. Eine sittliche Rechtfertigung kann aber auch anzunehmen sein, wenn im Wege einer Prognoseentscheidung die Entstehung eines Eltern-Kind-Verhältnisses für die Zukunft erwartet werden kann (vgl. § 1741 Abs. 1 Satz 1 BGB). In diesem Fall hat das Familiengericht die Motive der Beteiligten eingehend zu prüfen und die Umstände des Einzelfalls gegeneinander abzuwägen. Die für die Entstehung einer Eltern-Kind-Beziehung sprechenden Gründe müssen dabei deutlich überwiegen; verbleiben begründete Zweifel, ist die Annahme abzulehnen.[42]

Daraus, dass es zentral um die bestehende bzw. entstehende Eltern-Kind-Beziehung geht, folgt, dass ein familienbezogenes Motiv entscheidender Anlass für die Annahme sein muss.[43] Spielen mehrere Motive eine Rolle, muss das familienbezogene Motiv das Hauptmotiv sein. Das Vorliegen weiterer Motive schadet folglich nicht, solange es sich nur um Nebenmotive handelt.[44] Dies gilt z. B. für die Verringerung der Steuerlast im Erbfall oder den Namenserwerb.[45] Anerkannter Fall, bei dem auch wirtschaftliche, insbesondere erbschaftsteuerliche Erwägungen eine Rolle spielen dürfen, ist die Adoption des vorgesehenen Unternehmens-, Praxis-, bzw. Hofnachfolgers.[46]

Nicht sittlich gerechtfertigt ist die Adoption dagegen z. B., wenn durch sie primär die Namensnachfolge (insbesondere bei Adelsnamen) gesichert werden soll, mit ihr der drohenden Ausweisung des Anzunehmenden als Ausländer vorgebeugt werden soll[47] oder die Adoption ausschließlich von wirtschaftlichen Interessen getragen ist. Bekannt sind insoweit die Fälle der rein steuermotivierten Adoption, in denen die Gerichte in letzter Zeit vermehrt die Volljährigenadoption abgelehnt haben.[48] Als besonderes „Highlight“ eines erfolglosen Adoptionsversuchs ist in diesem Zusammenhang der Beschluss des LG Saarbrücken vom 26.9.2008[49] zu nennen, wo sich der als Alleinerbe vorgesehene 67-jährige Steuerberater durch seine 86-jährige Mandantin – mit der er sich noch in der persönlichen Anhörung vor dem Gericht siezte und mit dem Nachnamen ansprach – als Kind annehmen lassen wollte.

Neben den rein steuermotivierten Adoptionen tritt in letzter Zeit noch eine andere Fallgruppe deutlicher hervor: die „versorgungsmotivierte“ Adoption. Dabei kann es wie im Fall 7 sowohl um Versorgungsinteressen auf Seiten des Anzunehmenden als auch um solche auf Seiten des Annehmenden gehen. Die Rechtsprechung erfordert zwar zur Annahme einer Eltern-Kind-Beziehung und damit zur sittlichen Rechtfertigung der Adoption das Vorliegen eines sozialen Familienbandes, das seinem Inhalt nach dem durch die natürliche Abstammung geschaffenen ähnelt und durch eine auf Dauer angelegte Bereitschaft zu gegenseitigem Beistand geprägt ist.[50] Auch die gegenseitige Unterstützung bei Krankheit oder wirtschaftlichen Notlagen wird daher grundsätzlich als Indiz für eine Eltern-Kind-Beziehung angesehen und im Rahmen des Adoptionsgesuches positiv bewertet. Gleichwohl lehnt die Rechtsprechung die sittliche Rechtfertigung der Adoption – wegen der primär wirtschaftlichen Zielrichtung – ab, wenn bei der Adoption die finanzielle Absicherung des Anzunehmenden[51] im Vordergrund steht oder die Adoption allein von der Hoffnung des Annehmenden auf eine Versorgung im Alter geleitet wird[52] bzw. sie in der Absicht erfolgt, sich die Pflegeleistungen des Anzunehmenden auch für die Zukunft zu sichern.[53]

---

41 OLG München, RNotZ 2010, 336 f. = MittBayNot 2010, 319.

42 St. Rspr.; vgl. nur OLG Frankfurt, FamRZ 1997, 638; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2006, 364 f. = BWNotZ 2007, 20; OLG Schleswig, FGPrax 2009, 269 ff.; OLG München, NJW-RR 2009, 1156; OLG Köln, NJW-RR 2004, 155 ff.

43 *Staudinger/Frank*, § 1767 Rdnr. 21 m. w. N. der Rspr.

44 OLG München, MittBayNot 2009, 232 = ZEV 2009, 83.

45 Vgl. *G. Müller* in Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira, Adoptionsrecht in der Praxis, Rdnr. 96.

46 Vgl. nur BayObLG, MittBayNot 2004, 443 ff. = FamRZ 2005, 131.

47 Vgl. BayObLG, FamRZ 1997, 638, 640 = NJWE-FER 1997, 248; OLG Schleswig, FGPrax 2009, 269 ff.; OLG Köln, NJW-RR 2004, 155 ff.

48 OLG München, MittBayNot 2009, 232 = ZEV 2009, 83; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2006, 364 f. = BWNotZ 2007, 20.

49 LG Saarbrücken, Beschluss vom 26.9.2008, 5 T 187/98 (juris).

50 Vgl. nur OLG München, MittBayNot 2009, 472, 473 = ZEV 2009, 355.

51 OLG München, MittBayNot 2009, 472, 473 = ZEV 2009, 355.

52 OLG Celle, FamRZ 1995, 829, 830; BayObLG, FamRZ 1997, 638, 640 = NJWE-FER 1997, 248; OLG Frankfurt, FamRZ 1997, 638.

53 OLG München, NJW-RR 2009, 1156.

Kann das Familiengericht daher im oben geschilderten Fall 7 im Rahmen seiner Ermittlungen feststellen, dass die Adoption rein aus wirtschaftlichen Erwägungen, insbesondere aus Versorgungsgesichtspunkten, erfolgt, wird es den Adoptionsantrag ablehnen.

Dies gilt auch, wenn dem Familiengericht bis zum Ausspruch der Adoption zur Kenntnis gelangen würde, dass geschlechtliche Beziehungen zwischen den Beteiligten bestehen.[54] Denn auch diese schließen die Annahme eines Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen den Beteiligten aus bzw. Anhaltspunkte, die auf das Bestehen einer geschlechtlichen Beziehung hindeuten, begründen erhebliche Zweifel, die die Ablehnung des Adoptionsantrags rechtfertigen. Das OLG München[55] hat die bisherige Rechtsprechung unlängst für homosexuelle Beteiligte bestätigt, obwohl das sexuelle Verhältnis zwischen den Beteiligten zum Zeitpunkt der Beantragung der Adoption bereits seit längerer Zeit nicht mehr bestand und sich in ein freundschaftliches Verhältnis gewandelt hatte.

Ergebnis: Wird die Volljährigenadoption nicht primär aus familienbezogenen, sondern aus anderen (insbesondere wirtschaftlichen) Motiven angestrebt und gelangt dies zur Kenntnis des Familiengerichts, wird das Familiengericht die Adoption mangels sittlicher Rechtfertigung ablehnen.

8. Fazit

Die vorstehende Zusammenstellung hat gezeigt, dass die Volljährigenadoption aufgrund der rechtlichen Unterschiede ihrer beiden Erscheinungsformen und der Vielgestaltigkeit der betroffenen Sachverhalte die unterschiedlichsten Probleme aufwirft. Der Ermittlung des zugrundeliegenden Sachverhalts und der Vorbereitung eines Adoptionsantrages sollte daher besondere Sorgfalt gewidmet werden, um das Adoptionsverfahren bestmöglich vorzubereiten und Fehler zu vermeiden, die im Nachhinein infolge Unangreifbarkeit des Adoptionsbeschlusses (vgl. § 197 Abs. 3 FamFG) in der Regel nicht aus der Welt geschafft werden können.

54 AG Bensheim, ZfJ 1995, 81 f.

55 OLG München, ZKJ 2006, 102 f. = FuR 2006, 138 = FamRZ 2006, 574 (LS).

Kontinuität und Wandel im Recht der GmbH

Von Notar Dr. *Hartmut Wicke*, LL. M., München

Die GmbH ist bundesweit die mit Abstand beliebteste Gesellschaftsform. Nach ihrer bislang größten Reform durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, einprägsam als MoMiG bezeichnet, besteht dieser Trend ungebrochen fort: Im Jahr 2009 wurde die Schwelle von 1 Mio. eingetragenen GmbHs erstmalig überschritten, die über ein Drittel der Umsätze der deutschen Wirtschaft erzielen, ihre neue Spielart, die sog. Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), eingerechnet. Wirft man einen Blick zurück, erscheint die Historie der GmbH als eine eindrucksvolle Erfolgsgeschichte. Im Jahre 1892 wurde sie als „Kunstschöpfung des Gesetzgebers" nach nur sehr kurzer Vorbereitungszeit entwickelt. Sie „entsprang dem Kopf des Gesetzgebers wie weiland Athene dem Zeus", wie *Wiedemann* einmal formuliert hat. Obwohl diese gesetzliche Erfindung ein „Sprung ins Dunkle" war, gilt die GmbH neben der culpa in contrahendo als erfolgreichster Exportartikel des deutschen Rechts: Das dem GmbHG zugrundeliegende Konzept hat sich nicht nur in zahlreichen europäischen Ländern durchgesetzt, sondern auch in vielen Staaten Nord- und Südamerikas und wurde nach dem Zusammenbruch des Kommunismus etwa in Russland und China wieder eingeführt.

Bei dem vorliegenden Beitrag handelt es sich um eine leicht überarbeitete Version des vom Verfasser am 16.10.2010 auf dem Bayerisch-Pfälzischen Notartag in Passau gehaltenen Festvortrags.

I. Wettbewerb der Rechtsordnungen in Geschichte und Gegenwart

Aufgrund des Wettbewerbs der Gesellschaftsrechtsordnungen, wie er durch die Rechtsprechung des EuGH der letzten Jahre entbrannt war, geriet die GmbH als Gegenstück ihrer großen Schwester, der AG, zwischenzeitlich durch das Einheitsmodell der angeblich unbürokratischeren englischen Limited erheblich unter Druck. Neben dem Vorschlag zur Herabsenkung des Mindestkapitals gab es zahlreiche offizielle und nicht offizielle Entwürfe zur Einführung kleiner Mini-GmbHs.[1] Folgendes Zitat mag die Sorge der Befürworter entsprechender gesetzlicher Maßnahmen veranschaulichen: „Die unangemessene Vermehrung der Limited Companies und deren Ausdehnung auf Geschäfte vom kleinsten Umfange dürfte als ein Beweis für die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit solcher Gesellschaftsformen unabweisbar sein."[2] Entgegen dem ersten Anschein ist das Zitat allerdings keineswegs jüngeren Datums, sondern entstammt der Debatte unmittelbar vor Inkrafttreten des GmbHG und wird im Schrifttum teilweise *Bismarck* selbst zugeschrieben.[3] Schon zu einem früheren Zeitpunkt hatte *Wilhelm von Oechelhäuser*, der als spiritus rector des GmbH-Gesetzes gilt, in seiner Denkschrift an die preußischen Handelskammern von 1888 England als gefährlichsten Konkurrenten im Wettbewerb der Regelgeber ausgemacht, das mit der limited eine Rechtsform vorweise, die jedermann Haftungsbeschränkung gewährleiste und auf nennenswertes Stammkapital verzichte.[4] Die seiner-

1 Siehe *Wicke*, ZNotP 2006, 322.

2 Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Anlage A, S. 121, 123.

3 *Zimmer* in FS K. Schmidt, 2009, S. 1789, 1793 f.

4 *Oechelhäuser*, Denkschrift an die preußischen Handelskammern und kaufmännischen Korporationen vom 28.4.1888, in Schriften des Vereins zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen von Handel und Gewerbe, Die Erweiterung des Handelsrechts durch Einfügung neuer Gesellschaftsformen, Heft Nr. 25, 1891, S. 50, 58.

zeitige Diskussion zeigt zum einen, dass der Wettlauf der Gesellschaftsrechtsordnungen, wie wir ihn in den vergangenen Jahren erlebt haben, historische Vorläufer hat[5] und lässt zum anderen erkennen, dass schon damals Gesetzgebung nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Verhaltensregulierung, sondern mit dem rechtspolitischen Ziel der Förderung von Unternehmen betrieben wurde. Es lohnt sich daher zunächst einen Blick zurück auf die Geschichte der GmbH zu werfen, um wesentliche Strukturmerkmale der GmbH und Charakteristika der Rechtsfortbildung in ihrer Entwicklung nachzuzeichnen (II. bis V). Vor diesem Hintergrund möchte ich anschließend auf einzelne Aspekte der jüngsten Reform eingehen und in diesem Zusammenhang einige aktuelle Praxisfragen aufwerfen (VI.). Zu guter Letzt sollen die Chancen und Risiken einer Societas Europaea Privata beleuchtet werden, das Modell einer supranationalen GmbH, die im europäischen Gesetzgebungsverfahren bereits weitreichende Konturen erlangt hat (VII).

II. Ursprünge einer bestandskräftigen gesetzlichen Erfindung

1. OHG mbH oder vereinfachte AG?

Der erste Gesetzesvorschlag zur GmbH aus der Feder des Industriellen und Reichstagsabgeordneten *Oechelhäuser* bestand aus nur acht Paragraphen, die unter der Überschrift „Von den Handelsgesellschaften mit beschränkter Haftbarkeit" hinter die Vorschriften über die OHG in das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch eingestellt werden sollten.[6] Die entscheidende legistische Leistung dürfte indessen dem Reichsjustizamt zuzuschreiben sein, dessen zuständiger Referent *Eduard Hoffmann* im Jahr 1890 einen Entwurf fertig stellte, der bereits im Wesentlichen mit der später verabschiedeten Gesetzesfassung übereinstimmte und der in Ermangelung historischer Vorbilder „gewissermaßen am grünen Tisch"[7] konzipiert werden musste.[8] Im Unterschied zum Oechelhäuser-Entwurf wurde die GmbH nicht auf der Grundlage des Personengesellschaftsrechts aufgebaut, sondern als vereinfachte AG konzipiert, obwohl bis in die heutige Zeit eine GmbH mit mehr als fünf Gesellschaftern die seltene Ausnahme bildet und der personengebundene Zusammenschluss in Gestalt der GmbH gegenüber der kapitalbezogenen Variante in der Rechtswirklichkeit immer vorherrschend war.[9] Die zeitgenössische Kritik fiel sehr unterschiedlich aus.[10] Während teilweise die Beschränkung zwingenden Rechts auf das äußerste Maß mit den Worten gelobt wurde, dass „der Vertragsfreiheit, die doch der Urquell aller unserer Bestrebungen sein muss, in vollem Maße Rechnung" getragen wird,[11] monierten Kritiker, dass der große Aufschwung des Geschäftslebens, den man sich von der breitflächigen Einführung der beschränkten Haftung erhoffe, voraussichtlich mit einem „Schwindel ohne gleichen" verbunden sei, der unvorsichtige Gläubiger hart treffe.[12] Schon zum damaligen Zeitpunkt trat das zentrale Grundspannungsverhältnis zutage, in dem sich jeder Reformgesetzgeber zum GmbH-Recht bis in die jüngste Zeit hinein bewegt hat, zwischen der Förderung unternehmerischer Freiheit einerseits und sozialer Verantwortung im Interesse der Gläubiger andererseits.

2. Gescheiterte Reformvorhaben

Obwohl der Gedanke einer Reform der GmbH schon so alt ist wie die GmbH selbst,[13] hat sich der Text des GmbH-Gesetzes über die Jahre als außerordentlich stabil erwiesen und blieb bis zur GmbH-Novelle 1980 nahezu unverändert.[14] Ein umfassender Referentenentwurf von 1939 war den Kriegswirren zum Opfer gefallen,[15] der erneute Anlauf mit Referentenentwurf und Regierungsentwürfen in den Jahren 1969 bis 1973, die eine weitreichende Lückenfüllung durch Kodifizierung von Richterrecht, Durchregulierung des Gründungs- und Organisationsrechts sowie die Einführung einer Gründungsprüfung zum Gegenstand hatten, war letztlich an der Kritik der juristischen Öffentlichkeit gescheitert.[16]

III. Satzungsautonomie als zentrales Strukturmerkmal

1. Vertragsfreiheit und legistische Enthaltsamkeit

Zu den bestimmenden Strukturmerkmalen, die zu der hohen Bestandskraft und dauerhaften Popularität der GmbH bis zum heutigen Tage beigetragen haben, zählt neben der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen, der Möglichkeit einer Fremdorganschaft und der vollkommenen Zweckoffenheit, die den Einsatz der GmbH nicht nur als Wirtschaftsunternehmen oder Konzerngesellschaft, sondern etwa auch als Verbandsorganisation oder Stiftungs-GmbH gestattet, vor allem die nahezu uneingeschränkte Gestaltungsfreiheit des Innenverhältnisses, die zu allen Zeiten ihrer Geschichte überwiegend positiv gewertet wurde.[17] Die praktische Rechtsanwendung der GmbH beginnt immer mit ihrer Satzung, in der die Organstruktur und die Rechte und Pflichten der Mitglieder in jeder Lebensphase der Gesellschaft maßgeschneidert im Hinblick auf die besonderen individuellen Verhältnisse geregelt werden können. Als Korrelat der weitreichenden Vertragsfreiheit ist das schlanke und unbürokratische Regelungssystem des GmbHG stilprägend. Der Verzicht auf eine allzu detaillierte, vermeintlich perfektionistische Legalordnung und die weitreichende Vertragsfreiheit sind als zwei Seiten einer Medaille zu begreifen und als solche wesentliche Ursache für die Beliebtheit der GmbH. Während die Vorschrift des § 85 den Endpunkt des GmbHG markiert, umfasst etwa der für die Britische Limited maßgebliche Companies Act 2006 nicht weniger als 1300 Paragraphen.[18] Nicht verschwiegen werden soll, dass die weitreichende Vertragsfreiheit der

---

5 Vgl. MünchKommGmbHG/*Fleischer*, Einl. Rdnr. 217.

6 Vgl. *Oechelhäuser*, Entwurf eines Gesetzes über Handelsgesellschaften mit beschränkter Haftpflicht, in: Schriften des Vereins zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen von Handel und Gewerbe, Heft Nr. 25, 1891, S. 59 f.

7 *Hachenburg/Schilling*, 7. Aufl. 1975, Rdnr. 12.

8 MünchKommGmbHG/*Fleischer*, Einl. Rdnr. 64.

9 *Ulmer/Ulmer*, Einl. A Rdnr. 8, 72.

10 Siehe eingehend MünchKommGmbHG/*Fleischer*, Einl. Rdnr. 75 ff.

11 So die Stellungnahme des Syndikus der Berliner Kaufmannschaft *Robert Beisert*, zitiert nach Oechelhäuser, Stenographische Berichte des Reichstags, 8. Legislaturperiode, 1. Session, 1892, 4305.

12 *Bähr*, Die Grenzboten 51, 1892, 210, 219.

13 *Fleischer*, GmbHR 2009, 1.

14 *Ulmer/Ulmer*, Einl. A Rdnr. 54.

15 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 33 II 2b).

16 MünchKommGmbHG/*Fleischer*, Einl. Rdnr. 99 ff.

17 Vgl. etwa *Baumbach/Hueck/Fastrich*, Rdnr. 4; *Ulmer/Ulmer*, Einl. A Rdnr. 20; MünchKommGmbHG/*Fleischer*, Einl. Rdnr. 23; siehe ferner MünchKommGmbHG/*Wicke*, § 3 Rdnr. 148 ff., dort auch zu den Grenzen, insbesondere im Hinblick auf den hier nicht weiter behandelten Minderheitenschutz.

18 Vgl. MünchKommGmbHG/*Fleischer*, Einl. Rdnr. 310; *Wicke*, GmbHG, 2008, Einl. Rdnr. 7.

Gesellschafter und der überschaubare gesetzliche Regelungsaufwand in der Literatur auch vor dem Hintergrund gesehen werden, dass für die Gründung und den Beitritt zur GmbH im Grundsatz die notarielle Beurkundung vorgeschrieben ist und damit die Mitglieder über die Bedeutung und das Risiko der Beteiligung hinreichend unterrichtet werden.[19]

2. Vertragsfreiheit versus Mustersatzung

Der Reformgesetzgeber der letzten Jahre hat davon abgesehen, die Vertragsfreiheit des GmbHG durch umfangreiche offizielle Mustersatzungen bürokratisch überwuchern zu lassen.[20] Im Rahmen des MoMiG wurde in dieser Hinsicht lediglich ein vereinfachtes Gründungsverfahren unter Verwendung eines in der Anlage zum GmbHG enthaltenen Musterprotokolls vorgesehen, das in Standardfällen die Möglichkeit einer einfacheren Gründung eröffnen soll, um die Wettbewerbsfähigkeit der GmbH zu erhöhen. Das Musterprotokoll kann bei der Gründung einer Einpersonen-UG (haftungsbeschränkt) zu einer Herabsenkung der (ohnehin überschaubaren) Gründungskosten führen und hat in der Praxis insbesondere im Bereich von Vorratsgesellschaften einen weitgehenden Anwendungsbereich gefunden.

3. Zuverlässige Registerführung als Wettbewerbsvorteil

Zu einer nennenswerten Gründungsbeschleunigung dürfte das Musterprotokoll hingegen nicht geführt haben.[21] Die Ursache hierfür liegt nicht so sehr darin begründet, dass das Verhältnis des Musterprotokolls zum dispositiven Gesetzesrecht, insbesondere im Bereich der Vertretung und bei nachträglichen Änderungen, nicht ausreichend geregelt wurde – gewisser gerichtlicher Klärungsbedarf in der Frühphase eines modernen Gesetzes ist keineswegs ungewöhnlich.[22] Zu berücksichtigen ist vielmehr, dass durch die mit dem EHUG[23] im Jahr 2007 eingeführte elektronische Registerführung Eintragungszeiten zwischen ein bis zwei Wochen – noch ohne Hinweis auf eine bestehende Eilbedürftigkeit – in der Praxis bereits die Regel sind. Der elektronische Rechtsverkehr zwischen Notaren und Handelsregistern stellt die erste vollständige Umstellung eines Justizverfahrens auf die Elektronik dar und wurde wiederholt als ein „Verfahren mit Vorbildcharakter" bezeichnet.[24] Dem Gesetzgeber ist es hier gelungen, die für Gesellschaften als künstliche Gebilde wesentliche Rechtssicherheit in die virtuelle Welt zu übertragen. Dies zu schätzen weiß jeder Praktiker, der vor einem Vertragsschluss mit einer angelsächsischen Gesellschaft in entsprechenden öffentlich zugänglichen elektronischen Registern keine Angaben über die Vertretungsverhältnisse von Geschäftsleitern aufzufinden vermag und im Hinblick auf die Zuverlässigkeit der Registerangaben auf der Internetseite des zentralen Companies House in Cardiff folgenden Warnhinweis zur Kenntnis nehmen muss: „You'll only lose your company once. Between 50-100 cases of Corporate Identity Fraud occur every month."[25] Die rechtsichere und zuverlässige Registerführung ist als ein echter Wettbewerbsvorteil des hiesigen GmbH-Rechts anzusehen, der in der juristischen Auseinandersetzung bislang allerdings nur sparsame Beachtung gefunden hat.[26]

4. Konstitutives Gründungsprotokoll

Wenn demgegenüber künftig in der Frage der Gründungsdauer im europäischen Vergleich Spitzenzeiten gewünscht werden, sollte über einen anderen Ansatz nachgedacht werden als den Ausbau eines Systems von Mustersatzungen, das die vertragliche Gestaltungspraxis de facto in den Hintergrund drängt: Würde man, wie dies etwa in Luxemburg der Fall ist, bereits dem notariellen Gründungsprotokoll konstitutive Wirkung zukommen lassen, könnte eine Gründung künftig binnen weniger Stunden erfolgen.[27]

IV. Richterrecht und Lückenfüllung

1. Ergänzende Anwendung von Vereins- und Personengesellschaftsrecht

Die geschilderte Zurückhaltung des Gesetzgebers im GmbH-Recht hat im Laufe der Zeit immer wieder Lücken im Gesetz auftreten lassen, die im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung geschlossen werden mussten.[28] Die Rechtsprechung hat zu diesem Zweck vor allem auf verallgemeinerungsfähige Rechtssätze zu anderen Rechtsformen zurückgegriffen. Entsprechend dem personalistischen Charakter der meisten GmbHs in der Rechtswirklichkeit wurden aus dem Personengesellschaftsrecht etwa die Grundsätze über die gesellschafterliche Treuepflicht entnommen und die Regelungen betreffend den Ausschluss oder Austritt von Gesellschaftern aus wichtigem Grund übertragen. Systematisch gehört die GmbH zu den Körperschaften, also zu den Vereinen im weiteren Sinne. Demgemäß wurden aus dem Vereinsrecht etwa die Zurechnungsnorm des § 31 BGB im Hinblick auf Verschulden von Organmitgliedern, das Erfordernis der Zustimmung aller Gesellschafter zur Zweckänderung aufgrund § 33 BGB und bei Entziehung von Sonderrechten des betroffenen Gesellschafters gemäß § 35 BGB auf die GmbH angewandt. Aktuell stellt sich die Frage einer analogen Anwendung der durch das Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen vom 28.9.2009 eingefügten Vorschrift des § 31 a BGB. Danach haftet ein Vorstand, der unentgeltlich tätig ist oder für seine Tätigkeit eine Vergütung erhält, die 500 Euro jährlich nicht übersteigt, dem Verein für einen in Wahrnehmung seiner Vorstandspflichten verursachten Schaden nur bei Vorliegen von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Zu Recht wird diese Bestimmung im Schrifttum kritisiert, da mit jeder Haftungsmilderung notwendigerweise eine Verlagerung des Schadensrisikos und eine Schwächung der Handlungssteuerungsfunktion verbunden ist.[29] Eine analoge Anwendung der Norm zugunsten von ehrenamtlichen GmbH-Geschäftsführern ist aus diesem Grund abzulehnen.[30]

---

19 Vgl. nur *Ulmer/Ulmer*, Einl. A Rdnr. 21; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, Einl. Rdnr. 6; *Hey*, Freie Gestaltung in Gesellchaftsverträgen und ihre Schranken, 2004, S. 298; s. ferner *Wicke*, ZIP 2006, 977.

20 Zur Entwicklung im Gesetzgebungsverfahren siehe *Goette*, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, S. 149 ff.

21 Vgl. *Wicke*, NotBZ 2009, 1, 10.

22 Vgl. aber *Preuß*, RNotZ 2009, 529, 531, 532, die in dem Musterprotokoll zu Recht einen „Fremdkörper im System" sieht, der „zum Teil zu systemwidrigen Ergebnissen" führt.

23 Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister vom 10.11.2006, BGBl I, S. 2553.

24 Vgl. *Mödl/Schmidt*, ZIP 2008, 2332, 2334 f.; siehe auch MünchKommGmbHG/*Wicke*, § 9 c Rdnr. 44.

25 Siehe unter http://www.companieshouse.gov.uk/infoAndGuide/coIdFraud.shtml.

26 *Knieper*, Eine ökonomische Analyse des Notariats, 2010, S. 52 f.; *Bormann/Apfelbaum*, ZIP 2007, 946; zum englischen Registerrecht siehe auch *Schmidt-Kessel/Leutner/Müther*, Handelsregisterrecht, 2010, S. 509 ff.

27 *Wicke* in Schröder, Die Reform des GmbH-Rechts, 2009, S. 34.

28 Vgl. *Scholz/Westermann*, Einl. Rdnr. 69 ff.; *Wicke*, Einl. Rdnr. 13.

29 Vgl. *Burgard*, ZIP 2010, 358.

30 *Noack*, GmbHR 2010, R 81; *Wicke*, GmbHR 2010 R 271.

2. Methodenvielfalt bei der Heranziehung von Aktienrecht

Angesichts des Umstands, dass es sich bei der GmbH nach ihren gesetzlichen Konstruktionsmerkmalen um eine vereinfachte Aktiengesellschaft handelt, haben Rechtsprechung und Literatur in der Vergangenheit immer wieder auch aktienrechtliche Vorschriften herangezogen. Da die Interessenlage bei der GmbH andererseits nicht selten mehr derjenigen in einer handelsrechtlichen Personengesellschaft ähneln wird, als derjenigen in der typischerweise durch Anonymität gekennzeichneten Aktiengesellschaft, bedarf die ergänzende Anwendung aktienrechtlicher Grundsätze stets einer besonderen Begründung. Auf meine Frage, von welchen methodischen Aspekten sich der BGH in dieser Hinsicht leiten lässt, hat mir ein Bundesrichter einmal geantwortet: „Mal wenden wir Aktienrecht an, mal wenden wir es nicht an – wie es gerade passt." Tatsächlich stellt sich das methodologische Instrumentarium bei der Heranziehung von Aktienrecht als außerordentlich vielgestaltig dar und reicht von der klassischen Analogie über Teilanalogien, eine Leitbildfunktion oder Ausstrahlungswirkung von Aktienrecht bis hin zur Übernahme allgemeiner Rechtsgrundsätze, die im AktG besonderen Ausdruck gefunden haben, wie etwa das Gleichbehandlungsgebot in § 53 a AktG.[31]

3. Insbesondere: Beschlussmängelrecht und Freigabeverfahren

Eine differenzierende Betrachtung ist insbesondere bei der Anwendung des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts nach den Bestimmungen der §§ 241 ff. AktG angezeigt, die, wie die Rechtsprechung betont, stets die Besonderheiten des GmbH-Rechts zu berücksichtigen hat. So werden die Nichtigkeitsgründe des § 241 AktG im Wesentlichen analog angewandt,[32] die Anfechtungsfrist des § 246 AktG als ein Maßstab angesehen,[33] wohingegen das Erfordernis der Erklärung eines Widerspruchs zur Niederschrift des Notars entsprechend § 245 Nr. 1 AktG von vornherein nicht für das freie Verfahren der Beschlussfassung in der GmbH passt.[34] Ein aktuelles Beispiel ist die Anwendung des durch das UMAG in § 246 a AktG eingeführten Freigabeverfahrens auf die GmbH, das der speziellen Problematik der missbräuchlichen Anfechtungsklagen durch räuberische Aktionäre Rechnung tragen soll. Während die herrschende Meinung im Schrifttum bislang eine Erstreckung auf das GmbH-Recht befürwortet hat,[35] wird man dies nach der Reform durch das ARUG nicht mehr uneingeschränkt annehmen können.[36] Insbesondere wäre die generelle Übertragung des Mindestquorums von 1.000 € Anteilsbesitz als Voraussetzung für die Verhinderung einer Eintragung von Strukturmaßnahmen, das im Aktienrecht dem gezielten Erwerb von Minibeteiligungen durch Berufskläger ohne wirtschaftliches Engagement und mit dem alleinigen Ziel der Erhebung von Beschlussmängelklagen begegnen soll, auf die regelmäßig personalistisch ausgestaltete GmbH mit überschaubaren Stammkapitalia unpassend.

31 Vgl. eingehend *Fleischer*, GmbHR 2008, 673, 675 ff.

32 BGH, NZG 2008, 317, 319; BGH, NJW 1987, 2514; BGH, NJW 1962, 538; MünchKommGmbHG/*Fleischer*, Einl. Rdnr. 169.

33 BGH, NZG 2005, 551, 553.

34 Vgl. auch *Roth/Altmeppen*, § 47 Rdnr. 141; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, Anh. § 47 Rdnr. 138.

35 Vgl. *Baumbach/Hueck/Zöllner*, § 54 Rdnr. 29 m. w. N, *Wicke*, Anh. § 47 Rdnr. 17.

36 Vgl. *Wicke*, Einführung in das Recht der Hauptversammlung, das Recht der Sacheinlagen und das Freigabeverfahren nach dem ARUG, 2009, S. 63; a. A wohl *Roth/Altmeppen*, § 47 Rdnr. 136 a.

4. Herausgehobene Stellung des II. Zivilsenats

Der entscheidende Motor der Rechtsentwicklung im GmbH-Recht war und ist der II. Zivilsenat des BGH, der nicht selten auf Vorarbeiten aus dem Schrifttum zurückgreifen konnte.[37] Der frühere Vorsitzende des Senats *Robert Fischer* prägte das Wort von dem „einzigartigen und vorzüglichen Zusammenwirken von Vertragspraxis, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung" bei der Fortbildung des Gesellschaftsrechts.[38] Zu Problemen hatten in jüngerer Zeit allerdings die unübersichtlich gewordenen und ausgeuferten Regelungen über die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung sowie des Rechts der Gesellschafterdarlehen geführt. Wie sich zeigen wird, hat diese Entwicklung eine Gegenreaktion ausgelöst, die zu einer weitreichenden „Rechtsrückbildung"[39] Anlass gegeben hat, also einer Rücknahme von Rechtsfortbildungen in den früheren Rechtszustand. Entsprechend hatte sich schon der seinerzeitige Vorsitzende des II. Zivilsenats *Volker Röhricht* im Jahr 1999 zugunsten einer „vorsichtigen Rückbildung von Überregulierungen und überkompliziert gewordenen Strukturen vor allem im hypertroph gewordenen Recht der Kapitalaufbringung" ausgesprochen[40], die vom Gesetzgeber schließlich im Rahmen des MoMiG in Angriff genommen werden sollte.

V. Gesetzesreformen in Teilbereichen

Bis zur Reform des Jahres 2008 beschränkten sich die Aktivitäten des GmbH-Gesetzgebers auf Teilbereiche und wurden nicht selten außerhalb des GmbH-Gesetzes umgesetzt, wie etwa die Regelung von Umwandlungsvorgängen unter Beteiligung von GmbHs im UmwG oder die Bestimmungen über Zweigniederlassungen im HGB. In beiden Fällen handelt es sich, wie häufig in jüngerer Zeit, um Normenkomplexe mit einem europarechtlichen Hintergrund.[41] Die GmbH-Novelle 1980 stand angesichts einer hohen Säuglingssterblichkeitsrate der GmbH und einer schlechten Stellung in der Konkursstatistik noch weitgehend im Zeichen einer Ausweitung des Gläubigerschutzes: So wurde nicht nur ein Sachgründungsbericht der Gesellschafter für Sacheinlagen (§ 5 Abs. 4 GmbHG), eine erweiterte Verantwortlichkeit der Gesellschafter und Geschäftsführer für Falschangaben anlässlich der Gründung (§ 9 a GmbHG) sowie verschärfte Prüfungspflichten des Gerichts bei Anmeldung der GmbH eingeführt (§ 9 c GmbHG), sondern auch das Stammkapital von 20.000 DM auf 50.000 DM heraufgesetzt und gesetzliche Sondervorschriften für eigenkapitalersetzende Darlehen eingeführt,[42] die den Test der Zeit bekanntlich nicht bestehen sollten. Von noch geringerer Bestandsdauer war die Einführung der Vorschrift des § 4 a GmbHG durch das Handelsrechtsreformgesetz aus dem Jahr 1998. Während sich bis dahin der Sitz des Betriebs oder Verwaltung der GmbH vorbehaltlich eines Rechtsmissbrauchs nicht mit dem im Gesellschaftsvertrag angegebenen Sitz decken musste, schrieb der neue § 4 a GmbHG im Interesse der Gläubiger und einer effektiven Registerführung die Identität von Satzungssitz und Verwaltungssitz vor.[43]

37 MünchKommGmbHG/*Fleischer*, Einl. Rdnr. 127; *K. Schmidt*, JZ 2009, 10, 15; *Ulmer*, Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, 1971–1985, 1986, 41 f., 51 f.

38 *R. Fischer* in FS Kunze, 1969, S. 95.

39 Zum Begriff siehe *Westermann* in FS Zöllner, Bd. I, 1998, S. 607 ff.; *Weber*, Anlässe und Methoden der Rechtsrückbildung im Gesellschaftsrecht, 2003, S. 20 ff.

40 *Röhricht*, ZGR 1999, 445, 477.

41 Vgl. *Wicke*, Einl. Rdnr. 34 f.

42 *Scholz/Westermann*, Einl. Rdnr. 63; MünchKommGmbHG/*Fleischer*, Rdnr. 113.

43 MünchKommGmbHG/*J. Mayer*, § 4 a Rdnr. 1.

VI. Das MoMiG als bislang umfassendste Reform des GmbH-Rechts

1. Rückbildung des Gläubigerschutzrechts

Die Beispiele lassen bereits erahnen, dass sich weite Teile der durch das MoMiG angestrebten Modernisierung des GmbH-Rechts historisch betrachtet als Musterbeispiele einer legislativen Rechtsrückbildung verstehen lassen. Bekanntlich wurde durch das MoMiG mit der UG (haftungsbeschränkt) eine Rechtsformvariante der GmbH mit nur 1 € Mindeststammkapital geschaffen und damit die durch den Gläubigerschutz motivierte Erhöhung des gesetzlichen Mindeststammkapitals durch die GmbH-Novelle 1980 revidiert. Im Hinblick auf das Eigenkapitalersatzrecht wurden nicht nur die seinerzeit eingeführten Normen der §§ 32 a/b GmbHG wieder beseitigt, sondern durch ein „Nichtanwendungsgesetz“[44] in § 30 Abs. 1 Satz 3 GmbHG auch die selbständigen Rechtsprechungsgrundsätze aufgegeben. Aufgrund Streichung des § 4 a Abs. 2 GmbHG a. F. muss im Interesse der Erhöhung der Mobilität der GmbH der Verwaltungssitz entgegen den Reformzielen des Jahres 1998 nicht mehr mit dem Satzungssitz übereinstimmen und kann insbesondere auch im Ausland liegen. Wie sich zeigen wird, lassen sich für diese gesetzgeberischen Entscheidungen gute Argumente vorbringen. Die Beispiele machen aber gleichzeitig deutlich, dass Modernisierung und Missbrauchsbekämpfung Reformziele sind, die durchaus miteinander konfligieren können[45] und dass dem Wettbewerb der Rechtsordnungen immer die Gefahr eines „race to the bottom“[46] innewohnt.

2. Positive Gesamtbewertung

Ohne bei der nachfolgenden Würdigung einiger Themen der Reform auch nur annähernd den Anspruch auf Vollständigkeit erheben zu können, ist zunächst zu konstatieren, dass bei aller Kritik im Detail die Gesamtbewertung des MoMiG im Schrifttum zu Recht überwiegend positiv ausfällt.[47] Obwohl es sich um die umfassendste Reform in der Geschichte des GmbHG mit zahlreichen und weitreichenden Einzeländerungen handelt, sind die erfolgsbestimmenden Strukturmerkmale und das charakteristische Gesicht der GmbH unversehrt geblieben.[48] Die weitreichende Gestaltungsfreiheit in den Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zur GmbH und in der Ausgestaltung der inneren Organstruktur besteht fort und auch die elegante Kürze des GmbHG wurde bewahrt.

3. Politischer Schachzug mit Raffinesse: die UG (haftungsbeschränkt)

a) Praktische Bedeutung

Als raffinierter Schachzug des Gesetzgebers in einem kontroversen politischen Umfeld ist die Einführung der neuen Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) in nur einer Vorschrift in § 5 a GmbHG hervorzuheben. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Rechtsformvariante der GmbH und dem insoweit begrenzten Verzicht auf ein nennenswertes Mindeststammkapital gezielt der vermehrten Verwendung von Rechtsformen aus dem europäischen Ausland begegnen. Tatsächlich hat die UG (haftungsbeschränkt) mit bislang über 41 000 Neueintragungen hierzulande der ohnehin bereits rückläufigen Limited eindeutig den Rang abgelaufen.[49] Die UG (haftungsbeschränkt) ist nach ihrer Konzeption eine GmbH, für die das GmbHG ohne Verweisung unmittelbar gilt, aber in § 5 a GmbHG einige Sonderregelungen vorgesehen sind. Aufgrund des minimalen Normierungsaufwands vermeidet die UG (haftungsbeschränkt) die Gefahr einer Überregulierung, die mit der Schaffung jeder neuen Rechtsform verbunden ist.[50] Gesetzgebungstechnisch ist sie dessen ungeachtet solide konstruiert und eröffnet ihren Gesellschaftern bei geringem Kapitaleinsatz das Privileg der Haftungsbeschränkung. Neben Kleinstunternehmern, speziell in der Existenzgründungsphase, findet sie vor allem als Vorratsgesellschaft oder vermögensverwaltende Gesellschaft Verwendung, wird aber etwa auch als Zweckgesellschaft für den Handel mit Kreditrisiken in Gestalt sog. Asset Backed Securities eingesetzt. Aufgrund des Fehlens eines nennenswerten Mindeststammkapitals und der damit verbundenen Filterfunktion bildet die UG (haftungsbeschränkt) allerdings gleichzeitig ein Sammelbecken für wenig aussichtsreiche Gründungen, was das Gesamtbild trübt.[51] Auf dem Markt macht sich dieser Umstand verbreitet in einem Negativimage bemerkbar, das etwa bei der Kreditvergabe relevant werden kann. Ich habe schon Beurkundungen erlebt, bei denen die Beteiligten auf eine Eintragung der neu zu gründenden UG (haftungsbeschränkt) innerhalb von zwei Tagen bestanden, sich über den Gegenstand des Unternehmens aber noch keine ernsthaften Gedanken gemacht hatten. Die Gründung der UG (haftungsbeschränkt) scheitert auch nicht selten daran, dass der vom Registergericht angeforderte Kostenvorschuss i. H. v. 101 € über längere Zeit nicht beglichen wird.

b) Problematik der „Aschenputtel-Konstruktionen“

Als gewisser Ausgleich für den Verzicht auf das gesetzliche Mindeststammkapital ist bei der UG (haftungsbeschränkt) als Reservefonds eine gesetzliche Rücklage in Höhe von 25 % des (um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten) Jahresüberschusses zu bilden. Die Pflicht zur Rücklagenbildung entfällt erst mit der Umwandlung der UG (haftungsbeschränkt) in eine normale GmbH durch Erhöhung des Stammkapitals auf mindestens 25.000 €.[52] Auf diese Weise wird ein Druck auf die Gesellschafter erzeugt, die UG (haftungsbeschränkt) in eine GmbH zu überführen. Eine Pflicht zu einer entsprechenden Erhöhung wurde entgegen Forderungen aus der Praxis[53] nicht vorgesehen. Das Thesaurierungsgebot birgt darüber hinaus ein hohes Umgehungspotential in sich.[54] In der Regierungsbegründung zum MoMiG wird bereits auf die Möglichkeit hingewiesen, dass durch Zahlung der Vergütung an einen Gesellschafter-Geschäftsführer Gewinne vermieden werden können und das Rücklagenpo-

---

44 *K. Schmidt*, JZ 2009, 10, 17.

45 *K. Schmidt*, GmbHR 2008, 449; *Kindler*, NJW 2008, 3249, 3255; *Roth/Altmeppen*, Einl. Rdnr. 6.

46 Zum Begriff siehe MünchKommGmbHG/*Fleischer*, Rdnr. 223.

47 Vgl. etwa MünchKommGmbHG/*Fleischer*, Einl. Rdnr. 121; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, Einl. Rdnr. 47; *Hirte*, NZG 2008, 761, 766; siehe aber auch *Eidenmüller*, ZGR 2007, 168, 207; differenzierend *Kindler*, NJW 2008, 3249, 3255 f.; ferner *Ulmer/Ulmer*, Ergänzungsband MoMiG Einl. A II 1 Rdnr. 39 mit dem Hinweis, dass es für eine Gesamtwürdigung der Einzelregelungen noch zu früh sei.

48 *Noack*, DB 2006, 1475; MünchKommGmbHG/*Fleischer*, Einl. Rdnr. 120.

49 Siehe hierzu unter www.rewi.uni-jena.de/Forschungsprojekt_Unternehmergesellschaft.html.

50 Siehe aber *Veil*, ZGR 2009, 623, 643.

51 Siehe *Wicke*, GWR 2010, 259.

52 Nach Auffassung des OLG München bedarf es hierzu der Volleinzahlung des Stammkapitals i. S. d. § 5 Abs. 1 GmbHG, vgl. NZG 2010, 1303.

53 Handelsrechtsausschuss DAV, NZG 2007, 737.

54 *Wicke*, § 5 a Rdnr. 11.

tential eingeschränkt werden kann.[55] Im Schrifttum wird vor diesem Hintergrund derzeit sehr streitig über die Zulässigkeit von sog. „Aschenputtel-Konstruktionen“[56] nachgedacht, bei welchen die UG (haftungsbeschränkt) von vornherein keine Chance hat, Rücklagen zu dotieren. So wird insbesondere in der Beteiligung der UG (haftungsbeschränkt) als Komplementärin einer Kommanditgesellschaft auch ohne eigenen Kapitalanteil und ohne Möglichkeit zur Partizipation am Unternehmensgewinn von Teilen der Literatur kein Verstoß gegen die Thesaurierungspflicht gesehen.[57]

c) Risiken einer Aufweichung des Thesaurierungsgebots

Das Rücklagengebot würde bei einem solchen Gesetzesverständnis als effizientes Mittel zu einer Kapitalbildung weitgehend entschärft. Führt man sich vor Augen, dass der Gläubigerschutz über die gesamte Dauer der Geschichte der GmbH zu den zentralen rechtspolitischen Desideraten gezählt hat, ist es unschwer zu prognostizieren, dass eine weitreichende Entwertung der Rücklagenbildung Gegenreaktionen provozieren muss. Bedenkt man darüber hinaus, dass es sich beim Gläubigerschutzrecht um eine Querschnittsmaterie handelt, die neben dem Gesellschaftsrecht etwa auch das Insolvenzrecht sowie das Vertrags- und Deliktsrecht berührt, wird deutlich, dass der Rechtsprechung zahlreiche „Folterwerkzeuge“[58] zur Verfügung stehen, um entsprechende Schutzlücken zu kompensieren. Abzulehnen ist aus Gründen der Rechtssicherheit allerdings eine von gewichtigen Stimmen im Schrifttum befürwortete Haftung wegen materieller Unterkapitalisierung, da sich praktisch handhabbare Kriterien für die angemessene Kapitalausstattung eines Unternehmens kaum aufstellen lassen. Nicht auszuschließen ist es hingegen, dass die Rechtsprechung bei einer unterkapitalisierten UG (haftungsbeschränkt) im Einzelfall leichter zu einer Einstandspflicht gemäß § 826 BGB wegen vorsätzlicher Gläubigerschädigung gelangt.[59] Für den Fall fahrlässigen Handelns ist an eine Ausdehnung der Insolvenzverschleppungshaftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15 a InsO zu denken, die im Fall der Führungslosigkeit nach neuem Recht auch Gesellschafter treffen kann.

4. Finanzverfassung nach neuem Recht

a) Zentrale Änderungen

aa) Eigenkapitalersatzrecht

Die Finanzverfassung der GmbH dürfte zu den strittigsten Themen der Reform gehören und die Gerichte in Zukunft noch bis auf Weiteres intensiv beschäftigen. Bereits erwähnt wurde die Verlagerung des Eigenkapitalersatzrechts in das Insolvenzrecht, die aufgrund der damit verbundenen größeren Rechtssicherheit und einfacheren Handhabbarkeit im Grundsatz zu begrüßen ist.[60] Die damit einhergehende Erleichterung der Rückzahlung von Darlehen an Gesellschafter wird – für das MoMiG charakteristisch – u. a. mit einer verschärften Haftung der Geschäftsführer erkauft, die nach § 64 Satz 3 GmbHG persönlich für Zahlungen ersatzpflichtig sind, die zur Zahlungsunfähigkeit der GmbH führen mussten. Der exakte Umfang dieser Vorschrift wird noch von der Rechtsprechung zu konkretisieren sein. Nach einer aktuellen (zweifelhaften) Entscheidung des OLG München soll die Norm dem Geschäftsführer kein Leistungsverweigerungsrecht gewähren.[61]

bb) Bilanzielle Betrachtungsweise

Entgegen dem berüchtigten November-Urteil des BGH[62] kann nach § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG die Kreditgewährung an einen hinreichend solventen Gesellschafter auch aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen erfolgen. Parallel dazu erlaubt § 19 Abs. 5 GmbHG in Abweichung vom bisherigen Verständnis der realen Kapitalaufbringung unter bestimmten Voraussetzungen ein Hin- und Herzahlen der Bareinlage bei der Gründung, wenn ein vollwertiger und vollliquider Rückzahlungsanspruch gegen den Gesellschafter besteht. Mit dem Ziel der Erleichterung des sog. CashPool als gebräuchlichem konzerninternen Finanzierungssystem der deutschen Wirtschaft gestatten beide Vorschriften eine bilanzielle Betrachtungsweise bei der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, die allerdings durch weitreichende Solvenzprüfungspflichten und daraus resultierende Haftungsrisiken auf Seiten der Geschäftsführer erkauft wird.[63]

cc) Reform der verdeckten Sacheinlage

Eine für die Praxis wichtige Neuregelung stellt ferner die Entschärfung der verdeckten Sacheinlage dar, die nicht mehr zur zivilrechtlichen Nichtigkeit der Umgehungsgeschäfte zwischen Gesellschafter und GmbH führt (§ 19 Abs. 4 GmbHG). Demgegenüber hatte die Rechtsprechung als Rechtsfolge der verdeckten Sacheinlage sowohl die Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts zur Einbringung des Sachgegenstands als auch des dinglichen Erfüllungsgeschäfts zu dessen Übertragung aufgrund einer problematischen Analogie des § 27 Abs. 3 AktG angenommen[64], einer Regelung, die jüngst durch das ARUG auch für die Aktiengesellschaft außer Kraft gesetzt wurde.[65]

b) Problematik von Nichtanwendungsgesetzen im GmbH-Recht

Aufgrund der vorgenannten Neuregelungen wurde zwar das bewährte Modell des präventiven Kapitalschutzes im Prinzip aufrechterhalten, das Finanzierungssystem der GmbH aber gleichzeitig deutlich entschlackt und unter Einschränkung gläubigerschützender Mechanismen unternehmensfreundlicher gestaltet. Da aufgrund mehrerer Nichtanwendungsgesetze die höchstrichterliche Rechtsprechung des BGH revidiert wurde, ergeben sich damit gleichzeitig grundsätzlichere Fragen der Legitimität der Rechtsfortbildung durch Rechtsprechung und Gesetzgeber im Gesellschaftsrecht.[66] Dass der Gesetzgeber als Souverän die Kompetenz hat und erforderli-

---

55 BT Drs. 16/6140, S. 32.

56 *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 5 a Rdnr. 24.

57 So etwa *Kock/Vater/Mraz*, BB 2009, 848; *Stenzel*, NZG 2009, 168; *Heeg*, DB 2009, 721; siehe aber auch *Veil*, ZGR 2009, 641; *Gehrlein/Witt*, GmbH-Recht in der Praxis, 2. Aufl. 2008, Kap. 1 Rdnr. 78; *Wachter*, GmbHR Sonderheft 2008, 89; *Bork/Schäfer*, GmbHG, § 5 a Rdnr. 9.

58 *Goette*, DStR 2005, 197, 199.

59 *Wicke*, GWR 2010, 259.

60 Vgl. *Wicke*, § 30 Rdnr. 22 m. w. N.

61 OLG München, GmbHR 2010, 815; a. A. etwa OLG Stuttgart, ZIP 2009, 1864; *Ulmer/Habersack*, Ergänzungsband MoMiG § 30 Rdnr. 56.

62 BGH, NJW 2004, 1111; siehe aber auch BGH, NJW 2009, 850.

63 Vgl. etwa *Uwe H. Schneider* in Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung, 2. Aufl. 2010, S. 24; *Wicke*, § 19 Rdnr. 36, § 30 Rdnr. 11; ferner BGH, NJW 2009, 852.

64 BGH, NJW 2003, 3127; BGH, NJW 2006, 1738.

65 Vgl. dazu *Wicke*, Einführung in das Recht der Hauptversammlung, das Recht der Sacheinlagen und das Freigabeverfahren nach dem ARUG, 2009, S. 47 ff., 267 ff.

66 Vgl. zur Problematik *Fleischer/Wedemann*, AcP 209 (2009), 597; *K. Schmidt*, JZ 2009, 10, 17.

chenfalls dazu aufgerufen ist, eine als unangemessen empfundene Rechtsentwicklung auch entgegen einer etablierten Judikatur zu korrigieren, steht aufgrund der verfassungsrechtlichen Kompetenzstruktur fest.[67] Angesichts der größeren Sachnähe der Gerichte sollten Eingriffe des Gesetzgebers in die Rechtsprechung aber stets sorgfältig abgewogen und begründet werden.[68] Ziel sollte daher ein Dialog zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung sein, der eher von Kooperation, denn von Konfrontation geprägt ist.[69] Keinesfalls sollten aber die Erfahrungen aus dem Steuerrecht mit Nichtanwendungsgesetzen zum Vorbild genommen werden.[70] Für kleine und mittelständische Unternehmen, die sich vor allem der GmbH bedienen und nach wie vor als zentraler Motor für Wirtschaftswachstum und die Schaffung von Arbeitsplätzen gelten, sind klare und berechenbare Rechtsgrundlagen von entscheidender Bedeutung.

c) Wider eine GmbH-Reform in Permanenz

Daher kann auch die sprichwörtlich gewordene Aktienrechtsreform in Permanenz kein Modell für die GmbH sein. Man mag zwar mit *Karsten Schmidt* angesichts der ständigen rechtspolitischen Herausforderungen in den andauernden Aktivitäten des Gesetzgebers im Aktienrecht „durchaus ein Adelsprädikat, kein Tadelsprädikat“ sehen.[71] Gleichzeitig darf aber nicht außer Acht gelassen werden, dass ständige Gesetzesänderungen für die Unternehmen mit erheblichen Belastungen verbunden sind, den Rechtsberatungsaufwand deutlich erhöhen und die Planungssicherheit einschränken. So sind zwischen August des Jahres 2008 und 2009 mit dem Risikobegrenzungsgesetz, dem MoMiG, dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz, dem FGG-Reformgesetz, dem BilMoG und dem ARUG sechs Gesetzesvorlagen im Bundesgesetzblatt verkündet worden, durch welche allein im Aktiengesetz in 109 Paragrafen 217 Einzeländerungen vorgenommen worden sind,[72] das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) noch nicht eingerechnet. Bei allen berechtigen rechtspolitischen Anliegen auf nationaler wie auf europäischer Ebene sollte es ein vorrangiges Ziel auch einer modernen Gesetzgebung bleiben, Unternehmen hierzulande nicht einem permanenten legislativen „Trommelfeuer“[73] auszusetzen.[74]

d) Vermeidung überschießender Haftungsrechtsprechung

Umgekehrt ist die Rechtsprechung im GmbH-Recht dazu aufgerufen, an ihrem bewährten Kurs einer einzelfallorientierten schrittweisen Rechtsfortbildung festzuhalten. Ein behutsames Vorgehen ist insbesondere dann angezeigt, wenn Rechtsprechungssätze bei unscharfen Tatbestandsvoraussetzungen zu weitreichenden Unwirksamkeitsfolgen oder überschießenden Haftungssanktionen führen können, wie dies in der Vergangenheit bei der verdeckten Sacheinlage beobachtet werden konnte. Als nach wie vor aktuelles Thema, mit dem sich der BGH demnächst wieder zu beschäftigen hat, ist in diesem Zusammenhang die Rechtsfigur der wirtschaftlichen Neugründung zu erwähnen. Im Fall der Aktivierung einer ruhenden GmbH wendet die Rechtsprechung bekanntlich die Gründungsvorschriften analog an, einschließlich des Haftungsmodells der Unterbilanzhaftung.[75] Wie das OLG München jüngst und in konsequenter Anwendung der Rechtsprechung entschieden hat, kann dies bei unterbliebener Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht entgegen § 13 Abs. 2 GmbHG zu einer unbegrenzten persönlichen Haftung der Gesellschafter bis zur restlosen Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger führen.[76]

e) Insbesondere: Kritik an der Rechtsprechung zur wirtschaftlichen Neugründung

Diese Rechtsprechung überzeugt dogmatisch nicht, da eine präventive Kontrolle der Kapitalaufbringung nach dem GmbHG nur bei Gründung und Kapitalmaßnahmen vorgesehen ist und der Gläubigerschutz anschließend durch andere Mechanismen sichergestellt wird.[77] Sie ist contraintuitiv, da bei einer Wiederverwendung einer bestehenden GmbH niemand damit rechnet, das Gründungsverfahren noch einmal durchlaufen zu müssen. Sie ist überschießend, da sie auch Altgläubiger aus der Zeit vor Aktivierung der GmbH begünstigt und die Haftung nicht etwa auf das Stammkapital begrenzt ist. Sie ist auch für Kenner der Materie schwer handhabbar, da die Abgrenzung zwischen der wirtschaftlichen Neugründung und der Umstrukturierung oder Sanierung eines bestehenden Unternehmens kaum lösbare Abgrenzungsfragen aufwirft, insbesondere dann, wenn noch Vermögen vorhanden ist und das Unternehmen noch nicht vollständig eingestellt wurde. Eingrenzend hat der BGH jüngst entschieden, dass die Regeln der wirtschaftlichen Neugründung nicht anwendbar sind, wenn die Gesellschafter nach Gründung und Eintragung einer GmbH die Absicht hatten, einen dem satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand entsprechenden Geschäftsbetrieb innerhalb eines absehbaren Zeitraums zu verwirklichen und konkrete Aktivitäten zur Planung und Vorbereitung entfaltet haben.[78] Dieser Ansatz deutet darauf hin, dass man durch eine weite Fassung des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstands das Haftungsrisiko je nach Sachlage verringern kann. Wie aber ist etwa der Fall einer Projektgesellschaft zu entscheiden, die nach erfolgreichem Abschluss eines Bauvorhabens und ausgedehntem Urlaub der Akteure für ein gänzlich neues Vorhaben eingesetzt werden soll – vielleicht entgegen einer ursprünglichen Absicht? Angesichts der unklaren Tatbestandsvoraussetzungen und der verheerenden Haftungskonsequenzen sollte der BGH die Rechtsfigur der wirtschaftlichen Neugründung bei nächster Gelegenheit überdenken. Zumindest sollte entsprechend einer aktuellen Entscheidung des KG der Einwand zugelassen werden, dass das Stammkapital bei der wirtschaftlichen Neugründung noch uneingeschränkt vorhanden war.[79]

---

67 Vgl. auch BVerfGE 25, 167, 181; BVerfG, NJW 2009, 1469, 1476 Rdnr. 96.

68 Vgl. auch *Ulmer/Ulmer*, Ergänzungsband MoMiG Einl. A II 1 Rdnr. 42.

69 Vgl. *Zimmermann*, Cambridge L. J. 56 (1997), 315, 326; *Fleischer/Wedemann*, AcP 209 (2009), 597, 627.

70 MünchKommGmbHG/*Fleischer*, Einl. Rdnr. 133; zur „Post-MoMiG-Gesetzgebung“ im GmbH-Recht siehe *Wachter*, GmbHR 2009, 953.

71 So *K. Schmidt*, AG 2009, 248, 258.

72 So die Zählung von *Schüppen/Tretter*, 2009, 493, 494.

73 *Schüppen/Tretter*, 2009, 493, 499.

74 *Wicke*, Einführung in das Recht der Hauptversammlung, das Recht der Sacheinlagen und das Freigabeverfahren nach dem ARUG, 2009, S. 9 f.

75 BGH, NZG 2003, 170; NZG 2003, 972; NZG 2008, 147; NZG 2007, 515; NJW 2010, 1459; BAG, BeckRS 2008, 51837.

76 OLG München, NZG 2010, 54 = MittBayNot 210, 326.

77 Zur Kritik siehe etwa *Wicke*, NZG 2005, 409; *K. Schmidt*, ZIP 2010, 857.

78 BGH, NJW 2010, 1459; kritisch *Vossius*, NotBZ 2010, 338.

79 KG, NZG 2010, 387. Wenngleich sich diese Entscheidung kaum stimmig in das derzeitige Rechtsprechungskonzept einfügen lassen wird.

5. Weitere Reformaspekte

Als sinnvolle Maßnahmen zur Missbrauchsbekämpfung, dem zunächst alleinigen Reformziel, zu begrüßen sind die Pflicht zur Eintragung einer inländischen Geschäftsanschrift im Handelsregister mit den daran anknüpfenden erleichterten Zustellungsmöglichkeiten und die Passivvertretung der Gesellschafter im Fall der Führungslosigkeit, wenngleich noch nicht gesichert erscheint, ob damit dem sog. Firmenbestattungswesen endgültig Einhalt geboten werden kann.[80] Uneingeschränkt positiv zu bewerten ist die Möglichkeit der 1-Euro-Stückelung der GmbH-Geschäftsanteile bei Gründung und im weiteren Leben der GmbH, die eine sinnvolle Flexibilisierung für die Praxis zulässt und die Vertragsfreiheit erweitert. Zu den Erfolgsgeschichten des MoMiG ist sicherlich auch die Neukonzeption der Gesellschafterliste zu zählen, die zum einen als Legitimationsgrundlage im Verhältnis zwischen GmbH und ihren Gesellschaftern dient und der zum anderen die Funktion eines Rechtsscheinträgers für den erstmals zulässigen gutgläubigen Erwerb zukommt. Die Zuständigkeit zur Führung der Liste ist aufgeteilt zwischen dem Geschäftsführer und dem Notar, wenn dieser an Veränderungen in den Beteiligungen mitgewirkt hat. Die partielle Verantwortlichkeit der Geschäftsführer gilt wohl anerkanntermaßen als eine zentrale Schwachstelle des Systems.[81] Wie die hohe Fehlerquote der Listen nach bisherigem Recht zeigt, verfügen Geschäftsführer in der Praxis regelmäßig nicht über hinreichende rechtliche Expertise zur Führung eines Registers mit öffentlicher Gutglaubenswirkung. Darüber hinaus bedürfen einige technische Detailfragen, wie etwa der Modus der Nummerierung, noch der Klärung durch die Rechtsprechung, da der Gesetzgeber davon abgesehen hat, die Einzelheiten der Listenführung im Rahmen der Handelsregisterverordnung festzulegen.[82] Ungeachtet dessen lässt sich aber konstatieren, dass ein zentrales Ziel der Neuregelung, die Schaffung transparenter Beteiligungsverhältnisse, schon nach sehr kurzer Zeit in nachhaltiger Form erreicht worden ist. Die Zuverlässigkeit der Listenangaben hat sich in der Praxis deutlich erhöht, die Möglichkeiten der Online-Abfrage zur Ermittlung der Beteiligungsverhältnisse werden weitläufig genutzt.

6. GmbH mit Sitz im Ausland

a) Zulässigkeit der Verwaltungssitzverlegung

Während nach § 4 a Abs. 2 GmbHG in der durch das Handelsrechtsreformgesetz von 1998 eingefügten Form der Satzungssitz regelmäßig der Ort sein musste, an dem sich der Betrieb, die Geschäftsleitung oder die Verwaltung der Gesellschaft befindet, muss gemäß der aufgrund MoMiG geänderten neuen Rechtslage der Verwaltungssitz nicht zwingend mit dem Satzungssitz übereinstimmen. Damit soll es einer deutschen GmbH oder AG ermöglicht werden, ihre Geschäftstätigkeit ausschließlich außerhalb des deutschen Hoheitsgebietes zu entfalten.[83] Auf diese Weise sollen für deutsche Kapitalgesellschaften vergleichbare Voraussetzungen wie für entsprechende ausländische Gesellschaften geschaffen werden. Nach der Rechtsprechung des EuGH war es EU-Auslandsgesellschaften aufgrund der Niederlassungsfreiheit bekanntlich bereits rechtlich gestattet, ihren effektiven Verwaltungssitz in einem anderen Staat, also auch in Deutschland, zu nehmen.[84] Die Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes in das Territorium einer anderen Rechtsordnung führt nicht etwa nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts zur Anwendung ausländischen Rechts auf die GmbH. Vielmehr ist bei einer zweckorientierten Auslegung des § 4 a GmbHG davon auszugehen, dass die Vorschrift einen versteckten kollisionsrechtlichen Gehalt aufweist.

b) Kritik

Die durch die Neuregelung erzielte Wettbewerbsgleichheit für deutsche Unternehmen ist nach meiner Auffassung zu begrüßen. Für die weitere rechtspolitische Diskussion darf andererseits aber nicht vollständig außer Acht gelassen werden, dass der internationale Mobilitätsgewinn durch einen Verzicht auf die früher für notwendig erachtete Missbrauchsprävention erkauft wurde. Die unternehmerische Entscheidung für eine deutsche Kapitalgesellschaft mit Verwaltungssitz im Ausland wird im Übrigen von zahlreichen wirtschaftlichen, steuerlichen und rechtlichen Faktoren abhängen, so dass je nach Sachlage die Auslandsgründung einer Gesellschaft nach den Rechtsvorschriften des Gastlandes vorzugswürdig sein kann.[85] Europarechtlich geboten war die Ermöglichung der Verwaltungssitzverlegung indessen nicht, wie sich nunmehr der Rechtsprechung des EuGH in Sachen Cartesio[86] entnehmen lässt: Demzufolge ist es „nach dem gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts“ mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar, wenn ein Mitgliedstaat es einer nach seinem Recht gegründeten Gesellschaft verwehrt, ihren Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen.

c) Europarechtliche Problematik der Satzungssitzverlegung

Der Satzungssitz der GmbH muss hingegen nach wie vor zwingend im Inland liegen. Dies wurde durch das MoMiG in § 4 a GmbHG nochmals ausdrücklich klargestellt. Nach einem obiter dictum des EuGH in der vorgenannten Rechtssache Cartesio bedürfen allerdings Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, welche eine nach seinem Recht gegründete Gesellschaft daran hindern, ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat unter gleichzeitiger Umwandlung in eine Rechtsform des dortigen nationalen Rechts zu verlegen, als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit einer besonderen Rechtfertigung, sofern der Zuzugstaat einen grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel gestattet.[87] Gemeint ist damit folgender Fall: Die Gesellschaft will in den Zweitstaat wechseln und dabei dessen Gesellschaftsform erwerben; das Recht des Zweitstaats ist aufnahmebereit.[88] Einschränkende nationale Rechtsvorschriften wären in dieser Konstellation nur aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls zulässig.

d) Praxisbedürfnis für Sitzverlegungsrichtlinie

Für die Praxis besteht das Problem, dass bislang jegliche Verfahrensvorschriften für eine Verlegung des Satzungssitzes in

---

80 *Baumbach/Hueck/Fastrich*, Einl. 47.

81 Vgl. nur *Omlor*, Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht 2009, 523 ff.; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 16 Rdnr. 49; *Preuß*, RNotZ 2009, 529, 533; *Bednarz*, BB 2008, 1854; *Ries*, Liber amicorum für Klaus Mock, 2009, 227 f.; *Wicke*, NotBZ 2009, 1, 16; im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens siehe bereits *Harbarth*, ZIP 2008, 57.

82 Vgl. dazu *Wicke*, MittBayNot 2010, 283.

83 *Wicke,* § 4 a Rdnr. 11.

84 Vgl. insbesondere EuGH, NJW 2002, 3614, Überseering; EuGH, NJW 2003, 3331, Inspire Art.

85 Siehe dazu *Leitzen*, NZG 2009, 728; MünchKommGmbHG/*J. Mayer*, § 4 a Rdnr. 69; *Roth/Altmeppen*, § 4 a Rdnr. 17.

86 EuGH, NZG 2009, 61.

87 *Teichmann*, ZIP 2009, 393; *Zimmer/Naendrup*, NJW 2009, 545.

88 *Roth*, S. 14. Zur Frage, ob der Zweitstaat aufnahmebereit sein muss siehe nunmehr das Vorlageverfahren EuGH Rs C-378/10 sowie *Neye*, EWiR 2010, 625.

das Ausland fehlen. Als Ausweichgestaltungen kommen nach derzeitigem Stand (neben einer Auflösung und Neugründung bzw. der bloßen Verwaltungssitzverlegung) eine Herausverschmelzung auf eine eigens dafür gegründete ausländische Zweckgesellschaft nach Maßgabe der §§ 122 a ff. UmwG und je nach Umständen auch eine grenzüberschreitende Anwachsung in Betracht.[89] Im Übrigen ist eine grenzüberschreitende Verlegung des Satzungssitzes lediglich für die Europäische Aktiengesellschaft (SE) vorgesehen (Art. 8 SE-VO). Vor diesem Hintergrund verdient rechtspolitisch weiterhin der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine 14. Richtlinie zur Ermöglichung eines identitätswahrenden Sitzwechsels Unterstützung.[90] Nachdem die Arbeiten hierzu zwischenzeitlich auf Eis gelegt waren,[91] hat das Europäische Parlament in einer Entschließung vom 10.3.2009 die Kommission zum Tätigwerden aufgefordert und ausführliche Empfehlungen zum Inhalt des Angeforderten abgegeben.[92] Diese Initiative ist im Grundsatz zu begrüßen. Zu einem verlässlichen Rechtsrahmen für die Praxis wird eine Sitzverlegungsrichtlinie aber nur dann führen, wenn in der konkreten Ausgestaltung dem formwechselnden Charakter in eine Rechtsform ausländischen Rechts hinreichend Rechnung getragen wird und Erwägungen des Minderheiten- und Gläubigerschutzes nicht zu kurz kommen.[93]

VII. Perspektive einer Societas Privata Europaea

1. Stand des Gesetzgebungsverfahrens

Zusammenfassend hat die GmbH in Gestalt des MoMiG – ungeachtet mancher Kritik im Detail – den notwendigen Modernisierungsprozess durchlaufen und ist – wie die eingangs genannten statistischen Werte erkennen lassen – als zentrale Rechtsform des Mittelstands für das 21. Jahrhundert insgesamt gut gerüstet. Die weitreichende Vertragsfreiheit und der Verzicht auf eine Überregulierung lassen auch in Zukunft Raum für eine sachnahe Rechtsfortbildung im Wege einer Methode der kleinen Schritte. Ein neue Herausforderung für die GmbH könnte allerdings schon bald aus Brüssel herrühren, wo Vorarbeiten für eine Europäische Privatgesellschaft, auch Societas Privata Europaea oder kurz: SPE genannt, bereits relativ weit vorangeschritten sind.[94] Im Juni 2008 stellte die Kommission einen ersten Verordnungsentwurf vor, dem im Laufe des Jahres 2009 Vorschläge durch das Europäische Parlament, sowie auf Ratsebene unter der tschechischen und schwedischen Präsidentschaft folgten. Während die im ersten Halbjahr 2010 agierende spanische Ratspräsidentschaft der SPE keine Beachtung schenkte, ruhen die Hoffnungen der Befürworter nunmehr auf der belgischen Ratspräsidentschaft, die das Ruder am 1.7.2010 übernommen hat,[95] wenn auch die Aussichten auf eine rasche Einigung von Eingeweihten als nicht besonders gut eingeschätzt werden.[96]

2. Offene Fragen

Die Kommission hatte eine gesellschaftsrechtliche Vollregelung angestrebt, ohne der Frage besondere Aufmerksamkeit zu schenken, welches Gericht für die erforderliche Rechtssicherheit und eine einheitliche Rechtsfortbildung Sorge tragen kann.[97] Die Unternehmensgründer sollten verpflichtet werden, 44 Einzelpunkte einer Satzungsregelung zuzuführen. Der weitreichende Verzicht auf etablierte kontinentaleuropäische Rechtssicherheits- und Schutzstandards handelte dem Vorschlag u. a. Kritik durch den Bundesrat ein, der die Befürchtung äußerte, die SPE könne zum „Lieblingskind der Entsorger“ werden.[98] Der letzte Vorschlag unter der schwedischen Ratspräsidentschaft ging einen weniger ambitionierten Weg, enthielt u. a. in den Fragen der Gründungskontrolle[99] und Anteilsübertragung[100] Verweisungen auf das einzelstaatliche Recht und gestattete den Mitgliedstaaten ein Mindeststammkapital von (wenn auch bescheidenen) 8.000 € vorzusehen.[101] Gescheitert ist der Entwurf dem Vernehmen nach an unvereinbaren Positionen zur Mitbestimmung und der Frage der Identität von Verwaltungssitz und Satzungssitz, die bei einer europäischen Gesellschaft besonders virulent ist, wenn man sich das in der Literatur gezeichnete Schreckensbild der 1-Euro-SPE mit Registersitz in Bukarest und Geschäftssitz in Wien vor Augen führt,[102] die gezielt für Zwecke der Geldwäsche und Steuerflucht missbraucht werden soll.[103]

3. Bedarf für eine SPE

Schon im Hinblick auf den europarechtlichen Grundsatz der Subsidiarität sollte über allen Bemühungen um eine Euro-GmbH die Frage stehen, ob überhaupt Bedarf für die Schaffung einer solchen zusätzlichen Rechtsform vorhanden ist. Das allgemeine Anliegen einer Deregulierung des Unternehmensrechts mag zunächst dagegen sprechen. Im Schrifttum wird zudem auf die bereits bestehenden Möglichkeiten zur Errichtung von Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften mit ausländischem Verwaltungssitz und zur grenzüberschreitenden Umstrukturierung verwiesen.[104] Dass allerdings gerade hierzulande ein Interesse von Unternehmen bestehen könnte, sich einen europäischen Anstrich zu verschaffen, legt eine von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebene und im Dezember vergangenen Jahres veröffentlichte Studie zur Europäischen Aktiengesellschaft nahe, bei der Deutschland in der Rangliste der eingetragenen Gesellschaften mit 91 Exemplaren auf Platz zwei nach Tschechien und vor dem

---

89 *Bork/Schäfer/Kindler*, § 4 a Rdnr. 9; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 4 a Rdnr. 18.

90 Vgl. dazu den Vorentwurf eines Vorschlags für eine Vierzehnte Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat mit Wechsel des für die Gesellschaft maßgebenden Rechts vom 22.4.1997, abgedruckt in ZIP 1997, 1721; siehe ferner http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/2004-consult_de.htm; *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2006, § 4 Rdnr. 35 ff.; siehe dazu auch grundlegend *Neye* in FS Schwark, 2009, S. 231.

91 Vgl. *Neye* in FS Schwark, S. 231, 235; *Grohmann/Gruschinske*, GmbHR 2008, 27.

92 Vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10.3.2009, P6_TA (2009) 0086).

93 Vgl. dazu *Wicke* GPR 2010, 233.

94 Vgl. *Wedemann*, EuZW 2010, 534; *Neye* in FS Hüffer 2010, S. 717; *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2010, 337; *Bormann/König*, RIW 2010, 111; *Jung*, BB 2010, 1233; *Sandberg/Scog*, AG 2010, 580; *Teichmann/Limmer*, GmbHR 2009, 537; www.europeanprivatecompany.eu; http://ec.europa.eu/internal_market/company/epc/index_de.htm.

95 *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2010, 337, 349; *Wedemann*, EuZW 2010, 534, 535.

96 *Neye*, in FS Hüffer, S. 717, 722.

97 Vgl. *Wicke*, GmbHR 2006, 356, 358.

98 Stellungnahme zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft, BR-Drucks. 479/08 (Beschluss), S. 5; siehe auch *Neye* in FS Hüffer, S. 717, 718, der den Vorschlag als geradezu „ultraliberal“ bezeichnet hat.

99 Art. 9 Abs. 4.

100 Art. 16.

101 Art. 19 Abs. 3.

102 *Hommelhoff/Teichmann*, GmbHR 2010, 337, 347.

103 *Bormann/König*, RIW 2010, 111, 117 f.; siehe auch *Wicke*, GPR 2010, 233, 236.

104 *Bormann/König*, RIW 2010, 111, 112.

Vereinigten Königreich und Frankreich mit 16 bzw. 15 sowie vor Italien, Finnland und Rumänien jeweils ohne eingetragene SE landete.[105] Entsprechend der SE als Rechtsform für Großunternehmen könnte so gesehen auch im Bereich des Mittelstands als zentralem Motor für Wirtschaftswachstum und Schaffung von Arbeitsplätzen ein praktisches Bedürfnis zur Erweiterung der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten angenommen werden.[106] Eine künftige Entscheidung für die Schaffung der SPE dürfte letztlich aber nicht nur von handfesten wirtschaftlichen Nützlichkeitserwägungen motiviert sein, sondern darüber hinaus durch das allgemeine politische Interesse, im zentralen Gebiet des Gesellschaftsrechts ein identitätstiftendes Gemeinschaftssymbol zu schaffen. Wie der Oxforder Europarechtler *Stephen Weatherell* einmal mit Bezug auf das europäische Vertragsrecht formuliert haben soll: „We don't need one, but we might want one."[107]

105 Siehe unter http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2010/se/study_SE_9122009_en.pdf auf S. 179.

106 Vgl. auch *Wedemann*, EuZW 2010, 534, 535 m. w. N.

107 Zitiert nach *Vossius*, EWS 2007, 438. Nach Rücksprache konnte und wollte Professor Weatherell die Urheberschaft des Zitats weder anerkennen noch dementieren.

4. SPE und GmbH

Ein Grundkonflikt in der Auseinandersetzung über die SPE liegt darin begründet, dass zwar einerseits ein attraktives europäisches Zusatzangebot für grenzüberschreitend agierende Unternehmen sinnvoll erscheint, dass aber andererseits die neue Rechtsform bei einer Vernachlässigung etablierter Rechtssicherheits- und Schutzstandards zu einer Erosion ausgewogener mitgliedstaatlicher Gesellschaftsrechtssysteme beitragen könnte.[108] Die derzeit entscheidenden politischen Instanzen hierzulande scheinen sich der Problematik bewusst zu sein, wie neben der erwähnten Stellungnahme des Bundesrats der folgende Auszug aus dem Koalitionsvertrag der Bundesregierung zeigt: „Die Schaffung eines Statuts für eine Europäische Privatgesellschaft fördern wir im Interesse mittelständischer Unternehmen. Der grenzüberschreitende Charakter und Gläubigerschutzvorschriften, wie ein ausreichendes Mindeststammkapital, werden berücksichtigt." Mit dieser Maßgabe könnte sich die SPE als interessante Rechtsformalternative für international agierende Unternehmen erweisen, ohne die klassische GmbH in ihrer bemerkenswerten Erfolgsgeschichte stoppen zu müssen.

108 Vgl. auch *Neye* in FS Hüffer 2010, S. 717, 720.

Aktuelle Rechtsprechung zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundstücksverkehr

– zugleich Anmerkung zu den Beschlüssen des OLG München vom 20.7.2010, 34 Wx 63/10[1], vom 17.8.2010, 34 W 98/10[2] und vom 7.9.2010, 34 Wx 100/10[3] –

Von Notar *Konrad Lautner*, München

Es kommt Schlag auf Schlag: Innerhalb kurzer Zeit ergingen drei Beschlüsse des für Grundbuchsachen zuständigen 34. Zivilsenats des OLG München zu Fragen des Umgangs mit der rechtsfähigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundstücksverkehr nach Inkrafttreten des ERVGBG. Aus notarieller Sicht erfreulich ist aber nur der Beschluss vom 7.9.2010 zur Frage der Grundbuchberichtigung nach Gesellschafterwechseln bei bereits im Grundbuch eingetragenen Gesellschaften bürgerlichen Rechts (dazu unter 2.), der die Fortsetzung einer lang geübten Praxis erlaubt. Im Ergebnis höchst bedenklich sind dagegen die beiden Beschlüsse zu der zuletzt viel diskutierten Frage des Erwerbs von Grundstücken durch bereits existierende Gesellschaften bürgerlichen Rechts[4] (dazu unter 1.), genauer: der damit verbundenen Nachweisprobleme im Grundbuchverfahren. Bliebe es bei der Auffassung des OLG München, stünde fest: Existierende Gesellschaften bürgerlichen Rechts können aus verfahrensrechtlichen Gründen kein Grundeigentum erwerben, und zwar selbst dann nicht, wenn für sie bereits eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen ist oder sie bereits andernorts im Grundbuch als Eigentümer von Grundbesitz eingetragen sind.

1. Grundstückserwerb durch existierende Gesellschaften bürgerlichen Rechts

Die Sachverhalte der beiden Beschlüsse vom 20.7.2010 und 17.8.2010 sind einfach darzustellen: In beiden Fällen wollten die Gesellschafter einer bereits zu einem früheren Zeitpunkt gegründeten GbR für diese ein Grundstück erwerben. Im ersten Fall erklärten die Gesellschafter im Urkundseingang des Kaufvertrags lediglich, dass sie die GbR bereits gegründet haben, daran mit bestimmten Anteilen beteiligt sind und die Gründung bestätigen. Im zweiten Fall lag sogar ein notariell beurkundeter Gesellschaftsvertrag samt einer notariell beurkundeten Anteilsabtretung bei den Grundakten des Grundbuchamts hinsichtlich eines anderen, der GbR bereits gehörenden Grundstücks. Die Gesellschafter verwiesen darauf und versicherten im Kaufvertrag, weitere Änderungen im Gesellschafterbestand hätten nicht stattgefunden. In beiden Fällen war eine Auflassungsvormerkung für die GbR eingetragen. In beiden Fällen verweigerte jedoch das Grundbuchamt den

1 NZG 2010, 1065 = FGPrax 2010, 234.

2 MittBayNot 2011, 60 (in diesem Heft)

3 MittBayNot 2011, 63 (in diesem Heft)

4 Hierzu eingehend: *Lautner*, MittBayNot 2010, 286.

Vollzug der Eigentumsumschreibung mit der Begründung, Existenz und Identität der Gesellschaft sowie die Vertretungsberechtigung der für sie Handelnden seien nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen. Beide Male bestätigte das OLG München die Auffassung des Grundbuchamts.

a) Ausgangspunkt

Im Ausgangspunkt seiner Argumentation, wonach beim Grundstückserwerb durch eine GbR, also im Geltungsbereich des § 20 GBO, Existenz und Identität der GbR sowie die Vertretungsberechtigung der Handelnden vom Grundbuchamt geprüft und ihm in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden müssen, ist dem OLG München uneingeschränkt beizupflichten. Dies entspricht den allgemeinen Regeln des Grundbuchrechts[5] und auch für die rechtsfähige GbR der ganz herrschenden Meinung in Rechtsprechung[6] und Literatur[7]. Weitgehende Einigkeit[8] herrscht auch über die Feststellung des Gerichts, dass § 899 a Satz 1 BGB trotz der vorherigen Eintragung der GbR an anderer Stelle im Grundbuch oder als Berechtigte der Auflassungsvormerkung am betroffenen Grundstück wegen der Beschränkung seines Geltungsbereichs auf das unmittelbar betroffene Recht nicht helfen kann.

Höchst streitig ist allerdings bislang, in welcher Weise der formgerechte Nachweis sonst erbracht werden kann. Die Einzelheiten dieser Diskussion wurden an anderer Stelle schon ausführlich dargestellt und sollen daher hier nicht vertieft werden.[9] Festzuhalten ist jedoch:

b) Bestätigung der Gesellschafter

Dem Gericht ist zuzustimmen, wenn es die liberale Auffassung des OLG Saarbrücken[10] verwirft, wonach die bloße Bestätigung der handelnden Personen in der notariellen Erwerbsurkunde über das Bestehen einer GbR und deren Gesellschafterbestand im Sinne eines Zugestehens von Tatsachen ähnlich einer Vollmachtsbestätigung als Nachweis ausreiche. Denn es würden diejenigen etwas bestätigen, deren Legitimation durch die Bestätigung gerade erst geklärt werden soll;[11] die „Argumentation bewegt sich im Kreis“, wie es das Gericht zu Recht ausführt. Die inhaltliche Richtigkeit einer notariell beurkundeten Erklärung wird von der Beweiskraft der öffentlichen Urkunde gerade nicht erfasst, wie die §§ 415, 418 ZPO zeigen.[12]

Die im Sachverhalt des Beschlusses vom 20.7.2010 mitgeteilte Erklärung der Gesellschafter in der notariellen Erwerbsurkunde, wonach sie die Gründung der GbR ausdrücklich bestätigten, hätte allerdings nicht nur als Tatsachenbestätigung, sondern auch als rechtsgeschäftliche Bestätigung i. S. d. § 141 Abs. 1 BGB[13] ausgelegt werden können. Doch dürfte auch eine solche Bestätigung als Nachweis nicht ausreichen, weil ihr Tatbestand das Vorliegen einer vorherigen, wenn auch nichtigen, Einigung über einen GbR-Vertrag zwischen den Beteiligten voraussetzt,[14] so dass eine rechtsgeschäftliche Bestätigung anders als eine Neugründung nicht stets eine Gesellschaft zur Entstehung bringen kann. Eine Auslegung der bestätigenden Gesellschaftererklärungen als (hilfsweise) Neugründung einer GbR ist dagegen nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen in solchen Fällen schlicht nicht möglich[15] und dürfte auch dem grundbuchverfahrensrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz[16] widersprechen, weil dann nie feststünde, ob die bereits existierende oder die neugegründete GbR erwerben sollen. Da in dem dem Beschluss vom 20.7.2010 zugrundeliegenden Fall dem Grundbuchamt weitere Nachweise nicht vorgelegt wurden, hat es dort auch aus meiner Sicht mit Recht die Eintragung des Eigentumsübergangs abgelehnt.

c) Neugründung im Erwerbsvertrag?

Wenn das OLG München aber im Beschluss vom 17.8.2010 zu dem weiteren Schluss kommt, der erforderliche Nachweis könne in der Form des § 29 GBO überhaupt nur durch die Gründung der GbR im notariell beurkundeten Erwerbsvertrag oder in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit diesem erbracht werden,[17] ist ihm entschieden zu widersprechen. Insbesondere den Nachweis durch einen früheren, notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag (samt beurkundeter Anteilsabtretungserklärungen), der von den Beteiligten in diesem Fall geführt werden konnte, lehnt das Gericht entgegen einer verbreiteten Auffassung[18] wegen der jederzeitigen, auch formlosen, Abänderbarkeit des Gesellschaftsvertrags ausdrücklich ab. Zum einen will es nämlich einen mit der Vorlage der Gesellschaftsvertragsurkunde verbundenen, mit Vollmachtsurkunden vergleichbaren Rechtsschein (analog § 172 BGB)[19] nicht anerkennen, allerdings ohne sich damit näher

---

5 *Bauer/v. Oefele/Kössinger*, GBO, 2. Aufl., § 20, Rdnr. 186, 188; KEHE/*Munzig*, Grundbuchrecht, 6. Aufl. 2006, § 20 GBO Rdnr. 1.

6 OLG Schleswig, DNotZ 2010, 296, 298; OLG Saarbrücken, MittBayNot 2010, 311; OLG Nürnberg, NotBZ 2010, 315 = BeckRS 2010, 17071; OLG Oldenburg, RNotZ 2010, 538; OLG Brandenburg, Beschluss vom 7.10.2010, 5 Wx 77/10, BeckRS 2010, 25648.

7 *Bestelmeyer*, RPfleger 2010, 169, 177 f.; *Böttcher*, ZNotP 2010, 173, 176; *ders.,* ZfIR 2009, 613, 618; *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 299 ff.; *Lautner*, MittBayNot 2010, 286; *ders.*, DNotZ 2009, 650, 657 ff.; *Wicke*, GWR 2009, 336, 337; a. A. aus – allerdings fehlerhaften, siehe hierzu *Lautner*, MittBayNot 2010, 286, 288 f. – materiellrechtlichen Erwägungen ersichtlich nur: *Weimer*, NotBZ 2010, 27, 31; *ders.*, NZG 2010, 335.

8 OLG Schleswig, DNotZ 2010, 296, 298; *Bestelmeyer*, RPfleger 2010, 169, 177 f.; *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 300; *Krauß*, notar 2009, 429, 436; *Lautner*, MittBayNot 2010, 286, 287; *Rebhan*, NotBZ 2009, 445, 450; a. A. wohl nur *Hertel*, DAI-Skript „Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2009/2010“, S. 24 f.

9 *Lautner*, MittBayNot 2010, 286; zur Darstellung des Meinungsstands instruktiv auch *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 299 ff.; DNotI-Report 2010, 149.

10 MittBayNot 2010, 311; jetzt auch OLG Oldenburg, RNotZ 2010, 538; OLG Brandenburg, Beschluss vom 7.10.2010, 5 Wx 77/10, BeckRS 2010, 25648; ebenso aus der Literatur *Ruhwinkel*, DNotZ 2010, 304, 308; *Böttcher*, ZNotP 2010, 173, 176 f.

11 *Bestelmeyer*, RPfleger 2010, 169, 182; *Lautner*, MittBayNot 2010, 286, 289.

12 KG, FGPrax 2009, 55, 56.

13 Hierzu *Lautner*, MittBayNot 2010, 286, 288, 292.

14 *Palandt/Ellenberger*, 69. Aufl. 2010, § 141, Rdnr. 3; *Lautner*, MittBayNot 2010, 286, 292.

15 OLG München, MittBayNot 2010, 310, 311; *Lautner*, MittBayNot 2010, 286, 288; a. A. *Weimer*, NotBZ 2010, 27.

16 OLG München, MittBayNot 2010, 310.

17 So schon *Bestelmeyer*, RPfleger 2010, 169, 182.

18 OLG Nürnberg, NotBZ 2010, 315, jedenfalls verbunden mit einer eidesstattlichen Versicherung der Handelnden, dass sich nichts geändert habe; *Böttcher*, ZfIR 2009, 613, 618, 625; *ders.*, ZNotP 2010, 173, 176; *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 304; *Lautner*, MittBayNot 2010, 286, 290 f.; *ders*., DNotZ 2009, 650, 658; *Steffek*, ZIP 2009, 1445, 1450; *Weigl*, NZG 2010, 1053, 1055 f.; *Wicke*, GWR 2009, 336, 337.

19 So aber eine verbreitete Auffassung in der Literatur, z. B: KEHE/*Dümig*, Einl. B, Rdnr. 68; *ders.*, RPfleger 2002, 53, 57; *Behrens*, ZfIR 2008, 1, 3 f.; *Tavakoli/Fehrenbacher*, DB 2007, 382, 385; *Heßeler/Kleinhenz*, NZG 2007, 250, 251; *Kiehnle*, ZHR 174 (2010), 209, 225; *Knöfel*, ZfIR 2006, 428, 429; *ders.* AcP 205 (2005), 645, 652; *Lautner*, MittBayNot 2001, 425, 433 f.; *ders*., MittBayNot 2005, 93, 95 ff.; *ders.*, NotBZ 2007, 229, 232 f.; *G. Wagner*, ZIP 2005, 637, 644, *Wertenbruch*, WM 2003, 1785, 1788; *ders.*, ZIP 2010, 1884, 1886.

auseinanderzusetzen. Käme nämlich einer Gesellschaftsvertragsurkunde ähnlich einer Vollmacht ein Rechtsschein für die Vertretungsberechtigung der darin bezeichneten vertretungsberechtigten Gesellschafter und die Existenz der Gesellschaft zu, was aus meiner Sicht wegen der durch die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR insoweit entstandenen Lücke im Verkehrsschutz zu bejahen ist – nach traditioneller Auffassung war schließlich § 172 BGB auf die als rechtsgeschäftlich verstandene Vertretungsmacht der Gesellschafter ohne weiteres unmittelbar anwendbar, wenn diese entsprechende Vollmachtsurkunden vorlegen konnten –, gäbe es keinen Grund, GbR-Gesellschaftsverträge im Grundbuchverkehr anders zu behandeln als Vollmachten. Zum anderen verwirft das OLG München bei Auflassungen an eine bestehende GbR auch die Einschränkung des § 29 GBO nach den Grundsätzen der Beweisnot,[20] weil diese grundbuchrechtlich anerkannte Lockerung der Beweismittelbeschränkung des § 29 Abs. 1 GBO nur auf wenige, zahlenmäßig verhältnismäßig seltene Einzelfälle beschränkt werden dürfe. Auch die eidesstattliche Versicherung der Gesellschafter, dass sich keine Änderungen gegenüber den vorgelegten Urkunden ergeben hätten, helfe nicht.[21]

Weshalb allerdings die Anwendung der Grundsätze der Beweisnot nur auf zahlenmäßig wenige Einzelfälle beschränkt sein darf, erläutert das Gericht nicht. Auf die Quantität der Anwendungsfälle kann es auch gar nicht ankommen, sondern vielmehr auf deren qualitativen Ausnahmecharakter. Entscheidend kann dabei also letztlich nur sein, ob der Beweis einer Tatsache mit den Mitteln des § 29 GBO geführt werden kann oder eben ausnahmsweise nicht (bzw. allenfalls durch Urteil).[22] Für Negativtatsachen, wie die Nichtexistenz der Gesellschaft, die Nichtänderung des Gesellschaftsvertrags, das Fehlen von Gesellschafterwechseln usw., steht schon aus logischen Gründen fest, dass der Beweis in der Form des § 29 GBO nicht zu führen ist. Wenn also keine besonderen Anhaltspunkte vorliegen, kann das Grundbuchamt nach allgemeinen Erfahrungssätzen davon ausgehen, dass bei Vorlage eines notariell beurkundeten oder beglaubigten Gesellschaftsvertrags eine Änderung hinsichtlich dieser Umstände auch nicht stattgefunden hat.[23]

Vom Gericht selbst erkannte Konsequenz seiner Auffassung ist, wie oben bereits erwähnt, dass damit bereits existierende Gesellschaften bürgerlichen Rechts keine Grundstücke mehr erwerben können. Dieses Ergebnis kann aus mehreren Gründen so nicht richtig sein. Zum einen widerspricht es entgegen der Meinung des OLG München der vom BGH in seiner Entscheidung vom 4.12.2008[24] betonten dienenden Funktion des Verfahrensrechts gegenüber dem materiellen Recht. Denn der BGH führte dort aus, dass das Verfahrensrecht die Buchbarkeit von Eigentum nicht verhindern dürfe, sondern vielmehr in verlässlicher und sicherer Weise ermöglichen müsse. Die fehlende gesetzgeberische Anpassung des Grundbuchrechts an die Immobiliarrechtsfähigkeit der GbR – für die Frage des Erwerbs durch eine GbR gilt diese Aussage auch nach Inkrafttreten des ERVGBG weiterhin – dürfe deshalb nicht zu einer Blockade des rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit Grundstücken von Gesellschaften bürgerlichen Rechts führen. Genau dies, wenn auch hinsichtlich des Grundstückverkehrs mit Gesellschaften bürgerlichen Rechts, wäre aber der Fall, wenn sich die Auffassung des OLG München durchsetzen würde. Eine GbR könnte dann genau einmal im Laufe ihrer Existenz und zwar nur und ausschließlich bei ihrer Gründung Grundbesitz erwerben. Zu einem späteren Zeitpunkt wäre ihr materiellrechtlich an sich ohne weiteres möglicher Eigentumserwerb allein aufgrund der starren Auslegung des Verfahrensrechts endgültig blockiert. Das ist ein der rechtssuchenden Bevölkerung kaum mehr vermittelbares Ergebnis und im Übrigen eine sachlich nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung[25] bestehender und neugegründeter Gesellschaften. Zwar ist dem Gericht darin zuzustimmen, dass dem Grundbuchrecht eine eigene, rechtssichernde Funktion zukommt, die über die bloße Sicherstellung der Buchbarkeit von Eigentum hinausgeht.[26] Doch muss das Verfahrensrecht dann eine Anpassung an ein geändertes materiellrechtliches Verständnis erfahren, wenn es andernfalls das materielle Recht vollständig zu vereiteln droht, allerdings nur, soweit dies unbedingt erforderlich ist.[27]

Zum anderen konterkariert das OLG München mit seiner Auffassung offen die vom Gesetzgeber ausdrücklich geäußerte Intention,[28] den Grundstücksverkehr mit Gesellschaften bürgerlichen Rechts durch die Neuregelungen des ERVGBG wieder auf eine sichere Grundlage zu stellen. Auch wenn die Problematik des Nachweises beim Erwerb durch eine GbR vom Gesetzgeber gerade nicht geregelt wurde, ist der von ihm mit der gesetzlichen Neuregelung verfolgte Zweck bei der Auslegung des Grundbuchverfahrensrechts gleichwohl zu berücksichtigen.[29]

Schließlich ergibt sich aus meiner Sicht auf Grundlage der Auffassung des OLG München eine weitere, sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der deutschen GbR, und zwar mit ausländischen, nicht registrierten Gesellschaften.[30] Sofern einer solchen Gesellschaft nach ausländischem Recht Rechtsfähigkeit zukommt, kann sie ohne weiteres deutschen Grundbesitz erwerben, wenn die für sie Handelnden – z. B. durch Vorlage eines Gesellschaftsvertrags und gegebenenfalls weiterer Nachweise in der Form des § 29 GBO – Existenz und Identität der Gesellschaft sowie ihre Vertretungsberechtigung nachweisen.[31] Überspitzt gesagt: Eine Briefkasten-Limited von den Cayman Islands gelangt unter Vorlage ihres Gesellschaftsvertrags und einer „Vertretungsbescheinigung“ ihres secretary ohne weiteres als Eigentümerin in das deutsche Grundbuch, wenn nur die Form des § 29 GBO gewahrt ist, eine deutsche GbR dagegen nicht!

Der Beschluss vom 17.8.2010 ist daher im Ergebnis falsch: Die GbR wäre einzutragen gewesen. Doch auch das Ergebnis des Beschlusses vom 20.7.2010 ist fehlerhaft. Dort bestand zwar ein Eintragungshindernis. Es hätte jedoch keine An-

---

20 Vgl. dazu KG, NJW-RR 1998, 447; *Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 29 GBO, Rdnr. 63 ff. Für die Anwendung der Grundsätze der Beweisnot auf den Fall des Erwerbs der existierenden GbR mit beachtlichen Argumenten: *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 303ff.; ebenso jetzt *Abicht*, notar 2010, 373, 374; *Krauß*, notar 2010, 361, 363.

21 So auch *Bestelmeyer*, RPfleger 2010, 169, 181; *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 177, 180; *Böttcher*, ZfIR 2009, 613, 618; *Lautner*, MittBayNot 2010, 286, 290; a. A.: OLG Nürnberg, NotBZ 2010, 315; *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 303 f.; *Abicht*, notar 2010, 373, 374; *Krauß*, notar 2010, 361, 363.

22 *Demharter*, § 29 GBO, Rdnr. 67.

23 *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 303 f.; *Abicht*, notar 2010, 373, 374; *Krauß*, notar 2010, 361, 363; *Lautner*, MittBayNot 2010, 286, 290.

24 MittBayNot 2009, 225.

25 *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 301 f.; ähnlich OLG Brandenburg, Beschluss vom 7.10.2010, 5 Wx 77/10, BeckRS 2010, 25648.

26 *Sefrin*, MittBayNot 2010, 268, 271; *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 302.

27 *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 302.

28 BT-Drucks. 6/13437, S. 26 ff.

29 So wohl auch *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 302.

30 Dazu *Lautner*, MittBayNot 2010, 286, 291.

31 *Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 32 GBO, Rdnr. 8.

tragszurückweisung ergehen dürfen, sondern nur eine Zwischenverfügung. Denn das Eintragungshindernis hätte aus hiesiger Sicht durch Nachreichung eines zumindest öffentlich beglaubigten, allerdings vor Beurkundung der Auflassung abgeschlossenen Gesellschaftsvertrags, behoben werden können.

Es bleibt nur zu hoffen, dass der BGH diese Rechtsprechung in einer für die Praxis handhabbaren Weise korrigiert.[32] In beiden Beschlüssen hat das OLG München jedenfalls die Rechtsbeschwerde zum BGH zugelassen.

d) Ausweichgestaltungen

Bis zu einer höchstrichterlichen Klärung der Frage geht daher der eindeutige Rat an die Praxis: Verträge über den Erwerb von Grundstücken durch bereits existierende Gesellschaften bürgerlichen Rechts sollten derzeit nicht beurkundet werden.

Auch die meisten Ausweichgestaltungen funktionieren unter diesen Prämissen wohl nicht mehr:[33] Denkbar wäre z. B. die Gründung einer neuen GbR im Erwerbsvertrag, Eintragung dieser neuen GbR im Grundbuch und anschließende Einbringung sämtlicher Gesellschaftsanteile an der Neu-GbR in die bereits bestehende Alt-GbR. Das Gesellschaftsvermögen der Neu-GbR und damit das Grundstück würden demnach der Alt-GbR anwachsen. Sodann wäre das Grundbuch auf die Alt-GbR zu berichtigen; § 20 GBO wäre nicht anwendbar.[34] Allerdings müsste dazu gemäß § 22 Abs. 2 GBO der neue Eigentümer, also die Alt-GbR, in der Form des § 29 GBO seine Zustimmung erteilen, es sei denn, die Grundbuchunrichtigkeit könnte in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden. Beides wird meines Erachtens aus Sicht des OLG München scheitern: Für den Unrichtigkeitsnachweis müsste der Anteilsabtretungsvertrag auf die Alt-GbR in der Form des § 29 GBO vorgelegt werden. Zur Prüfung der Wirksamkeit dieses Vertrags müsste das Grundbuchamt dann aber wieder die aus Sicht des OLG München unmöglichen Nachweise über die Existenz und Identität der erwerbenden Alt-GbR sowie über die Vertretungsberechtigung der für sie Handelnden verlangen. Wenn die Berichtigung dagegen aufgrund Bewilligung der Neu-GbR erfolgen würde, wäre derselbe – angeblich – unmögliche Nachweis im Rahmen der Zustimmung nach § 22 Abs. 2 GBO zu führen.

Wegen der erforderlichen Auflassung mit Anwendbarkeit des § 20 GBO würde natürlich erst recht eine Gestaltung scheitern, bei der die Gesellschafter zunächst Bruchteilseigentum am Grundstück in einem den Gesellschaftsanteilen an der Alt-GbR entsprechenden Anteilsverhältnis erwerben und es anschließend in die Alt-GbR einbringen.

Es kommen daher wohl nur noch zwei Möglichkeiten in Betracht:

– Die Gesellschafter erwerben ein Grundstück in Bruchteilsgemeinschaft entsprechend ihren Gesellschaftsanteilen an der Alt-GbR und vereinbaren im Alt-GbR-Vertrag, dass sie das Grundstück für die Alt-GbR halten und zwar so, als wenn es deren Gesamthandseigentum wäre, was also etwa die Veräußerung von Anteilen usw. betrifft. Dann besteht allerdings insoweit nur eine rein schuldrechtliche Bindung der Gesellschafter und die Vorteile, die das GbR-Gesamthandseigentum gegenüber dem Bruchteilseigentum hat (z. B. fehlende Veräußerlichkeit der Grundstücks-„Anteile“, kein Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft, keine Grunderwerbsteuer bei Anteilsübertragungen usw.), gehen verloren.

– Die Gesellschafter wandeln die Alt-GbR in eine vermögensverwaltende OHG oder KG um. Bei Grundstücken, als deren Eigentümer die Alt-GbR schon eingetragen ist, müsste die Umwandlung in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden, etwa durch Vorlage einer entsprechenden Handelsregisteranmeldung (§ 15 Abs. 3 GBV a. F. wurde durch das ERVGBG abgeschafft und ein Nachweis gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 GBO dürfte mangels Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister scheitern).[35] Hinsichtlich des Nachweises von Identität und Vertretungsverhältnissen der Alt-GbR müsste dabei § 899 a Satz 1 BGB helfen, da es hier um eine Eintragung in Ansehung des für diese eingetragenen Grundstücks gehen würde. Grunderwerbsteuer löst die Umwandlung hinsichtlich des Altgrundbesitzes nicht aus.[36]

e) Bestehende Fälle

Keine Lösung gibt es dagegen für die Fälle wie die vom OLG München entschiedenen, bei denen für die GbR zwar bereits eine Auflassungsvormerkung eingetragen ist, aber die Auflassung nun nicht vollzogen werden kann. Diese Verträge bleiben nach derzeitigem Stand endgültig unvollziehbar. Hier sind folgende Rettungsmöglichkeiten denkbar:

(1) Es kann einfach eine neue Auflassung erklärt werden, entweder an eine in der Auflassungsurkunde neu gegründete, andere GbR, oder an die Gesellschafter in Bruchteilseigentum. Grunderwerbsteuerlich birgt dies jedoch das Risiko, dass wegen fehlender Identität der Erwerber gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG ein weiteres Mal Grunderwerbsteuer anfällt.[37] Außerdem bestünden Bedenken wegen § 925 a BGB.

(2) Ob sich der doppelte Anfall von Grunderwerbsteuer mit einer vollständigen Aufhebung auch des schuldrechtlichen Vertrags und einem kompletten Neuabschluss nach § 16 GrEStG vermeiden ließe, ist ebenfalls sehr zweifelhaft.[38] Jedenfalls wären dann Sicherungsmaßnahmen wegen des bereits gezahlten Kaufpreises angebracht. Schließlich scheitert diese Lösung, wenn der Schutz der ursprünglichen Vormerkung wegen erfolgter Zwischeneintragungen benötigt wird.

(3) Als mögliche Lösung wird vorgeschlagen, dass ein Vertrag beurkundet wird, in dem eine darin neu gegründete GbR den ursprünglichen Kaufvertrag mit Zustimmung des Verkäufers übernimmt bzw. die Alt-GbR ihren Übereignungsanspruch an die Neu-GbR abtritt[39] und sodann der Verkäufer die Auflassung an die Neu-GbR erklärt. § 925 a BGB dürfte dem nicht entgegenstehen.[40] Wegen des Übergangs der Vormerkung auf die Neu-GbR (§ 401 BGB analog) müsste Letztere deren Löschung bei Vollzug der Auflassung bewilligen, so dass gemäß § 39 GBO vorher die Vormerkung auf die Neu-

---

32 Allerdings sind die Äußerungen des Vorsitzenden des zuständigen 5. Zivilsenats, *W. Krüger,* in NZG 2010, 801, 806 f., diesbezüglich wenig ermutigend.

33 Insoweit geht mein Dank an Herrn Kollegen Notar a. D. Dr. *Hermann Amann*, dessen Gedanken ich hier aufgenommen habe.

34 Ähnlich der Vorschlag von *Krauß*, notar 2010, 360, 362.

35 A. A. offenbar BeckOK-GBO/*Otto*, Ed. 9, Stand: 1.6.2010, § 32 GBO, Rdnr. 27.

36 *Ihle*, DNotZ 2010, 725, 747.

37 *Ihle*, DNotZ 2010, 725, 744; § 1 Abs. 6 GrEStG hilft hier wohl nicht.

38 Gegen die Anwendung von § 16 GrEStG in diesem Fall *Ihle*, DNotZ 2010, 725, 745 f.; krit. zur Anwendung der herkömmlichen Auslegungsgrundsätze des Grunderwerbsteuerrechts in solchen Reparaturfällen: Gutachten, DNotI-Report 2010, 189, 192.

39 Gutachten, DNotI-Report 2010, 189, 191; vgl. auch *Ihle*, DNotZ 2010, 725, 746.

40 Gutachten, DNotI-Report 2010, 189, 191.

GbR berichtigt werden müsste. Grundbuchverfahrensrechtlich hilft dabei § 899 a Satz 1 BGB. Die bei der Vormerkung eingetragenen Gesellschafter der Alt-GbR gelten danach als berechtigt, die Berichtigung der Vormerkung auf die Neu-GbR zu bewilligen, denn die Vormerkung ist ein im Grundbuch eingetragenes Recht im Sinne dieser Vorschrift.[41] Grunderwerbsteuerlich gilt: Zwar ist der Übergang des Übereignungsanspruchs gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 7 GrEStG grundsätzlich steuerbar, ebenso wie die – ggf. erneute – Auflassung an die Neu-GbR nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG. Hinsichtlich der Auflassung greift aber § 1 Abs. 6 GrEStG ein. Und bei der Vertragsübernahme bzw. Abtretung des Übereignungsanspruchs schützt § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG wegen der Beteiligungsidentität der beiden GbR vor dem erneuten Anfall von Grunderwerbsteuer. Allerdings ist dann die fünfjährige Behaltensfrist des § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG zu beachten.

(4) Schließlich wäre es auch möglich, alle Gesellschaftsanteile an der Alt-GbR in notarieller Urkunde auf eine dort gegründete Neu-GbR zu übertragen und dabei gleichzeitig den Verkäufer die Auflassung auf die Neu-GbR erklären zu lassen.[42] Vorteil dieser Lösung gegenüber der Abtretungs- bzw. Vertragsübernahmelösung ist, dass sich in dem Fall, dass die Alt-GbR bereits Grundbesitz hatte, der gesamte alte und neu erworbene Grundbesitz den Vorstellungen der Beteiligten entsprechend im Ergebnis in einer einzigen Gesellschaft befindet. Folge der Übertragung wäre nämlich, dass das Vermögen der Alt-GbR der Neu-GbR im Wege der Gesamtrechtsnachfolge anwächst. Das gilt sowohl für die Altgrundstücke wie auch für die gesamte Rechtsposition aus dem bis dahin unvollziehbaren Kaufvertrag einschließlich des Eigentumsverschaffungsanspruchs der Alt-GbR. Für die erforderlichen Grundbuchberichtigungen bei den Altgrundstücken und der Vormerkung aus dem neuen Kaufvertrag bedarf es hinsichtlich der Alt-GbR keines weiteren Nachweises, da für diese immer § 899 a Satz 1 BGB eingreift. Mit dem Nachweis im Rahmen des § 22 Abs. 2 GBO gibt es bei den Altgrundstücken ebenfalls keine Probleme, weil die Neu-GbR ja im „Erwerbsvertrag“ gegründet wurde. Der Vorgang wäre zwar grunderwerbsteuerbar nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG. Es hilft aber erneut § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG.[43] Allerdings entstünden hier gegebenenfalls erhebliche zusätzliche Notar- und Grundbuchgebühren.

2. Grundbuchberichtigungen nach Änderungen des Gesellschafterbestands

Im Beschluss vom 7.9.2010 ist dagegen ein anderer Aspekt der Behandlung der rechtsfähigen GbR im Grundstücksrecht berührt, nämlich der der Berichtigung des Grundbuchs nach Gesellschafterwechseln. Der Sachverhalt, soweit hier relevant, stellt sich wie folgt dar: Eheleute (M und F) und eine weitere Person (D) waren Gesellschafter einer GbR und als solche – entsprechend traditioneller Auffassung – „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts“ im Grundbuch als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen. M verstarb 1998, F war seine Alleinerbin. Im privatschriftlichen Gesellschaftsvertrag waren keine Bestimmungen für den Fall des Todes eines Gesellschafters enthalten. Im Jahre 2004 übertrug F ihren Gesellschaftsanteil auf E; die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung von E anstelle von F wurde durch F und E bewilligt, D stimmte der Abtretung des Gesellschaftsanteils zudem in öffentlich beglaubigter Form zu. 2009 schlossen D und E eine Vereinbarung über die Fortsetzung ihrer Gesellschaft und bewilligten und beantragten die Eintragung der Anteilsabtretung und Fortsetzung der Gesellschaft im Grundbuch. Das Grundbuchamt wies die Eintragungsanträge mit der Begründung zurück, die GbR sei durch den Tod von M aufgelöst worden und die Anteilsübertragung daher unwirksam. Die Fortsetzungsvereinbarung sei wirkungslos. Das OLG München gab der dagegen gerichteten Beschwerde der Beteiligten zu Recht statt.

a) Materielle Rechtslage

Zunächst stellte das Gericht die vom Grundbuchamt falsch beurteilte materielle Rechtslage richtig: Zwar wurde die GbR mangels abweichender gesellschaftsvertraglicher Regelung gemäß § 727 Abs. 1 BGB durch den Tod von M aufgelöst. Sie bestand jedoch mangels Auseinandersetzung als Abwicklungsgesellschaft fort, wobei sie ihre Identität in personen- und vermögensrechtlicher Hinsicht bewahrte.[44] Anstelle des verstorbenen M erwarb F als Erbin dessen Gesellschaftsanteil[45] zu ihrem bisherigen Anteil mit der Folge der Vergrößerung ihrer Beteiligung hinzu. Solange und weil die Gesellschaft nicht auseinandergesetzt wurde, konnten die Gesellschafter daher weiterhin über Gesellschaftsanteile verfügen und auch die Fortsetzung der Gesellschaft mit der Folge der Umwandlung in eine werbende Gesellschaft beschließen.[46]

b) Verfahrensrecht

Interessanter ist hier aber die verfahrensrechtliche Seite der Entscheidung. Zunächst stellt das Gericht nämlich klar, dass durch die Einfügung des § 47 Abs. 2 GBO nunmehr feststeht, dass eine Grundbuchunrichtigkeit vorliegt, wenn der tatsächliche Gesellschafterbestand einer GbR und der im Grundbuch ausgewiesene auseinanderfallen. Sinn und Zweck der Einführung der §§ 899 a BGB, 47 Abs. 2 GBO war es ja gerade, die Eintragung der Gesellschafter einer rechtsfähigen GbR, die durch die Rechtsprechung des BGH zum bloßen Identifizierungsbehelf verkommen war, wieder zum Grundbuchinhalt im Rechtssinne zu machen.[47] Durch die Verweisungen des § 899 a Satz 2 BGB auf § 894 BGB und des § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO auf § 22 GBO wird deutlich, dass Änderungen im Gesellschafterbestand zu einer echten Grundbuchunrichtigkeit führen, obwohl dadurch ja eigentlich die Person des Berechtigten selbst, der GbR, nicht berührt wird. Dies entspricht allgemeiner Meinung[48] und gilt wegen Art. 229 § 21 EGBGB auch für Alteintragungen wie in dem hiesigen Fall.

Die Berichtigung des Grundbuchs kann, wie das Gericht richtig ausführt, gemäß §§ 22 Abs. 1, 47 Abs. 2 Satz 2 GBO entweder aufgrund Unrichtigkeitsnachweises oder aufgrund Bewilligung des Altgesellschafters und Zustimmung des Neu-

---

41 Eine Berichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises würde dagegen wohl scheitern, da die Vermutung des § 899 a Satz 1 BGB für die Verfügung über den schuldrechtlichen Übereignungsanspruch nicht gilt.

42 Dieser Vorschlag geht wiederum auf Herrn Notar a. D. *Dr. Hermann Amann* zurück.

43 *Ihle*, DNotZ 2010, 725, 748, m. w. N.; hinsichtlich der Auflassung gilt wieder § 1 Abs. 6 GrEStG.

44 MünchKommBGB/*Ulmer/Schäfer*, 5. Aufl. 2009, § 730 Rdnr. 24.

45 MünchKommBGB/*Ulmer/Schäfer*, § 727 Rdnr. 1, 13.

46 MünchKommBGB/*Ulmer/Schäfer*, § 730 Rdnr. 25.

47 BT-Drucks. 16/13437, S. 27; *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 664.

48 OLG Zweibrücken, NJW 2010, 384; OLG Brandenburg, Beschluss vom 23.7.2010, 5 Wx 47/10 (noch nicht veröffentl.); *Demharter*, § 47 GBO, Rdnr. 30; *Böhringer*, RPfleger 2009, 537, 541; *Böttcher*, ZNotP 2010, 173, 175; *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 305; *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 663 ff.; *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 421, 425; Gutachten, DNotI-Report 2010, 145, 146.

gesellschafters erfolgen (§§ 19, 22 Abs. 2 GBO), sämtlich in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO. Ferner ist entweder der Gesellschaftsvertrag in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO vorzulegen, der die Zulässigkeit der Anteilsübertragung auch ohne Zustimmung der Mitgesellschafter enthält, oder die Berichtigung muss auch durch alle übrigen Gesellschafter in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO bewilligt werden.[49] Im Sonderfall des Todes eines Gesellschafters ist umstritten, ob stets ein – ggf. auch nicht der Form des § 29 Abs. 1 GBO entsprechender – Gesellschaftsvertrag vorgelegt werden muss,[50] was das Gericht im hiesigen Fall ausdrücklich offen lässt, weil ein solcher Vertrag vorlag. Im Ergebnis ließ es jedenfalls die Berichtigung aufgrund der vorliegenden Bewilligungen aller Betroffener zu.

Als bewilligungsberechtigt werden dabei vom OLG München, wie nach alter Rechtslage, die Gesellschafter und nicht die Gesellschaft selbst angesehen, was, soweit ersichtlich, auch nach Inkrafttreten des ERVGBG allgemeiner Meinung entspricht.[51] Die entscheidende Frage, inwieweit dem Grundbuchamt die Bewilligungsberechtigung der Gesellschafter aber über deren Eintragung im Grundbuch hinaus nachgewiesen werden muss, beantwortete es letztlich nur mit einem knappen Hinweis auf den seines Erachtens insoweit anwendbaren § 899 a BGB. Diese Auffassung, die in den ersten Stellungnahmen zum ERVGBG durchgängig vertreten wurde,[52] ohne sie weiter zu problematisieren, wurde namentlich von *Bestelmeyer*[53] in Frage gestellt. Er wies darauf hin, dass sich vor allem wegen des Wortlauts des § 899 a BGB („in Ansehung des eingetragenen Rechts") und des im Gegensatz zur Erbengemeinschaft nunmehr nicht mehr eingetragenen Gemeinschaftsverhältnisses i. S. d. § 47 Abs. 1 GBO die Vermutungswirkung des § 899 a Satz 1 BGB gerade nicht auf die Berechtigung an den Gesellschaftsanteilen erstrecke und deshalb die Bewilligungsberechtigung der Gesellschafter dem Grundbuchamt gesondert in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden müsse. Da dieser Nachweis sich nicht führen lasse, sei eine Grundbuchberichtigung nicht möglich. In der Folge lehnten zahlreiche Grundbuchämter Berichtigungen nach Gesellschafterwechseln ab.

Das OLG München folgt dieser Auffassung wie auch die sonstige bisherige obergerichtliche Rechtsprechung[54] zu Recht nicht.[55] Denn die gesetzliche Vermutung des § 899 a Satz 1 BGB ist wie die des § 891 Abs. 1 BGB im Grundbuchverfahren zu beachten.[56] Ohne besondere Anhaltspunkte hat das Grundbuchamt demnach unstreitig bei Verfügungen über das eingetragene Recht von der Gesellschafterstellung der eingetragenen Gesellschafter auszugehen, ohne weitere Nachweise verlangen zu können. Zwar ist *Bestelmeyer* zuzugeben, dass demgegenüber eine Grundbuchberichtigung aufgrund Gesellschafterwechsels vom Wortlaut der Vorschrift auf den ersten Blick gerade nicht gedeckt scheint. Allerdings sollte durch die Formulierung „in Ansehung des eingetragenen Rechts" lediglich vermieden werden, dass das Grundbuch zu einem allgemeinen GbR-Register mutiert und dadurch beispielsweise ein gutgläubiger Erwerb von GbR-Anteilen oder beweglichen Sachen ermöglicht wird.[57] Darum geht es aber in den hier fraglichen Fällen nicht. Vielmehr soll die Berichtigung des Grundbuchs im Hinblick auf eine nachfolgende Veräußerung oder Belastung des Grundstücks ermöglicht (§ 39 GBO) und ein drohender gutgläubiger Erwerb von den fälschlicherweise im Grundbuch eingetragenen Gesellschaftern (§§ 892, 899 a Satz 2 BGB) vermieden werden. Aus diesem Blickwinkel betrachtet erfolgt die Berichtigung eben doch „in Ansehung" des eingetragenen Rechts.[58] Die Frage des fehlenden öffentlichen Glaubens des Grundbuchs in Bezug auf Anteilsübertragungen auf der Ebene des materiellen Rechts ist daher klar von der verfahrensrechtlichen Frage von Grundbuchberichtigungen zu trennen.[59] Im Übrigen widerspricht die Auffassung *Bestelmeyers* dem ausdrücklich geäußerten Willen des Gesetzgebers,[60] die bisherige Grundbuchpraxis bei Anteilsveränderungen mit der Einfügung des § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO im Wesentlichen unverändert beizubehalten. Für die Anwendung des § 899 a BGB streitet außerdem, dass nach allgemeinen Regeln bei Berichtigungen, die auf Eintragung des wahren Berechtigten gerichtet sind, der Buchberechtigte bzw. ggf. dessen Erbe, nicht aber der wahre Berechtigte, betroffen und damit auch bewilligungsberechtigt ist.[61] Nicht zuletzt ist zu bedenken, dass eine Gesetzesauslegung, wonach die GbR wegen § 892 i. V. m. § 899 a Satz 2 BGB der Gefahr eines Eigentumsverlusts durch gutgläubigen Erwerb ausgesetzt wäre, ohne ihr die Möglichkeit einzuräumen, diesen durch Grundbuchberichtigung zu verhindern, rechtsstaatlich wohl kaum akzeptabel wäre.

3. Fazit

Wenigstens hinsichtlich der Frage von Grundbuchberichtigungen nach Veränderungen im Gesellschafterbestand kann daher für den Umgang der Notarpraxis mit der GbR Entwarnung gegeben werden. Es bleibt insoweit bei der Geltung der hergebrachten Grundsätze des Grundbuchverfahrensrechts.

---

49 Vgl. dazu nur Gutachten, DNotI-Report 2010, 145, 146 m. w. N.

50 So BayObLGZ 1991, 310, 304; *Demharter*, § 22 GBO, Rdnr. 41.

51 *Bestelmeyer*, RPfleger 2010, 168, 185; *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 665; *Rebhan*, NotBZ 2009, 445, 446.

52 Vgl. *Böhringer*, RPfleger 2009, 537, 541 f.; *Böttcher*, ZfIR 2009, 613, 619 ff.; *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 663 ff.; *Rebhan*, NotBZ 2009, 445, 446; *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 421, 425; *Steffek*, ZIP 2009, 1445, 1452.

53 RPfleger 2010, 168, 185 f.

54 OLG Zweibrücken, NJW 2010, 384; i. E. auch OLG Brandenburg, Beschluss vom 23.7.2010, 5 Wx 47/10 (noch nicht veröffentl.), dessen Argumentation allerdings gerade nicht auf § 899 a BGB Bezug nimmt, jedoch ohne sich mit dem Anwendungsbereich der Vorschrift überhaupt auseinanderzusetzen.

55 Ebenso die ganz h. M.; siehe neben den in Fn. 52 genannten Autoren insbesondere *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 305; Gutachten, DNotI-Report 2010, 145, 147.

56 *Demharter*, § 47 GBO, Rdnr. 32.

57 BT-Drucks. 16/13437, S. 30; *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 305.

58 Gutachten, DNotI-Report 2010, 145, 147.

59 *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 305; Gutachten, DNotI-Report 2010, 145, 147.

60 BT-Drucks. 16/13437, S. 24.

61 *Demharter*, § 22 GBO, Rdnr. 32.

BUCHBESPRECHUNGEN

Bergschneider: Verträge in Familiensachen. Gieseking, 2010. 310 S., 49 €

Das Werk von *Ludwig Bergschneider* hat sich etabliert. Es liegt nun in der 4. Auflage vor. Die 3. Auflage war erst 2006 erschienen. Das am 1.1.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts und die am 1.9.2009 in Kraft getretenen Gesetze (FGG-Reformgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz und das Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrecht) haben diese Neuauflage erforderlich gemacht. Neben der Überarbeitung der Kapitel aufgrund der Gesetzesänderung und der neu ergangenen Rechtsprechung wurde zudem ein (kurzes) Kapitel über die Notar- und Rechtsanwaltskosten eingefügt.

Der Autor weist in seinem Vorwort zutreffend darauf hin, dass Eheverträge, Scheidungsvereinbarungen und Trennungsvereinbarungen nicht nur zu gestalten sind, sondern es oft auch um die Abwicklung unklarer oder streitig gewordener Verträge geht. Anliegen des Werkes sei es insbesondere auch, auf den besonderen Aspekt der Vertragsabwicklung hinzuweisen, damit Rechtsanwälte und Notare noch mehr als bisher veranlasst werden, die Abwicklungsprobleme in die Gestaltungsüberlegungen mit einzubeziehen. Dem Praktiker *Bergschneider* gelingt dies vorzüglich und hierin liegt auch die Stärke des Buches. Es ist eben kein Notar, der hier am Werke war, sondern ein im Familienrecht spezialisierter Rechtsanwalt mit langjähriger Berufserfahrung. Zu Recht hat *Reimann* in seiner Rezension zur 3. Auflage zu diesem Werk (FamRZ 2006, 1257) „von einem notwendigen Pedant zu den von Notaren geschriebenen Handbüchern“ gesprochen.

Das Werk in eine Kategorie einzuordnen fällt schwer. Es handelt sich weder um ein klassisches Lehrbuch oder Nachschlagewerk, noch um ein reines Formularbuch. Letztlich vereinigt es – in gelungener Weise – alle Elemente. Insgesamt beinhaltet es neben den rechtlichen Ausführungen rund 150 Musterklauseln, die häufig über das in den Vertragshandbüchern Übliche hinausgehen. Der Verfasser hat – von wenigen Ausnahmen – nach eigener Angabe bewusst davon abgesehen, vollständige Musterverträge anzubieten, da Eheverträge zu oft einen individuellen Charakter aufweisen. Zum Auffinden der einzelnen Musterklauseln wurde ein eigenes Verzeichnis der Vertragsmuster angelegt. Damit die von *Bergschneider* vorgeschlagenen Vertragsmuster noch leichter Eingang in notarielle Verträge finden, wäre es angebracht gewesen, die Musterklauseln auch auf einer CD (als Beilage zum Buch) zur Verfügung zu stellen – ein Service, wie man ihn von vielen anderen Werken mittlerweile gewohnt ist. Neben den Vertragsmustern bietet das Werk an vielen Stellen sogenannte Checklisten, die dazu beitragen sollen, dass der Benutzer schon bei der Sachverhaltsermittlung einen Anhaltspunkt dafür hat, welche Fragen er zu stellen hat und dass er weiß, an welche regelungsbedürftigen Punkt er zu denken hat.

Bergschneider beginnt seine stets verständlichen und häufig mit anschaulichen Beispielen gespickten Ausführungen, die immer auch zahlreiche Ratschläge aus Sicht des Praktikers beinhalten, mit einem allgemeinen Kapitel über Begriffe und Vertragstypen (Kapitel A) und behandelt dies in der gebotenen Kürze. Im Anschluss stellt der Autor im Kapitel B die allgemeinen Anforderungen an Verträge in Familiensachen dar, wobei er auch, sicherlich nicht ganz zu Unrecht, kritische Töne gegenüber manchen Notaren findet, „die am Ende ihrer Urkunden eine lange Liste von Belehrungen und erteilten Hinweisen zum Zwecke ihrer völligen Freizeichnung aufnehmen“ (Rdnr. 49). Auf der anderen Seite weist *Bergschneider* aber im Zusammenhang mit der Inhaltskontrolle von Eheverträgen mit Nachdruck auf das Erfordernis der Dokumentation „all dieser Punkte“ hin, was Notare letztlich regelmäßig in ihren Urkunden zu tun pflegen (Rdnr. 152). Letztlich gilt es für jeden Gestalter von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen selbst eine Grenze zwischen einer sinnvollen Dokumentation über die erteilten Belehrungen insbesondere im Zusammenhang mit der Inhaltskontrolle und einer ausufernden, den Parteien letztlich kaum dienenden theoretischen Abhandlung zu finden.

Im weiteren Kapiteln widmet sich *Bergschneider* den allgemeinen Ehewirkungen (Kapitel C), den Vereinbarungen zur Ehescheidung (Kapitel D) und der elterlichen Sorge und der Umgangsregelung in Bezug auf Kinder (Kapitel E). Insbesondere im letztgenannten Kapitel finden sich interessante Muster, die sicherlich nicht jeder Notar in seiner Sammlung hat, die aber dennoch Eingang in den ein oder anderen notariellen Vertrag finden dürften, so z. B. ein ausführliches Muster zum Pendelmodell im Rahmen der elterlichen Sorge (Rdnr. 261) oder ein umfangreiches Muster zur Umgangsregelung (Rdnr. 287). Im folgenden Kapitel F wird sodann der Kindes- und Ehegattenunterhalt (Letzteres unter angemessener Berücksichtigung der Unterhaltsrechtsreform 2008) behandelt. Hier sind wieder die Vorzüge des Werkes zu erkennen: Praktische Hinweise und zahlreiche Muster, z. B. zum Kindesunterhalt für Volljährige (Rdnr. 361) oder beim Ehegattenunterhalt zu §§ 33 VersAusglG (als Nachfolgeregelung zu § 5 VAHRG).

In den nun folgenden Kapiteln (G bis J) widmet sich *Bergschneider* dann den Güterständen, wobei er, etwas ungewöhnlich, mit der Gütertrennung beginnt. Lobenswert sind seine Ausführungen zur Inhaltskontrolle in diesem Zusammenhang (Rdnr. 547 ff.). Zu Recht weist der Autor daraufhin, dass die Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle nicht als Freibrief im Rahmen des Güterrechts missverstanden werden darf. Etwas kurz geraten sind im Kapitel über die Zugewinngemeinschaft m. E. die Änderungen im Recht des Zugewinnausgleichs, insbesondere zur Neuregelung des § 1374 Abs. 3 BGB (negatives Anfangsvermögen) und zur Neuregelung des § 1384 BGB (Berechnungszeitpunkt des Zugewinns und Höhe der Ausgleichsforderung bei Scheidung). Hier hätte man sich eine ausführlichere Diskussion der mit der Neuregelung verbundenen Probleme (mit Angabe entsprechender Fundstellen) und weitere Musterbeispiele gewünscht (siehe hierzu u. a. *Reetz*, DNotZ 2009, 826 m. w. N.) Auch zur Güterrechtsschaukel findet man in diesem Werk nur eine kurze Passage (Rdnr. 605).

Stärker wird das Werk wieder im Kapitel K, wo sich *Bergschneider* dem Versorgungsausgleich widmet. Hier findet der Leser eine kompakte Zusammenfassung der Neuregelung durch das Versorgungsausgleichsgesetz (VersAusglG) mit einigen Musterbeispielen.

Fazit: Insgesamt ist das Werk für den Notar eine sinnvolle Ergänzung zu den bekannten notariellen Handbüchern zur Vertragsgestaltung im Ehe- und Familienrecht; ersetzen kann es diese Handbücher, insbesondere im Bereich des Güterrechts, aber nicht.

Notar Dr. *Ralf Menzel*, Rottenburg a. d. Laaber

Roth/Hannes/Mielke: Vor- und Nacherbschaft. Beck, 2010. 237 S., 59 €

Das Handbuch zur Vor- und Nacherbschaft soll dem Einbandtext auf der Rückseite gemäß mit Hilfe von vielen Beispielen, Mustern und Praxistipps die kompetente erb- und steuerrechtliche Beratung des Mandanten bei der Konstruktion von Vor- und Nacherbschaft ermöglichen.

Das Werk schließt mit einer umfassenden, Rechtsprechung und Literatur bis zum Jahre 2009 berücksichtigenden Darstellung der Vor- und Nacherbschaft eine Lücke, was für die Rechtspraxis höchst willkommen ist; war doch das Thema Vor- und Nacherbschaft, wie sich auch dem umfangreichen, nach Erbrecht und Steuerrecht getrennten Literaturverzeichnis des Buches entnehmen lässt, meist nur Gegenstand von einzelnen Aufsätzen oder aber in speziellen Teilbereichen von Monographien.

Die Darstellung ist in 7 Teile gegliedert:

(1) Grundlagen der Vor- und Nacherbschaft, (2) Wirkungen des Nacherbfalles, (3) Schutz des Nacherben durch Beschränkungen des Vorerben bei nichtbefreiter Vorerbschaft, (4) befreite Vorerbschaft, (5) Anordnung gestaffelter Nacherbfolgen, (6) Vor- und Nacherbschaft im internationalen Recht und im (7) Steuerrecht.

Die Teile (1)–(6) wurden bearbeitet von Rechtsanwalt/Fachanwalt für Erbrecht *Wolfgang Roth*.

Das Buch ist nach dem Anspruch der Verfasser einerseits umfangreiches Praxishandbuch, andererseits konzentriert sich die Darstellung auf ein einzelnes Rechtsinstitut, ein schwieriger Spagat, wie sich im ersten Teil des Buches zeigt:

Macht doch die Erbrechtsgestaltung nicht an einem einzelnen Rechtsgebiet oder -institut halt, sondern greift auf viele davon über, und erfordert vom Gestalter Kenntnis und sachgerechte Auswahl nach Abwägung möglicher Gestaltungsalternativen.

Zur Historie, Gesetzessystematik und -dogmatik finden sich im Grundlagenteil nur wenig Ausführungen.

Nach einer kurzen Begriffsbestimmung wird im ersten Teil äußerst knapp (S. 2–6) die Abgrenzung zu anderen Rechtsgebieten, zur Vollerbeinsetzung und zu den Gestaltungsalternativen zur Vor- und Nacherbschaft, nämlich dem Nießbrauchsvermächtnis, dem Vor- und Nachvermächtnis und dem Herausgabevermächtnis beschrieben. Bei dem kurz gehaltenen Formulierungsbeispiel zum Nießbrauchsvermächtnis bleibt unklar, ob der Nießbrauch an den einzelnen Nachlassgegenständen oder als Rechtsnießbrauch an den Erbanteilen der Erben bestellt werden soll; die kurze Darstellung zum Nachvermächtnis lässt aktuellere Literaturhinweise vermissen, bei dem angeführten Fallbeispiel bleiben heiß diskutierte und praxisrelevante Fragestellungen, etwa die Verwendung des Nachvermächtnisses beim Behinderten- und Bedürftigentestament oder bei Grundstücksvermächtnissen, unerwähnt. Das bedingte Herausgabevermächtnis, § 1 Rdnr. 20, ist ein Unterfall des bedingten Vermächtnisses, nicht des Nachvermächtnisses.

Aus Sicht des gestaltenden Praktikers hätte die Abgrenzung zu diesen Gestaltungsalternativen, etwa anhand der Bildung von praxishäufigen, typischen Fallgruppen und unter abwägender Darstellung von Vor- und Nachteilen ausführlicher erfolgen können; stehen die vorgenannten, in der Auswirkung der Vor- und Nacherbschaft sehr ähnlichen Rechtsinstitute doch oftmals alternativ zur Auswahl, z. B. Vor- und Nacherbschafts- oder Vermächtnislösung beim Behinderten-, Bedürftigen- oder Geschiedenentestament. Allerdings stellt dies unter dem Thema des Buches eine konsequente Beschränkung dar.

Stattdessen tauchen im Grundlagenteil etwas unerwartet einzelne praktische Anwendungsbeispiele auf, etwa Berliner Testament und Trennungslösung sowie Vor- und Nacherbschaft aufgrund bedingter Erbeinsetzung, § 1 Rdnr. 86 ff.; zu dem Formulierungsvorschlag eines Testaments zugunsten eines überschuldeten Erben, § 1 Rdnr. 120 (S. 33) ist noch erwähnenswert, dass bei Überschuldung häufig eine Hartz-IV-Problematik hinzukommen könnte: Im Hinblick auf den Gläubigerzugriff und die Überleitungsproblematik nach § 93 SGB XII ist hier die Befreiung des Vorerben von den Beschränkungen der §§ 2113 ff. BGB problematisch, solange die Überschuldungs-/Arbeitslosigkeitssituation andauert (vgl. hierzu *Kornexl*, Nachlassplanung bei Problemkindern, Rdnr. 301 m. w. N.); ferner sollte die Motivangabe klar regeln, wer für die staatliche Grundversorgung aufkommt. Andernfalls besteht die Gefahr, dass staatliche (Grundversorgungs-) Leistungen eingestellt werden mit dem Argument, ein Substanzzugriff sei dem Testamentsvollstrecker erlaubt oder zur Bestreitung der Grundversorgung sogar geboten. Die jüngst vom SG Dortmund aufgeworfene Frage der Gestaltungsgrenzen zur Sittenwidrigkeit des sog. Bedürftigentestaments ist hier noch ungeklärt.

Da das Buch keine an Fallgruppen orientierte Darstellung enthält, wird das für die Praxis besonders bedeutsame Behindertentestament, das eine Vielzahl verschiedenster Rechtsprobleme aufwirft, erst zu einem späteren Zeitpunkt unter den Nutzungen des Nachlasses abgehandelt, § 2 Rdnr. 66 ff.

Zutreffend wird die Möglichkeit eines Vorausvermächtnisses von Einzelgegenständen an verschiedenen Stellen thematisiert, § 1 Rdnr. 106 und 121 ff., § 14 Rdnr. 127, sowie die „Nacherbschaft an Einzelgegenständen“ verneint § 1 Rdnr. 27. Die in der Praxis häufig nachgefragte – etwa bzgl. eines einzigen Nachlassgrundstückes – Möglichkeit, diese faktisch durch umfassende Vorausvermächtnisse aller sonstigen Gegenstände an den Vorerben zu erreichen, bleibt unerwähnt (vgl. hierzu *J. Mayer*, ZEV 2000, 5: „gegenständlich beschränkte Nacherbschaft“).

Der Autor zeigt, dass die Beschränkung auf die Nacherbschaft nicht ohne Übergriffe auf andere Institute bleiben kann, wenn bei den Wiederverheiratungsklauseln, § 1 Rdnr. 97, eine Vermächtnisgestaltung auftaucht.

Die Verwendung der „Dieterle-Klausel“ beim Geschiedenentestament wird vom Autor zutreffend als zu unsicher eingestuft, § 1 Rdnr. 118; trotzdem widmet er ihr in § 1 Rdnr. 116 ein umfangreiches Formulierungsbeispiel.

In § 1 Rdnr. 109, insbesondere auch bei dem ersten Formulierungsbeispiel bleibt die Abgrenzung der zulässigen auflösend bedingten Nacherbeinsetzung von der problematischen Bestimmung des Nacherben durch den Vorerben oder einen Dritten unscharf; Letztere ist im Hinblick auf § 2065 Abs. 2 BGB wohl nur zulässig, wenn der Erblasser für die Auswahl aus einem begrenzten Personenkreis (z. B. unter den Kindern des Vorerben) hinreichend bestimmte Kriterien vorgegeben hat.

Manche orthographischen Flüchtigkeiten, z. B. „Erbrechtlich“ durchweg in Großschreibung, können in der Folgeauflage sicher durch das Lektorat getilgt werden. Auch wäre eine Checkliste zur Vor- und Nacherbfolge für den Praktiker willkommen.

Doch man verliere wegen Einzelheiten nicht den Blick auf die Gesamtdarstellung: Die Stärke des Buches zeigt sich in der detailreichen Fülle des zusammengefassten Stoffs, und hier vor allem in den folgenden Werkteilen (Teile 2 ff.). Hier

gelingt dem Autor eine umfassende, gut lesbare Darstellung der in der Gestaltungs- und Prozesspraxis auftauchenden Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Vor- und Nacherbschaft. Eine interessante Darstellung zur Vor- und Nacherbschaft in ausländischen Rechtsordnungen rundet den erbrechtlichen Teil ab. Dem Praktiker sind die vielen grau hervorgehobenen Formulierungsbeispiele und Praxishinweise gewidmet. Diese sowie der gesamte Textteil sind mit zahlreichen Fußnoten versehen, die auf bis Ende 2009 verfasste Spezialliteratur verweisen, deren Heranziehung angesichts der Fülle des Materials unumgänglich ist.

Der steuerrechtliche Teil 7, S. 164–231, wurde von Rechtsanwalt/Fachanwalt für Steuerrecht/Steuerberater *Frank Hannes* und Rechtsanwalt/Steuerberater *Hendrik Mielke*, bearbeitet. Die ersten 40 Seiten sind entgegen dem Buchtitel einer allgemeinen, gut verständlichen Einführung zur Erbschaftsteuer und zu den Neuerungen durch die Erbschaftsteuerreform 2009 gewidmet. Ab S. 205 finden sich sehr lesenswerte Ausführungen über die Besteuerung der Vor- und Nacherbschaft sowie zu den verwandten Instituten Vor- und Nachvermächtnis sowie Nießbrauchsvermächtnis.

Das Buch kann insbesondere demjenigen empfohlen werden, der sich einen Gesamtüberblick über das Institut der Vor- und Nacherbschaft verschaffen möchte.

Notar Dr. *Peter Baltzer*, Weiden i. d. Opf.

Spiegelberger: Vermögensnachfolge – Gestaltung nach Zivil- und Steuerrecht. 2. Aufl., Beck, 2010. 595 S., 68 € + CD ROM

Die erste Auflage aus dem Jahr 1994 wurde von Notar a. D. Dr. *Sebastian Spiegelberger* umfassend überarbeitet und aufgrund der gestiegenen Bedeutung der Vermögensnachfolge in zwei Werke aufgeteilt. Der Band Unternehmensnachfolge – erschienen im Jahr 2009 und besprochen von *Sommerfeld*, MittBayNot 2009, 457 f. – beschäftigt sich mit der Nachfolge in betriebliches Vermögen. Der Band Vermögensnachfolge behandelt die Übertragung von steuerlichem Privatvermögen in all ihren Erscheinungsformen.

Die Erbschaftsteuerreform 2009, das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts 2009 sowie das Wachstumsbeschleunigungsgesetz aus dem Jahr 2010 werden berücksichtigt.

Das Werk ist in drei Teile gegliedert. Der erste Teil umfasst die Übertragung auf Abkömmlinge, wobei *Spiegelberger* zunächst in einem eigenen Kapitel den Begriff der vorweggenommenen Erbfolge herleitet und definiert. Im zweiten Kapitel stellt er die zivilrechtlichen Grundzüge des Überlassungsvertrags dar, um im Anschluss daran auf die steuerlichen Aspekte einzugehen. Die Einkommen-, Grunderwerb- und Umsatzsteuer werden besprochen, den Hauptteil bildet jedoch die Erbschaft- und Schenkungsteuer, die umfassend dargestellt wird. Die Änderungen durch die Erbschaftsteuerreform 2009 und deren Änderungen durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz sind berücksichtigt. Berechnungsbeispiele und Tabellen veranschaulichen die gesetzlichen Regelungen. *Spiegelberger* hält die Erbschaftsteuerreform für verfassungswidrig und begründet dies insbesondere mit der Gleichheitswidrigkeit der Bewertungs- und Verschonungsregeln. Seine Empfehlung lautet daher, Übertragungen möglichst bald vorzunehmen, um noch in den Genuss der 100 %igen Steuerbefreiung zu kommen, bevor diese Regelungen durch das BVerfG für nichtig erklärt werden.

Die Ausstattung wird in aller Kürze behandelt. Ein Formulierungsvorschlag mit Erläuterungen ist enthalten.

Ein weiteres Kernstück des ersten Teils bilden die Nießbrauchsgestaltungen, die insbesondere aufgrund des Wegfalls des § 25 ErbStG eine erhöhte Bedeutung erhalten haben. Die verschiedensten Arten des Nießbrauchs werden dargestellt, wobei das Hauptaugenmerk auf den Vorbehaltsnießbrauch an Immobilien gerichtet wird. Hier übt *Spiegelberger* zu Recht Kritik an der Rechtsprechung (BGH, NJW 2002, 1647), wonach die Bestellung eines Nießbrauchs das Stimmrecht des Wohnungseigentümers in der Wohnungseigentümerversammlung unberührt lasse. Dies sei nicht nachvollziehbar, da der Eigentümer durch den Nießbrauch unter Umständen für viele Jahre von der Nutzung und Verwaltung des Wohnungseigentums ausgeschlossen sei und es daher widersinnig sei, ihm das alleinige Stimmrecht zuzusprechen. Auch könne dies dazu führen, dass aus steuerlicher Sicht – mangels Vermieterinitiative des Nießbrauchers – die Einkünfte aus Vermietung nicht beim Nießbraucher anfielen. *Spiegelberger* empfiehlt daher die Vereinbarung von Stimmbindungsvereinbarungen, die jedenfalls im Innenverhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer gelten.

Spiegelberger ist ferner der Auffassung, dass die Frist des § 2325 Abs. 3 BGB bei Vorbehalt eines Nießbrauchs zu laufen beginnt. Die „Genuss"-Rechtsprechung des BGH (BGHZ 125, 395) habe sich erledigt. Insbesondere die Tatsache, dass bei Einführung des neuen § 2325 Abs. 3 Satz 1 BGB die vorgenannte Rechtsprechung keinen Eingang in das Gesetz gefunden hat, zeige, dass der Gesetzgeber gerade keine Fristanlaufhemmung bis zum Ende des Nießbrauchs haben wollte. Ob der BGH dem folgt, ist fraglich. Dennoch kann die Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt zumindest bei steigenden Grundstückspreisen die Bemessungsgrundlage für die Pflichtteilsansprüche mindern und ist daher auch insoweit eine empfehlenswerte Gestaltung.

Hervorzuheben sind zudem zwei Gestaltungsvorschläge mit dem häufig anzutreffenden Ziel, einerseits den Übergeber einer Immobilie – im Gegensatz zum Vorbehaltsnießbrauch – von der Verwaltung des übergebenen Grundbesitzes zu entlasten, andererseits den Lebensunterhalt des Übergebers trotz Übertragung abzusichern. Dies kann erreicht werden durch eine Übertragung gegen Vorbehaltsnießbrauch und einer steuerlich anerkannten Rückvermietung an den Erwerber mit der Erlaubnis der Untervermietung. Ebenso ist die Einräumung eines Quotennießbrauchs entsprechend dem Unterhaltsbedarf des Übergebers möglich verbunden mit einer Vereinbarung, dass der Quotennießbraucher von der gemeinsamen Verwaltung entlastet wird.

Im Bereich der Überlassung gegen wiederkehrende Bezüge werden die Auswirkungen des Jahressteuergesetzes 2008 und die aktuelle Stellungnahme des BMF vom 11.3.2010 dar-

gestellt. Diese Änderungen samt Stellungnahme kritisiert *Spiegelberger* heftig und hält sie für verfassungswidrig, da hier nicht nachvollziehbare, unhaltbare und sich widersprechende Unterscheidungen getroffen werden.

Im zweiten Teil werden die vermögensverwaltenden Personengesellschaften behandelt. Die GbR wird als eine mögliche Gestaltungsform für eine vermögensverwaltende Personengesellschaft vorgestellt. Der Autor stellt zwar die aktuelle Rechtslage zur GbR dar, ohne jedoch auf die daraus resultierenden Probleme insbesondere im Hinblick auf Grundbesitz verwaltende Gesellschaften einzugehen. Aufgrund der noch andauernden Rechtsunsicherheit hinsichtlich der GbR insbesondere im Grundstücksverkehr ist derzeit nach einer Alternative in der Gestaltungspraxis zu suchen.

Als weitere Form einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft werden die Familien-Kommanditgesellschaft und die Familien GmbH & Co. KG vorgestellt. Für beide Formen werden die Gründung, Einbringung und Übertragung dargestellt und Mustertexte bereitgestellt. Die von *Spiegelberger* als „Sparschwein-GmbH" bezeichnete vermögensverwaltende Kapitalgesellschaft empfehle sich allenfalls dann, wenn Gewinne in der Gesellschaft verbleiben.

Im dritten Teil werden die Erbauseinandersetzung, Ehegattenüberlassung und die Stiftung als Instrument der Vermögensnachfolge dargestellt. *Spiegelberger* weist darauf hin, dass im Rahmen einer Erbauseinandersetzung oder Vermächtniserfüllung die Gefahr besteht, einen steuerbaren Entnahmegewinn zu erzeugen. Daher sei bei Betriebsvermögen im Nachlass besondere Vorsicht geboten.

Im Abschnitt über die Stiftung wird neben der Stiftung an sich auch die Stiftungskapitalgesellschaft, der Stiftungsverein und die GbR mit ideellem Zweck sowie die Familienstiftung behandelt. Zu allen Gestaltungsvarianten werden Musterformulierungen bereitgestellt.

Die Fülle der dargestellten Konstellationen bedingt, dass Problemstellungen oder Gestaltungsalternativen nur kurz angerissen werden können oder auf andere Kapitel verwiesen wird. Zudem setzt *Spiegelberger* vertiefte Kenntnisse der zivilrechtlichen und steuerrechtlichen Materie voraus, so dass es sich bei dem vorliegenden Werk nicht um eine Einführung in die Vermögensnachfolge handelt, sondern vielmehr um eine umfassende Darstellung und Erörterung der vielfältigen Gestaltungen in der Praxis, der dazu ergangenen Rechtsprechung und der steuerlichen Auswirkungen.

Dementsprechend ist es nützlich, dass jedem Kapitel eine Auswahl an Literaturhinweisen zu den jeweiligen Themen vorangestellt ist. Die Formulierungsvorschläge und Mustertexte sind alle auf einer beigefügten CD enthalten.

Einige Ungenauigkeiten – wie z. B. die Verweisung auf § 323 ZPO anstelle auf § 323 a ZPO im Kapitel über die wiederkehrenden Leistungen – sowie einige Rechtschreibfehler sind zwar störend. Dennoch handelt es sich bei der Vermögensnachfolge um ein Werk, das jedem Notar sowie jedem, der sich mit der Vermögensnachfolge beschäftigt, sehr empfohlen werden kann.

Notar *Christian Schuller,* LL. M., Vilshofen an der Donau

Michalski (Hrsg.): Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz). Band II: §§ 35–85 GmbHG, EGGmbHG. 2. Aufl., Beck, 2010. 2 380 S., 189 €

In nunmehr 2. Auflage ist der von Prof. Dr. *Lutz Michalski* herausgegebene Kommentar zum GmbH-Gesetz erschienen. Der Kommentar umfasst zwei Bände, von denen der erste Band neben einer systematischen Darstellung zu den Grundlagen des GmbH-Rechts die §§ 1–34 GmbHG beinhaltet, der zweite Band die §§ 34–85 GmbHG sowie die §§ 1–4 EGGmbHG. Diese Buchbesprechung betrifft ausschließlich den zweiten Band des Kommentars. Es besteht eine Gesamtabnahmeverpflichtung.

Der Kommentar ist gleichermaßen praxisorientiert und wissenschaftlich fundiert. Selbstverständlich sind die aktuellen Gesetzesänderungen – auch zum FamFG – und die neuste Rechtsprechung eingearbeitet. Der Kommentar zeichnet sich daneben aber auch durch eine äußerst übersichtliche Struktur aus. Den einzelnen besprochenen Paragraphen ist eine anschauliche Übersicht vorangestellt, welche in der Regel noch um ein spezielles Literaturverzeichnis ergänzt ist. Dort, wo es sachdienlich und hilfreich ist, insbesondere bei einem umfassenden Anhang zu den §§ 41–42 a GmbHG zum Thema Rechnungslegung der GmbH werden die Ausführungen zu deren Grundlagen, den Grundelementen der Bilanz nach Handels- und Steuerrecht und internationalen Standards, der Jahresbilanz, der Gewinn- und Verlustrechnung, des Anhangs und Lageberichts und der Grundzüge der Konzernrechnungslegung durch zahlreiche Grafiken und Tabellen ergänzt und damit nochmals gut verdeutlicht. Nicht zuletzt diese übersichtliche Struktur führt dazu, dass der Kommentar teilweise auch wie ein Handbuch zum GmbH-Recht benutzt werden kann.

Naturgemäß sind die Auswirkungen des MoMiG auf den ersten Band des Kommentars umfassender als auf den zweiten Band. Aber auch der zweite Band weiß an der für den Notar in diesem Zusammenhang besonders interessanten Kommentierung zu § 40 GmbHG (Liste der Gesellschafter) zu überzeugen: Der Kommentar geht von einer Zulässigkeit einer Veränderungsspalte aus, die Eintragungsfähigkeit von dinglichen Belastungen am Geschäftsanteil wird mit ausführlicher Begründung abgelehnt, ebenso eine Pflicht des Notars zur Einreichung einer Gesellschafterliste bei nur mittelbarer Beteiligung des Notars an einer Veränderung. In Bezug auf das Problem der Nummerierung von Geschäftsanteilen nach deren Teilung werden alle derzeit diskutierten Fallgestaltungen aufgezeigt und für zulässig gehalten, solange für die Nummerierung der Geschäftsanteile keine Buchstaben (z. B. Anteilsnummer 1 a) vergeben werden. Allenfalls die konkrete Formulierung lässt im ersten Moment stutzen, wenn die Rede davon ist, dass bei einer „Teilung von Geschäftsanteilen auf die Gliederung nach DIN 1421 zurückgegriffen" werden kann, wobei sich dem Leser durch das unmittelbar anschließende Beispiel das Gemeinte leicht erschließt. Dass im Rahmen der Kommentierung zu § 3 EGGmbHG dem Registergericht im Hinblick auf die materielle Richtigkeit der Gesellschafterliste jede inhaltliche Prüfungsbefugnis abgesprochen wird, während bei der Kommentierung zu § 40 GmbHG von einem Recht der Beanstandung bei unvollständigen oder

erkennbar fehlerhaften Gesellschafterlisten ausgegangen wird, stört dabei die Qualität der Ausführungen nicht.

Soweit im Rahmen der Ausführungen zu § 54 GmbHG die Rede davon ist, dass der Handelsregisteranmeldung bei Satzungsänderungen im Bereich des Unternehmensgegenstandes erforderliche öffentlichrechtliche Genehmigungen entsprechend der Regelung in § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG beizufügen sind, merkt der Praktiker jedoch irritiert auf, da schließlich § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG im Rahmen des MoMiG ersatzlos aufgehoben worden ist.

Solch kleinere Mängel mindern jedoch angesichts des Umfangs des Werkes und des Umfangs der einzuarbeitenden Gesetzesänderungen dessen Güte insgesamt nicht.

Der Kommentar braucht den Vergleich mit ähnlich umfangreichen Konkurrenzprodukten in keiner Weise zu scheuen. Er weiß durch umfassende und gut gelungene Kommentierungen auf den ersten Blick zu überzeugen und kann jedem Praktiker zur Anschaffung uneingeschränkt empfohlen werden.

Notarin *Monika Bauer*, Bad Windsheim

Fleischhauer/Preuß (Hrsg.): Handelsregisterrecht. 2. Aufl., Erich Schmidt, 2010. 1112 S., 98 €

Das von *Fleischhauer/Preuß* herausgegebene Werk „Handelsregisterrecht“, das den Untertitel „Verfahren – Anmeldungsmuster – Erläuterungen“ trägt, ist in 2. Auflage erschienen. Der unveränderte Autorenkreis hat sich einer Neubearbeitung gewidmet, weil seit Erscheinen der 1. Auflage zahlreiche Änderungen im Gesellschafts- und Handelsregisterrecht zu verzeichnen sind. Insbesondere das EHUG und das MoMiG waren Anlass zu einer grundlegenden Überarbeitung vieler Muster und zur Aufnahme neuer Formulierungsvorschläge. Maßgebliche Auswirkungen auf das Handelsregisterrecht hatte bekanntlich auch die Reform des Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit, also die Ablösung des bisherigen FGG durch das FamFG.

Aufbau und Struktur des Werks sind gegenüber der in MittBayNot 2007, 112 besprochenen Vorauflage unverändert. Während Teil 1 weiterhin die Grundlagen des Handelsregisterrechts und des Registerverfahrens behandelt, stellt der 2. Teil dem Anwender „Muster für Anmeldungen“ zur Verfügung. Diese befinden zwar nicht auf einer dem Buch beigegebenen CD-ROM, sind aber auf einer geschützten Internetadresse des Verlags mit einem im Vorwort mitgeteilten Benutzernamen und Passwort zum Download für den Leser ohne Zusatzkosten erhältlich.

Weiterhin breiten Raum nehmen die im Rahmen des IV. Abschnitts von Teil 1 („Die Handelsregisteranmeldung“) vom Münchner Kollegen *Schemmann* behandelten Fragen der elektronischen Einreichung (S. 90 ff.) ein. Eine vollständige Neubearbeitung innerhalb des 1. Teils haben – bedingt durch die Einführung des FamFG – der Abschnitt über Zwischenverfügungen, die nunmehr in § 382 Abs. 4 FamFG gesetzlich geregelt sind (S. 117 ff.) sowie das Beschwerdeverfahren (S. 128 ff.) erfahren.

Die im 2. Teil enthaltenen Muster sind jeweils strukturell ähnlich aufgebaut und mit umfangreichen Erläuterungen versehen. So finden sich neben Zuständigkeitsfragen und Erläuterungen einzelner Textabschnitte am Ende jedes Musters auch Hinweise zu den Notar- und Gerichtsgebühren sowie zu den Bekanntmachungskosten. Die Gliederung ist insgesamt eingängig, beginnend beim Einzelkaufmann, weiter über Personenhandelsgesellschaften (OHG, KG – mit einem gesonderten Abschnitt über die GmbH & Co. KG), Partnerschaftsgesellschaften und die EWIV sowie juristischen Personen (GmbH, öGesmbhH, AG, SE) bis hin zu Umwandlungsvorgängen. Enthalten ist auch ein Abschnitt über Zweigniederlassungen in- und ausländischer Gesellschaften. Schließlich enthält das Werk auf knapp 50 Seiten englisch- und zweisprachige Muster, wie etwa die Gründungsurkunde einer GmbH, einschließlich Registeranmeldung. Insgesamt ist die internationale und vor allem europarechtliche Ausrichtung des Werks der Mehrwert, den man in vergleichbaren Büchern vergeblich sucht.

Wer bereits die 1. Auflage des *Fleischhauer/Preuß* besitzt, kommt im Hinblick auf die zahlreichen Gesetzesänderungen an der Anschaffung der Neuauflage nicht vorbei. Im Übrigen gilt: Das Buch ist eine sinnvolle Ergänzung zu den anderen in diesem Bereich bereits erhältlichen Standardwerken.

Notar a. D. Dr. *Markus Sikora*, München

Mimberg/Gätsch: Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft nach dem ARUG. Beck, 2010. 141 S., 58 €

Wer ein Buch zu den praktischen Auswirkungen einer Gesetzesreform zur Hand nimmt, hat in aller Regel hohe Erwartungen. Er möchte zum einen in möglichst knapper Zeit alles Wesentliche über die Neuregelung erfahren. Zumindest wenn er mit der praktischen Rechtsanwendung befasst ist, wünscht er sich außerdem auch eine Reihe möglichst einfacher Patentrezepte für einen reibungslosen Umgang mit dem neuen Recht. Mit diesen hohen Erwartungen habe ich „Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft nach dem ARUG“ aus der Feder der Düsseldorfer Rechtsanwälte Dr. *Jörg Mimberg* und Dr. *Andreas Gätsch* zum ersten Mal aufgeschlagen – zumal der Untertitel der Reihe verspricht „aktuelles Recht für die Praxis“ darzustellen. Und tatsächlich, auf den ersten Blick wirkt das Buch recht überzeugend: Vom Gesamtumfang her ist es mit nur 141 Seiten erfreulich handlich geraten. Die an der Chronologie einer Hauptversammlung – von deren Vorbereitung bis zu den sich an die Versammlung anschließenden Veröffentlichungen im Internet – orientierte Darstellung bietet einen schnellen Überblick über die wichtigsten Neuerungen. Der erste von *Mimberg* bearbeitete Teil des Buches behandelt die Vorbereitung der Versammlung. Je ein Kapitel ist dabei der Einberufung (§ 2), Gegenanträgen und Wahl-

vorschlägen (§ 3) sowie Mitteilungen an Depotbanken und Aktionärsvereinigungen (§ 4) gewidmet. Der zweite von *Gätsch* verfasste Teil behandelt die Durchführung der Versammlung. Hier werden die Teilnahmemöglichkeiten des Aktionärs (§ 5), die Möglichkeiten der Stimmrechtsausübung (§ 6) sowie das Zugänglichmachen von Unterlagen und die Dokumentation der Hauptversammlung (§ 7) behandelt.

Der Zugang zur Hauptversammlung nach dem ARUG fällt mit der Darstellung von *Mimberg/Gätsch* deutlich leichter als mit der Regierungsbegründung oder einer Vielzahl von Einzelproblemen gewidmeten Aufsätzen. Regierungsbegründung und erste Literaturstimmen zu den einzelnen Bereichen sind stets übersichtlich aufbereitet. Zu den meisten Fragen nehmen die Autoren auch selbst Stellung. Freilich wird diese Erleichterung für diejenigen, die bereits eine Hauptversammlungs-Saison mit dem neuen Recht hinter sich haben, etwas spät kommen. Zudem muss man auch nicht alle Ansichten von *Mimberg/Gätsch* teilen. So geht *Mimberg* davon aus, in der Hauptversammlungseinladung einer börsennotierten Gesellschaft seien stets konkret berechnete Daten für die Ausübung der Aktionärsrechte gemäß §§ 122 Abs. 2, 126 Abs. 1 und §§ 127, 131 Abs. 1 AktG anzugeben. Dies erscheint mir angesichts des Gesetzeswortlauts und der – wörtlich zitierten – Regierungsbegründung, nach der „daneben die Nennung und ggf. allgemeinverständliche Darstellung des Regelungsgehalts der einschlägigen Vorschriften, ergänzt um gesellschaftsspezifische Angaben“ (Begr. RegE ARUG, BT-Drucks. 16/11642, S. 28, zitiert in *Mimberg/Gätsch*, Rdnr. 47) ausreichend ist, eher fern liegend. Auch die Einschätzung von *Gätsch*, dass die erleichterte Beschlussfeststellung nach § 130 Abs. 2 Satz 3 AktG bei börsenorientierten Gesellschaften kaum praktische Bedeutung haben dürfte (Rdnr. 301), vermag ich nach nur einer Hauptversammlungs-Saison mit dem ARUG nicht (mehr) zu teilen. Den positiven ersten Eindruck vermag all dies allerdings nicht zu trüben.

Schwerer wiegt dagegen etwas anderes. Berater, die eine Aktiengesellschaft bei der Planung und Durchführung der nächsten Publikumshauptversammlung begleiten möchten, treiben vor allem zwei Fragen um: Erstens, kann ich die bewährten Formulierungen aus den Einladungsschreiben, Versammlungsleitfäden und Hauptversammlungsprotokollen der vergangenen Jahre als Grundlage für die aktuellen Entwürfe verwenden und zweitens, wie ist zu verfahren, wenn die bisherige Satzung der Gesellschaft von den Bestimmungen des ARUG abweicht? Hinweise hierzu sind bei *Mimberg/Gätsch* eher spärlich gesät. So hilft der lapidare Hinweis, dass bestimmte Tagesordnungspunkte gemäß § 124 AktG ergänzende Angaben erfordern (vgl. Rdnr. 32), bei der Formulierung eben dieser Angaben kaum weiter. Auch Musterformulierungen, etwa für die Bekanntgabe des Abstimmungsergebnisses gemäß § 130 Abs. 2 Satz 3 AktG und deren Protokollierung, sucht man vergebens. Wenn all dies in einer zweiten Auflage ergänzt würde, wäre „Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft nach dem ARUG“ auch über den Zeitraum unmittelbar nach der Reform hinaus ein äußerst nützliches Hilfsmittel. Ohne diese Ergänzungen erfüllt das Buch die hohen Erwartungen allerdings nur zum Teil.

Notar *Stefan Braun*, LL. M. (London),
Maître en droit (Paris), Notar in Erlangen

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB §§ 305, 310 (*Anwendbarkeit der Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen beim Kauf unter Privatleuten*)

a) Ein Stellen von Vertragsbedingungen liegt nicht vor, wenn die Einbeziehung vorformulierter Vertragsbedingungen in einen Vertrag auf einer freien Entscheidung desjenigen beruht, der vom anderen Vertragsteil mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert wird. Dazu ist es erforderlich, dass er in der Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte frei ist und insbesondere Gelegenheit erhält, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen.

b) Sind Vertragsbedingungen bei einvernehmlicher Verwendung eines bestimmten Formulartextes nicht i. S. v. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB gestellt, finden die §§ 305 ff. BGB auf die Vertragsbeziehung keine Anwendung.

BGH, Urteil vom 17.2.2010, VIII ZR 67/09; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Beklagte verkaufte im Mai 2007 einen gebrauchten Pkw Volvo V 40, den sie zwei Jahre zuvor selbst von einem Gebrauchtwagenhändler erworben hatte, zu einem Preis von 4.600 € an den Kläger. Als Vertragsformular wurde ein Vordruck der V. Versicherung verwendet, der als „Kaufvertrag Gebrauchtwagen – nur für den Verkauf zwischen Privatpersonen“ gekennzeichnet ist und von der Beklagten zur Verfügung gestellt wurde. In diesem Formular findet sich folgende Klausel:

> „Der Käufer hat das Fahrzeug überprüft und Probe gefahren. Die Rechte des Käufers bei Mängeln sind ausgeschlossen, es sei denn, der Verkäufer hat einen Mangel arglistig verschwiegen und/oder der Verkäufer hat eine Garantie für die Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes abgegeben, die den Mangel betrifft.“

Ferner ist in dem Vertragsformular Folgendes angekreuzt:

> „Der Verkäufer erklärt, dass nach seiner Kenntnis das Fahrzeug in dem Zeitraum, in dem es sein Eigentum war, sowie in davor liegenden Zeiten unfallfrei … ist.“

Mit der Behauptung, das Fahrzeug habe vor Übergabe an ihn einen erheblichen Unfallschaden gehabt, beansprucht der Kläger eine Minderung des von ihm gezahlten Kaufpreises um 1.000 € sowie die Erstattung seiner vorgerichtlichen Anwaltskosten. Das AG hat die Klage abgewiesen. Das LG hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner vom LG zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Zahlungsbegehren weiter.

Aus den Gründen:

(…)

II.

Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand. Die Beklagte ist dem Kläger weder zur Zahlung des geltend gemachten Minderungsbetrages noch zur Erstattung seiner vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten verpflichtet, weil die Parteien nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts die Gewährleistung für Mängel des verkauften Fahrzeugs wirksam ausgeschlossen haben.

1. Das Berufungsgericht geht zutreffend und von der Revision unangegriffen davon aus, dass der im Kaufvertragsformular enthaltene Ausschluss der Rechte des Käufers bei Mängeln des verkauften Fahrzeugs einer Überprüfung am Maßstab des § 309 Nr. 7 BGB nicht standhielte und unwirksam wäre, wenn es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handeln würde (vgl. BGHZ 170, 67, Tz. 10; 174, 1, Tz. 10). Das ist jedoch nicht der Fall. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Ein solches Stellen der im verwendeten Kaufvertragsformular enthaltenen Vertragsbedingungen durch die Beklagte, die das Formular zur Verfügung gestellt hatte, hat das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend verneint.

a) Für die Frage, ob die Beklagte dem Kläger mit der Zurverfügungstellung des Vertragsformulars Allgemeine Geschäftsbedingungen gestellt hat und damit Verwender ist, kommt es nicht entscheidend darauf an, wer die Geschäftsbedingungen entworfen hat. Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen auch dann vor, wenn sie von einem Dritten für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind, selbst wenn die Vertragspartei, die die Klauseln stellt, sie nur in einem einzigen Vertrag verwenden will (BGH, ZIP 2000, 1535, unter II 1 b, insoweit in BGHZ 144, 242 nicht abgedruckt; BGH, ZIP 2005, 1604, unter II 1; jeweils m. w. N.). Sind die Bedingungen wie hier von einem Dritten formuliert, ist für die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB maßgebend, ob eine der Vertragsparteien sich die Bedingungen als von ihr gestellt zurechnen lassen muss (BGHZ 126, 326, 332 m. w. N.).

b) Zur Beantwortung der Frage, ob eine solche Zurechnung stattfinden kann, hat das Berufungsgericht keine für den Kläger sprechende Vermutungswirkung aus dem Umstand hergeleitet, dass die Beklagte das verwendete Vertragsformular eingebracht hat. Es hat für eine Zurechnung vielmehr mit Recht darauf abgestellt, auf wessen Initiative der verwendete Formularvertrag in die Verhandlungen der Parteien eingebracht worden ist und wer seine Verwendung zum Vertragsschluss verlangt hat. Zwar gelten bei einem hier nicht gegebenen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher Allgemeine Geschäftsbedingungen nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden, weil er selbst auf der Verwendung eines bestimmten Vertragsformulars wie zum Beispiel beim Autokauf des ADAC-Formulars bestanden hat (so zum unverändert übernommenen § 24 a Nr. 1 AGBG bereits BT-Drucks. 13/2713, S. 7). Dagegen gibt es bei Verträgen zwischen Verbrauchern keine gesetzliche Vermutung dafür, dass die Geschäftsbedingungen von einer der Parteien gestellt worden sind und welche der Parteien sie gestellt hat. Dies beurteilt sich vielmehr nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls, wobei die Verwendereigenschaft grundsätzlich von demjenigen darzulegen und zu beweisen ist, der sich im Individualprozess auf den Schutz der §§ 305 ff. BGB beruft (BGHZ 118, 229, 238; 130, 50, 58).

c) Ein Stellen von Vertragsbedingungen setzt, wie das Berufungsgericht weiter richtig gesehen hat, auch außerhalb des Anwendungsbereichs des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB nicht voraus, dass ein Ungleichgewicht zwischen den Vertragsbeteiligten hinsichtlich der vertraglichen Durchsetzungsmacht besteht. Verwender i. S. v. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB kann vielmehr auch eine Vertragspartei sein, die der anderen weder wirtschaftlich noch sonst überlegen ist (*Ulmer* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl., § 305 BGB

Rdnr. 26 m. w. N.; *Palandt/Grüneberg*, BGB, 69. Aufl., § 305 Rdnr. 10; *Lapp* in jurisPK-BGB, 4. Aufl., § 305 Rdnr. 17). Denn die im Stellen einer Vertragsbedingung zum Ausdruck kommende Einseitigkeit der Auferlegung, in der der Gesetzgeber bei Schaffung des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen den inneren Grund und Ansatzpunkt für die rechtliche Sonderbehandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Individualabreden gesehen hat (BT-Drucks. 7/3919, S. 15) und woran bei Erlass des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes inhaltlich nichts geändert werden sollte (BT-Drucks. 14/6040, S. 150, 160), beruht nicht zwingend auf einer solchen Überlegenheit. Als wesentliches Charakteristikum von Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat der Gesetzgeber vielmehr die Einseitigkeit ihrer Auferlegung und den Umstand gesehen, dass der andere Vertragsteil, der mit einer solchen Regelung konfrontiert wird, auf ihre Ausgestaltung gewöhnlich keinen Einfluss nehmen kann (BT-Drucks. 7/3919, S. 15 f.). Dagegen hat der Gesetzgeber der Frage, worauf dies beruht, ersichtlich keine Bedeutung beigemessen. Dies hat auch das Berufungsgericht nicht verkannt, sondern zum Stellen einer Vertragsbedingung grundsätzlich schon den (einseitigen) Wunsch einer Partei für ausreichend erachtet, bestimmte von ihr bezeichnete vorformulierte Vertragsbedingungen zu verwenden.

d) Keine für sich allein entscheidende Bedeutung für eine Zurechnung kommt dagegen dem Umstand zu, dass die Beklagte durch den formularmäßig vorgesehenen Gewährleistungsausschluss begünstigt wird.

aa) Verschiedentlich wird allerdings die Auffassung vertreten, dass die Rolle des Verwenders unabhängig von der Herkunft des Vertragsformulars (zumindest im Zweifel) derjenigen Partei zuzuweisen sei, auf deren Veranlassung die für sie günstige Einbeziehung der vorformulierten Regelungen in den Vertrag zurückgeht (OLG Düsseldorf, BB 1994, 1521; vgl. auch MünchKommBGB/*Basedow*, 5. Aufl., § 305 Rdnr. 27). Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Denn die Sichtweise, wonach aus dem Inhalt von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf die Verwendereigenschaft zu schließen und jeweils derjenige Vertragspartner zumindest im Zweifel als Verwender anzusehen sein soll, den die einzelne Klausel – hier der Gewährleistungsausschluss – begünstigt, ist mit der Systematik und dem Regelungszweck des Gesetzes unvereinbar. Vielmehr knüpfen die Schutzbestimmungen der §§ 305 b ff. BGB mit ihren bis zur Unwirksamkeit reichenden Korrekturen des vertraglich Vereinbarten entscheidend daran an, dass eine Vertragspartei der anderen unter Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht vorformulierte Bedingungen gestellt hat. Ob das der Fall ist, lässt sich aus dem Inhalt und der Formulierung einer Vertragsklausel als solcher noch nicht erschließen, so dass Inhalt und Formulierung einer Klausel zur Beurteilung der Verwendereigenschaft für sich allein jedenfalls in der Regel nicht aussagekräftig sind (vgl. BGHZ 130, 50, 57; BGH, WM 1997, 1586, unter I 2 c). Allenfalls kann im Einzelfall aus dem Inhalt benachteiligender Formularverträge oder Formularklauseln auf eine bestimmte Marktstärke einer der Vertragsparteien geschlossen werden, welche dann zusammen mit anderen Anhaltspunkten den weiteren Schluss auf die Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht durch ein Stellen vorformulierter Bedingungen gegenüber der benachteiligten Partei zulässt (vgl. BGHZ 118, 229, 239; BGH, Urteil vom 4.3.1997, a. a. O.). Tatsachen, die einen solchen Schluss im vorliegenden Fall tragen könnten, hat das Berufungsgericht jedoch nicht festgestellt. Übergangenen Sachvortrag zeigt die Revision nicht auf.

bb) Allerdings kann umgekehrt dem Berufungsgericht nicht gefolgt werden, wenn es ein Stellen der in Rede stehenden Formularbedingungen durch die Beklagte schon deshalb verneinen will, weil es unter den gegebenen Umständen, die nach Einführung des § 309 Nr. 7 BGB im Zuge des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes für einen Privatverkäufer durch eine oft nicht überschaubare Haftungsverschärfung gekennzeichnet seien, unangemessen sei, einer der Parteien die Verantwortung für den verwendeten Mustervertrag und den darin enthaltenen Gewährleistungsausschluss zuzuweisen. Hierbei knüpft das Berufungsgericht an eine im Schrifttum vertretene Auffassung an, wonach bei Vertragsmustern, die für eine Vielzahl von (Kauf-)Verträgen konzipiert und auf dem Markt erhältlich sind, ein Einbeziehungsvorschlag auch dann, wenn er nicht von beiden Vertragspartnern, sondern nur von der einen Seite ausgehe, nicht selten inhaltlich dem übereinstimmenden Willen beider Seiten entspreche, so dass es weder sinnvoll noch geboten sei, einer Partei die Verantwortung für diesen Mustervertrag zuzuweisen (*Ulmer*, a. a. O., § 305 BGB Rdnr. 29; *Lapp*, a. a. O., § 305 Rdnr. 23; vgl. ferner *Reinking/Eggert*, Der Autokauf, 10. Aufl., Rdnr. 1979; *Lischek/Mahnken*, ZIP 2007, 158, 162). Hiervon ausgehend hält es das Berufungsgericht für eine reine Fiktion anzunehmen, dass die Partei, die zufällig den Mustervertrag mitgebracht oder besorgt habe, diejenige sei, welche unter Ausübung einseitiger vertraglicher Gestaltungsmacht der anderen vorformulierte Vertragsbedingungen stelle. Vielmehr griffen die Vertragsparteien in solchen Fällen angesichts ihrer Unsicherheit über eine rechtlich einwandfreie Vertragsgestaltung auf Musterverträge zurück, die ebenso gut vom Käufer wie vom Verkäufer gewählt werden könnten, ohne dass eine Seite hierdurch besonders bevorzugt oder benachteiligt werden sollte.

Diese Schlussfolgerung und die anknüpfende Wertung, das Ergebnis des Rechtsstreits könne sich nicht daran orientieren, wer zufällig welches Musterformular mitgebracht habe, sondern müsse den Interessen der Parteien Rechnung tragen, die unter anderem durch ein anerkennenswertes Interesse des privaten Verkäufers geprägt seien, nicht für ihm unbekannte Mängel des Fahrzeugs haften zu müssen, beanstandet die Revision mit Recht als rechtsfehlerhaft. Das Berufungsgericht hat sich bei seiner Sichtweise nämlich nicht mehr mit der Frage befasst, ob die Beklagte den verwendeten Formularvertrag unter Inanspruchnahme einseitiger Gestaltungsmacht zur Vertragsgrundlage erhoben und ihn damit i. S. v. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB gestellt hat. Es hat vielmehr aus dem Inhalt des Formularvertrages, insbesondere einer von ihm angenommenen Ausgewogenheit der Vertragsbedingungen und einer Angemessenheit des Gewährleistungsausschlusses, auf die Verwendereigenschaft geschlossen und dadurch in einer mit Systematik und Regelungszweck dieser Vorschrift unvereinbaren Weise die Verwendereigenschaft allein von einer im Gesetz nicht vorgesehenen Prüfung einer inhaltlichen Angemessenheit oder Ausgewogenheit der verwendeten Klauseln abhängig gemacht (vgl. BGHZ 130, 50, 57).

e) Gleichwohl erweist sich das Berufungsurteil aus einem anderen Grunde als richtig. Denn die Verneinung einer Verwendereigenschaft der Beklagten wird im Ergebnis auch sonst von den Feststellungen des Berufungsgerichts getragen.

aa) Charakteristisch für Allgemeine Geschäftsbedingungen sind, wie vorstehend ausgeführt (unter II 1 c), die Einseitigkeit ihrer Auferlegung sowie der Umstand, dass der andere Vertragsteil, der mit einer solchen Regelung konfrontiert wird, auf ihre Ausgestaltung gewöhnlich keinen Einfluss nehmen kann (BT-Drucks. 7/3919, S. 15 f.). An dem hierin durch einseitige Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit einer Vertragspartei zum Ausdruck kommenden Stellen vorformulierter Vertragsbedingungen fehlt es jedoch, wenn deren Einbeziehung sich als das Ergebnis einer freien Entscheidung

desjenigen darstellt, der vom anderen Vertragsteil mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert wird (vgl. BGH, Urteil vom 4.3.1997, a. a. O.). Dazu genügt es zwar nicht, dass der andere Vertragsteil lediglich die Wahl zwischen bestimmten, von der anderen Seite vorgegebenen Formularalternativen hat. Erforderlich ist vielmehr, dass er – wenn er schon auf die inhaltliche Gestaltung des vorgeschlagenen Formulartextes keinen Einfluss nehmen konnte (vgl. BGHZ 126, 326, 333) – in der Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte frei ist und insbesondere Gelegenheit erhält, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen (vgl. BGH, WM 1992, 50, unter II 3 a; WM 1996, 483, unter I 2 a; ferner BGHZ 141, 108, 110).

bb) Eine solche Freiheit in der Auswahl der in Betracht kommenden Formulartexte hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im vorliegenden Fall bestanden.

(1) Das Berufungsgericht hat sich dem aufgrund der Aussage des Zeugen Z. gewonnenen Beweisergebnis des AG angeschlossen, wonach die Parteien telefonisch darüber gesprochen hätten, wer ein Vertragsformular mitbringen solle, und wonach man sich schließlich auf das der Beklagten bereits vorliegende Vertragsformular geeinigt habe; hiernach sei davon auszugehen, dass sich die Parteien auf die Verwendung des Vertragsformulars der V. Versicherung geeinigt hätten, ohne dass die Beklagte dies im rechtlichen Sinne verlangt hätte. Bei diesen Gegebenheiten, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zusätzlich dadurch gekennzeichnet waren, dass es den Parteien weniger um die Durchsetzung eines bestimmten Vertragstextes als um die Benutzung eines rechtlich einwandfreien Vertragsmusters gegangen ist, ist dem Kläger die Möglichkeit eingeräumt worden, ein Vertragsformular eigener Wahl mitzubringen und es anstelle des bei der Beklagten vorhandenen Formulars dem Vertragsschluss zugrunde zu legen.

Es kann dahinstehen, ob in einem derartigen Fall der einvernehmlichen Verwendung eines bestimmten Formulartextes keine der Parteien als Verwender i. S. v. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB angesehen werden kann (*Erman/Roloff*, BGB, 12. Aufl., § 305 Rdnr. 12; *Ulmer*, a. a. O.; *Palandt/Grüneberg*, § 305 Rdnr. 13; *Pfeiffer* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 5. Aufl., § 305 Rdnr. 32) oder ob beiden Parteien die Eigenschaft eines Verwenders zukommt (*Staudinger/Schlosser*, 2006, § 305 Rdnr. 31). Selbst wenn man eine Verwendereigenschaft der Beklagten nicht verneinen wollte, könnten die §§ 305 ff. BGB auf die vorliegende Vertragsbeziehung schon deshalb nicht angewendet werden, weil diese Bestimmungen – wie es bereits im Wortlaut des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB ihren Ausdruck gefunden hat – darauf abzielen, die Rechtsbeziehungen zwischen einem Verwender und einer anderen Vertragspartei, nicht aber zwischen zwei Verwendern zu regeln (OLG Köln, NJW 1994, 59; *Palandt/Grüneberg*, a. a. O.; *Erman/Roloff*, a. a. O.; *Ulmer*, a. a. O.; *Pfeiffer*, a. a. O.; a. A. *Staudinger/Schlosser*, a. a. O.).

(2) Die gegen diese tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts erhobenen Verfahrensrügen der Revision hat der Senat geprüft, sie aber nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird gemäß § 564 Satz 1 ZPO abgesehen.

2. Der vereinbarte Gewährleistungsaursschluss ist auch nicht aus einem anderen Grunde unwirksam.

a) § 475 Abs. 1 Satz 1 BGB steht einer Berufung der Beklagten auf den Gewährleistungsausschluss nicht entgegen, weil beide Parteien als Verbraucher (§ 13 BGB) gehandelt haben, so dass kein Verbrauchsgüterkauf i. S. v. § 474 Abs. 1 Satz 1 BGB vorgelegen hat.

b) Auch § 444 BGB steht nicht entgegen, wonach sich der Verkäufer auf eine Vereinbarung, durch welche die Rechte des Käufers wegen eines Mangels ausgeschlossen oder beschränkt werden, nicht berufen kann, soweit er den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat. Das Berufungsgericht hat vielmehr im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (WM 1981, 323, unter II 2 b aa; NJW 2008, 1517, Tz. 12 ff.) angenommen, dass in der abgegebenen Erklärung zur Unfallfreiheit lediglich eine Wissensmitteilung der Beklagten, nicht aber eine Beschaffenheitsvereinbarung zumindest für die Zeit vor ihrer Besitzzeit gelegen habe. Die Revision greift dies ebenso wenig an wie die weitere Feststellung des Berufungsgerichts, dass die Beklagte von dem behaupteten Vorschaden keine Kenntnis gehabt habe und nicht gehalten gewesen sei, den Kläger darüber aufzuklären, dass ihr damaliger Verkäufer seinerzeit ausdrücklich keine Garantie für die Unfallfreiheit des Fahrzeugs übernommen habe. Das lässt einen Rechtsfehler ebenfalls nicht erkennen.

Anmerkung:

Die Aufnahme in die amtliche Sammlung[1] dokumentiert, dass der BGH dem Urteil einiges Gewicht beimisst. Dementsprechend hat es starke Resonanz im Schrifttum hervorgerufen, wobei die durchaus unterschiedliche Ausrichtung der Zeitschriften, in denen bislang Stellungnahmen publiziert wurden, als Beleg der Breitenwirkung des Judikats gelten darf.[2] Es betrifft alle Bereiche des Privatrechts, in denen der Abschluss von Rechtsgeschäften unter Einbeziehung von AGB verbreitet ist. Ganz gleich in welche von Vertragsformularen und AGB beherrschte „Ecke“ unserer Privatrechtsordnung man sich begibt, wird man dort Kautelarjuristen finden, die die zermalmende Kraft des AGB-Rechts beklagen. Vor allem die Anwendung der §§ 305 ff. BGB im unternehmerischen Verkehr wird, trotz gewisser Modifikationen der Kontrollmaßstäbe durch § 310 Abs. 1 BGB, kritisiert und dabei sogar auf negative Auswirkungen auf die internationale Konkurrenzfähigkeit des deutschen Rechts hingewiesen.[3] Dementsprechend treibt einen erheblichen Teil der Rezensenten die Frage um, inwiefern die vorliegende Entscheidung den Schlüssel dafür liefert, um die „Ketten der Klauselkontrolle“ abzustreifen. Darum soll es hier nur am Rande gehen (s. u. 2). Im Mittelpunkt steht eine (kritische) Analyse des Urteils.

1. Das Stellen von Vertragsbedingungen gemäß § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB

AGB sind gemäß § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, der die wesentlichen Voraussetzungen für die Anwendung der nachfolgenden Schutzbestimmungen benennt, alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen bei Vertragsschluss stellt. In Sachverhalten, wie dem vom BGH entschiedenen, ist weder das Vorformuliertsein der Vertragsbedingungen noch die wiederholte Verwendungsabsicht (Vielzahlkriterium) zu verneinen.

---

1 BGHZ 184, 259 ff.

2 Vgl. etwa *Artz*, ZGS 2010, 209; *Kaufhold*, ZIP 2010, 631; *Stephan Lorenz*, DAR 2010, 314; *Niebling*, ZMR 2010, 509; *Pfeiffer*, LMK 2010, 304510; *Rodemann/Schwenker*, ZfBR 2010, 419; *von Westphalen*, ZIP 2010, 1110.

3 Siehe *Berger*, NJW 2010, 465, 466.

Anerkanntermaßen ist es nämlich nicht entscheidend, wie oft die Vertragspartei, die das Formular in die konkrete Vertragsverhandlung einbringt, dessen Verwendung beabsichtigt.[4] Es genügt, wenn die Verwendungsabsicht bei demjenigen vorliegt, der das Formular errichtet hat, auch wenn diese Person mit dem Verwender nicht identisch ist.[5] Die bei einer Vorformulierung oftmals bereits wegen der Komplexität oder des Umfangs der Bestimmungen fehlende rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit, die etwas euphemistisch als „verdünnte Willensfreiheit" umschrieben wird, genügt nach dem Willen des Gesetzgebers für sich genommen aber nicht, um den (unmittelbaren) Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB zu eröffnen. Hinzukommen muss das Stellen der Vertragsbedingungen durch eine Partei. In diesem Merkmal kommt die einseitige Inanspruchnahme der Privatautonomie zum Ausdruck.[6] Der BGH hebt hervor, hierin liege „der innere Grund" für die Sonderbehandlung von AGB.[7]

a) Inhaltliche Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal

Der BGH setzt genau bei diesem Tatbestandsmerkmal, dem Stellen nämlich, an und verneint dessen Voraussetzungen. Da das sogar dem ersten Leitsatz ausdrücklich zu entnehmen ist, muss es erstaunen, wenn der Senat unter Tz. 21 offenlässt, ob beiden Vertragsparteien die Eigenschaft eines Verwenders zukommt. Die gesetzliche Legaldefinition der AGB, die nicht alle Rechtsordnungen mit entsprechenden Schutzvorschriften kennen,[8] ermöglicht eine Zuordnung des Rechtsproblems zu einem der Tatbestandsmerkmale, was die Ausführungen des BGH zeigen. Steht aber fest, dass keine der Parteien die Vertragsbedingungen stellte, gibt es keinen Verwender und nicht zwei. Das ist die zwingende Konsequenz aus § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Ausführungen unter Tz. 21 sind demnach geeignet, die Aussagen des ersten Leitsatzes zum Merkmal des Stellens zumindest zu relativieren. Da Gründe hierfür nicht erkennbar sind, ist insoweit erste Kritik an den Gründen des Urteils anzumelden.

Hervorzuheben ist ferner, dass der Leitsatz zu den inhaltlichen Anforderungen des Stellens nur in negativer Hinsicht Stellung bezieht, sich aber nicht positiv zu den Voraussetzungen äußert. Es fragt sich nämlich, ob es grundsätzlich genügt, wenn die Einbeziehung der Vertragsbedingungen auf Veranlassung einer der beiden Parteien erfolgt ist.[9] Der Senat nimmt hierzu zunächst eher en passant Stellung, wenn es in Tz. 11 des Urteils heißt, das Berufungsgericht habe mit Recht darauf abgestellt, auf wessen Initiative der verwendete Formularvertrag in die Verhandlungen der Parteien eingebracht worden ist und wer seine Verwendung zum Vertragsschluss verlangt hat. Beide Komponenten unterscheiden sich in der vorausgesetzten Intensität der Einflussnahme, was deutlich wird, wenn man sich vor Augen führt, dass die Initiative zur Formularverwendung vorliegend zweifelsohne vom Verkäufer ausging, der die Einbeziehung durch seinen Verwendungsvorschlag veranlasst hat, er die Verwendung aber gerade nicht verlangt hat. Aus dem Umstand, dass im konkreten Fall ein Stellen verneint worden ist, weil der Verkäufer die Einbeziehung der AGB in den Vertag nicht „im rechtlichen Sinne verlangt"[10] hat, kann demnach gefolgert werden, dass die Eigenschaft als Verwender nicht bereits aus der Initiative zur Formularverwendung folgt.

Nicht ganz klar ist, ob das vom Senat demnach für notwendig gehaltene „Verwendungsverlangen" deckungsgleich mit dem von Teilen des Schrifttums[11] geforderten „einseitigen Auferlegen" ist. Letzteres wird als Fehlen einer realen Verhandlungsbereitschaft des Verwenders bzw. als einseitige Durchsetzung auf der Basis einer Machtposition interpretiert.[12] Die Ausführungen unter Tz. 18 deuten zwar in diese Richtung, sind aber nicht eindeutig, eben weil der BGH nicht deutlich zu erkennen gibt, unter welchen tatsächlichen Voraussetzungen positiv von einer einseitigen Ausnutzung der Gestaltungsfreiheit auszugehen ist. In der angeführten Textpassage ist davon die Rede, der Vertragspartner müsse die Gelegenheit erhalten, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit einer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen. Im konkreten Fall hatten die Vorgespräche der Parteien diese Möglichkeit der Einflussnahme offenbar hinreichend deutlich werden lassen. U. E. spricht das Urteil angesichts dieses Sachverhalts daher nicht dafür, dass der BGH in dieser Hinsicht[13] im Rahmen von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB andere Anforderungen stellt als im Anwendungsbereich des Satzes 3 dieser Norm, wo ein ernsthaftes zur Disposition stellen seitens des Verwenders verlangt wird. Für die forensische Praxis lautet die Frage, ob auch hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast das Gleiche gilt wie für das Aushandeln gemäß § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB.

b) Auswirkungen eines Verwendungsvorschlages auf die Beweislastverteilung

Da das Stellen der Vertragsbedingungen Voraussetzung für die Anwendung der §§ 305 ff. BGB ist, liegt die Darlegungs- und Beweislast nach allgemeinen Grundsätzen bei der Partei, die sich auf eine in diesen Normen vorgesehene Rechtsfolge beruft. Das ist regelmäßig der Vertragspartner des präsumtiven Verwenders. Der BGH scheint die Auffassung des Berufungsgerichts zu billigen, das aus dem Umstand, dass die Beklagte das Formular eingebracht hatte, keine Vermutungswirkung herleitete.[14] Damit wird dem Vertragspartner eine schwierige Beweisführung auferlegt. Dies nicht nur deswegen, weil, wie oben ausgeführt, unklar ist, wann genau davon auszugehen ist, die Einbeziehung sei „im rechtlichen Sinne verlangt" worden. Vor allem dürfte es schwer sein, diejenigen Äußerungen, Gesten und sonstigen Verhaltensweisen des die Bedingungen vorschlagenden anderen Teils, die als ein Verlangen der Einbeziehung in den Vertrag verstanden werden dürfen, nachzuweisen.

Überzeugender ist es daher, vom Vertragspartner des vermeintlichen Verwenders nur zu verlangen, darzulegen und im

---

4 BGH, VII ZR 53/99, NJW 2000, 2988, 2989; BGH, V ZR 217/89, NJW 1991, 843.

5 Statt aller: *Schwab*, AGB-Recht, 2008, Rdnr. 54; *Stoffels*, AGB-Recht, 2. Aufl. 2009, Rdnr. 121.

6 Für Verbraucherverträge fingiert § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB, dass vorformulierte Bedingungen vom Unternehmer gestellt wurden, es sei denn, sie wurden durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt.

7 Siehe Tz. 12 des Urteils unter Hinweis auf BT-Drucks. 7/3919, S. 15.

8 Vgl. §§ 864 a, 879 Abs. 3 ABGB. Zur Adaption der deutschen Definition im österreichischen Recht siehe *Rummel*, ABGB, 3. Aufl. 2000, § 864 a Rdnr. 1.

9 So etwa *Schwab*, AGB-Recht, Rdnr. 80; *Ulmer* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl. 2006, § 305 Rdnr. 27; in diese Richtung auch BGH, XII ZR 172/94, BGHZ 130, 50, 57 f. = NJW 1995, 2034, 2035 f.

10 So die Formulierung des Senats in Tz. 20.

11 MünchKommBGB/*Basedow*, 5. Aufl. 2007, § 305 Rdnr. 21; *Kaufhold*, ZIP 2010, 631 (633); *Artz*, ZGS 2010, 209, 211.

12 Siehe *Ulmer* in Ulmer/Brandner/Hensen, § 305 Rdnr. 26, m. N. zum älteren Schrifttum Fn. 73.

13 Zu den im Übrigen u. E. durchaus bestehenden Unterschieden zwischen Satz 1 und 3 siehe sogleich unter b).

14 Siehe Tz. 11 der Entscheidung.

Zweifel zu beweisen, dass die Einbeziehung der in Rede stehenden Vertragsbedingung auf Veranlassung des als Verwender bezeichneten Vertragsteils erfolgt ist, dieser also die Initiative ergriffen hat. Auf der Grundlage der hier besprochenen Entscheidung kann die den Verwendungsvorschlag unterbreitende Partei dann nachweisen, dass die Wahl des Formulars auf der freien Entscheidung des Vertragspartners beruhte, so dass die Bedingungen nicht einseitig auferlegt wurden. Für diese Sichtweise lässt sich neben Praktikabilitätserwägungen anführen, dass der Gesetzgeber in der Begründung zum AGBG selbst von einer solchen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast ausgegangen sein dürfte. Danach sollte für den Vertragspartner der Nachweis genügen, dass „die zur Beurteilung stehenden Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und von der anderen Vertragspartei in den Vertrag eingeführt worden sind".[15] Die hierdurch für das Vorliegen von AGB begründete Vermutung sollte von ihrem Verwender durch den Nachweis des Aushandelns gemäß § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB widerlegt werden können.[16] Zwar hat der BGH die Verwendung von AGB wegen der dem Vertragspartner eingeräumten Freiheit, Einfluss auf die Auswahl des Formulars zu nehmen, verneint, ohne hierbei auf § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB und die damit verbundenen strengen Anforderungen abzustellen.[17] Jedoch ändert dies nichts daran, dass der Nachweis des Einführens der Bedingungen nach Auffassung des Gesetzgebers hinreichend sein sollte.

Die hier vertretene Auffassung fügt sich außerdem besser in das systematische Verhältnis von § 305 Abs. 1 Satz 1 und 3 BGB ein. Geht man zutreffend davon aus, dass Abs. 1 Satz 3 nicht nur deklaratorische Bedeutung beizumessen ist, sondern ihm trotz „Stellens" der AGB durch den Verwender eigenständige Bedeutung zukommt,[18] ist von folgender Situation auszugehen: Wird der gesamte Text ernsthaft zur Disposition gestellt, ist die vorschlagende Partei kein Verwender. Hierfür muss sie darlegen und im Zweifel nachweisen, dass der andere Teil in der Auswahl der in Betracht kommenden Vertragsmuster frei war und insbesondere Gelegenheit erhielt, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen. Misslingt dies, sind die Bedingungen gestellt und es sind nunmehr im Rahmen von Abs. 1 Satz 3 erhöhte Anforderungen an den Nachweis der Verhandlungsbereitschaft zu stellen. Folgt man dem BGH, ist Voraussetzung für ein „Aushandeln" – jedenfalls bei einem nicht ganz leicht verständlichen Text –, dass der Verwender die andere Vertragspartei über den Inhalt und die Tragweite der Vertragsbedingungen belehrt hat oder sonstwie erkennbar geworden ist, der andere habe deren Sinn wirklich erfasst.[19] Diese erhöhten Anforderungen sind durchaus sinnvoll; denn die Abänderung einzelner Klauseln erfordert nun eine intensivere Auseinandersetzung mit dem an sich nicht mehr zur Disposition stehenden Gesamtwerk. Insbesondere bei kurzen AGB dürfte es schwerfallen, beide Fälle trennscharf voneinander abzugrenzen. Das spricht gegen eine unterschiedliche Beweislastverteilung, weshalb die „ernsthafte Verhandlungsbereitschaft" sowohl im Rahmen des Verwendungsverlangens (§ 305 Abs. 1 Satz 1) als auch beim Aushandeln (Satz 3) vom präsumtiven Verwender darzulegen und zu beweisen ist. Einen über die Einbeziehungsinitiative hinausgehenden Nachweis sollte man dem anderen Vertragsteil nicht auferlegen.

2. Praktische Bedeutung der Neutralität der Vertragsbedingungen

Unter welchen Voraussetzungen der Beweis, dass die Einbeziehung auf einer freien Entscheidung des Vertragspartners beruht, als erbracht anzusehen ist, dürfte künftig die entscheidende Frage sein. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich im entschiedenen Fall um ein von dritter Seite vorformuliertes Vertragsmuster handelte. Dieses hatten offenbar nicht Vertreter einseitiger Parteiinteressen gestaltet, sondern ein Versicherer, der keinem der beiden Lager zugerechnet werden kann. Ob eine solche Situation der Einigung über die Geltung der VOB/B vergleichbar ist,[20] soll hier nicht vertieft werden. Jedenfalls erscheint es naheliegend, immer dann, wenn der Vorschlagende ein Formular präsentiert, das gerade auf seine Interessen zugeschnitten ist, strengere Anforderungen an den Nachweis zu stellen, es habe ernsthafte Verhandlungsbereitschaft bestanden. Damit wirklich von einer freien Entscheidung des Vertragspartners ausgegangen werden kann, wird man im Regelfall zusammen mit der Aufforderung, ggf. ein Muster eigener Wahl mitzubringen, den Hinweis darauf fordern müssen, dass es sich bei dem vorgeschlagenen Formular um das eines Verbandes usw. handelt. Ist die Herkunft für den anderen Teil nicht sofort erkennbar, hat er ein Interesse an dieser Information, um seinen Handlungsbedarf realistisch einschätzen zu können.

Das hier zu besprechende Urteil bestärkt schließlich die Meinung, die die Kontrolle von Vertragsbedingungen am Maßstab der §§ 305 ff. BGB nicht schon allein deswegen eröffnet sieht, weil der Notar auf Vertragsmuster zurückgreift.[21] In diesem Fall werden die Bedingungen nämlich auf Veranlassung des Notars Bestandteil des Vertrages, so dass eine Zurechnung zu einer Seite ausscheidet. Von diesem Grundsatz wird allerdings nicht nur im Anwendungsbereich des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB eine Ausnahme gemacht, sondern auch dann, wenn dem Notar die Bedingungen von einer Seite zur Verfügung gestellt worden sind oder er die Bedingungen im Auftrag einer Partei zur mehrmaligen Verwendung entworfen hat.[22] Im Lichte des vorliegenden Urteils fragt sich, ob eine Rückausnahme dann angebracht ist, wenn die Partei, die den Notar mit der Ausarbeitung des Klauselwerks beauftragt hat, dem Vertragspartner anbietet, einen anderen Notar auszusuchen. Nimmt der Vertragspartner die Möglichkeit nicht wahr, könnte man gleichfalls sagen, dass es infolge einer freien Entscheidung des Vertragspartners zur Verwendung des Vertragswerks gekommen ist. Indes darf man nicht übersehen, dass allein das Notaramt aus Sicht des Vertragspartners das berechtigte Vertrauen in die Neutralität des den Vertrag Entwerfenden weckt. Für die erwogene Rückausnahme wird man daher mindestens zu fordern haben, dass die vorschlagende Vertragspartei offenlegt, inwiefern sie durch Zuarbeiten, Gestaltungswünsche usw. Einfluss auf das vom Notar erstellte Vertragswerk genommen hat. Nur so ist gewährleistet, dass sich das Einverständnis in die Wahl des Notars durch den Vertragspartner auch tatsächlich als freie Entscheidung in Bezug auf den Ver-

---

15 Vgl. BT-Drucks. 7/3919, S. 17 oben links; Hervorhebung der Verf.

16 BT-Drucks. 7/3919, S. 17 oben links. Vgl. ferner zur Änderung des § 1 Abs. 2 AGBG in die heutige Fassung des § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB BT-Drucks. 7/3919, S. 47, 60 sowie *Jaeger*, NJW 1979, 1569, 1571.

17 Vgl. zu diesen nur BGH, III ZR 437/04, NJW 2005, 2543.

18 *Stoffels*, AGB-Recht, Rdnr. 147 m. N.

19 So nahezu wörtlich der Leitsatz in BGH, III ZR 437/04, NJW 2005, 2543.

20 *Ulmer* in Ulmer/Brandner/Hensen, § 305 Rdnr. 29.

21 So die h. M., vgl. nur *Erman/Roloff*, 12. Aufl. 2008, § 305 Rdnr. 13; MünchKommBGB/*Basedow*, § 305 Rdnr. 22.

22 MünchKommBGB/*Basedow*, § 305 Rdnr. 22; *Ulmer* in Ulmer/Brandner/Hensen, § 305 Rdnr. 32 a m. w. N.

tragsinhalt darstellt. Handelt es sich bei dem in Rede stehenden Vertrag um einen Verbrauchervertrag, was z. B. beim Bauträgervertrag regelmäßig der Fall ist, spielen derartige Überlegungen praktisch allerdings keine Rolle. Die Verwendereigenschaft des Unternehmers folgt dann nämlich bereits aus § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB und muss nicht vom anderen Teil nachgewiesen werden.

Prof. Dr. *Martin Häublein* und
Univ.-Ass. *A. Daniel Moussa,* Innsbruck

---

2. BGB §§ 147 Abs. 2, 308 Nr. 1 (*Unangemessene Annahmefrist bei finanziertem Immobilienkauf*)

a) Bei finanzierten und beurkundungsbedürftigen Verträgen, deren Abschluss eine Bonitätsprüfung vorausgeht, kann der Eingang der Annahmeerklärung regelmäßig innerhalb eines Zeitraumes von vier Wochen erwartet werden (§ 147 Abs. 2 BGB).

b) Die Qualifizierung eines Verhaltens als schlüssige Annahmeerklärung setzt grundsätzlich das Bewusstsein voraus, dass für das Zustandekommen des Vertrages zumindest möglicherweise noch eine Erklärung erforderlich ist.

c) Zwar kann die Verwendung unwirksamer Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu einer Haftung nach den Grundsätzen eines Verschuldens bei Vertragsschluss führen; von dem Schutzzweck der Regelung des § 308 Nr. 1 BGB erfasst sind jedoch nur solche Schäden, die gerade und lediglich durch die überlange Bindung des Vertragspartners verursacht worden sind.

d) Das Verstreichenlassen einer im selbständigen Beweisverfahren nach §§ 492 Abs. 1, 411 Abs. 4 Satz 2 ZPO gesetzten Frist führt nicht zu einer Umkehr der Beweislast.

BGH, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Am 4.5.2004 gab der Kläger gegenüber der Beklagten ein notariell beurkundetes Angebot zum Kauf einer Eigentumswohnung ab. Danach sollte der Kauf unter Ausschluss der Haftung für Sachmängel erfolgen und das Angebot bis zum 30.9.2004 bindend sein. Mit notarieller Urkunde vom 22.6.2004 erklärte die Beklagte die Annahme des Angebotes. Nach Zahlung des Kaufpreises von 108.200 € und erklärter Auflassung wurde der Kläger als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Mit Schreiben vom 12.10.2006 erklärte der Kläger die Anfechtung des Kaufvertrages und stützte diese u. a. auf von der Beklagten angeblich arglistig verschwiegene Mängel. Davon abgesehen ist es nach Auffassung des Klägers schon nicht zu einem Vertragsschluss gekommen. Die in dem Angebot enthaltene Annahmefrist sei als Allgemeine Geschäftsbedingung zu qualifizieren und als solche wegen zu langer Bindungsfrist unwirksam.

Das LG hat die – auf Rückzahlung des Kaufpreises von 108.200 € und auf Erstattung von Erwerbsnebenkosten i. H. v. insgesamt 6.500 € Zug um Zug gegen Rückübereignung und Rückgabe der Wohnung gerichtete – Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Antrag weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht hält die Klage für unbegründet. Zwischen den Parteien sei ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen. Dabei könne offenbleiben, ob die in dem Angebot enthaltene Bindungsfrist gemäß § 308 Nr. 1 BGB unwirksam sei und ob der Kläger mit einer Annahme seines Angebots sieben Wochen nach dessen Annahme noch unter regelmäßigen Umständen habe rechnen müssen (§ 147 Abs. 2 BGB). Denn jedenfalls sei die Annahmerklärung der Beklagten vom 22.6.2004 als neues Angebot anzusehen (§ 150 Abs. 1 BGB), das der Kläger konkludent durch die vollständige Zahlung des Kaufpreises angenommen habe. Der Mangel der fehlenden Beurkundung dieser Annahmeerklärung sei nach § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB geheilt. Die von dem Kläger erklärte Anfechtung greife nicht durch. Das Vorliegen einer arglistigen Täuschung habe der Kläger nicht bewiesen.

II.

Das angefochtene Urteil hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung im Wesentlichen nicht stand.

1. Soweit der Kläger die Rückzahlung des Kaufpreises von 108.200 € Zug um Zug gegen Rückübereignung und Rückgabe der Eigentumswohnung verlangt, hat das Berufungsgericht einen Anspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zu Unrecht verneint. Der Kläger hat den Kaufpreis an die Beklagte ohne Rechtsgrund geleistet. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist zwischen den Parteien kein Kaufvertrag zustande gekommen.

a) Zu einer Annahme des notariellen Angebots vom 4.5.2004 ist es nicht gekommen. Zwar hat die Beklagte dessen Annahme innerhalb der in dem Angebot enthaltenen Bindungsfrist erklärt. Die Klausel über die Bindungsfrist ist jedoch nach § 308 Nr. 1 BGB unwirksam. Gemessen an den dann nach § 306 Abs. 2 BGB eingreifenden Vorgaben des § 147 Abs. 2 BGB ist die Annahme zu spät erklärt worden. Der Antrag war zu diesem Zeitpunkt bereits erloschen (§ 146 BGB).

aa) Der Inhaltskontrolle nach § 308 Nr. 1 BGB unterliegen nicht nur Vertragsbedingungen, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind und die eine Vertragspartei der anderen stellt (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB), sondern bei Verträgen zwischen Unternehmern (§ 14 BGB) und Verbrauchern (§ 13 BGB) auch zur einmaligen Verwendung bestimmte Klauseln, soweit der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte (§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB). So liegt es hier. Der Inhalt des von dem Kläger abgegebenen Angebots gilt nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB als von der Beklagten als Unternehmerin gestellt. Dabei erfasst § 308 Nr. 1 BGB auch sog. Vertragsabschlussklauseln, die – wie hier die Bindungsfrist – nicht den Inhalt des Vertrages, sondern eine Modalität des Vertragsschlusses betreffen (vgl. nur *Staudinger/Coester-Waltjen*, 2006, § 308 Nr. 1 Rdnr. 6; *H. Schmidt* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl. 2006, § 308 Rdnr. 2; zum AGBGB vgl. auch BGH, NJW 1988, 1908, 1909 m. w. N.).

Unter Berücksichtigung der für den Vertragsgegenstand typischen Umstände ergibt die Abwägung der Interessen der Verhandlungspartner (dazu etwa BGH, NJW 1986, 1807, 1808; *Staudinger/Coester-Waltjen*, Rdnr. 10; *Dammann* in Wolf/L./P., AGB-Recht, 5. Aufl., § 308 Nr. 1 Rdnr. 10 ff.) vorliegend, dass die in dem Angebot enthaltene Bindungsfrist von vier Monaten und drei Wochen den Käufer unangemessen lang in seiner Dispositionsfreiheit beeinträchtigt und daher nach § 308 Nr. 1 BGB unwirksam ist. Geht eine Bindungsfrist – wie hier – wesentlich über den in § 147 Abs. 2 BGB bestimmten Zeitraum hinaus – dieser ist bei dem finanzierten Kauf einer Eigentumswohnung regelmäßig mit vier Wochen zu bemessen (dazu unten cc (1)) –, stellt dies nur

dann keine unangemessene Beeinträchtigung dar, wenn der Verwender hierfür ein schutzwürdiges Interesse geltend machen kann, hinter dem das Interesse des Kunden an dem baldigen Wegfall seiner Bindung zurückstehen muss (BGH, NJW 1986, 1807, 1808).

Auf dieser Grundlage kann die in dem Angebot enthaltene Bindung von vier Monaten und drei Wochen keinen Bestand haben. Es sollte ein typischer Kaufvertrag über eine bereits fertig gestellte Wohnung geschlossen werden. Dass der Kläger Sonderwünsche geltend gemacht hätte, deren Abklärung einen erheblichen zeitlichen Aufwand erfordert hätte, ist nicht ersichtlich. Zwar war die Beklagte dem Kläger auch bei der Finanzierung behilflich. Dieser Umstand und die damit einhergehende Bonitätsprüfung – so sie überhaupt erst nach der Abgabe des Angebots vorgenommen worden sein sollte – vermag jedoch ebenfalls nicht die hier in Rede stehende Bindungsfrist zu rechtfertigen. Das gilt zumindest grundsätzlich auch für die erforderliche Abklärung der eigenen Erfüllungsfähigkeit des Verkäufers etwa unter dem Blickwinkel einer bei Zustandekommen des Vertrages notwendig werdenden Pfandfreistellung (dazu unten cc (1)). Denn solche Umstände wiegen die über das Maß des § 147 Abs. 2 BGB hinausgehende Einschränkung der Dispositionsfreiheit des Käufers in der Regel nicht auf. Solange dieser gebunden ist, kann er von günstigeren Angeboten regelmäßig keinen Gebrauch machen, während der Verkäufer in jeder Hinsicht frei bleibt.

bb) Die durch die Unwirksamkeit der Bindungsfrist entstandene Lücke kann nicht im Wege ergänzender Vertragsauslegung geschlossen werden, weil die Bindungsklausel als Vertragsabschlussklausel nicht Gegenstand eines Vertrages war. Eine sinnentsprechende Anwendung dieser Grundsätze scheitert schon daran, dass deren lückenschließende Heranziehung nur in Betracht kommt, wenn das nach § 306 Abs. 2 BGB zugrunde zu legende Gesetzesrecht das Vertragsgefüge völlig einseitig zugunsten des Kunden verschöbe (vgl. BGHZ 137, 153, 157; BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, Rdnr. 23 = MittBayNot 2010, 501; jeweils m. w. N.). Das ist hier jedoch nicht der Fall. Mit der Regelung des § 147 Abs. 2 BGB hat der Gesetzgeber den Interessenkonflikt auch für Konstellationen der vorliegenden Art angemessen austariert.

cc) Nach der genannten Vorschrift kann ein Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Annahmeerklärung unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Die nach objektiven Maßstäben zu bestimmende Annahmefrist (dazu BGH, NJW 1999, 2179, 2180; *Erman/Armbrüster*, BGB, 12. Aufl., § 147 Rdnr. 18) setzt sich zusammen aus der Zeit für die Übermittlung des Antrages an den Empfänger, dessen Bearbeitungs- und Überlegungszeit sowie der Zeit der Übermittlung der Antwort an den Antragenden (BGH, NJW 1996, 919, 921; *Staudinger/Bork*, 2003, § 147 Rdnr. 10 ff.; *Erman/Armbrüster*, a. a. O., m. w. N.). Sie beginnt daher schon mit der Abgabe der Erklärung und nicht erst mit deren Zugang bei dem Empfänger (*Staudinger/Bork*, § 147 Rdnr. 10; *Dammann* in Wolf/L./P., AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, § 308 Nr. 1 Rdnr. 17). Gemessen daran ist die Annahme des Angebots zu spät erklärt worden.

(1) Auch bei finanzierten und beurkundungsbedürftigen Verträgen, deren Abschluss regelmäßig eine Bonitätsprüfung vorausgeht, kann der Eingang der Annahmeerklärung jedenfalls innerhalb eines Zeitraumes von vier Wochen erwartet werden (vgl. auch *v. Westphalen* in Löwe/v. Westphalen/Trinkner, AGBG, 2. Aufl. 1983, § 10 Nr. 1 Rdnr. 13; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 6. Aufl., Rdnr. 171; großzügiger: OLG Dresden, BauR 2005, 559, 560; *Bamberger/Roth/Becker*, BGB, 2. Aufl. 2007, § 308 Nr. 1 Rdnr. 9; strenger: *Cremer/Wagner*, NotBZ 2004, 331, 333). Etwas anderes gilt nur bei Vorliegen absehbarer Verzögerungen (vgl. BGH, NJW 2008, 1148, 1149; MünchKommBGB/*Kramer*, 5. Aufl., § 147 BGB Rdnr. 7 m. w. N.), die auch ein verständiger Offerent vor dem Hintergrund des mit der Bindungsfrist einhergehenden „nicht ganz ungefährlichen Schwebezustandes“ (Motive, Bd. 1 S. 170) in Rechnung stellt. Solche Besonderheiten sind hier jedoch nicht ersichtlich. Die Beklagte verweist nicht auf Vorbringen in den Tatsacheninstanzen, das eine solche Annahme rechtfertigen würde. Zu diesbezüglichem Vortrag wäre sie jedoch – auch wenn der Kläger für das Vorliegen eines rechtsgrundlosen Erwerbs nach § 812 Abs. 1 BGB darlegungs- und beweispflichtig ist – jedenfalls nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast gehalten gewesen, nachdem die Berufungsbegründung maßgeblich auch auf die verspätete Annahme des Angebots gestützt worden ist. Besondere absehbare Verzögerungen hat die Beklagte indessen nicht vorgetragen, sondern mit ihrer Berufungserwiderung lediglich geltend gemacht, bis zur Annahme des Angebots seien allenfalls sieben Wochen abgelaufen gewesen, was noch innerhalb der Bindungsfrist des § 147 Abs. 2 BGB liege.

Selbst wenn man zugrunde legt, dass die Wohnungsgrundbücher noch nicht angelegt waren, zur Durchführung des Kaufvertrages eine Freistellung des Objektes von Grundpfandrechten erfolgen musste und der Kläger bei der Abgabe des Angebots beide Umstände in Rechnung stellte, rechtfertigt dies keine Verlängerung des regelmäßigen Annahmezeitraumes. Denn innerhalb dieses Zeitraumes musste die Beklagte nicht ihre Erfüllungsfähigkeit herstellen, sondern sich nur darüber klar werden, ob sie gewillt und in der Lage sein würde, den Kaufvertrag entsprechend den darin vereinbarten Modalitäten zu erfüllen. Dafür, dass diese Abklärung vorliegend mit besonderen und auch für den Kläger absehbaren Schwierigkeiten verbunden und deshalb nicht zeitnah möglich war, ist nichts ersichtlich. Die Frage, ob eine längere Bindungsfrist bei Bauträgerverträgen anzuerkennen ist (bejahend etwa OLG Nürnberg, AGBE I § 10 Nr. 5; LG Frankfurt, AGBE II § 10 Nr. 19; *Staudinger/Coester-Waltjen*, 2006, § 308 Nr. 1 Rdnr. 11; *Blank*, Bauträgervertrag, Rdnr. 1160; *Cremer/Wagner*, NotBZ 2004, 331, 333; *Walchshöfer*, WM 1986, 1041, 1044; verneinend: *v. Westphalen* in Löwe/v. Westphalen/Trinkner, AGBG, 2. Aufl. 1983, § 10 Nr. 1 Rdnr. 13; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 6. Aufl., Rdnr. 172), erscheint zweifelhaft, stellt sich hier jedoch nicht.

(2) Ob die von dem Zeitpunkt der Abgabe des Angebots laufende und aus der Warte eines verständigen Offerenten zu beurteilende (vgl. Motive, Bd. I, S. 170; MünchKommBGB/*Kramer*, § 147 Rdnr. 6) Bindungsfrist von vier Wochen eingehalten worden ist, hat das Berufungsgericht – von seinem Standpunkt folgerichtig – nicht geprüft. Diese Prüfung kann der Senat nachholen, weil weitere Feststellungen hierzu nicht zu erwarten sind. Sie führt zur Verneinung der Frage. Notariell beurkundet wurde das Angebot am 4.5.2004. Wie sich aus § 13 des angebotenen Kaufvertrages ergibt, war die Übersendung Sache des Notars. Damit hatte der Kläger mit der Erklärung des Angebots vor dem Notar alles aus seiner Sicht Erforderliche getan. Da Notare zu einer zügigen Abwicklung ihrer Amtsgeschäfte gehalten sind (*Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 6. Aufl., § 19 Rdnr. 48; vgl. auch BGH, DNotZ 1979, 311, 312 f.), konnte und durfte der Kläger davon ausgehen, dass das befristete Angebot alsbald übersandt werden würde. Vor diesem Hintergrund war die erst am 22.6.2004 erklärte Annahme verspätet. Da es nach § 147 Abs. 2 BGB nur auf die Zeit ankommt, unter der der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf, gälte dies

selbst dann, wenn das Angebot den Adressaten – wofür hier indessen nichts ersichtlich ist – ungewöhnlich spät erreicht haben sollte (vgl. nur MünchKommBGB/*Kramer*, a. a. O.; *Staudinger/Bork*, 2003, § 147 BGB Rdnr. 11).

dd) Soweit vertreten wird, ein Angebot erlösche nicht nach Ablauf der Bindungsfrist, sondern sei lediglich frei widerruflich und könne auch nach Ablauf der Annahmefrist noch angenommen werden (so *Cremer/Wagner*, NotBZ 2004, 331, 335), steht diese Auffassung in klarem Widerspruch zu der Regelung des § 146 BGB. In Übereinstimmung mit der Entstehungsgeschichte (vgl. Motive Bd. 1, S. 168) und dem unzweideutigen Wortlaut der Vorschrift erlischt ein nicht rechtzeitig nach den §§ 147 bis 149 BGB angenommenes Angebot. Vor diesem Hintergrund hat der BGH bereits entschieden, dass das Erlöschen des Antrages nicht nur die Bindung des Antragenden nach § 145 BGB beseitigt, sondern dazu führt, dass der Antrag nicht mehr angenommen werden kann; dieser ist nicht mehr existent (BGH, NJW-RR 1994, 1163, 1164; ebenso etwa *Erman/Armbrüster*, § 146 Rdnr. 4; MünchKommBGB/*Kramer*, 5. Aufl., § 146 Rdnr. 3; vgl. auch *Thode*, ZNotP 2005, 162, 165 mit weiteren Argumenten).

b) Eine Annahme der nach § 150 Abs. 1 BGB als neues Angebot geltenden verspäteten Annahmeerklärung durch Schweigen (dazu etwa BGH, NJW 1951, 313; NJW 1986, 1807, 1809) kommt bei besonders bedeutsamen Rechtsgeschäften, wozu beurkundungsbedürftige Grundstücksgeschäfte gehören, schon nicht in Betracht (vgl. BGH, NJW-RR 1994, 1163, 1185 m. w. N.).

c) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann nach den Umständen des Falles auch nicht die Zahlung des Kaufpreises als schlüssige Annahmeerklärung gewertet werden. Die gegenteilige tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts ist zwar revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbar, in diesem Rahmen aber zu beanstanden. Die Revision rügt nämlich zu Recht, dass der Kläger nicht nur mit der Berufungsbegründung die verspätete Annahme des Vertragsangebots geltend gemacht, sondern mit weiterem Schriftsatz vom 19.3.2009 nach Schluss der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen hat, die Wertung der Kaufpreiszahlung als Vertragsannahme scheitere daran, dass die Parteien damals davon ausgegangen seien, der Vertrag sei bereits wirksam geschlossen worden. Da grundsätzlich davon auszugehen ist, dass ein Gericht Vorbringen der Parteien zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen hat (vgl. BVerfGE 22, 267, 274; 65, 293, 295; 88, 366, 375 f.; Senat, BGHZ 154, 288, 300) – das gilt auch für Rechtsausführungen in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz –, kann das Berufungsurteil nur so verstanden werden, dass es von dem unzutreffenden Rechtssatz ausgegangen ist, die Würdigung eines Verhaltens als schlüssige Annahmeerklärung komme auch dann in Betracht, wenn die Parteien der Auffassung sind, der Vertrag sei bereits zustande gekommen.

Die Qualifizierung eines Verhaltens als schlüssige Annahmeerklärung setzt das Bewusstsein voraus, dass für das Zustandekommen des Vertrages zumindest möglicherweise noch eine Erklärung erforderlich ist (vgl. BGH, NJW 1995, 953 m. w. N.; ferner Senat BGHZ 110, 220, 222; 138, 339, 348). Der Erklärende muss zumindest Zweifel an dem Zustandekommen des Vertrages haben (vgl. Senat 138, 339, 348; BGH, NJW 2003, 1594, 1595; NJW 2004, 59, 61; ZIP 2004, 1394, 1397). Soweit einem tatsächlichen Verhalten auch ohne ein solches Erklärungsbewusstsein oder ohne einen Rechtsbindungswillen die Wirkungen einer Willenserklärung beigelegt werden (vgl. BGHZ 91, 324, 329 f.; 109, 171, 177), geschieht dies zum Schutze des redlichen Rechtsverkehrs und setzt einen Zurechnungsgrund voraus. Ein solcher liegt nur vor, wenn ein sich in missverständlicher Weise Verhaltender bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass die in seinem Verhalten liegende Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat (BGH, Urteil vom 29.11.1994, XI ZR 175/93, a. a. O., m. w. N.). Danach scheidet eine Würdigung der Zahlung als eine auf den Abschluss des Kaufvertrages gerichtete Willenserklärung aus. Beide Parteien gingen bei Zahlung des Kaufpreises von einem Vertragsschluss und damit davon aus, dass der Kläger mit der Zahlung lediglich den vermeintlich zustande gekommen Vertrag erfüllen wollte. Dass ein Vertrag nicht zustande gekommen sein könnte, ist erstmals im Berufungsrechtszug und nur auf der Grundlage einer neuen rechtlichen Bewertung geltend gemacht worden.

2. Im Übrigen hat das Berufungsgericht die Abweisung der Klage zu Recht bestätigt. Dem Kläger steht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Anspruch auf Erstattung der Erwerbsnebenkosten (Grundsteuer nebst Säumniszuschlag, Notar- und Grundbuchkosten sowie sonstige Kosten) zu.

a) Insbesondere liegen die Voraussetzungen einer bereicherungsrechtlichen Haftung nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht vor.

aa) Dass Bereicherungsansprüche mit Blick auf Erwerbsnebenkosten nur in Betracht kommen, wenn dadurch nicht die aus der Saldotheorie folgende Risikoverteilung unterlaufen wird, hat der Senat bereits entschieden. Danach können nur solche Aufwendungen kondiziert oder in die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung einbezogen werden, für die der andere Teil nach den Vorschriften zu dem fehlgeschlagenen Geschäft oder nach dem Willen der Vertragsschließenden das Entreicherungsrisiko tragen sollte (Senat BGHZ 116, 251, 255 f.). Das ist jedoch bei den Beurkundungs- und Grundbuchkosten nach der Wertung des § 448 Abs. 2 BGB nicht der Fall (Senat, a. a. O., zu § 449 a. F.). Da auch Grunderwerbsteuern unter die genannte Vorschrift fallen (vgl. nur *Erman/Grunewald*, § 448 Rdnr. 6; *Palandt/Weidenkaff*, § 448 Rdnr. 7; jeweils m. w. N.; im Ergebnis ebenso MünchKommBGB/*Westermann*, 5. Aufl., § 448 Rdnr. 11; a. A. zu § 449 BGB a. F. *Grziwotz*, NJW 2000, 2646, 2647), gilt insoweit nichts anderes.

bb) Soweit der Kläger – entgegen den Verfügungen des LG vom 26.7. und 8.8.2007 – Nebenkosten i. H. v. 1.715 € nicht spezifiziert hat, ist der Senat schon nicht zu der Prüfung der bereicherungsrechtlichen Relevanz in der Lage.

b) Ansprüche nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluss (§§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 BGB) scheiden ebenfalls aus.

aa) Allerdings entspricht es ständiger Rechtsprechung, dass die Verwendung unwirksamer Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu einer Haftung nach der genannten Anspruchsgrundlage führen kann (vgl. BGH, NJW 1984, 2816, 2817; NJW 1987, 639, 640 m. w. N.; NJW 2009, 2590; vgl. auch Senat, BGHZ 116, 251, 257). Zu erstatten sind jedoch nur Schäden, die gerade durch die Unwirksamkeit der Klausel verursacht worden sind (vgl. BGH, NJW 1988, 197, 198). Ersatzfähig sind nur solche Schäden, deren Realisierung die verletzte Norm verhindern soll. Die Schäden müssen innerhalb des Schutzzwecks der Norm liegen (vgl. nur *Palandt/Grüneberg*, a. a. O., vor § 249 Rdnr. 29 f. m. w. N.). Daran fehlt es hier.

Mit der Vorschrift des § 308 Nr. 1 BGB will der Gesetzgeber erreichen, dass der Vertragspartner des Verwenders nicht in unangemessener Weise in seiner Dispositionsfreiheit beschnitten wird. Dieser soll lediglich vor den Nachteilen bewahrt werden, die sich aus einer zu langen Annahmefrist ergeben (*Dammann* in Wolf/L./P., a. a. O., § 308 Nr. 1 Rdnr. 1). Von dem Schutzzweck der Regelung erfasst sind daher nur solche Schäden, die gerade und lediglich durch die überlange Bindung des Vertragspartners verursacht worden sind (etwa Finanzierungskosten, die aus der zu langen Bindungsfrist resultieren). So liegt es bei den hier geltend gemachten Aufwendungen jedoch nicht. Diese sind nicht Ausdruck einer unangemessenen Beschneidung der Dispositionsfreiheit des Klägers, sondern beruhen alleine auf dessen früherer Annahme, infolge der Annahmeerklärung der Beklagten sei ein Kaufvertrag zustande gekommen.

bb) Soweit der Kläger behauptet, die Beklagte habe Mängel des Kaufobjekts arglistig verschwiegen, scheidet eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluss ebenfalls aus. Es ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht den Kläger insoweit als beweisfällig angesehen hat. (…)

Anmerkung:

Der zweite Leitsatz der Entscheidung und die dazu angestellten Überlegungen halten einer kritischen Überprüfung nicht stand:

1. Zu lange Bindungsfrist; verspätete Annahme

a) Dass in einem Angebot für einen Verbrauchervertrag über den Kauf einer Eigentumswohnung eine Bindungsfrist von ca. fünf Monaten den kaufwilligen Verbraucher unangemessen benachteiligt, wenn sie nicht durch die Umstände des Einzelfalls gerechtfertigt ist, leuchtet ein: Der Verbraucher kann auf die Dauer von ca. fünf Monaten keine andere Investitionsentscheidung treffen, während der verkaufende Unternehmer in aller Ruhe noch einen anderen Käufer suchen könnte, der bereit ist, einen höheren Kaufpreis zu zahlen.

b) Die weggefallene, zu lange Bindungsfrist könnte nur durch eine kürzere, angemessene ersetzt werden, wenn keine angemessene gesetzliche Regelung zur Verfügung stünde und der vollständige Wegfall zu einer untragbaren Lücke führen würde (die Meinungen über die Rechtsgrundlage für diese Auffassung sind unterschiedlich, ich würde auch bei einem Angebot § 157 BGB heranziehen). Davon kann aber angesichts § 147 Abs. 2 BGB keine Rede sein: Es ist vernünftig, dass ein Angebot erlischt, wenn es nicht bis zu dem Zeitpunkt angenommen wurde, in dem der Anbieter „den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf". (Und gegen die Überlegungen, die den BGH im konkreten Fall veranlassen, diesen Zeitraum auf vier Wochen einzuschätzen, ist auch nichts einzuwenden.) Dass dem Verkäufer eine längere Frist, die auch noch angemessen gewesen wäre, für seine Entscheidung nicht zur Verfügung stand, hatte er sich durch sein Vergreifen mit der zu langen Bindungsfrist, zu der er den Verbraucher veranlasst hat, selbst zuzuschreiben. „Wesentlich" hätte sie über die sich aus § 147 Abs. 2 BGB ergebende Frist sowieso nicht hinausgehen dürfen.

c) Bis zu diesem Punkt waren die Grundsätze über die Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen nach §§ 310 Abs. 3 Nr. 2, 308 Nr. 1, 306 Abs. 2 BGB für die Entscheidung maßgebend.

2. Zustandekommen des Kaufvertrages nach allgemeinem Vertragsrecht

a) Nun – mit den Darlegungen zu Leitsatz 2 – verlässt der BGH das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Verbraucherverträge und wechselt in das allgemeine Vertragsrecht. Bei Anwendung des allgemeinen Vertragsrechts war aber im konkreten Fall – entgegen der Auffassung des BGH – ein Kaufvertrag zustande gekommen.

b) Zweifellos galt die verspätete Annahme des Verkäufers nach § 150 Abs. 1 BGB als neues Angebot. Die Überlegung, ob dieses Angebot vom Kaufinteressenten vielleicht schon durch sein Schweigen angenommen wurde, wischt der BGH mit einem Satz und der Berufung auf eine frühere Entscheidung beiseite: Eine Annahme des in der verspäteten Annahme liegenden Angebots durch Schweigen komme „bei besonders bedeutsamen Rechtsgeschäften, wozu beurkundungsbedürftige Grundstücksgeschäfte gehören, (…) nicht in Betracht" (dass die Annahme, wie immer sie erfolgt wäre, nicht beurkundet wurde, war durch Auflassung[1] und Umschreibung des Eigentums nach § 311 Abs. 1 Satz 2 BGB geheilt). Die Begründung dafür soll sich im Urteil vom 1.6.1994, XII ZR 227/92[2] finden; dort handelte es sich aber um ein durchaus außergewöhnliches und wirtschaftlich bedeutsames Geschäft, und der XII. Zivilsenat begründete, dass kein Vertrag zustande gekommen war[3], damit, der BGH habe „zwar ausgesprochen, dass es bei einer verspäteten Annahmeerklärung regelmäßig nahe liegt, das Schweigen des Empfängers als konkludente Annahme zu werten", „anderes sei aber anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die die Möglichkeit einer Änderung seiner sachlichen Entscheidung nahe legen"[4], und in dem „Grundfall", in dem der BGH feststellt, es liege „regelmäßig nahe", das Schweigen des Anbietenden auf eine verspätete Annahme seines Angebots „als konkludente Annahme zu werten"[5], ging es immerhin um ein Darlehen in Höhe von 1,3 Mio. DM.

Aber weg von der Auseinandersetzung mit nicht stimmigen Präjudizien[6] und hin zu einer grundsätzlichen (rhetorischen)

---

1 Aus der Entscheidung ergibt sich nur, dass die Auflassung – offensichtlich wirksam – erfolgt ist.

2 NJW – RR 1994, 1163, 1165.

3 Nachdem er *zuvor* erörtert hatte, vom Grundsatz, dass Schweigen keine Zustimmung bedeute, sei bei außergewöhnlichen und besonders bedeutsamen Geschäften grundsätzlich keine Ausnahme zu machen, und stellte fest, diesem Gesichtspunkt habe das Berufungsgericht im konkreten Fall mit Recht maßgebliche Bedeutung zugemessen.

4 Zu dieser Überlegung wäre es gar nicht mehr gekommen, wenn der Senat bei außergewöhnlichen und besonders bedeutsamen Geschäften eine Annahme durch Schweigen von vornherein ausgeschlossen hätte.

5 Urteil vom 6.3.1986, III ZR 234/84, NJW 1986, 1807, 1809.

6 Im Urteil vom 2.2.1990, V ZR 266/88, BGHZ 110, 220, 222 und im Urteil vom 29.11.1994, XI ZR 175/93 lag es fern, dem jeweiligen Verhalten einen entsprechenden Erklärungswillen zu unterlegen; im Urteil vom 24.4.1998, V ZR 197/97, BGHZ 138, 348 wird in zwei Sätzen festgestellt, eine Genehmigung scheide aus, weil der Genehmigende von der Wirksamkeit des Kaufvertrages ausgegangen war, tatsächlich war der Vertrag aber wohl gar nicht genehmigungsfähig, weil nicht ordnungsgemäß beurkundet; das Urteil vom 7.6.1984, IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324 (der bekannte Fall der Bürgschaftsübernahme ohne Erklärungsbewusstsein des Sparkassenvertreters) und das Urteil vom 2.11.1989, IX ZR 197/88, BGHZ 109, 171, 177 sind Gegenbeispiele, weil in beiden Entscheidungen das Verhalten ohne Erklärungsbewusstsein als Willenserklärung zugerechnet wurde; und in den Urteilen vom 26.3.2003, IV ZR 222/02, NJW 2003, 1594, 1595, vom 22.10.2003, IV ZR 398/02, NJW 2004, 59, 61 und vom 14.6.2004, II ZR 393/02, ZIP 2004, 1394, 1397 lehnte es das Gericht zu Recht ab, dem Anleger seine spätere Mitwirkung bei der Abwicklung als Genehmigung eines wegen Verstoßes gegen Art. 1 § 1 RBerG (damaliger Fassung) nichtigen Vertrages anzusehen.

Frage: Wollen wir einem Unternehmer (wir sind ja im allgemeinen Vertragsrecht), der ein Angebot abgegeben hat, erlauben, wenn ihn der Vertragsschluss (aus ganz anderen Gründen) „reut“, nach über 2 Jahren geltend zu machen, sein Schweigen auf die verspätete Annahme des Vertragspartners, gefolgt von allen erforderlichen Erfüllungshandlungen, sei nicht als Annahme des in der verspäteten Annahme liegenden Vertragsangebots zu werten, weil es ihm am Erklärungsbewusstsein gefehlt habe, denn er sei davon ausgegangen, der Vertrag sei schon geschlossen gewesen? Das weite Feld der Anforderungen an das „Erklärungsbewusstsein“ möchte ich nur ansprechen.[7] Beurteilt man das Erklärungsbewusstsein objektiv aus der Sicht des Erklärungsempfängers (dessen, der zu spät angenommen hat), so liegt es zweifellos vor, aber auch dem „ Schweigenden“ und „Erfüllenden“ ist klar, dass er am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilnimmt, entweder im Rahmen eines schon geschlossenen oder jetzt abgeschlossenen Vertrages, und sein Verhalten wäre ihm ohne Zweifel auch zuzurechnen, der Vertragspartner wäre schutzwürdig. Die Argumentation des vertragsreuigen Unternehmers wäre übrigens umso überzeugender, je geringer die sich aus § 147 Abs. 2 BGB ergebende Annahmefrist überschritten wurde.[8] Im Interesse des Rechtsfriedens hat es einfach dabei zu bleiben, dass schon das Schweigen des Anbietenden auf eine verspätete Annahme seines Angebots aus der Sicht dessen, der verspätet angenommen hat, regelmäßig als Annahme zu werten ist, wenn sich die Verhältnisse seit dem Angebot nicht geändert haben, so dass vom Abschlusswillen des Untätigen weiterhin auszugehen ist.[9] Das muss umso mehr gelten, wenn dem Schweigen alle Erfüllungshandlungen folgen. Ich glaube nicht, dass sich der BGH von dieser allgemeinen Überzeugung generell verabschieden wollte, wie es der zweite Leitsatz andeutet.

Wenn – im extrem seltenen Ausnahmefall – der Anbietende gar nicht mehr annehmen möchte und nur „schweigt“ und „erfüllt“, weil er irrtümlich meint, der Vertrag sei bereits geschlossen und er könne nicht mehr anders, müsste er nach (oder entsprechend) § 119 BGB anfechten und könnte das nach § 121 Abs. 1 BGB immerhin noch tun, nachdem er aufgeklärt wurde (allerdings mit der Folge des § 122 BGB).

c) Beim beurkundungsbedürftigen Vertrag wäre die Annahme durch Schweigen und Erfüllen ausgeschlossen (bei geringfügigem Überschreiten der Annahmefrist könnten eine Auslegung der Frist „mit Toleranz“, die extensive Auslegung des § 149 BGB[10] und § 242 BGB helfen). Im Interesse der Rechtssicherheit wird das beurkundete Angebot immer eine feste Frist enthalten (die glücklicherweise nur selten unwirksam ist) und häufig die Bestimmung, dass der Ablauf der Frist nicht zum Erlöschen, sondern – nur – zur Widerruflichkeit des Angebots führt.

3. Andere Beurteilung wegen der vom Verkäufer veranlassten zu langen Bindungsfrist?

Zu erörtern bleibt, ob die Entscheidung wegen der Besonderheiten des Falles doch richtig sein könnte: Es handelte sich um einen Verbrauchervertrag und der Unternehmer hatte den Kaufinteressenten veranlasst, in seinem Angebot eine unangemessen lange Bindungsfrist einzugehen, die nach § 308 Nr. 1 BGB unwirksam war.

Andere als die allgemeinen Vorschriften für den Abschluss eines Vertrages gibt es nicht. Rechtfertigte aber der Schutz des Verbrauchers oder die Notwendigkeit einer Sanktion der zu langen Bindungsfrist mit general-präventiver Wirkung eine Modifikation dieser allgemeinen Regeln und das Scheitern des Vertragsschlusses? (Selbstverständlich scheint, dass sich der Unternehmer seinerseits nach § 242 BGB auf die Unwirksamkeit des Vertrages nicht hätte berufen können[11]).

Sanktion für die Veranlassung einer zu langen Bindungsfrist ist nach §§ 308 Nr. 1, 306 Abs. 1 BGB deren Wegfall. Wenn anzunehmen wäre, dass der Verbraucher schon zum Zeitpunkt seines Schweigens auf die verspätete Annahme des Unternehmers vom Vertragsschluss am liebsten Abstand genommen hätte, aber annahm, gebunden zu sein, hätte ihn die zu lange Bindungsfrist trotz ihres Wegfalls in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt. Das ist aber nicht nur im konkreten Fall, sondern allgemein in solchen Fällen extrem unwahrscheinlich, wer eine Immobilie kaufen möchte, ändert diese Meinung in aller Regel innerhalb von sechs Wochen nicht. Im Verfahren vorgetragen wurde nichts, was darauf hingedeutet hätte, dass der Kaufinteressent schon beim Vertragsabschluss gar nicht mehr abschließen wollte. Nur in diesem unwahrscheinlichen Sonderfall hätte sich seine Lage von der des Käufers beim Abschluss eines Individualvertrages außerhalb des Bereichs des Verbrauchervertrags nach der verspäteten Annahme seines Angebots dadurch unterschieden, dass ihm gegenüber die Verspätung der Annahme durch die unwirksame Bindungsfrist verschleiert wurde. In einem solchen Sonderfall würde außerdem als weitere Sanktion für den Unternehmer bei der Anfechtung der Annahme des in der verspäteten Annahme des Unternehmers liegenden Angebots durch Schweigen die Schadensersatzpflicht nach § 122 Abs. 2 BGB entfallen, weil der Verkäufer den Anfechtungsgrund – Verschleierung, dass der Käufer gar nicht gebunden war, sondern das Angebot ablehnen konnte – zu vertreten hatte.

Der Sachverhalt ist eben ein völlig anderer als in den Fällen, in denen zähneknirschend erbrachte Erfüllungsleistungen auf einen wegen einer gegen das Rechtsberatungsgesetz verstoßenden Vollmacht nichtigen „Anlagevertrag“ selbstverständlich nicht als Vertragsgenehmigung angesehen werden können.

Außerdem würde dem Käufer als Verbraucher ein nicht gerechtfertigter „überschießender“ Schutz eingeräumt, wenn ihm die zeitlich nicht eingeschränkte Möglichkeit zugebilligt würde, die Unwirksamkeit des Vertrages geltend zu machen, während der verkaufende Unternehmer wegen § 242 BGB die Unwirksamkeit nicht geltend machen könnte und damit der Entscheidung des Käufers „ausgeliefert“ wäre.

Notar a. D. Prof. Dr. *Rainer Kanzleiter*, Ulm

---

7 Siehe nur *Erman/Palm*, BGB, 12. Aufl., vor § 116 Rdnr. 3; MünchKommBGB/*Kramer*, 5. Aufl., vor § 116 Rdnr. 13 ff., § 119 Rdnr. 95 ff.; *Soergel/Hefermehl*, BGB, 13. Aufl., vor 116 Rdnr. 12 ff.; *Staudinger/Singer*, Bearb. 2004, vor § 116 Rdnr. 28, 33 ff., 43 ff., § 118 Rdnr. 5.

8 Je geringer das Überschreiten der Annahmefrist ist, desto eher liegt auf der anderen Seite eine extensive Auslegung von § 149 BGB nahe; vgl. *Flume*, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 4. Aufl., § 35 II 2. § 149 BGB zeigt jedenfalls, dass sich im „Vertragsanbahnungsverhältnis“ Rechtspflichten ergeben, deren Verletzung das Zustandekommen des Vertrags zur Konsequenz haben kann.

9 Ohne, dass Voraussetzungen und Einschränkungen hier im Einzelnen erörtert werden müssten, siehe etwa *Erman/Armbrüster,* BGB, 12. Aufl., § 150 Rdnr. 1; MünchKommBGB/*Kramer*, 5. Aufl., § 149 Rdnr. 6; *Soergel/Hefermehl*, BGB, 13. Aufl., § 150 Rdnr. 6; *Staudinger/Bork*, BGB, Bearb. 2010, § 150 Rdnr. 7, jeweils m. zahlr. N.; für die erörterte Problematik ist gleichgültig, ob § 151 BGB anzuwenden ist oder nicht.

10 Vgl. Fn. 8.

11 A. A. *Kesseler*, RNotZ 2010, 533, 534.

3. BGB §§ 196, 197, 902 Abs. 1 Satz 2; ErbbauRG § 9 (*Verjährung des Erbbauzinsanspruchs*)

Die Sonderregelung des § 196 BGB findet weder auf den dinglichen noch auf den schuldrechtlichen Erbbauzinsanspruch Anwendung.

BGH, Urteil vom 9.10.2009, V ZR 18/09

Die Klägerin ist Eigentümerin eines mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks.

Das Erbbaurecht hatte die frühere Grundstückseigentümerin in einem notariellen Vertrag für sich selbst bestellt; der Erbbauzins war darin ausdrücklich sowohl dinglich als auch gleichzeitig als schuldrechtliche Zahlungsverpflichtung vereinbart worden. Nachfolgend hatte sie dem Beklagten eine anteilige Mitberechtigung an dem Erbbaurecht übertragen, die mit dem Sondereigentum an einer Wohnung in der auf dem Grundstück errichteten Wohnanlage verbunden ist. Dabei war vereinbart worden, dass der Beklagte anteilig in sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Erbbaurechtsvertrag eintritt. Die auf den Anteil des Beklagten entfallenden Erbbauzinsen wurden zunächst von einer Generalmieterin erbracht. Als nach deren Insolvenz keine weiteren Zahlungen erfolgten, beantragte die Klägerin Ende Dezember 2004 wegen der seit Februar 2001 ausstehenden Erbbauzinsen einen Mahnbescheid, welcher im Januar 2005 erlassen wurde, dem Beklagten aber nicht zugestellt werden konnte. Dies gelang, nach Beantragung eines weiteren Mahnbescheids, erst im Februar 2006. In dem anschließenden Verfahren hat die Klägerin rückständige Erbbauzinsen i. H. v. insgesamt 8.733,75 € geltend gemacht. Die ansonsten erfolgreiche Klage ist wegen der auf das Jahr 2001 entfallenden Rückstände von 1.346,63 € von dem LG und dem OLG abgewiesen worden. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren diesbezüglichen Klageantrag weiter.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht meint, der Anspruch der Klägerin auf Zahlung von Erbbauzinsen für das Jahr 2001 sei verjährt. Die Verjährungsfrist für den dinglichen Erbbauzins betrage nach §§ 902 Abs. 1 Satz 2, 195 BGB drei Jahre und sei daher Ende 2004 abgelaufen. Für einen daneben bestehen schuldrechtlichen Anspruch auf Zahlung von Erbbauzinsen gelte nichts anderes. Nach dem Wortlaut von § 196 BGB könne ein solcher Erbbauzinsanspruch zwar als Gegenleistung für das Erbbaurecht anzusehen sein und daher an sich einer zehnjährigen Verjährungsfrist unterliegen. Die teleologische Auslegung der Vorschrift führe jedoch zu dem Ergebnis, dass der schuldrechtliche Anspruch auf Erbbauzinsen jedenfalls dann nicht von ihr erfasst werde, wenn – wie hier – das Erbbaurecht für den Schuldner bereits bestellt sei. Die Erwägungen, die den Gesetzgeber veranlasst hätten, den Anspruch auf die Gegenleistung in § 196 BGB aufzunehmen, kämen zu diesem Zeitpunkt nicht mehr zum Tragen. Zudem werde der gebotene Gleichklang mit der Verjährungsfrist für den dinglichen Erbbauzinsanspruch hergestellt.

II.

Das angefochtene Urteil hält revisionsrechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

1. Das Berufungsgericht nimmt zutreffend an, dass sich die Verjährung sowohl des dinglichen als auch eines möglichen schuldrechtlichen Anspruchs der Klägerin auf Zahlung von Erbbauzinsen nach § 195 BGB richtet (hier i. V. m. Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB, § 197 BGB a. F.), so dass die im Jahr 2001 entstandenen Ansprüche mit dem Ende des Jahres 2004 verjährt sind.

2. Entgegen der Auffassung der Revision findet die Sonderregelung des § 196 BGB, wonach Ansprüche auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück sowie auf Begründung, Übertragung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder auf Änderung des Inhalts eines solchen Rechts sowie die Ansprüche auf die Gegenleistung in zehn Jahren verjähren, auf rückständige Erbbauzinsen keine Anwendung. Auf die von der Revisionserwiderung aufgeworfene Frage, ob der geltend gemachte Anspruch nach den konkreten Umständen des Falls überhaupt als Gegenleistung des Beklagten für die Bestellung bzw. Übertragung des Erbbaurechts anzusehen ist, kommt es daher nicht an.

a) Dass der dingliche Anspruch auf Zahlung rückständiger Raten nicht von § 196 BGB erfasst wird, folgt bereits daraus, dass die Erbbauzinsraten nicht die Gegenleistung für die Bestellung des Erbbaurechts oder dessen Übertragung bilden. Zwar wird der dingliche Erbbauzins angesichts der Regelung in § 9 ErbbauRG als Gegenleistung für die Bestellung eines Erbbaurechts bezeichnet (vgl. BGH, WM 1992, 705, 707; *Staudinger/Rapp*, 2009, § 9 ErbbauRG Rdnr. 1; *v. Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 4. Aufl., S. 313, Rdnr. 6.2; siehe auch BGHZ 96, 385, 386). Mit dem Begriff des dinglichen Erbbauzinses ist aber nicht die einzelne wiederkehrende Leistung, sondern der Erbbauzins als das reallastartige Stammrecht angesprochen. Gegenleistung für die Bestellung oder Übertragung des Erbbaurechts ist die Belastung des Erbbaurechts mit einer Erbbauzinsreallast, aus der dann die persönliche und dingliche Haftung für den vereinbarten Erbbauzins folgt (so zutreffend *Palandt/Bassenge*, 68. Aufl., § 9 ErbbauRG Rdnr. 2). Nur dieser Anspruch kann in den Anwendungsbereich des § 196 BGB fallen. Der Anspruch auf Zahlung des Erbbauzinses verjährt dagegen stets in der regelmäßigen Frist von drei Jahren (§ 195 BGB; vgl. MünchKommBGB/v. *Oefele*, 5. Aufl., § 9 ErbbauRG, Rdnr. 13; *Staudinger/Rapp*, 2009, § 9 ErbbauRG Rdnr. 36; *Erman/Grziwotz*, BGB, 12. Aufl., § 9 ErbbauRG Rdnr. 2; *Palandt/Bassenge*, 68. Aufl., § 9 ErbbauRG Rdnr. 6).

b) Für rückständige Erbbauzinsen, die auf rein schuldrechtlicher Grundlage zu leisten sind (vgl. dazu *Staudinger/Rapp*, Rdnr. 6), gilt im Ergebnis nichts anderes. Zwar kann die – bei der Prüfung von § 196 BGB stets notwendige – Auslegung des kausalen Rechtsgeschäfts ergeben, dass die schuldrechtliche Verpflichtung zur Zahlung des vereinbarten Erbbauzinses Teil der Leistung ist, die der Schuldner um der Begründung oder der Übertragung des Erbbaurechts willen übernommen hat. Auch in einem solchen Fall bleibt für den Anspruch auf Erhalt von Erbbauzinsen aber die regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 BGB maßgeblich. Das liegt schon deshalb nahe, weil es, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, keinen sachlichen Grund gibt, den schuldrechtlichen Erbbauzinsanspruch einer längeren Verjährungsfrist zu unterstellen als den dinglichen.

Entscheidend aber ist, dass sich nur eine dreijährige Verjährungsfrist mit der in § 197 Abs. 2 BGB getroffenen Regelung vereinbaren lässt. Danach tritt bei rechtskräftig festgestellten Ansprüchen (§ 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB) und Ansprüchen aus vollstreckbaren Vergleichen oder Urkunden (§ 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB), die künftig fällig werdende regelmäßig wiederkehrende Leistungen zum Inhalt haben, die Regelverjährung, also die in § 195 BGB genannte Frist, an die Stelle der in § 197 Abs. 1 BGB bestimmten Verjährungsfrist von 30 Jahren. Das lässt den Willen des Gesetzgebers erkennen, Ansprüche auf regelmäßig wiederkehrende Leistungen (vgl. BGHZ 146, 228, 232; BGH, NJW 2005, 3146, 3147) stets der regulären Verjährungsfrist von drei Jahren zu unterwerfen. Andernfalls stünde der Gläubiger in verjährungsrechtlicher Hinsicht schlechter, sobald sich der Schuldner wegen des Anspruchs auf Zahlung künftig fällig werdender Erbbauzinsen der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein Vermögen

unterwirft (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) oder dieser Anspruch rechtskräftig festgestellt worden ist.

(…)

Anmerkung:

1. Rückständige Einzelleistungen

Bisher gab es zur Verjährung des Erbbauzinses keine obergerichtliche Entscheidung. Die nunmehrige Entscheidung schließt sich der zitierten einheitlichen Meinung in der Literatur an, wonach hinsichtlich der rückständigen Einzelleistungen aus dem dinglichen Erbbauzins die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB gilt. Die Ablehnung der Anwendung des § 196 BGB folgert der BGH einerseits daraus, dass Gegenleistung für die Bestellung des Erbbaurechts die Erbbauzinsreallast, also das Stammrecht ist, nicht dagegen die hieraus losgelöste fällige Einzelleistung, also die rückständigen Erbbauzinsbeträge. Dies ist sowohl wirtschaftlich richtig, als auch dogmatisch: Das dingliche Stammrecht ist ein nicht sonderrechtsfähiger Bestandteil des Grundstückseigentums, während die Einzelleistung mit ihrer Fälligkeit davon losgelöst wird und verfügungsfähig ist[1]. Die Entscheidung wird andererseits auf § 197 Abs. 2 BGB gestützt, wonach selbst künftig fällig werdende regelmäßig wiederkehrende Einzelleistungen in einer vollstreckbaren Urkunde der regelmäßigen Verjährung unterliegen. Die Verjährung beginnt hier jeweils mit Fälligkeit der Einzelleistung[2] bzw. mit dem Schluss des entsprechenden Kalenderjahrs, § 199 Abs. 1 BGB.

2. Stammrecht der Erbbauzinsreallast

Neu ist dagegen die Feststellung des BGH, dass die dingliche Erbbauzinsreallast selbst, also das Stammrecht, in der Regel die Gegenleistung für die Bestellung des Erbbaurechts bildet und somit die zehnjährige Verjährung nach § 196 BGB gilt. Dies ist insofern irreführend, als die im Grundbuch eingetragene Erbbauzinsreallast gemäß § 902 Abs. 1 Satz 1 BGB überhaupt keiner Verjährung unterliegt, wohl aber nach Satz 2 der Anspruch auf fällige und rückständige Einzelleistungen; Letzteres ist mit der Entscheidung vereinbar. Der BGH versteht hier wohl unter Gegenleistungen den schuldrechtlichen Anspruch auf Eintragung der Erbbauzinsreallast. Dieser ist gleichzeitig ein Anspruch auf Begründung eines dinglichen Rechts i. S. v. § 196 BGB. Hier ist zu bedenken, dass die Verjährungsfrist erst mit Entstehung, d. h. mit Fälligkeit des Anspruchs beginnt, also erst bei Vorliegen aller Vollzugsvoraussetzungen für die Grundbucheintragung, bei einem Erbbaurecht an einer zu vermessenden Teilfläche mit *Amann*[3] erst nach Vorliegen des Messungsergebnisses.

3. Schuldrechtlicher Erbbauzins

Die Anwendung dieser Grundsätze auf den schuldrechtlichen Erbbauzins ist gleichfalls neu und konsequent, da es keinen sachlichen Grund dafür gibt, dass für den schwächeren schuldrechtlichen Anspruch eine längere Verjährungsfrist gelten sollte als für den stärkeren dinglichen. Im entschiedenen Fall war der Erbbauzins sowohl dinglich als auch gleichzeitig inhaltsgleich als schuldrechtliche Zahlungspflicht vereinbart. Für die fälligen rückständigen Einzelleistungen gilt daher auch hier § 195 BGB (= 3 Jahre), für das schuldrechtliche „Stammrecht“ § 196 BGB (= 10 Jahre), allerdings mit der Feststellung, dass die für § 196 BGB stets notwendige Auslegung ergeben muss, dass das schuldrechtliche Erbbauzins-Stammrecht Teil der Gegenleistungen ist.

4. Verjährung der schuldrechtlichen Anpassungsklausel

Offen bleibt dagegen die Verjährung bei der schuldrechtlichen Anpassungsklausel; hierunter ist bei einem alten „bestimmten“ dinglichen Erbbauzins die schuldrechtliche Verpflichtung zu verstehen, den Erbbauzins unter bestimmten Voraussetzungen veränderten Verhältnissen anzupassen und entweder die Erbbauzinsreallast entsprechend dinglich zu ändern oder eine weitere Erbbauzinsreallast für einen Erhöhungsbetrag einzutragen.[4] Hier kann sich die Verjährung beziehen auf die schuldrechtliche Anpassungsklausel selbst (= Stammrecht) und ihre Sicherung durch Vormerkung (vgl. lit. a) oder den einzelnen fälligen schuldrechtlichen Erhöhungsbetrag (bzw. Ermäßigung, vgl. lit. b) oder den Anspruch auf entsprechende dingliche Änderung der ursprünglichen Erbbauzinsreallast oder Eintragung einer neuen (vgl. lit c). Aus der Entscheidung des BGH ist hierzu zu folgern:

a) Wenn nach der Entscheidung der dingliche Erbbauzins in der Regel Gegenleistung für die Bestellung des Erbbaurechts ist, dann gilt dies auch für die schuldrechtliche Anpassungsklausel. Da bei der üblichen langen Dauer des Erbbaurechts bis zu dessen Ende infolge Inflation oder wegen sonstiger Wertänderungen mit einer Vervielfältigung des ursprünglichen Erbbauzinsbetrags zu rechnen ist, ist die Anpassungsklausel im Zweifel genauso wichtig, wie der dingliche (bestimmte) Erbbauzins. Die schuldrechtliche Anpassungsklausel (= Stammrecht) mit dem Anspruch auf Eintragung einer Vormerkung zur Erbbauzinsänderung bzw. Neueintragung verjährt daher nach § 196 BGB (= 10 Jahre).

Sobald die Vormerkung eingetragen ist, kann gemäß § 886 BGB dennoch die Einrede der Verjährung der vorgemerkten Anpassungsklausel erhoben werden. § 902 BGB gilt nicht, auch nicht § 216 BGB.[5] Allerdings beginnt die regelmäßige, also dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB für schuldrechtliche Erhöhungen (vgl. lit. b) nach § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem die Fälligkeit eingetreten ist und für andere Ansprüche (hier Änderung/Neueintragung Erbbauzinsreallast, vgl. lit. c) gemäß § 200 BGB mit Entstehung des Anspruchs.

b) Die schuldrechtliche Anpassungsklausel kann als automatisch wirkende Gleitklausel konstruiert sein, d. h. bei Eintritt der Anpassungsvoraussetzungen erhöht sich der schuldrechtliche Erbbauzins automatisch entsprechend der Änderung des Wertmaßstabs.[6] Somit ist der einzelne Erhöhungsbetrag automatisch dann fällig. Hier muss für den fälligen Erbbauzinserhöhungsbetrag das Gleiche gelten, wie für den schuldrechtlichen Erbbauzins, nämlich § 195 BGB (= 3 Jahre). Wenn nach der Konstruktion der Klausel zu der Anpassungsvoraussetzung noch die Geltendmachung des Rechts, also das Erhöhungsverlangen des Grundstückseigentümers hinzukommt, handelt es sich wohl trotzdem um keine „verhaltenen Ansprüche“, die jederzeit, aber nur auf Verlangen des Gläubigers zu erfüllen sind, sondern wie eine Bürg-

---

1 Vgl. MünchKommBGB/*v. Oefele*, 5. Aufl., § 9 Rdnr. 7 m. w. N.

2 MünchKommBGB/*Grothe*, § 197 Rdnr. 29.

3 DNotZ 2002, 94, 110 ff.

4 Vgl. MünchKommBGB/*v. Oefele*, § 9 Rdnr. 46.

5 Vgl. MünchKommBGB/*Kohler,* § 886 Rdnr. 2, § 902 Rdnr. 4; MünchKommBGB/*Grothe*, § 216 Rdnr. 3, je m. w. N.

6 Vgl. MünchKommBGB/*v. Oefele*, § 9 Rdnr. 49, 50.

schaft auf „erste Anforderung“ um einen doppelt bedingten Anspruch, der erst bei Eintritt beider Bedingungen, also sowohl der Anpassungsvoraussetzungen, als auch der Geltendmachung fällig wird, womit die Verjährung beginnt.[7] Dies muss erst recht bei der Anpassungsklausel gelten, bei der früher Gleitklauseln unzulässig waren, soweit keine völlige Trennung vom dinglichen Erbbauzins bestand; dies sollte durch das Erhöhungsverlangen gesichert werden. Für die aus dem Stammrecht später folgenden weiteren Erhöhungen gilt bei ihrer Fälligkeit wieder das Gleiche.

c) Sowohl der Anspruch auf die einzelne dingliche Änderung der ursprünglichen Erbbauzinsreallast, als auch auf Eintragung einer neuen Erbbauzinsreallast in Höhe des Unterschiedsbetrags im Grundbuch fallen dagegen unter die zehnjährige Verjährungsfrist des § 196 BGB Alt. 1 BGB (= Anspruch auf Begründung/Änderung eines Rechts am Grundstück). Hier beginnt die Verjährung unmittelbar mit Entstehung des Anspruchs, wofür Fälligkeit und damit Bedingungseintritt Voraussetzung ist.[8] Für spätere weitere Erhöhungen/Erbbauzinsreallasten gilt nach deren Fälligkeit das Gleiche.

5. Verjährung und Schuldrechtsreform

Soweit die Verjährung vor der Schuldrechtsreform, also vor dem 1.1.2002 begonnen hatte, ist zu beachten, dass nach Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB der Beginn, die Hemmung, die Ablaufhemmung und der Neubeginn der Verjährung sich für den Zeitraum davor nach altem Recht bestimmt. Falls die Verjährung also vorher begonnen hatte, läuft die Frist weiter, auch wenn sie nach neuem Recht noch nicht begonnen hätte.[9]

Notar a. D. *Helmut Freiherr von Oefele*, München

---

7 Vgl. MünchKommBGB/*Grothe*, § 199 Rdnr. 7; *Palandt/Ellenberger*, § 199 Rdnr. 8.

8 Vgl. MünchKommBGB/*Grothe,* § 200 Rdnr. 3.

9 Dazu und zu Besonderheiten bei vorher entstandenen verhaltenen Ansprüchen vgl. DNotl-Fax-Pool kl-ma 100717-i-f-f.

---

4. BGB §§ 1132, 1192 Abs. 1 (*Unterschiedliche Fälligkeitsbedingungen bei Gesamtgrundschuld*)

a) Eine Gesamtgrundschuld kann an den einzelnen Grundstücken mit unterschiedlichen Fälligkeitsbedingungen bestehen. Wird eine vor dem 20.8.2008 bestellte Sicherungsgrundschuld auf ein anderes Grundstück erstreckt, gilt die durch das Risikobegrenzungsgesetz eingeführte zwingende Fälligkeitsbestimmung des § 1193 BGB deshalb nur für die Belastung des nachverpfändeten Grundstücks.

b) Eine Gesamtgrundschuld entsteht nicht, wenn der Belastungsgegenstand verschiedener Grundschulden wechselseitig ausgetauscht werden soll (Pfandtausch).

BGH, Beschluss vom 10.6.2010, V ZB 22/10; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

1. Den Beteiligten zu 1 und 2 steht je ein mit dem Sondereigentum an einer Garage verbundener Miteigentumsanteil an dem im Eingang dieses Beschlusses näher bezeichneten Grundstück in M. zu. Auf beiden Anteilen lastet jeweils eine Grundschuld zugunsten der Sparkasse I. Mit notariellem Vertrag vom 7.5.2009 tauschten die Beteiligten zu 1 und 2 sowie ein dritter Miteigentümer ihre Anteile im Rahmen eines Ringtausches. Der Vertrag enthält hinsichtlich der Grundschulden folgende Regelung:

„§ 5 Pfandunterstellung, Pfandfreigabe

(…) Die Buchgrundschuld des Beteiligten zu 1 zu 100.000 € zugunsten der Sparkasse I. soll künftig an der von diesem erworbenen Garage G5, die Buchgrundschuld der Beteiligten zu 2 zu 20.000 € zugunsten der Sparkasse I. soll künftig an der von dieser erworbenen Garage G4 lasten.

Der jeweilige zukünftige Eigentümer unterstellt den heute erworbenen Grundbesitz dem jeweiligen vorbezeichneten Grundpfandrecht als weiteres Pfand. Diese Belastung hat am pfandunterstellten Grundbesitz jeweils Erstrang, notfalls vorerst nächstoffene Rangstelle zu erhalten.

(…)

Entsprechende Pfandunterstellung (…) im Grundbuch wird bewilligt und beantragt.

Der Notar wird beauftragt, von den Gläubigern in Abteilung III entsprechende Freigabeerklärungen einzuholen, wonach die jeweils veräußerte Garage nicht mehr mit der dort eingetragenen Grundschuld belastet ist.

Den zur Lastenfreistellung erforderlichen Gläubigererklärungen wird mit dem Antrag auf grundbuchamtlichen Vollzug zugestimmt.“

2. Der Beteiligte zu 3 erwarb mit notariellem Vertrag vom 28.5.2009 von seiner Schwester, mit der er eine Erbengemeinschaft bildete, deren Erbanteile am Nachlass der verstorbenen Eltern. Zu dem Nachlass gehört ein Miteigentumsanteil an dem im Eingang dieses Beschlusses näher bezeichneten Grundbesitz in O. Im Hinblick auf eine von dem Beteiligten zu 3 zuvor schon an anderen Grundstücken bestellte Grundschuld ist in dem Vertrag folgende Regelung getroffen:

„§ 8 Pfandunterstellung

Die bereits an den Blattstellen (…) und (…) eingetragene Grundschuld ohne Brief zu 243.000 DM für die B. Bank AG in M. nebst 16 % Zinsen jährlich und vollstreckbar nach § 800 ZPO soll ebenfalls am heute erworbenen Grundbesitz lasten.

Der zukünftige Eigentümer unterstellt den heute erworbenen Grundbesitz dem vorbezeichneten Grundpfandrecht als weiteres Pfand. Diese Belastung hat am pfandunterstellten Grundbesitz Rang nach dem in Abteilung II eingetragenen Recht und in Abteilung III erste Rangstelle zu erhalten, notfalls vorerst nächstoffene Rangstelle. (…)

Entsprechende Pfandunterstellung (…) im Grundbuch wird bewilligt und beantragt.“

Der (in beiden Angelegenheiten tätige) Urkundsnotar beantragte jeweils namens der Beteiligten den Vollzug der Urkunde im Grundbuch, wobei er im ersten Fall zusätzlich die von der Sparkasse I. erteilten Pfandfreigabeerklärungen vorlegte. Daraufhin hat das (in beiden Fällen zuständige) Grundbuchamt mit im Wesentlichen gleich lautenden Zwischenverfügungen vom 12.8.2009 die unterschiedlichen Kündigungsbedingungen der jeweils bestehenden Grundschulden einerseits und der durch Pfanderstreckung neu bestellten Grundschulden andererseits beanstandet und die Vorlage notariell beglaubigter Bewilligungen der Grundschuldgläubiger aufgegeben, durch die eine mit § 1193 BGB n. F. zu vereinbarende Fälligkeit der (bestehenden) Grundschulden erreicht werde.

Die hiergegen durch den Urkundsnotar jeweils eingelegte Beschwerde hat das LG – in einem einheitlichen Beschluss – zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss wendet sich der Urkundsnotar mit der weiteren Beschwerde. Das OLG möchte dem Rechtsmittel stattgeben. Es sieht sich hieran durch die Entscheidung des KG vom 23.1.1911 (KGJ 40, 299 ff.) gehindert und hat deshalb die weitere Beschwerde dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Vorlage der Sache an den BGH ist statthaft.

1. Die Zulässigkeit der Vorlage beurteilt sich nach § 79 Abs. 2 GBO a. F. Zwar ist diese Vorschrift durch Art. 36 Nr. 9 FGG-RG (vom 17.12.2008, BGBl I, S. 2586) aufgehoben

worden. Sie findet aber aufgrund der Übergangsregelung in Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG auf die beiden vor dem 1.9.2009 eingeleiteten Eintragungsverfahren, über die das Beschwerdegericht ungeachtet ihrer Selbstständigkeit auch ohne förmliche Verfahrensverbindung in einem Beschluss entscheiden konnte (vgl. BayObLGZ 1967, 25, 29; *Keidel/Sternal*, FamFG, 16. Aufl., § 20 Rdnr. 5), weiterhin Anwendung.

2. Die Voraussetzungen des § 79 Abs. 2 GBO a. F. sind gegeben. Das vorlegende OLG hält ein Auseinanderfallen der Fälligkeits- und Kündigungsbedingungen bei einer Gesamtgrundschuld für rechtlich zulässig. Demgegenüber vertritt das KG in der Vergleichsentscheidung – bezogen auf eine Gesamthypothek – die Auffassung, dass die Einheitlichkeit des Hypothekenrechts einen einheitlichen Inhalt der Belastung sämtlicher verpfändeter Grundstücke erfordere und es daher mit dem Wesen der Gesamthypothek unvereinbar sei, die Zahlungs- und Kündigungsbedingungen der Hypothekenforderung für die mehreren verhafteten Grundstücke verschieden zu gestalten.

a) Beide Rechtsauffassungen betreffen dieselbe Rechtsfrage (vgl. zu diesem Erfordernis BGHZ 7, 339, 341 f.; BGH, Rpfleger 2007, 134 m. w. N.; Beschluss vom 11.2.2010, V ZB 167/09, zur Veröff. best.). Dass dem Beschluss des KG eine Gesamthypothek zugrunde lag, während es vorliegend um den zulässigen Inhalt einer Gesamtgrundschuld geht, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Beide Gesamtgrundpfandrechte weisen dieselbe rechtliche Konstruktion auf (ein Grundpfandrecht erstreckt sich auf mehrere Grundstücke). Zudem findet die Vorschrift in § 1132 BGB über die Gesamthypothek gemäß § 1192 Abs. 1 BGB auf die Gesamtgrundschuld entsprechende Anwendung, da es insoweit auf das Bestehen einer Forderung nicht ankommt (vgl. statt aller *Palandt/Bassenge*, 69. Aufl., § 1132 Rdnr. 12).

Ebenfalls unerheblich ist, dass in der Vergleichsentscheidung die abweichenden Zahlungs- und Kündigungsbedingungen auf einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung zwischen dem Gläubiger und einem der beiden Grundstückseigentümer beruhten, während hier die abweichenden Voraussetzungen, unter denen die Grundschuld fällig ist, auf eine zwischenzeitlich eingetretene Rechtsänderung zurückzuführen sind. Ob die Fälligkeit eines Gesamtgrundpfandrechts bezüglich der einzelnen belasteten Grundstücke unterschiedlich geregelt sein kann, richtet sich nach den rechtlichen Anforderungen, die sich daraus ergeben, dass ein und dasselbe dingliche Recht auf mehreren Grundstücken lastet. Auf den Rechtsgrund der Abweichung (Vertrag oder Gesetz) kommt es dabei nicht entscheidend an.

b) Die Vergleichsentscheidung beruht auf der abweichenden Rechtsauffassung (dazu BGHZ 21, 234, 236; BGH, NJW-RR 2007, 1569 m. w. N.; Beschluss vom 11.2.2010, V ZB 167/09, zur Veröff. best.). Zwar betraf die weitere Beschwerde, über die das KG zu entscheiden hatte, die Eintragung eines Teilabtretungsvermerks auf einem der mit der Gesamthypothek belasteten Grundstücke. Dessen Eintragungsfähigkeit hat das KG mit der Begründung verneint, dass die zwischen dem Gläubiger und dem anderen Eigentümer vereinbarte Teilabtretung der Hypothek mit der daneben verabredeten – nach Ansicht des KG unzulässigen – Änderung der Zahlungs- und Kündigungsbedingungen eine Einheit bilde (KGJ 40, 299, 301). Der Erfolg der weiteren Beschwerde war daher letztlich von der rechtlichen Beurteilung der unterschiedlichen Fälligkeit der Gesamthypothek abhängig.

c) Darauf, ob sich die von dem vorlegenden Gericht aufgeworfene Rechtsfrage auch in dem an ihn herangetragenen Fall in entscheidungserheblicher Weise stellt – was hier bezüglich der weiteren Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 zu verneinen ist (dazu nachfolgend unter IV. 1.) –, kommt es nicht an. Denn der BGH ist bei der Prüfung der Zulässigkeit der Vorlage an die Rechtsauffassung des vorlegenden Gerichts gebunden, es könne ohne die Beantwortung der streitigen Rechtsfrage die Sache nicht entscheiden (st. Rspr., vgl. BGHZ 7, 339, 341; 90, 181, 182; 99, 90, 92; Beschluss vom 11.2.2010, V ZB 167/09, zur Veröff. best.).

3. Das Alter der herangezogenen Entscheidung lässt die Vorlagepflicht nicht entfallen. Die – aufgrund ihrer Aufhebung durch das FGG-RG ohnehin nur noch auf eine begrenzte Zahl von Altverfahren anwendbare – Bestimmung des § 79 Abs. 2 Satz 1 GBO a. F. macht die Statthaftigkeit einer Vorlage an den BGH lediglich von den dort genannten Voraussetzungen abhängig. Diese sind hier erfüllt.

III.

Die weitere Beschwerde sowohl der Beteiligten zu 1 und 2 als auch des Beteiligten zu 3 ist zulässig (§ 78 GBO a. F.). Diese sind selbst Rechtsmittelführer, obwohl sich der Beschwerdeschrift des Urkundsnotars kein Vertretungszusatz entnehmen lässt. Denn im Hinblick auf ein fehlendes eigenes Beschwerderecht des Notars (vgl. BayObLG, NJW-RR 1989, 1495, 1496; *Demharter*, a. a. O., § 15 Rdnr. 20 – jeweils m. w. N.) kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass dieser bei Erhebung des Rechtsmittels – wovon schon das Beschwerdegericht für die Erstbeschwerden ausgegangen ist – von seiner nach § 15 GBO vermuteten Vertretungsbefugnis zugunsten der antragsberechtigten (§ 13 Abs. 1 Satz 2 GBO) Beteiligten Gebrauch gemacht hat. Deren Beschwerdeberechtigung ergibt sich bereits aus der Zurückweisung ihrer Erstbeschwerden (BGHZ 151, 116, 121; 162, 137, 138).

IV.

Die weitere Beschwerde ist begründet.

1. Was den Eintragungsantrag der Beteiligten zu 1 und 2 anbelangt, kommt es allerdings auf die Rechtsfrage, ob eine Gesamtgrundschuld abweichenden Fälligkeitsregelungen unterliegen kann, nicht an. Denn eine solche würde hier durch die beantragte Eintragung nicht zur Entstehung gelangen.

a) Nach § 5 des notariellen Vertrages vom 7.5.2009 soll die auf den Miteigentumsanteilen der Beteiligten zu 1 und 2 jeweils lastende Grundschuld zugunsten der Sparkasse I. künftig an denjenigen Anteilen bestehen, die im Rahmen des vereinbarten Garagentausches von den Beteiligten zu 1 und 2 erworben werden. Hinsichtlich der veräußerten Anteile ist demgegenüber eine Enthaftung durch Freigabe der bestehenden Grundschulden seitens der Gläubigerin vorgesehen.

Diese vertragliche Konstruktion dient nicht einer Pfanderweiterung. Gewollt und vereinbart war vielmehr ein Pfandtausch (dazu *Staudinger/Wolfsteiner*, BGB, 2009, Einl. zu §§ 1113 ff. Rdnr. 178) in dem Sinne, dass die Grundschulden nach Vollzug des Garagentausches ausschließlich an den von den Beteiligten zu 1 und 2 neu erworbenen Miteigentumsanteilen fortbestehen sollten. Die Formulierung im Vertragstext, wonach der jeweils erworbene Grundbesitz dem Grundpfandrecht als „weiteres Pfand“ unterstellt wird, rechtfertigt keine andere Deutung. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass ein Pfandtausch im Gesetz nicht vorgesehen ist, sondern es hierzu regelmäßig des Umweges über eine Pfanderstreckung mit anschließender Freigabe des bisherigen Pfandes bedarf (*Staudinger/Wolfsteiner*, a. a. O.). Beide Schritte sind indessen als einheitlicher Vorgang anzusehen mit der Folge, dass eine Gesamtgrundschuld nicht entsteht.

b) An der Auslegung der notariellen Vereinbarung ist der Senat nicht durch bindende Feststellungen des Beschwerdegerichts gehindert. Denn dieses hat die Frage nach dem Inhalt der Klausel nicht geprüft, sondern ohne weiteres eine Pfanderstreckung als vereinbart unterstellt. Da weitere tatsächliche Feststellungen nicht zu erwarten sind, ist die Klausel somit auch noch im Verfahren der weiteren Beschwerde einer Auslegung zugänglich (vgl. für das Revisionsverfahren BGHZ 65, 107, 112; 124, 39, 45; BGH, NJW 1998, 1219).

2. Auch dem Antrag des Beteiligten zu 3 steht das von dem Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis nicht entgegen.

a) Als zutreffend erweist sich allerdings der rechtliche Ansatz des Beschwerdegerichts, wonach die an den beiden Grundstücken des Beteiligten zu 3 zuvor bereits bestehende (Gesamt-)Grundschuld anderen Fälligkeitsregelungen folgt als die durch den notariellen Vertrag vom 28.5.2009 im Wege der Pfanderstreckung bestellte Grundschuld an dem Bruchteilseigentum, das der Beteiligte zu 3 durch Erbteilsübernahme (§ 2033 Abs. 1 BGB) zu Alleineigentum erworben hat.

aa) Was das zuletzt verpfändete Grundstück anbelangt, gilt für die Fälligkeit der Grundschuld die Bestimmung des § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB. Der zeitliche Anwendungsbereich dieser durch Art. 6 Nr. 8 des Risikobegrenzungsgesetzes vom 12.8.2008 (BGBl I, S. 1666) eingefügten Vorschrift ist eröffnet. Nach der Übergangsregelung in Art. 229 § 18 Abs. 3 EGBGB ist § 1193 Abs. 2 BGB n. F. nur auf diejenigen Grundschulden anzuwenden, die nach dem 19.8.2008 bestellt werden. Diese Voraussetzung liegt hier vor. Dass die Grundschuld anlässlich der Ausweitung eines schon bestehenden (Gesamt-)Grundpfandrechts auf ein weiteres Grundstück bewilligt wurde, ist ohne Bedeutung. Denn bei der Pfanderstrekkung handelt es sich bezogen auf das zusätzlich verpfändete Grundstück um die Neubestellung einer Grundschuld (BGHZ 80, 119, 123). Rechtsfolge der Anwendbarkeit des § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB ist, dass die neu bestellte Grundschuld, die nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts der Sicherung einer Geldschuld dient, erst nach vorangegangener Kündigung und Ablauf einer sechsmonatigen Kündigungsfrist fällig ist (§ 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB).

bb) Demgegenüber ist die Gesamtgrundschuld, soweit sie die zuvor schon belasteten Grundstücke betrifft, sofort zur Zahlung fällig. Die insoweit nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts getroffene Regelung wird durch die Einfügung des § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht berührt, da die Grundschuld schon vor dem 20.8.2008 bestellt war. Dass die Vorschrift bei einer Pfanderstreckung auch die bereits bestehende Belastung erfasst, sofern lediglich die Erweiterung nach dem 19.8.2008 erfolgt, findet im Wortlaut der Übergangsvorschrift keine Stütze (a. A. LG Berlin, Rpfleger 2009, 230, 231). Ein solches Verständnis würde zudem dem Willen des Gesetzgebers zuwiderlaufen, die unter der Geltung des bisherigen Rechts wirksam getroffenen Vereinbarungen zur Fälligkeit und Kündigung von Sicherungsgrundschulden zu respektieren (Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 16/9821, S. 18). Dass der Gesetzgeber bei der Gesamtgrundschuld hiervon abweichen wollte, kann nicht angenommen werden.

b) Zu Unrecht ist das Beschwerdegericht indes von der Unzulässigkeit abweichender Fälligkeitsbedingungen bei einer Gesamtgrundschuld ausgegangen, ohne sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Rechtsnatur des Gesamtgrundpfandrechts insoweit zwingend eine einheitliche Ausgestaltung gebietet. Das ist nicht der Fall.

aa) Allerdings hat das KG in der Vergleichsentscheidung (KGJ 40, 299 f.; ebenso JW 1923, 1038) die gegenteilige Auffassung vertreten. Dieser Meinung haben sich Teile des Schrifttums angeschlossen (vgl. RGRK/*Mattern*, BGB, 12. Aufl., § 1132 Rdnr. 9; *Staudinger/Wolfsteiner*, 2009, § 1132 Rdnr. 35 [unter Aufgabe der in der Bearb. 2002, Rdnr. 36, vertretenen Auffassung]; AK-BGB/*Winter*, § 1132 Rdnr. 13; *Wegmann* in Bauer/von Oefele, GBO, 2. Aufl., § 48 Rdnr. 21; *Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 48 Rdnr. 10; *Güthe/Triebel*, GBO, 6. Aufl., § 48 Rdnr. 28; *Hügel/Reetz*, GBO, § 48 Rdnr. 29; *Meikel/Böhringer*, a. a. O., § 48 Rdnr. 26 [anders aber Rdnr. 106]; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 2239, 2651; ebenso *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl., § 148 III, S. 614 [eine gleichwohl eingetragene Gesamthypothek soll aber gültig entstanden sein, a. a. O., Fn. 16]). Sie gehen davon aus, dass bei einem Gesamtgrundpfandrecht nur Unterschiede im Umfang der Belastung (z. B. hinsichtlich des Zinssatzes) zulässig seien, ihr Inhalt aber auf allen Grundstücken identisch sein müsse.

bb) Dem ist jedoch nicht zu folgen. Die Fälligkeit kann bei einer Gesamtgrundschuld unterschiedlich geregelt sein (ebenso *Bamberger/Roth/Rohe*, BGB, 2. Aufl., § 1132 Rdnr. 5; *Erman/F. Wenzel*, BGB, 12. Aufl., § 1132 Rdnr. 3; MünchKommBGB/*Eickmann*, 5. Aufl., § 1132 Rdnr. 12; *Palandt/Bassenge*, § 1132 Rdnr. 2 u. § 1193 Rdnr. 2; *Planck/Strecker*, BGB, 5. Aufl., § 1132 Anm. 1 b a. E.; *PWW/Waldner*, 4. Aufl., § 1132 Rdnr. 2; *Soergel/Konzen*, BGB, 13. Aufl., § 1132 Rdnr. 11; *Westermann*, Sachenrecht, 7. Aufl., § 108 II 2, S. 777; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2009, 377 f.; *Böhringer*, Rpfleger 2009, 124, 131; *ders.*, BWNotZ 2009, 61, 63; *Sommer*, RNotZ 2009, 578, 580; *Volmer*, MittBayNot 2009, 1, 2).

(1) Der Senat hat bereits entschieden, dass sich bei einem Gesamtpfandrecht die auf den betroffenen Grundstücken ruhenden Belastungen nicht lückenlos entsprechen müssen, sondern gewisse Abweichungen zulässig sind (BGHZ 80, 119, 124). So kann etwa der Grundschuld an den einzelnen Grundstücken ein unterschiedlicher Rang zukommen oder ein gesetzlicher Löschungsanspruch nach § 1179 a BGB nur für bestimmte Grundstücke bestehen (Senat, a. a. O., 124 f.). Auch der Umstand, dass lediglich für einige Grundstücke eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung nach § 800 ZPO stattgefunden hat, begegnet keinen rechtlichen Bedenken (vgl. BGHZ 26, 344 ff.).

(2) Das Erfordernis der Gleichartigkeit der Gesamtgrundschuld steht in diesen Fällen nicht entgegen. Es findet seinen Grund darin, dass bei einem Gesamtgrundpfandrecht für eine dingliche Schuld mehrere Grundstücke als Haftungsobjekte zur Verfügung stehen. Diese rechtliche Ausgestaltung ist für die betroffenen Grundstückseigentümer mit Risiken behaftet. Denn es besteht die Gefahr, dass nach der Bildung des Pfandrechts der Haftungszusammenhang, insbesondere durch (Teil-)Verfügungen des Gläubigers über die Grundschuld, aufgelöst wird und die auf den einzelnen Grundstücken ruhenden Belastungen fortan rechtlich getrennte Wege gehen.

Einer solchen Entwicklung, die letztlich zur Herausbildung von Einzelgrundschulden mit einem den Betrag des Gesamtgrundpfandrechts in der Summe übersteigenden Haftungsbetrag führen könnte, wird verfahrensrechtlich durch die Eintragung eines Mithaftvermerks nach § 48 GBO an jedem der belasteten Grundstücke begegnet. Materiellrechtlich dient vor allem die notwendige Gläubigeridentität (dazu *Staudinger/Wolfsteiner*, BGB, § 1132 Rdnr. 65; *Planck/Strecker*, § 1132 Anm. 1 b) dazu, die Existenz der Gesamtgrundschuld zu

sichern. Sonstige Abweichungen im Umfang oder Inhalt der Belastung werden dagegen durch den Grundsatz der Gleichartigkeit nicht von vornherein ausgeschlossen. Sie sind zulässig, wenn sie ohne Auswirkungen auf den rechtlichen Bestand der Gesamtgrundschuld bleiben und auch im Übrigen mit deren Wesen zu vereinbaren sind.

(3) Das ist für die Fälligkeit zu bejahen. Der Gläubiger der Grundschuld kann nach § 1132 Abs. 1 Satz 2 BGB (i. V. m. § 1192 Abs. 1 BGB) die Befriedigung seines Anspruchs nach Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zum Teil suchen. Greift er hierzu auf eines der haftenden Grundstücke zu, bleibt es ohne Bedeutung, wann die Grundschuld auf den anderen Grundstücken fällig ist oder (bei unterbliebener Inanspruchnahme) fällig wäre. Ein abweichender Zeitpunkt kann allenfalls dazu führen, dass – unter Umständen – die Grundschuld auf dem einen Grundstück früher zahlbar ist als auf einem anderen. Schutzwürdige Eigentümerinteressen werden hierdurch nicht betroffen.

Das gilt auch mit Blick auf einen möglichen Ausgleichsanspruch im Innenverhältnis der Eigentümer (a. A. AK-BGB/*Winter*, § 1132 Rdnr. 13). Denn ein solcher wird durch das Gesetz nicht geregelt (BGHZ 108, 179, 186; BGH, NJW-RR 1995, 589), sondern ergibt sich aus den im Einzelfall getroffenen schuldrechtlichen Vereinbarungen.

V.

1. Die beiden von dem Grundbuchamt erlassenen Zwischenverfügungen sind somit aufzuheben, und die Sache ist an dieses zur Entscheidung über den Eintragungsantrag zurückzugeben (BayObLG, NJW-RR 1991, 465; *Demharter*, GBO, 26. Aufl., § 77 Rdnr. 15). Was das Eintragungsverfahren der Beteiligten zu 1 und 2 anbelangt, wird das Grundbuchamt auch zu prüfen haben, ob den von der Grundschuldgläubigerin erklärten Pfandfreigaben die Wirkung eines Verzichts (§§ 1192 Abs. 1, 1168 BGB) auf die bestehenden Grundschulden zukommt oder ob insoweit – was aufgrund der in § 5 des notariellen Vertrages vom 7.5.2009 vorab erteilten Zustimmung zur Lastenfreistellung naheliegt – eine Aufhebung (§§ 1192 Abs. 1, 1183 BGB) anzunehmen ist. Mit Blick auf den Eintragungsantrag des Beteiligten zu 3 wird es zu erwägen haben, ob der (aus der Eintragungsbewilligung nicht ersichtliche) Umstand, dass für den neu belasteten Grundbesitz die gesetzliche Kündigungsfrist nach § 1193 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. Abs. 2 Satz 2 BGB gilt, durch einen Klarstellungsvermerk im Grundbuch zu kennzeichnen ist (vgl. *Meikel/Böhringer*, a. a. O., § 48 Rdnr. 106; *Böhringer*, Rpfleger 2009, 124, 131).

Anmerkung:

Es gibt Zweifelsfragen, die jahrzehntelang einen Dornröschenschlaf in Kommentaren und Lehrbüchern führen und plötzlich durch veränderte tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse praktische Relevanz gewinnen. Um eine solche geht es hier: Selbst die dienstältesten Kollegen werden sich nicht erinnern können, vor dem 20.8.2008 (Stichtag des Risikobegrenzungsgesetzes, Art. 229 § 18 Abs. 3 EGBGB) jemals eine Gesamtgrundschuld oder -hypothek beurkundet zu haben, deren Fälligkeit an den einzelnen Belastungsgegenständen verschieden geregelt war; die letzte veröffentlichte Entscheidung zu der Frage stammt aus dem Jahre 1911. Heute dagegen sind infolge der Neuregelung der Grundschuldfälligkeit in § 1193 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 2 BGB n. F. unterschiedliche Fälligkeiten bei der Pfanderstreckung von Grundschulden, die vor dem 20.8.2008 bestellt wurden, ein alltäglicher Fall: An dem bisherigen Pfandobjekt ist die Grundschuld nach den gängigen Grundschuldformularen in aller Regel sofort fällig, an dem pfandunterstellten Grundstück unterliegt sie der gesetzlichen Kündigungsfrist von sechs Monaten. Die Frage, ob in diesem Fall eine Pfandunterstellung ohne Inhaltsänderung des Grundpfandrechts möglich ist, wird seit Erscheinen der ersten Kommentare zum BGB diskutiert. Das KG (KGJ 40, 299) hat sie für die Hypothek verneint, ebenso das LG Berlin in einer Entscheidung, in der § 1132 BGB erstaunlicherweise kein einziges Mal zitiert wird, also mehr aus Intuition, für die Grundschuld (NJW 2009, 1680). Der BGH bejaht sie in der vorstehenden Entscheidung in Übereinstimmung mit dem vorlegenden OLG München: Unterschiedliche Fälligkeitszeitpunkte einer Gesamtgrundschuld an den mehreren Pfandobjekten seien ohne weiteres möglich.

1. Verfahrensrechtliches

Der BGH wollte die ihm angefallene Frage unbedingt sachlich entscheiden. Wäre dem nicht so gewesen, hätte es zwei Möglichkeiten gegeben, der Beantwortung auszuweichen. Zwar musste der BGH nach seiner ständigen Rechtsprechung die Zulässigkeit der Vorlage ohne Rücksicht auf die Entscheidungserheblichkeit aus seiner Sicht bejahen, aber nicht unbedingt die vorgelegte Frage beantworten. So hat sich das Gericht etwa, als über die Zuständigkeit von Vormundschafts- oder Familiengericht zu entscheiden war, mit der Feststellung aus der Affäre gezogen, dass seiner Meinung nach gar keine Genehmigung erforderlich sei und deshalb keines der beiden Gerichte zuständig sei (MittBayNot 2005, 408). Vor allem aber ist die Begründung recht mager, wenn es darum geht zu belegen, warum die Frage für Hypothek und Grundschuld gleich entschieden werden muss. Immerhin geht es bei der Hypothek ja nicht nur um das dingliche Recht, sondern auch um die Forderung. Und wenn das KG in KGJ 40, 299, 300 feststellt, eine Forderung könne nicht nach dem Inhalt des einen Grundbuchblatts ab 1911 kündbar (und auch bei Verzug mit der Zinszahlung nur nach vorheriger Kündigung) und nach dem Inhalt des anderen Grundbuchblatts ab 1914 kündbar (bei Verzug mit der Zinszahlung aber sofort fällig) sein, ist darauf schwer etwas zu entgegnen. Anders als bei den weithin als unproblematisch anerkannten Fällen unterschiedlicher Zinshöhe, unterschiedlichen Rangs, Vorliegens und Nichtvorliegens von Zwangsvollstreckungsunterwerfung und Löschungsanspruch nach § 1179 a BGB handelt es bei der Fälligkeit nicht um den Umfang der grundpfandrechtlichen Sicherung, sondern bei der Hypothek von vorherein um die Ausgestaltung der gesicherten Forderung und damit des dinglichen Rechts, und die kann nicht in sich widersprüchlich sein. Bei der Grundschuld spielt dieser Gesichtspunkt aber keine Rolle. Das OLG München hätte deshalb durchaus wie gewünscht entscheiden können, ohne den BGH anzurufen.

2. Pfandtausch und Pfandunterstellung

Weil der BGH aber gerade in Entscheidungslaune war, hat er gleich noch ein obiter dictum als zweiten Leitsatz hinzugefügt: Werde durch gleichzeitige Pfandfreigabe und Pfandunterstellung der Belastungsgegenstand vollständig ausgewechselt, so entstehe nicht, auch nicht für eine juristische Sekunde, eine Gesamtgrundschuld; vielmehr handle es sich bei diesem Pfandtausch um einen einheitlichen Vorgang. Das ist richtig, es hat aber doch niemand das Gegenteil behauptet, auch nicht das LG oder der Urkundsnotar; die angezogene Fundstelle *Staudinger/Wolfsteiner,* 2009, Einl. §§ 1113 ff. Rdnr. 178 nennt keine Gegenstimmen, es besteht hierüber Einigkeit.

Nur leider: Es ist nicht unser Fall, wie ein Blick auf die Zahlen zeigt. Es handelte sich zwar um einen Garagentausch; da die eine der beiden von der Änderung betroffenen Grundschulden aber ausweislich der Entscheidungsgründe 100.000 € betrug, liegt nahe, dass diese Grundschuld nicht nur an einer Garage, sondern auch an der zugehörigen Wohnung lastete, also schon immer Gesamtgrundschuld war. Mit der Begründung, es habe gar keine Pfandunterstellung, sondern lediglich ein Pfandtausch vorgelegen, hätte sich also die Zuständigkeit des Gerichts für die Divergenzentscheidung nicht verneinen lassen.

3. Unterschiedliche Fälligkeitsbestimmungen bei der Grundschuld

Die Antwort auf die Vorlagefrage selbst fällt recht kurz aus (Tz. 24–28) und entspricht der herrschenden Meinung, deren Gewicht noch größer wird, wenn man das Alter der Belege gewichtet und berücksichtigt, dass diejenigen, die bisher die Gegenmeinung vertraten, ohne eigene Argumente durchweg nur auf KGJ 40, 299 Bezug nehmen. Dagegen, dass eine Pfanderstreckung nur möglich sei, wenn für das zu erstreckende Recht eine einheitliche Kündigungsfrist nach neuem Recht vereinbart werde, spricht – wie die besprochene Entscheidung zutreffend feststellt (Tz. 21) – schon die Unvereinbarkeit mit dem vom Gesetzgeber des Risikobegrenzungsgesetzes gewollten Vertrauensschutz für „Altgrundschulden", der illusorisch wäre, wenn sie nicht mehr pfanderstreckt werden könnten. Vor allem hat aber das tragende Argument der Entscheidung des KG in KGJ 40, 299 – wie gezeigt – für Hypotheken durchaus Gewicht, lässt sich aber auf die Grundschuld nicht übertragen. Es ist deshalb überzeugend, wenn der BGH unterschiedliche Fälligkeitsbestimmungen an einzelnen Pfandobjekten bei der Gesamtgrundschuld in eine Reihe mit den anderen, bei der Gesamtgrundschuld als zulässig anerkannten Unterschieden im Inhalt des dinglichen Rechts stellt und ebenfalls für zulässig hält: Hat ein Gläubiger eine derartige Gesamtgrundschuld, die am Pfandobjekt A sofort, am Pfandobjekt B erst nach sechsmonatiger Kündigung fällig ist, kann er wählen, ob er sofort in das Pfandobjekt A vollstreckt oder die Kündigungsfrist abwartet, um beide Pfandobjekte zusammen versteigern lassen zu können, und auch gegen eine sofortige Vollstreckung in das Pfandobjekt A und eine spätere in das Pfandobjekt B nach Ablauf der insoweit bestehenden Kündigungsfrist bestehen keine rechtlichen Bedenken. Ich glaube deshalb, dass die noch abweichenden Stimmen – ähnlich wie bei der Entscheidung zur Eintragungsfähigkeit des Basiszinssatzes (BGH, MittBayNot 2006, 501), aber im Gegensatz zu anderen heftig umstrittenen Entscheidungen aus neuerer Zeit (vgl. etwa BGH, NJW 2006, 1286 zur insolvenzrechtlichen Rückschlagsperre bei der Zwangshypothek; NJW 2006, 3356 zum Anspruch des Hypothekengläubigers auf die mithaftenden Mietforderungen in der Insolvenz) – bald der Auffassung des BGH folgen werden.

Das Gericht hätte es übrigens bei der Antwort auf die Vorlagefrage bewenden lassen sollen. Die weiteren Ausführungen überzeugen nämlich nicht recht. Ich rätsle beispielsweise immer noch, wie sich die vom BGH in Tz. 26 beschworene „Gefahr" realisieren soll, „dass nach der Bildung des [Gesamt-] Pfandrechts (…) die auf den einzelnen Grundstücken ruhenden Belastungen fortan rechtlich getrennte Wege gehen". Das könnte allenfalls geschehen, wenn der Gläubiger versuchen sollte, die Gesamtgrundschuld an dem einen Grundstück an den Zessionar X und an dem anderen Grundstück an den Zessionar Y abzutreten, was aber nur bei ordnungswidrig fehlender Eintragung des Mithaftvermerks erfolgreich sein kann. Ist der Mithaftvermerk hingegen eingetragen, würde der etwa gestellte Antrag auf Eintragung der Abtretung der Grundschuld nur auf einem Grundbuchblatt zurückgewiesen werden (LG Berlin, Rpfleger 2008, 359). Zwar kann die einheitliche Belastung der einzelnen Grundstücke durch die in §§ 1172–1175 BGB genannten Vorgänge enden; eine Gefahr für den Eigentümer ist damit aber in keinem Fall verbunden.

Schwer nachvollziehbar ist auch die Aufforderung an das Grundbuchamt in Tz. 29, wonach dieses prüfen solle, ob den mit der Pfanderstreckung korrespondierenden Pfandfreigaben „die Wirkung eines Verzichts (…) zukommt oder ob insoweit (…) eine Aufhebung (§§ 1192 Abs. 1, 1183) anzunehmen ist". Ich wüsste offen gestanden nicht, warum ich das als Grundbuchrechtspfleger prüfen sollte: Wegen § 1175 Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Verzicht auf die Gesamtgrundschuld an einem von mehreren belasteten Grundstücken die gleiche Wirkung wie ihre Aufhebung: Die Grundschuld erlischt an diesem Grundstück, und die Eintragung lautet in beiden Fällen „Hier gelöscht".

Notar Dr. *Wolfram Waldner*, Bayreuth

---

5. GBO §§ 20, 29 Abs. 1 (*Nachweisanforderungen bei Grundstückserwerb durch eine bestehende GbR*)

1. **Im Anwendungsbereich des § 20 GBO müssen Existenz und Identität der erwerbenden GbR sowie die Vertretungsberechtigung der für sie handelnden Personen in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden.**
2. **Eine Erklärung der Beteiligten in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde über die Rechtsverhältnisse der GbR ist hierfür selbst dann nicht ausreichend, wenn sie durch eidesstattliche Versicherung untermauert wird (Bestätigung von OLG München, NZG 2010, 1065). (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG München, Beschluss vom 17.8.2010, 34 W 98/10; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Mit notariellem Vertrag vom 8.3.2010 verkaufte der Beteiligte zu 1 ein Grundstück an die Beteiligte zu 2, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) namens „ABC Grundbesitz GbR", bestehend aus deren Gesellschaftern, den Beteiligten zu 3 bis 7. Die Auflassung wurde erklärt. Die Beteiligten zu 3 bis 7 versicherten, dass sie allein und ausschließlich unverändert die einzigen Gesellschafter der Beteiligten zu 2 seien. Sie verwiesen auf den sich bei den Grundakten des AG befindlichen notariellen Gesellschaftsvertrag vom 22.2.2002 und einen zur Urkunde desselben Notars vom 28.2.2008 geschlossenen Veräußerungsvertrag über Gesellschaftsanteile. Auch dieser Vertrag sei bereits zu den Grundakten eingereicht worden. Die Beteiligten zu 3 bis 7 versicherten zudem, weitere Änderungen im Gesellschafterbestand hätten nicht stattgefunden. Die vorgenannte GbR sei u. a. eingetragene Eigentümerin von Grundbesitz in derselben Gemarkung. Zur Sicherung des Übereignungsanspruchs bewilligte der Beteiligte zu 1 die Eintragung einer Eigentumsvormerkung, die am 12.4.2010 eingetragen wurde. Unter dem 27.5.2010 wurde die Eintragungsbewilligung erklärt und u. a. die Eintragung der Beteiligten zu 2 (GbR) als Eigentümerin beantragt. Mit Beschluss vom 15.6.2010 hat das Grundbuchamt die Eintragungsanträge zurückgewiesen. Es hat ausgeführt, dass es zu prüfen habe, ob die erwerbende GbR wirksam vertreten worden sei. Der Vertretungsnachweis müsse in der Form des § 29 GBO geführt werden. Dazu könne nicht auf den Grundbuchinhalt Bezug genommen werden, wonach diese Gesellschaft bereits als Eigentümerin von Grundbesitz eingetragen sei; denn § 899 a BGB gelte ausdrücklich nur in Ansehung des jeweils eingetragenen Rechts. Auch etwa bestehende Gesellschaftsverträge seien als Nachweis ungeeignet, da sie jederzeit formfrei sowohl hinsichtlich des Gesellschafterbestands als auch hinsichtlich anderer Regelungen geändert werden könnten. Der Nachweis, dass ein Gesellschafterwechsel und/oder eine Vertragsänderung stattgefunden

hätten, sei in der Form des § 29 GBO nicht möglich. Eine eidesstattliche Versicherung über das Nichtvorliegen weiterer Änderungen komme nicht in Betracht, da das Grundbuchamt mangels entsprechender gesetzlicher Vorschriften nicht zur Abnahme befugt und die Versicherung daher rechtlich wertlos sei. Der Antrag sei daher sogleich zurückzuweisen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Vertragsbeteiligten. Sie wird damit begründet, dass die Gesellschaft ausschließlich aus den Eltern und deren drei Kindern bestehe, über diversen weiteren Grundbesitz im Bereich des Grundbuchamts verfüge, als Steuersubjekt beim Finanzamt geführt werde und somit als Gesellschaft nachweislich existent, klar identifiziert und durch alle Gesellschafter persönlich oder aufgrund Vollmacht vertreten sei. Im Kaufvertrag werde versichert, dass die auf Erwerberseite beteiligten Personen allein und ausschließlich unverändert die einzigen Gesellschafter seien. Es handele sich bei der Beteiligten zu 2 um eine auf Bestand angelegte besitzende Familiengesellschaft, bei der häufige Gesellschafterwechsel nicht die Regel seien. Dem Grundbuchamt seien keine Tatsachen bekannt, welche die Unrichtigkeit der abgegebenen Versicherung zweifelsfrei ergäben. Sämtliche Gesellschafter seien bei Beurkundung zugegen bzw. vertreten gewesen. Hätte das Grundbuchamt Zweifel an der Identität gehabt, hätte es auch bereits die Auflassungsvormerkung nicht eintragen dürfen. Der BGH habe in seinem Beschluss vom 4.12.2008 (NJW 2009, 594 = MittBayNot 2009, 225) zum Ausdruck gebracht, dass die Verkehrsfähigkeit der GbR stets vorrangig sei. Mit dem Gesetz vom 11.8.2009 (ERVGBG; BGBl 2009 I, S. 2713) habe der Gesetzgeber das Ziel verfolgt, die GbR nicht als „res extra commercium“ zu stellen, sondern die Handlungsfähigkeit und Verfügbarkeit sicherzustellen. Das Grundbuchamt habe diesen Willen des Gesetzgebers entsprechend umzusetzen. Die GbR müsse deshalb auch die Eintragungsvoraussetzungen für den Vollzug des Kaufvertrags, nämlich den Erwerb von Grundeigentum, erfüllen können. Bei Gesellschaften, für die ein Nachweis durch öffentliche Urkunden mangels Registerfähigkeit nicht zur Verfügung stehe, müsse die einmal formgerecht nachgewiesene Vertretungsberechtigung und der ursprünglich gegebene und urkundlich belegte Gesellschafterbestand solange als Nachweis ausreichen, bis konkrete Zweifel an deren Fortbestand bestünden. Die beim Erwerb von zusätzlichem Grundbesitz denkbare Begründung einer neuen eigenständigen GbR sei hier gerade nicht gewollt. § 29 GBO sei hinsichtlich des Nachweisniveaus sachgerecht auszulegen. Die Versicherung der Handelnden diene zur Verstärkung der vorgetragenen Tatsachen und sei ausreichend. Ein die Erklärungen der Erwerber stützendes Element sei darüber hinaus der Antrag auf Buchung des erworbenen Grundbesitzes bei bereits im Eigentum der GbR stehendem Grundbesitz; dies trage dem einheitlichen Gedanken dieser Familien-GbR Rechnung.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

Die ausdrücklich namens aller Vertragsbeteiligten notariell eingelegte Beschwerde (§ 71 Abs. 1, § 73 i. V. m. § 15 Abs. 2 GBO) erweist sich als unbegründet. Die Auflassung an die Beteiligte zu 2 ist nicht eintragungsfähig.

1. Existenz und Vertretungsverhältnisse der GbR ergeben sich nicht bereits aus der (einseitig bewilligten) Eintragung der Eigentumsvormerkung (vgl. OLG Schleswig, Rpfleger 2010, 320). § 899 a BGB, der auch für Eintragungen vor dem 18.8.2009 gilt (Art. 229 § 21 EGBGB; vgl. Senat vom 18.8.2009, 34 Wx 47/09 = MittBayNot 2009, 466; Senat vom 26.8.2009, 34 Wx 54/09 = MittBayNot 2010, 126 m. Anm. *Ruhwinkel*), erlaubt die Vermutung (nur) in Ansehung des eingetragenen Rechts, d. h. für Rechtshandlungen mit unmittelbarem Bezug auf den Eintragungsgegenstand (*Palandt/Bassenge*, 69. Aufl., § 899 a Rdnr. 5, 7), also das jeweils verzeichnete Grundstücksrecht (*Miras*, DStR 2010, 604, 607). Der Gesetzgeber hat nämlich bewusst davon abgesehen, dem Grundbuch die Funktion eines allgemeinen Gesellschaftsregisters zukommen zu lassen (vgl. BT-Drucks. 16/13473, S. 30).

2. Nachgewiesen werden können die Existenz – die hier nicht in Frage steht –, die Identität sowie die Vertretungsberechtigung einer GbR durch den Abschluss eines (notariellen) Gesellschaftsvertrags in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Grundstücksgeschäft (vgl. *Böttcher*, ZNotP 2010, 173, 176; auch *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 183). Eine Gesellschaftsgründung anlässlich des gegenständlichen Grundstücksgeschäfts hat nach dem erklärten Willen der Beteiligten nicht, auch nicht konkludent, stattgefunden. Belegt ist indes, dass die Beteiligten zu 3 und 4 zu notarieller Urkunde vom 22.2.2002 ihre Kinder, die Beteiligten zu 5 bis 7, in eine damals schon aufgrund privatschriftlicher Vereinbarung bestehende GbR aufgenommen und zu notarieller Urkunde vom 28.2.2008 an diese weitere Anteile übertragen und abgetreten haben. Dem Grundbuchamt liegen die maßgeblichen notariellen Urkunden vor, die auch der Senat eingesehen hat.

3. Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 20.7.2010 (34 Wx 63/10 = ZIP 2010, 1496 = NZG 2010, 1065) daran festgehalten, dass im Anwendungsbereich des § 20 GBO die Identität der Gesellschaft mit einer bestehenden Gesellschaft sowie die Vertretungsberechtigung der für sie handelnden Personen in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden müssen. Er hat dort u. a. ausgeführt:

Nach § 29 Abs. 1 GBO soll eine Grundbucheintragung nur vorgenommen werden, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen – dazu zählt im Falle der Veräußerung insbesondere die Einigung nach § 20 GBO – durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Die Vorschrift konkretisiert das grundbuchverfahrensrechtliche Legalitätsprinzip. Dieses und damit auch gerade § 29 GBO soll den Grundbuchinhalt nach Möglichkeit mit der wirklichen Rechtslage in Einklang halten und die dem Grundbuchsystem immanente Gefahr eines Rechtsverlusts des sachlich Berechtigten durch einen redlichen Erwerb seitens eines Dritten aufgrund des von unrichtigen Grundbucheinträgen ausgehenden Rechtsscheins minimieren (*Knothe* in Bauer/v. Oefele, GBO, 2. Aufl., § 29 Rdnr. 1 m. w. N.; siehe auch BayObLGZ 1967, 13, 17; 1988, 148, 150 f.). Die Bestimmung ist zwar ihrer Fassung nach nur eine Ordnungsvorschrift (BGH, DNotZ 1963, 313; *Knothe* in Bauer/v. Oefele, § 29 Rdnr. 5). Es steht jedoch nicht im Belieben des Grundbuchamts, ob die Formvorschrift bei Eintragungen eingehalten wird oder nicht. Vielmehr hat dieses stets die Beachtung der in § 29 GBO verlangten Förmlichkeiten durchzusetzen (vgl. z. B. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 153).

Im Erwerbsfall sind dem Grundbuchamt nicht nur die Existenz der erwerbenden GbR, sondern auch die Identität einer früher gegründeten GbR mit der erwerbenden GbR und ihre aus dem Gesellschafterbestand folgenden Vertretungsverhältnisse im Zeitpunkt des Vertreterhandelns in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO nachzuweisen (*Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 177 ff. m. w. N.; auch *Lautner*, MittBayNot 2010, 286, 289; a. A. *Weimer*, NotBZ 2010, 31). Daran ändert die mangelnde Registerpublizität der GbR nichts. Auch das ERVGBG (BGBl 2009 I, S. 2713) lässt die allgemeinen Grundsätze des Grundbuchverfahrens unberührt (vgl. *Lautner*, MittBayNot 2010, 286, 291).

4. Ein derartiger Nachweis fehlt hier. Das Grundbuchamt hat deshalb den Antrag zu Recht zurückgewiesen. Eine Möglichkeit, den Nachweis in grundbuchgerechter Form zu erbringen – was eine Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO erlaubt hätte –, ist nicht erkennbar. Insbesondere eignet sich dazu nicht eine Erklärung von Beteiligten über die Rechtsverhältnisse der GbR, selbst wenn sie ggf. untermauert wird durch eidesstattliche Versicherung (vgl. KG, FGPrax 2009, 55; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 181 f.). Es ist nicht ersichtlich, wie mit den grundbuchrechtlich zugelassenen

Mitteln nachzuweisen sein könnte, dass der Gesellschafterbestand und damit auch die Vertretungsbefugnis der handelnden Personen seit Gründung der GbR bzw. seit der jüngsten Änderung des Gesellschaftsvertrags so wie bisher fortbestehen. Auch die Beteiligten zeigen einen derartigen mit § 29 GBO in Einklang zu bringenden Weg nicht auf. In dem bereits zitierten Beschluss vom 20.7.2010 ist dazu ausgeführt:

Der Senat folgt nicht der Ansicht des OLG Saarbrücken (ZfIR 2010, 329 m. zust. Anm. *Zimmer*), dass die tatsächliche Erklärung von Beteiligten bereits einen ausreichenden Nachweis dafür darstelle, eine GbR mit dem konkret bezeichneten Gesellschafterbestand sei (…) in dieser Form auch gegenwärtig noch fortbestehend. Die Beweiskraft der notariellen Urkunde umfasst nicht die inhaltliche Richtigkeit der Erklärung (KG, FGPrax 2009, 55, 56). Es steht nicht fest, dass die Bestätigungserklärung tatsächlich von den aktuell vertretungsberechtigten Gesellschaftern stammt. Die zur Vollmachtbestätigung entwickelten Grundsätze (BGHZ 29, 366) können nicht herangezogen werden, denn diese setzen gerade voraus, dass die aktuellen Rechtsverhältnisse der GbR und ihrer Gesellschafter bekannt und belegt sind. Insoweit bewegt sich die Argumentation im Kreis (vgl. *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 182 unter D II. 2. e; auch *Lautner*, MittBayNot 2010, 286, 289; a. A. wohl *Ruhwinkel*, DNotZ 2010, 304, 308; *Böttcher*, ZNotP 2010, 173, 176 f.). Dass (die) Identität der Gesellschaft sowie die Vertretungsberechtigung der für die Gesellschaft handelnden Personen im Anwendungsbereich des § 20 GBO in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden müssen, ist demnach auch die überwiegende Ansicht in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. OLG Schleswig, Rpfleger 2010, 320; KG vom 23.3.2010, 1 W 88 + 116 – 127/10; OLG Nürnberg, ZIP 2010, 1344, dort allerdings abweichend zu den Nachweismöglichkeiten). Der BGH hat in seinem Beschluss vom 4.12.2008 (BGHZ 179, 102) die Nachweisfrage, namentlich beim Grundstückserwerbsgeschäft der GbR, nicht vertieft.

Für die dort in Rede stehende Eintragung einer Zwangssicherungshypothek hat er indes ausdrücklich auch auf die einschlägige Formvorschrift des § 29 GBO hingewiesen. Den dortigen Ausführungen (S. 114, unter Rdnr. 24/25) entnimmt der Senat, dass bloße Erklärungen von Beteiligten, mögen sie auch zu notarieller Urkunde abgegeben worden sein, nicht den maßgeblichen Nachweis weder als Geständniserklärung für die Existenz und Identität noch als Nachweis für die Vertretung (vgl. *Lautner*, MittBayNot 2010, 286, 289) erbringen.

Der vom BGH in derselben Entscheidung hervorgehobene Grundsatz der dienenden Funktion des Grundbuchrechts im Verhältnis zum materiellen Recht (Rdnr. 13) kann nach Ansicht des Senats nicht gesetzlich verankerte grundbuchrechtliche Prinzipien außer Kraft setzen. Zum einen erschöpft sich das Grundbuchrecht nicht darin, die Buchbarkeit von Eigentum sicherzustellen und damit die materielle Rechtslage abzubilden. Das Grundbuch hat darüber hinaus rechtssichernde Funktion (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 2; *Sefrin*, MittBayNot 2010, 268, 271 m. w. N.). Von der Formstrenge des § 29 GBO sind zwar – seit jeher – Ausnahmen anerkannt, zu der neben Offenkundigkeit *(Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 29 Rdnr. 60) auch die Möglichkeit der freien Beweiswürdigung durch das Grundbuchamt gehört (*Demharter*, § 29 Rdnr. 63). Derartige Fälle erleichterter Beweisführung betreffen aber tatbestandlich umrissene, zahlenmäßig verhältnismäßig seltene Vorgänge, die bei verständiger Anwendung den Zweck des § 29 GBO, die Eintragung auf sichere Unterlagen zu gründen, nicht gefährden. Von der Formstrenge kann hingegen für Auflassungen (§ 20 GBO) an die erst von der Rechtsprechung als (teil-)rechtsfähig erkannte GbR als im Rechtsleben häufig vorkommende Grundform personenrechtlicher Zusammenschlüsse nicht abgesehen werden. Dies gilt umso mehr, als etwa §§ 32, 33 GBO ausdrücklich regeln, in welcher Form andere natürliche Personen und Gesellschaften erleichterte Grundbuchnachweise erbringen können und damit der sonst grundsätzlich notwendige Nachweis in der Form des § 29 GBO abgeschwächt wird (*Schaub* in Bauer/v. Oefele, § 32 Rdnr. 66, § 33 Rdnr. 57 ff.). Die Regelungen in §§ 32, 33 GBO sowie ähnlich in §§ 35, 36 GBO (Nachweis der Erbfolge u. a.) belegen trotz der damit verbundenen Lockerung in der Beweisführung den grundsätzlich hohen Stellenwert, der dem formellen Nachweisprinzip des § 29 GBO beizumessen ist und der deshalb grundsätzlich nur in gesetzlich geregelten Einzelfällen gelockert werden darf, etwa wenn andere registerrechtliche Systeme zur Verfügung stehen, die aus der Sicht des Gesetzgebers eine Verkürzung der sonst notwendigen materiellrechtlichen Prüfung durch das Grundbuchamt erlauben und die verfahrensrechtliche Beibringungslast der Beteiligten erleichtern (*Meikel/Roth*, GBO, 10. Aufl., § 32 Rdnr. 5; *Hügel/Holzer*, GBO § 32 Rdnr. 7, 8).

5. Hieran hält der Senat weiter fest. Ergänzend ist noch auszuführen:

a) Mit dem an sich zum grundbuchtauglichen Nachweis geeigneten Gesellschaftsvertrag vom 22.2.2002 kann zum jetzigen Zeitpunkt der Nachweis der Vertretung nicht mehr geführt werden, auch wenn keine konkreten Zweifel am Fortbestand ersichtlich sind. Vom Fortbestand auszugehen ist bei der Vollmacht gerechtfertigt (vgl. *Demharter*, § 19 Rdnr. 80 m. w. N.), weil sie gerade zu dem Zweck erteilt wird, dem Grundbuchamt gegenüber die Vertretungsberechtigung nachzuweisen. Ihr Fortbestand kann in der Regel auch aufgrund des durch die Urkunde erzeugten Rechtsscheins (vgl. § 172 BGB) vermutet werden. Anders ist dies aber beim – notariell beurkundeten – Gesellschaftsvertrag, selbst wenn die an sich nicht erforderliche notarielle Beurkundung auch im Hinblick auf Immobiliengeschäfte vorgenommen wurde. Der ursprüngliche Vertrag behält nach dem Wechsel von Gesellschaftern und Änderungen von einzelnen Vertragsklauseln weiterhin seine Bedeutung und kann vorgelegt werden. Es lässt sich nie ausschließen, dass weitere – nicht nur von demselben Notar beurkundete – Änderungen stattgefunden haben. Die Klausel im Gesellschaftsvertrag vom 22.2.2002 unter Abschnitt III.13 verhindert solches nicht. Gerade weil hier auf der Erwerberseite eine identifizierbare GbR handelt, die als solche Rechtsträgerin ist, besteht die Gefahr, dass durch die Eintragung der für sie handelnden Personen nach § 47 Abs. 2 GBO das Grundbuch unrichtig wird.

b) In diesem Zusammenhang kann es auch keine Rolle spielen, dass es sich bei der Bewerberin um eine auf Bestand angelegte Familiengesellschaft handelt. Zwischen solchen und eher auf Wechsel angelegten Gesellschaften mit Immobilienbestand ist nicht zuverlässig abzugrenzen, wie es auch kein sicheres Kriterium bildet, ob die Gesellschaft in ihrer Zusammensetzung familiär oder anonym geprägt ist.

c) Dadurch, dass der Erwerb von Grundbesitz durch eine schon bestehende GbR bis zu einer Änderung des geltenden Rechts nicht möglich ist, wird die GbR auch nicht zur „res extra commercium“. Grundsätzlich kann im Übrigen die bereits bestehende GbR – falls deren Gesellschafter eingetragen sind – über ihren Grundbesitz verfügen, so dass es auch nicht zu einer faktischen Grundbuchblockade kommt.

6. Da die Eintragung der Beteiligten zu 2 als Eigentümerin derzeit nicht erfolgen kann, sind auch die damit verbundenen

Anträge auf Löschung der Eigentumsvormerkung und Buchung in einem bestimmten Grundbuchblatt zurückzuweisen.

(…)

---

6. GBO § 22; BGB §§ 705, 719, 727, 730 (*Fortbestand einer nach dem Tod eines Gesellschafters aufgelösten GbR als Liquidationsgesellschaft*)

Auch wenn eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach dem Tode eines Gesellschafters aufgelöst wird, besteht sie als Liquidationsgesellschaft fort. Der Erbe oder dessen Rechtsnachfolger kann daher im Wege der Grundbuchberichtigung als Gesellschafter eingetragen werden.

OLG München, Beschluss vom 7.9.2010, 34 Wx 100/10; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Die Beteiligte zu 1 ist Gesellschafterin einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Neben der Beteiligten zu 3 war Gesellschafter der am 22.7.1998 verstorbene Ehemann der Beteiligten zu 1, dessen Alleinerbin laut Erbschein vom 12.11.1998 die Beteiligte zu 1 ist. Alle drei Personen sind „als Gesellschafter bürgerlichen Rechts" im Grundbuch als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen. Der Beteiligten zu 1 gehört ferner als Miteigentümerin zu $^3/_4$ ein weiteres Grundstück. Dem Grundbuchamt liegt der privatschriftliche Gesellschaftsvertrag der am 15.2.1956 ursprünglich als OHG gegründeten GbR vor. Der Gesellschaftsvertrag enthält keine Nachfolgeregelung für den Fall, dass der Ehemann der Beteiligten zu 1 verstirbt.

Mit notariellem Vertrag vom 23.12.2004 überließ die Beteiligte zu 1 u. a. der Beteiligten zu 2 ihren Gesellschaftsanteil von „intern 75%" an der GbR und trat diesen an die Erwerberin ab. Die Beteiligte zu 1 und die Beteiligte zu 3 bewilligten die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der neuen Berechtigten. Die Mitgesellschafterin stimmte der Abtretung des Gesellschaftsanteils überdies in öffentlich beglaubigter Form zu. Die Beteiligte zu 1 veräußerte außerdem ihren Miteigentumsanteil an dem weiteren Grundstück an die Beteiligte zu 2. Dazu sind Auflassung und Bewilligung erklärt; der Eintragungsantrag ist gestellt. Am 4./7.12.2009 schlossen die Beteiligte zu 2 und die weitere Gesellschafterin ungeachtet des Vorliegens eines Auflösungsgrundes eine Vereinbarung über die Fortsetzung der Gesellschaft. Sie bewilligten und beantragten, die Fortsetzung der Gesellschaft im Grundbuch zu vermerken.

Den Vollzugsantrag vom 21.12.2009, das Grundbuch hinsichtlich des Gesellschaftsanteils zu berichtigen sowie die Beteiligte zu 2 als Miteigentümerin einzutragen, hat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 28.12.2009 zurückgewiesen. Es hat dies damit begründet, dass die GbR mit dem Tod des Ehemannes der Beteiligten zu 1 beendet sei, da der Gesellschaftsvertrag für den Fall des Ablebens keine Regelungen enthalte. Damit sei die Übertragung des Gesellschaftsanteils auf die Beteiligte zu 2 unwirksam. Die Fortsetzungsvereinbarung sei ohne Rechtswirkungen, da dies an der Auflösung der Gesellschaft nichts ändere. Es bedürfe vielmehr einer vertraglichen Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens gemäß § 730 Abs. 1 BGB unter Mitwirkung der bisherigen Gesellschafterin – der Beteiligten zu 1 – bei anschließender oder möglicherweise gleichzeitiger Neugründung der GbR. Da der genannte Mangel nicht heilbar sei, sei von einer Zwischenverfügung abzusehen und der Antrag sofort zurückzuweisen. Die Zurückweisung erstrecke sich auch auf die Überlassung des Miteigentumsanteils, weil die Urkunde einen Teilvollzug weder vorsehe noch dieser beantragt sei.

Hiergegen wendet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2. Diese wird damit begründet, dass auch dann, wenn nach dem Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft aufgelöst sei, von den verbleibenden Gesellschaftern deren Fortsetzung beschlossen werden könne.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

Die zulässige (§ 71 Abs. 1, § 73 i. V. m. § 15 Abs. 2 GBO) Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

1. Soweit die Eintragung der Beteiligten zu 2 als Gesellschafterin der GbR beantragt wird, handelt es sich um einen Berichtigungsantrag gemäß § 22 Abs. 1 GBO. Erforderlich ist dazu entweder der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs (vgl. *Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 22 Rdnr. 28) oder Berichtigungsbewilligungen aller in Frage kommender Berechtigter und die Zustimmung des neuen Gesellschafters (§ 22 Abs. 2 GBO) je in der Form des § 29 Abs. 1 GBO (*Böhringer*, Rpfleger 2009, 537, 541; DNotI-Rep. 2010, 145, 146).

a) War die Übertragung des Gesellschaftsanteils wirksam und konnte die Beteiligte zu 1 über diesen verfügen, so ist nunmehr das Grundbuch als unrichtig anzusehen. Im Grundbuch sind die ursprünglichen Gesellschafter der als Grundstückseigentümerin ausgewiesenen GbR eingetragen. Da gemäß § 47 Abs. 2 GBO auch die Gesellschafter im Grundbuch einzutragen sind und die für den Berechtigten geltenden Vorschriften für diese entsprechend gelten, dies auch für Eintragungen aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Änderungsgesetzes gilt (Art. 229 § 21 EGBGB, vgl. *Demharter* § 47 Rdnr. 34), ist das Grundbuch als unrichtig anzusehen, wenn die falschen oder Gesellschafter eingetragen sind, die diese Rechtsstellung nicht mehr innehaben (vgl. *Demharter*, § 47 Rdnr. 30, 38 a. E.; *Böhringer*, Rpfleger 2009, 537, 541; *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 663 ff.; *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 421, 425; DNotI-Rep. 2010, 145, 146).

(1) Nach dem Grundsatz des § 727 Abs. 1 BGB wird die Gesellschaft nach dem Tode eines Gesellschafters aufgelöst. Verbleibt es mangels abweichender Regelungen im Gesellschaftsvertrag hierbei, so besteht sie jedoch als identische Wirkungseinheit in Form der Liquidationsgesellschaft fort (*Staudinger/Habermeier*, 2002, § 730 Rdnr. 9). Dies ist im notariellen Vertrag vom 23.12.2004 dargelegt, indem dort ausgeführt wird, die Gesellschaft sei mit dem Tod des Ehemanns der Beteiligten zu 1 zwar aufgelöst, aber deren Auseinandersetzung bislang gescheitert. Anhaltspunkte, dass dies unzutreffend sein könnte, haben weder das Grundbuchamt noch der Senat.

Anstelle des verstorbenen Gesellschafters ist dessen Erbin Mitglied der Liquidationsgesellschaft geworden (vgl. BayObLGZ 1991, 301, 303; MünchKommBGB/*Ulmer/Schäfer*, 5. Aufl., § 727 Rdnr. 13). Auch wenn sich mit der Auflösung der Gesellschaftszweck und der rechtliche Status der Gesellschafter änderten, blieben doch Mitgliederbestand, Gesellschaftsvermögen und Rechtsfähigkeit von der Auflösung unberührt (vgl. *Staudinger/Habermeier*, § 730 Rdnr. 9).

(2) Das ehemalige BayObLG (BayObLGZ 1991, 301, 304) hat bei Berichtigung des durch den Tod des eingetragenen Gesellschafters unrichtig gewordenen Grundbuchs im Hinblick auf die in Betracht kommenden verschiedenen gesellschaftsvertraglichen Gestaltungen die Vorlage des Gesellschaftsvertrages – auch in nicht der Form des § 29 GBO genügender Weise – für notwendig gehalten. Der schriftlich abgefasste Gesellschaftsvertrag befindet sich bereits bei den Grundakten und enthält hinsichtlich des Todes des Ehemannes der Beteiligten zu 1 keine Abweichung gegenüber der gesetzlichen Lage (§ 727 Abs. 1 BGB), so dass die Beteiligte zu 1 auch insoweit Rechtsnachfolgerin ist.

(3) Der Berichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises stände indes noch ein – allerdings behebbares – Hindernis entgegen. Anteile an einer GbR können nur dann übertragen werden, wenn dies im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich zugelassen ist oder alle übrigen Gesellschafter zustimmen (§ 719 Abs. 1 BGB; vgl. *Palandt/Sprau*, 69. Aufl., § 719 Rdnr. 6; *Staudinger/Habermeier*, § 719 Rdnr. 3). Der dem Grundbuchamt vorliegende Gesellschaftsvertrag enthält hierzu nichts.

Die Zustimmung der einzigen noch vorhandenen weiteren Gesellschafterin wäre dann in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO, also durch öffentliche Urkunde, nachzuweisen, da es sich nicht um eine zur Eintragung erforderliche Erklärung i. S. v. § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO handelt. Die maßgebliche Erklärung liegt nur in öffentlich beglaubigter Form vor.

b) Trotzdem kann bereits jetzt über den Antrag abschließend entschieden werden.

Auch für die Grundbuchberichtigung nach dem Tod eines GbR-Gesellschafters steht der Weg über die Berichtigungsbewilligung offen (OLG Schleswig, MittBayNot 1992, 139 m. Anm. *Ertl*; vgl. auch *Ertl*, MittBayNot 1992, 11, 16; *Hügel/Wilsch*, GBO, § 35 Rdnr. 146; auch DNotI-Rep. 2010, 145 ff.). Ob auch dabei in jedem Fall der Gesellschaftsvertrag vorzulegen ist (vgl. *Demharter*, § 22 Rdnr. 41), kann offenbleiben. Der Vertrag liegt nämlich vor. Notwendig ist die Bewilligung aller, deren Buchposition oder tatsächliche Rechtsstellung durch die Eintragung beeinträchtigt wird oder werden kann (vgl. *Demharter*, § 22 Rdnr. 32). Das ist neben der Beteiligten zu 1 als Gesellschafterin und Erbin die Beteiligte zu 3 als einzige Mitgesellschafterin, deren Bewilligung vorliegt. Anhaltspunkte dafür, dass für den Erblasser Dritte eintreten sollten, sind nach dem vorliegenden Gesellschaftsvertrag nicht ersichtlich, fernliegende Möglichkeiten sind nicht zu berücksichtigen (vgl. OLG Schleswig, a. a. O.). Weitere Nachweise sind nicht erforderlich, zumal der auch hier nun anwendbare § 899 a BGB (Art. 229 § 21 EGBGB) mit Wirkung auch gegenüber dem Grundbuchamt sicherstellt, dass der Gesellschafterbestand im Übrigen keine Änderung erfahren hat (vgl. DNotI-Rep. 2010, 145, 147).

(…)

---

7. BGB § 1374 Abs. 2 (*Berücksichtigung unentgeltlicher Zuwendungen unter Ehegatten im Zugewinnausgleich*)

Unentgeltliche Zuwendungen unter Ehegatten unterfallen auch dann nicht dem § 1374 Abs. 2 BGB, wenn sie mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erfolgt sind.

BGH, Urteil vom 22.9.2010, XII ZR 69/09

Die Parteien streiten um Zugewinnausgleich. Die am 27.2.1998 geschlossene Ehe der Parteien ist aufgrund des am 26.5.2004 zugestellten Antrags seit dem 25.4.2005 rechtskräftig geschieden. Mit „Übergabevertrag“ vom 14.10.1998 übertrug der 1922 geborene und verwitwete Kläger der 1954 geborenen und inzwischen wiederverheirateten Beklagten „im Wege der vorweggenommenen Erbfolge“ sein Hausgrundstück in R. nebst einem hälftigen Miteigentumsanteil an einem benachbarten Flurgrundstück. Die Beklagte räumte dem Kläger ein lebenslanges unentgeltliches Wohnrecht an der Wohnung im Obergeschoss des Hauses ein.

Außerdem verpflichtete sie sich, den Kläger „in alten und kranken Tagen“ zu pflegen, bei dessen Tod an den Sohn (aus erster Ehe) und die beiden Enkelkinder des Klägers insgesamt 250.000 DM zu zahlen sowie die Kosten für die Bestattung des Klägers und die Grabpflege zu tragen.

Der Kläger hat in der Ehe keinen Zugewinn erzielt. Die Beklagte, die über kein Anfangsvermögen verfügte, hat nach den Berechnungen des OLG ein Endvermögen und einen Zugewinn von (Aktiva 376.654,44 € – Passiva 287.629,83 € =) 89.024,61 € erzielt. Bei der Ermittlung des Endvermögens der Beklagten hat das OLG in Übereinstimmung mit dem vom Familiengericht eingeholten Sachverständigengutachten den Wert des ihr vom Kläger übertragenen Hausgrundstücks unter Abzug des Wertes des Wohnrechts des Klägers mit (395.000 € – 56.000 € =) 339.000 € in Ansatz gebracht. Als Passiva hat es u. a. die Pflegekosten, die an den Sohn und die Enkelkinder des Klägers zu erbringenden Ausgleichszahlungen, die Kosten für dessen Bestattung sowie die Aufwendungen für die Grabpflege berücksichtigt. Diese Kosten hat es – als betagte Verbindlichkeiten – auf den Zeitpunkt des Übergabevertrags (14.10.1998) abgezinst.

Das AG hat der – in der Leistungsstufe auf Zahlung von 60.991 € gerichteten – Klage i. H. v. 35.991,22 € entsprochen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das OLG zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die zugelassene Revision der Beklagten, mit der sie ihr erstinstanzliches Klagabweisungsbegehren weiterverfolgt.

Aus den Gründen:

II.

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Nach Auffassung des OLG ist der Wert des der Beklagten übertragenen Grundstücks bei der Bemessung ihres Anfangsvermögens nicht zu berücksichtigen. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung seien Schenkungen unter Ehegatten nicht nach § 1374 Abs. 2 BGB dem Anfangsvermögen des beschenkten Ehegatten zuzurechnen. Dies müsse auch für die Übertragung von Vermögensgegenständen gelten, die Ehegatten im Wege vorweggenommener Erbfolge vornähmen. Denn auch in diesem Fall finde nur eine Vermögensverschiebung, nicht eine echte Vermögensvermehrung statt.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Wie der Senat wiederholt entschieden hat, werden Zuwendungen, die ein Ehegatte dem anderen erbringt, nicht von § 1374 Abs. 2 BGB erfasst, und zwar unabhängig davon, ob es sich dabei um Schenkungen oder unbenannte Zuwendungen handelt (vgl. auch BGHZ 101, 65, 69 ff. = FamRZ 1987, 791 mit ausführlicher Würdigung des Streitstandes und BGH, FamRZ 1991, 1169, 1171). Die in § 1374 Abs. 2 BGB normierten Ausnahmen vom schematischen Prinzip des Ausgleichs aller in der Ehe erzielten Vermögenszuwächse sind dadurch gekennzeichnet, dass der Ehegatte des Erwerbers eines Vermögensgegenstandes zu dessen „privilegiertem“ (weil – auch – seinem Anfangsvermögen zuzurechnenden) Erwerb nichts beigetragen hat und er deshalb an diesem Erwerb auch nicht über den Zugewinnausgleich partizipieren soll. Dieser Gedanke trifft auf Zuwendungen, die ein Ehegatte dem anderen erbringt, jedoch nicht zu. Der Gegenstand solcher Zuwendungen stammt – im Gegenteil – gerade aus dem Vermögen des anderen Ehegatten (*Johannsen/Henrich/Jaeger*, Familienrecht, 5. Aufl., § 1374 BGB Rdnr. 31). Hinzu kommt, dass solche Zuwendungen, würden sie nicht zumindest teilweise über den Zugewinnausgleich ausgeglichen, im Scheidungsfall vielfach als unbenannte Zuwendungen nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) oder gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB rückausgeglichen werden müssten (*Wagenitz* in Schwab/Hahne, Familienrecht im Brennpunkt, S. 161, 177). Ein solcher gesonderter – sich auch im Zugewinnausgleich niederschlagender – Rückausgleich wird vermieden, wenn die Zuwendungen nicht über § 1374 Abs. 2 BGB zugewinnausgleichsrechtlich „neutralisiert“, sondern dem allgemeinen zugewinnausgleichsrechtlichen Ausgleichsmechanismus unterworfen werden. Die Revision zeigt keine neuen Gesichtspunkte auf, die Veranlassung geben könnten, von diesen die bisherige Rechtsprechung tragenden Grundsätzen abzuweichen.

b) Die vorstehenden Überlegungen gelten indes nicht nur für Schenkungen oder unbenannte Zuwendungen der Ehegatten untereinander; sie können auch für solche Zuwendungen der Ehegatten untereinander Geltung beanspruchen, die mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erfolgen. Auch bei sol-

chen, einen künftigen erbrechtlichen Erwerb antizipierenden Verfügungen stammt der dem (begünstigten) Ehegatten zugewandte Vermögensgegenstand aus dem Vermögen des anderen Ehegatten; dieser (zuwendende) Ehegatte hat also zu dessen Erwerb nicht nur beigetragen, sondern ihn überhaupt erst bewirkt. Zudem wären auch solche Zuwendungen vielfach nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) oder gemäß § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB rückabzuwickeln, würde nicht bereits über den Zugewinnausgleich eine teilweise Rückabwicklung erreicht. Denn der mit der Zuwendung verfolgte Zweck – die Antizipierung eines erbrechtlichen Erwerbs – ist nicht mehr zu erreichen, wenn die Ehe geschieden wird mit der Folge, dass ein gesetzliches Erbrecht des Erwerbers nicht mehr besteht und auch eine gewillkürte Erbfolge nach Trennung und Scheidung vom zuwendenden Ehegatten regelmäßig nicht mehr in Betracht kommen dürfte. Soweit dem Senatsurteil BGHZ 101, 65, 69 ff. = FamRZ 1987, 791, 792 (sub 2b) 2. Absatz entnommen werden könnte, dass ein Vermögenserwerb mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht – anders als eine Schenkung – auch dann dem § 1374 Abs. 2 BGB unterfällt, wenn dieser Vermögenserwerb auf einer Zuwendung unter Ehegatten beruht, hält der Senat daran nicht fest. Das OLG hat daher im Grundsatz zu Recht den – um den Wert des Wohnrechts verminderten – Wert des der Beklagten vom Kläger zugewandten Hausgrundstücks nur in deren Endvermögen, nicht auch in deren Anfangsvermögen eingestellt.

c) Keiner Entscheidung bedarf, ob das OLG die im Übergabevertrag übernommenen Verpflichtungen der Beklagten zur Versorgung und Pflege des Klägers, zu Ausgleichszahlungen an dessen Sohn und Enkelkinder sowie zur Übernahme der Bestattungs- und Grabpflegekosten mit Recht im Endvermögen der Beklagten als Passiva in Abzug gebracht hat. Ein entsprechender Abzug wäre jedenfalls nur dann gerechtfertigt, wenn diese Verpflichtungen auch nach der Scheidung der Parteien unverändert fortbestünden. Ebenso kann offenbleiben, ob das OLG diese Verpflichtungen – als betagte Forderungen des Klägers – zutreffend auf den Zeitpunkt des Übergabevertrags – und nicht auf den Zeitpunkt der Beendigung des Güterstandes – abgezinst hat. Auch wenn man beide Fragen verneinte, führte dies – über eine Verminderung der Passiva – zu einer Erhöhung des Endvermögens der Beklagten und damit des dem Kläger „an sich" zustehenden Anspruchs auf Zugewinnausgleich. Eine Besserstellung der Beklagten und Revisionsklägerin ergibt sich daraus nicht. Das OLG hat deshalb – im Ergebnis zu Recht – ausgeführt, dass dem Kläger ein Anspruch auf Zugewinnausgleich „mindestens in der vom Familiengericht ermittelten Höhe von 35.991,22 €" zusteht.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

8. EGGmbHG § 3 Abs. 4; GmbHG §§ 19 Abs. 4, 30, 31, 56 (*Rückwirkende Anwendung der reformierten Regeln über verdeckte Sacheinlage – Adcocom*)

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

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

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

BGH, Urteil vom 22.3.2010, II ZR 12/08; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Beklagte war die Alleingesellschafterin der damals noch unter H. GmbH firmierenden AdCoCom GmbH (künftig: Schuldnerin). Sie beabsichtigte Anfang des Jahres 2003, ihren Geschäftsanteil im Zuge eines „management buy-out" an die Geschäftsleitung der Schuldnerin zu veräußern, die ihrerseits die Schuldnerin mit Unterstützung der W. mbH (künftig: W.) weiterführen wollte.

Am 12.2.2003 stellte die W. verschiedene Bedingungen für eine Investition in die Schuldnerin. Am gleichen Tag fasste die Beklagte den Beschluss, 3 Mio. € in die Kapitalrücklage der Schuldnerin einzuzahlen. In einem „Letter of Intent" vom 14.2.2003 an die Schuldnerin, dessen Inhalt im Wesentlichen den Forderungen der W. entsprach und den sie zur Grundlage ihres weiteren Vorgehens machte, führte die Beklagte unter anderem aus:

„…

3. Zum Zwecke der Übertragung des Kaufobjektes [gemeint: zur Vorbereitung der Übernahme des Geschäftsanteils an der Schuldnerin durch deren Geschäftsleitung] wird … [die Beklagte] folgende Maßnahmen treffen:

3.1 Ablösung der Bank-Darlehen der … [Schuldnerin] bei der D. Bank und der C. Bank in H. i. H. v. insgesamt 2.556.459,40 € durch ein von … [der Beklagten] gewährtes Gesellschaftsdarlehen;

3.2 Aufstockung des Stammkapitals der … [Schuldnerin] auf 1.000.000,00 € (derzeit 260.758,86 €) durch … [die Beklagte];

3.3 Einzahlung von 3.000.000,00 € in die Kapitalrücklage durch … [die Beklagte];

3.4 Verkauf der Rechte an den Produkten für 3.990.000,00 € an … [die Schuldnerin];

3.5 Übernahme der laufenden Kosten der … [Schuldnerin] für die Monate Januar und Februar 2003 bis zu einer H. v. 700.000,00 €.

Die Verrechnung erfolgt auf der Grundlage des bestehenden Dienstleistungsvertrages. Der Dienstleistungsvertrag wird im gegenseitigen Einvernehmen zum 28.2.2003 beendet. Ab jenem Datum entstehen keinerlei weitere gegenseitige Verpflichtungen aus diesem Dienstleistungsvertrag. Die Zahlung erfolgt innerhalb von 14 Tagen nach Rechnungslegung;

3.6 Verkauf der Fertig- und Handelswaren, die das H. Label tragen, am 18.2.2003 zum Transferpreis von 1.113.092,03 € gemäß der Auflistung in Anlage 1. Die Zahlung erfolgt innerhalb von 14 Tagen nach Lieferung und nach Beurkundung des Kaufvertrages;

3.7 … [die Beklagte] wird unmittelbar nach Inkrafttreten des Kaufvertrages auf folgende Forderungen verzichten:

• Bestehendes Gesellschaftsdarlehen:

700.000,00 €

• Gesellschaftsdarlehen gemäß Ziffer 3.1:

2.556.459,40 €

• Bestehende Forderungen gegenüber … [der Schuldnerin]:

397.480,04 €

> • Abzüglich Verbindlichkeiten von … [der Beklagten] gegenüber … [der Schuldnerin]:
>
> 459.940,14 €
>
> • TOTAL
>
> 3.193.999,30 €
>
> Bereits beglichene Forderungen und Verbindlichkeiten werden entsprechend verrechnet …“

Am 19.2.2003 zahlte die Beklagte auf ein debitorisches Konto der Schuldnerin 739.241,14 € mit dem Verwendungszweck „Aufstockung Stammkapital auf 1 Mio.“ und weitere 3 Mio. € mit dem Verwendungszweck „Einzahlung in die Kapitalrücklage“ ein. Am 20./21.2.2003 schlossen die Beklagte und die Schuldnerin einen Kaufvertrag über Sachen und Rechte der Beklagten (künftig: „Lizenzen“) zu einem Nettokaufpreis von 3,99 Mio. €. Dieser Wert war Ende 2002 in einem Bewertungsgutachten im Auftrag der Beklagten von der P. GmbH auf der Grundlage der Reproduktionskosten ermittelt worden. Am 24.2.2003 fasste die Beklagte den Beschluss, das Stammkapital der Schuldnerin um 739.241,14 € auf 1 Mio. € zu erhöhen. Am gleichen Tag überwies die Schuldnerin der Beklagten 3,99 Mio. € mit dem Verwendungszweck „Kaufpreis Lizenzen“. Das Konto der Schuldnerin schloss am 24.2.2003 mit einem Minus.

Die Beklagte erfüllte auch die übrigen im „Letter of Intent“ übernommenen Verpflichtungen gegenüber der Schuldnerin und veräußerte und übertrug sodann am 4.3.2003 ihren Geschäftsanteil von 1 Mio. € für 1 € „mit Wirkung zum 1.1.2003“ an die Geschäftsleitung der Schuldnerin. Über das Vermögen der Schuldnerin wurde auf Antrag vom 11.11.2004 am 1.1.2005 das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt.

Der Kläger hat die Beklagte auf nochmalige Leistung ihrer Einlage und auf Erstattung der in die freie Kapitalrücklage geleisteten Zahlung nach §§ 30, 31 GmbHG, hilfsweise aus dem Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung i. H. v. insgesamt 3.739.241,41 € in Anspruch genommen. Er hat u. a. behauptet, die Schuldnerin sei Ende 2002 überschuldet und die Lizenzen seien wertlos gewesen. Das LG hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision des Klägers.

Aus den Gründen:

Die Revision des Klägers hat Erfolg und führt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

I.

Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt: Eine (nochmalige) Zahlung von 739.241,14 € könne der Kläger nach den Grundsätzen der Kapitalaufbringung nicht beanspruchen, weil die gegenzurechnenden Leistungen der Beklagten zusammengenommen die Qualifikation der Einlageleistung der Beklagten als verdeckte Sacheinlage ausschlössen. Die Zahlung von weiteren 3 Mio. € sei keine Umgehung der Vorschriften über die Kapitalaufbringung und auch keine eigenkapitalersetzende Leistung der Beklagten. Ansprüche des Klägers nach §§ 30, 31 GmbHG kämen nicht in Betracht, wobei der Vortrag des Klägers zu einer Überschuldung der Schuldnerin bereits Ende 2002 nach § 531 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen sei. Ansprüche aus gesellschafterlicher Treuepflichtverletzung und aus Insolvenzanfechtung bestünden nicht.

II.

Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

A. Rechtsfehlerhaft ist die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe auf die am 24.2.2003 beschlossene Kapitalerhöhung die versprochene Bareinlage geleistet. Das Berufungsgericht hat verkannt, dass die Beklagte mit dem Beschluss und seiner Umsetzung in Gestalt der Einzahlung des beschlossenen Erhöhungsbetrages ihr Vorhaben verdeckt hat, unter Umgehung der Sacheinlagevorschriften die Lizenzen in die Schuldnerin einzubringen.

1. Eine verdeckte Sacheinlage liegt vor, wenn die gesetzlichen Regeln für Sacheinlagen dadurch unterlaufen werden, dass zwar eine Bareinlage beschlossen/vereinbart wird, die Gesellschaft aber bei wirtschaftlicher Betrachtung von dem Einleger aufgrund einer im Zusammenhang mit der Übernahme der Einlage getroffenen Verwendungsabsprache einen Sachwert erhalten soll (BGHZ 182, 103 Tz. 10 – Cash Pool II; BGHZ 180, 38 Tz. 8 – Qivive; BGHZ 175, 265 Tz. 10 – Rheinmöve; BGHZ 173, 145 Tz. 14 – Lurgi I; BGHZ 170, 47 Tz. 11; BGHZ 166, 8 Tz. 11 – Cash Pool I; BGHZ 155, 329, 334; BGH, Urteil vom 1.2.2010, II ZR 173/08, ZIP 2010, 423 Tz. 15, z. V. b. in BGHZ – Eurobike; vom 11.2.2008, II ZR 171/06, ZIP 2008, 643 Tz. 12).

Diese vom Senat entwickelte Definition der verdeckten Sacheinlage hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 (BGBl I, S. 2026) übernommen (BGHZ 180 a. a. O. – Quivive; BGH, Urteil vom 1.2.2010 a. a. O.; *Bormann/Urlichs* in Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, 2008, S. 37, 39; *Pentz*, GmbHR 2009, 505, 507 f.). Bei einer Ein-Personen-Gesellschaft tritt an die Stelle der Verwendungsabsprache ein entsprechendes Vorhaben des Alleingesellschafters (BGH, ZIP 2008, 643 Tz. 12; *Pentz* in FS K. Schmidt, 2009, S. 1265, 1270 f.). Dass der für den eingelegten Gegenstand vereinbarte Preis den Betrag der Einlageverpflichtung wesentlich übersteigt, ändert an der Anwendung der für Sacheinlagen geltenden Regelungen auf das gesamte Rechtsgeschäft nichts, wenn eine kraft Parteivereinbarung unteilbare Leistung in Rede steht (BGHZ 175 a. a. O. Tz. 14 – Rheinmöve; BGHZ 173 a. a. O. Tz. 15 – Lurgi I; BGHZ 170 a. a. O. Tz. 17).

2. Gemessen daran lag hier eine verdeckte (gemischte) Sacheinlage vor.

a) Das Vorhaben der Beklagten im Zuge der Kapitalerhöhung war entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auf das verdeckte Einbringen einer Sacheinlage gerichtet. Die Beklagte hat den wirtschaftlich einheitlichen Vorgang einer Sacheinbringung in zwei rechtlich getrennte Geschäfte aufgeteilt, bei denen der Gesellschaft zwar formal Bargeld als Einlage zugeführt, dieses jedoch im Zusammenhang mit einem zweiten Rechtsgeschäft gegen die Zuführung der Lizenzen zurückgewährt wurde, die ihrerseits von vornherein als Sacheinlage in die Gesellschaft eingebracht werden konnten und mussten.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats sind schuldrechtliche Absprachen zwischen dem Inferenten und der Gesellschaft über die Verwendung der Einlagemittel bei der Kapitalerhöhung unter dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung zwar grundsätzlich nicht verboten, aber dann schädlich, wenn sie dazu bestimmt sind, die eingezahlten Mittel wieder an den Inferenten zurückfließen zu lassen (BGHZ 171, 113 Tz. 10; BGHZ 153, 107, 110). Die Feststellung eines schädlichen, auf einen Rückfluss gerichteten Vorhabens unterliegt zwar tatrichterlicher Würdigung (BGHZ 166, 8 Tz. 13 ff. – Cash Pool I; BGH, ZIP 2008, 643 Tz. 11; BGH, ZIP 2008, 1281 Tz. 4). Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts, insbesondere seine Auffassung, die Ausführungen der Beklagten im „Letter of Intent“ vom 14.2.2003 bzw. der enge zeitliche Zusammenhang zwischen der Leistung der Einlage und dem Kaufvertrag über die Lizenzen und der damit verbundenen Rückführung des Einlagebetrages begründe-

ten keinen Anhaltspunkt für eine verdeckte Sacheinlage, diese sei vielmehr im Hinblick auf die „Vorgänge in ihrer aufeinander bezogenen Gesamtheit“ ausgeschlossen, beruht jedoch, wie die Revision zu Recht rügt, einerseits auf einer grundlegenden Verkennung der Anforderungen der gefestigten Senatsrechtsprechung und zudem auf einer unvollständigen Würdigung des Sachvortrags des Klägers. Mit seiner Wertung hat sich das Berufungsgericht nicht nur in Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung des Senats gesetzt, wonach schon der hier gegebene enge zeitliche Zusammenhang zwischen der Einzahlung des Einlagebetrages und dem Rückfluss des Geldes die Vermutung begründet, die (objektive) Umgehung der Sachkapitalaufbringungsregeln sei von Anfang an in Aussicht genommen worden (BGHZ 175, 265 Tz. 13 – Rheinmöve; BGHZ 166, 8 Tz. 13 – Cash Pool I; BGHZ 153, 107, 109). Das Berufungsgericht hat vor allem verkannt, dass darüber hinaus bereits der Inhalt des „Letter of Intent“ (siehe hierzu BGH, ZIP 2000, 72, 73), vor allem aber der Umstand, dass ausweislich der von der Beklagten in Auftrag gegebenen gutachterlichen Stellungnahme der P. GmbH vom 9.12.2002 seitens der Beklagten zu diesem Zeitpunkt geplant war, die Lizenzen – damals im Rahmen der Veräußerung der Mehrheitsbeteiligung der Beklagten – im Wege einer Sachkapitalerhöhung in die Schuldnerin einzubringen, ein Vorhaben der Alleingesellschafterin im Sinne einer verdeckten (gemischten) Sacheinlage eindeutig belegen.

b) Anders, als das Berufungsgericht gemeint hat, kann die verdeckte (gemischte) Sacheinlage und die daraus folgende Nichterfüllung der Bareinlageverpflichtung durch die Zahlung vom 19.2.2003 nicht wegen der weiteren im „Gesamtpaket“ versprochenen und zeitlich nach dem 24.2.2003 auch tatsächlich geleisteten Zahlungen der Beklagten verneint werden. Das Berufungsgericht hat dabei nicht nur das auf eine verdeckte Sacheinlage gerichtete Vorhaben mit einer nachträglichen Tilgung der Bareinlagepflicht vermischt. Die Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben, entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung, auch nicht eine nachträgliche Erfüllung der Bareinlageverpflichtung.

Nach der Rechtsprechung des Senats ist zwar die nachträgliche Erfüllung der Einlageverbindlichkeit durch eine spätere Leistung möglich (BGHZ 165, 113, 117; BGHZ 165, 352, 356 ff.; BGH, ZIP 2006, 1633 Tz. 13). Das setzt jedoch voraus, dass spätere Zuflüsse sich objektiv eindeutig, mithin zweifelsfrei der fortbestehenden Einlageverpflichtung zuordnen lassen (BGHZ 166, 8 Tz. 24 – Cash Pool I; BGH, ZIP 2008, 1281 Tz. 6; BGHZ 165, 113, 117). Das Gegenteil ist hier der Fall. Die späteren Zahlungen der Beklagten dienten aufgrund der mit ihnen verbundenen, vom Berufungsgericht selbst festgestellten Tilgungsbestimmungen vielmehr eindeutig und zweifelsfrei anderen Zwecken als der nachträglichen Erfüllung der Bareinlagepflicht.

3. Da das Berufungsgericht zu Unrecht das Vorliegen einer verdeckten (gemischten) Sacheinlage verneint hat, kommt es nicht mehr darauf an, dass das Berufungsurteil selbst bei zutreffender Ablehnung der verdeckten Sacheinlage der Aufhebung unterlegen hätte, weil das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, die von seinem Rechtsstandpunkt aus erforderliche Prüfung der Wirksamkeit der Einzahlung vom 19.2.2003 auf ein debitorisches Konto der Schuldnerin vor Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses – ebenfalls – fehlerhaft unterlassen hat.

B. Aufgrund des Rechtsfehlers der Verkennung einer verdeckten (gemischten) Sacheinlage unterliegt das Berufungsurteil i. H. v. 739.241,41 € der Aufhebung (§ 562 Abs. 1 ZPO); die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann nicht selbst abschließend in der Sache entscheiden, weil der Erfolg der Klage auf Zahlung der versprochenen Bareinlage nach § 19 Abs. 4 GmbHG i. d. F. des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 (BGBl I, S. 2026) von dem – vom Berufungsgericht nicht festgestellten – Wert der verdeckt eingebrachten Lizenzen abhängt.

1. Nach § 56 Abs. 2, § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG, § 3 Abs. 4 EGGmbHG in der mit Inkrafttreten des MoMiG maßgeblichen Fassung ist auf die wegen Umgehung der Sacheinlagevorschriften fortbestehende Bareinlagepflicht der Beklagten (§ 19 Abs. 4 Satz 1, 3 GmbHG) der Wert der Lizenzen zu dem in § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG bezeichneten Zeitpunkt anzurechnen. Die in § 3 Abs. 4 EGGmbHG angeordnete rückwirkende Anwendung des § 19 Abs. 4 GmbHG n. F. (BGHZ 179, 249 Tz. 21 – Git Buschow) bezieht sich auch auf Kapitalerhöhungen (*Habersack*, GWR 2010, 107, 109).

2. Der Senat vermag nicht die Überzeugung zu gewinnen, dass die in § 3 Abs. 4 GmbHG angeordnete rückwirkende Anwendung des § 19 Abs. 4 GmbHG gegen Artikel 14 Abs. 1 Satz 1 GG und das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot verstößt.

a) § 3 Abs. 4 EGGmbHG berührt den Schutzbereich des Artikels 14 Abs. 1 Satz 1 GG. Eigentum im Sinne des Artikels 14 Abs. 1 GG ist sowohl das dingliche Recht an einer Sache als auch eine Forderung (BVerfGE 112, 93, 107; 83, 201, 208 f.; 68, 193, 222). Unter den Schutz des Eigentumsgrundrechts fallen im Bereich des Privatrechts grundsätzlich alle vermögenswerten Rechte, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung in der Weise zugeordnet sind, dass er die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf (BVerfGE 101, 239, 258; 83, 201, 209).

aa) In den Schutzbereich einbezogen sind damit Forderungen im Zusammenhang mit einer verdeckten Sacheinlage und das Eigentum bzw. die Inhaberschaft an dem verdeckt eingebrachten Gegenstand.

bb) Von § 3 Abs. 4 EGGmbHG nicht berührt wird hingegen der aufschiebend bedingte prozessuale Erstattungsanspruch (§ 91 ZPO) der auf Leistung der Bareinlage klagenden Gesellschaft im Falle der (ursprünglichen) Werthaltigkeit des verdeckt eingebrachten Gegenstands. Denn die Gesellschaft kann in solchen Fällen weiter eine ihr günstige Kostenfolge dadurch erreichen, dass sie den Rechtsstreit für erledigt erklärt (*Bormann/Urlichs* in Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, 2008, S. 37, 42; *Heckschen*, Das MoMiG in der notariellen Praxis, Rdnr. 103; *Nagel/Meder*, ZInsO 2009, 944, 951 f.; *Pentz*, GmbHR 2009, 126, 130; siehe zur verfassungsrechtlichen Unbeachtlichkeit dieser „Nebenfolge“ auch BVerfGE 72, 302, 327).

b) § 3 Abs. 4 EGGmbHG stellt keine Enteignung dar, sondern greift im Sinne einer Inhalts- und Schrankenbestimmung in das Eigentum der Gesellschaft und des Inferenten ein.

aa) Aus § 3 Abs. 4 EGGmbHG folgt keine Enteignung nach Artikel 14 Abs. 3 GG, sondern eine Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Artikel 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Enteignung ist der staatliche Zugriff auf das Eigentum des Einzelnen. Ihrem Zweck nach ist sie auf die vollständige oder partielle Entziehung konkreter subjektiver, durch Artikel 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteter Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben gerichtet (BVerfGE 101, 239, 259; 79, 174, 191, 52, 1, 27; *Badenhop*, ZInsO 2009, 793, 797). Demgegenüber geht es bei der Regelung des § 3 Abs. 4 EGGmbHG

um die rechtliche Korrektur von Erwerbsvorgängen mit dem Ziel, divergierende private Interessen zu einem Ausgleich zu bringen.

bb) Die mit § 3 Abs. 4 EGGmbHG verbundene Inhalts- und Schrankenbestimmung wirkt im Verhältnis zur Gesellschaft (1) und zum Inferenten (2).

(1) § 3 Abs. 4 EGGmbHG greift einerseits in die Einlageforderung der Gesellschaft ein, indem er anordnet, dass bei verdeckten Sacheinlagen, die vor dem 1.11.2008 vereinbart und durchgeführt worden sind und bei denen über die – nach altem Recht infolge Unwirksamkeit der der Einbringung zugrundeliegenden Geschäfte bestehenden – Ansprüche noch nicht rechtskräftig entschieden oder eine wirksame Vereinbarung getroffen worden ist, der Wert der Sacheinlage auf die Einlageforderung der Gesellschaft anzurechnen ist. Das ergibt zwar nicht der Wortlaut des § 3 Abs. 4 EGGmbHG, folgt aber aus dem Umstand, dass § 3 Abs. 4 EGGmbHG auf den gesamten § 19 Abs. 4 GmbHG n. F. und damit auch auf § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG Bezug nimmt (anders im Sinne einer teleologischen verfassungskonformen Reduktion *Badenhop*, ZInsO 2009, 793, 802; *Heinze*, GmbHR 2008, 1065, 1073; im Falle von Zwischenverfügungen zugunsten eines Dritten auch *Pentz* in FS K. Schmidt, 2009, S. 1265, 1284, 1286).

Damit wird der Gesellschaft die nach altem Recht vor dem 1.11.2008 bestehende, durch Artikel 14 Abs. 1 GG geschützte Bareinlageforderung im Umfang der Werthaltigkeit der eingebrachten Sacheinlage rückwirkend entzogen, wobei dahinstehen kann, wie die von § 19 Abs. 4 GmbHG n. F. angeordnete Anrechnung dogmatisch einzuordnen ist. Zudem vernichtet § 3 Abs. 4 EGGmbHG im Umfang der Anrechnung eine aus § 20 GmbHG resultierende Zinsforderung (zur Rückwirkung des § 3 Abs. 4 EGGmbHG *Goette*, WPg 2008, 231, 234; *Bormann/Urlichs* in Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, 2008, S. 37, 41; *Fuchs*, BB 2009, 170, 173; *Heckschen*, Das MoMiG in der notariellen Praxis, 2009 Rdnr. 100).

(2) § 3 Abs. 4 EGGmbHG ordnet andererseits auch die Wirksamkeit der auf die Überlassung der verdeckten Sacheinlage gerichteten Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte ex tunc neu. Indem er deren Wirksamkeit anordnet, greift er in bestehende Forderungen der Gesellschaft und (Eigentums-)Rechte des Inferenten aus der Rückabwicklung der nach altem Recht unwirksamen Rechtsgeschäfte ein. Nach seinem Wortlaut regelt § 3 Abs. 4 EGGmbHG zwar (nur) die Rückwirkung der gesellschaftsrechtlichen Erfüllungswirkung der Einlageleistung. Der untrennbare Zusammenhang zwischen dem Schicksal der Einlageforderung und den die verdeckte Sacheinlage betreffenden Rechtsgeschäften erfordert es aber, § 3 Abs. 4 EGGmbHG entsprechend auszulegen, weil der Gesellschafter sonst die durch Anrechnung „verbrauchte“ Sacheinlage nach § 812 Abs. 1 Satz 1, Alt. 1, § 985 BGB herausverlangen könnte (ebenso *Nagel/Meder*, ZInsO 2009, 944, 946 Fn. 18). Dass der Gesetzgeber Anrechnung und Wirksamkeit der auf die verdeckte Sacheinlage bezogenen Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäfte parallel behandelt sehen wollte, folgt zudem aus der als vom Gesetzgeber übernommenen zu behandelnden Begründung des Rechtsausschusses zu dem parallel zu § 3 Abs. 4 EGGmbHG gestalteten § 20 Abs. 7 EGAktG (BT-Drucks. 16/13098, S. 42).

c) Die mit § 3 Abs. 4 EGGmbHG verbundene Inhalts- und Schrankenbestimmung ist gerechtfertigt.

aa) Allerdings genügt zur Rechtfertigung des § 3 Abs. 4 EGGmbHG nicht allein die Behauptung, das bis zum Inkrafttreten des MoMiG geltende Recht sei unklar oder verworren gewesen. Davon ging schon der Gesetzgeber des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung und anderer handelsrechtlicher Vorschriften vom 4.7.1980 (BGBl I, S. 836) nicht aus (so richtig *Badenhop*, ZInsO 2009, 793, 796). Zwar wurde der im damaligen Regierungsentwurf enthaltene § 5 b Abs. 2 GmbHG-E, der im Wesentlichen mit § 27 Abs. 3 AktG in der bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG) vom 30.7.2009 (BGBl I, S. 2479) geltenden Fassung übereinstimmte und der mit dem Hinweis begründet wurde, sein Gehalt entspreche „weitgehend […] der Auslegung, die schon das GmbH-Gesetz erfahren“ habe (BT-Drucks. 8/1347, S. 30), nicht in das GmbH-Gesetz übernommen. Der Rechtsausschuss des Bundestages, auf den die Streichung zurückging, begründete dies in seiner Beschlussempfehlung und seinem Bericht aber ausdrücklich damit, er sehe „kein gesetzliches Regelungsbedürfnis, da sie [gemeint: die Neuregelungen] inhaltlich bereits weitgehend dem geltenden Recht“ entsprächen (BT-Drucks. 8/3908, S. 69 f.). Auf dieses Vorverständnis des Gesetzgebers nahm der Senat in seiner Grundsatzentscheidung vom 7.7.2003 zur analogen Anwendung des § 27 Abs. 3 AktG a. F. im GmbH-Recht ausdrücklich Bezug (BGHZ 155, 329, 338). Die Rechtslage war vor und nach der Grundsatzentscheidung des Senats – wie vom Gesetzgeber 1980 richtig gesehen – eindeutig. Der Fall liegt damit wesentlich anders als die Sachlage bei Inkrafttreten der §§ 1 und 2 des Gesetzes zur Änderung und Ergänzung beurkundungsrechtlicher Vorschriften vom 20.2.1980 (BGBl I, S. 157), mit dem der Gesetzgeber – vom BVerfG gebilligt (BVerfGE 72, 302 ff.) – eine von großer Verunsicherung begleitete Rechtsprechung des BGH korrigierte.

bb) Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des § 3 Abs. 4 EGGmbHG genügt auch nicht der Hinweis, die Regelung sei am – großzügigeren – Maßstab einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung gemessen unbedenklich (so aber *Wedemann*, GmbHR 2008, 1131, 1133 Fn. 14; mit diesem Ansatz sympathisierend *Bormann*, GmbHR 2007, 897, 900 f.; *Hein/Suchan/Geeb*, DStR 2008, 2289, 2296; *Nagel/Meder*, ZInsO 2009, 944, 949). § 3 Abs. 4 EGGmbHG unterliegt der Prüfung am Maßstab von in das Eigentumsrecht eingreifenden Gesetzen, nicht am Maßstab einer Änderung der Rechtsprechung (richtig *Badenhop*, ZInsO 2009, 793, 796; *Felke*, GmbH-StB 2009, 17, 19; *Pentz*, GmbHR 2009, 505, 506). Selbst dann, wenn – was nicht der Fall ist – die Prämisse zuträfe, dass die Kernaussagen über die Behandlung verdeckter Sacheinlagen im Recht der GmbH „lediglich“ auf der Entscheidung des Senats vom 7.7.2003 (BGHZ 155, 329 ff.) beruhten, käme es doch nicht auf den geänderten Gegenstand (Rechtsprechung des Senats), sondern ausschließlich auf die diese ändernde Maßnahme an (zutreffend *Badenhop*, ZInsO 2009, 793, 796; *Fuchs*, BB 2009, 170, 174). Insoweit gilt für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 3 Abs. 4 EGGmbHG derselbe Maßstab wie für § 20 Abs. 7 EGAktG, der die identischen Rückwirkungsfolgen für § 27 AktG anordnet. Im Übrigen schließen § 19 Abs. 4 GmbHG n. F. (hier in Verbindung mit § 56 Abs. 2 GmbHG), § 3 Abs. 4 EGGmbHG nicht (lediglich) eine bestimmte Interpretation fortbestehender Vorschriften durch die Rechtsprechung aus, sondern ändern rückwirkend die in § 19 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 5 GmbHG a. F. angeordnete gesetzliche Rechtsfolge in Bezug auf die Bareinlageverpflichtung (*Felke*, GmbH-StB 2009, 17, 19).

cc) § 3 Abs. 4 EGGmbHG entspricht dem Gebot eines gerechten Interessenausgleichs und damit den Kriterien einer zulässigen Inhalts- und Schrankenbestimmung sowohl im Verhältnis zur Gesellschaft als auch zum Inferenten.

(1) Der Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmende Gesetzgeber genießt keine unbeschränkte Gestaltungsfreiheit (BVerfGE 101, 239, 259; 95, 64, 84). Vielmehr muss er bei der Verwirklichung seines Regelungsauftrags die Anerkennung des Privateigentums in Artikel 14 Abs. 1 Satz 1 GG beachten und sich im Einklang mit allen anderen Verfassungsnormen halten (BVerfGE 101, 239, 259; 74, 203, 214; 14, 263, 278). Er ist, wenn er von der Ermächtigung zur Inhalts- und Schrankenbestimmung Gebrauch macht, insbesondere verpflichtet, die Interessen der Beteiligten zu einem gerechten Ausgleich und in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen (BVerfGE 101, 239, 259; 95, 48, 58). Eine einseitige Bevorzugung oder Benachteiligung steht mit der verfassungsrechtlichen Vorstellung eines sozialgebundenen Privateigentums nicht in Einklang (BVerfGE 101, 239, 259; 52, 1, 29).

(2) Diesen Anforderungen wird die Regelung des § 3 Abs. 4 EGGmbHG gerecht. Indem § 3 Abs. 4 EGGmbHG Rechtsgeschäften Wirksamkeit verleiht, deren fehlende rechtliche Anerkennung aus der Sicht der handelnden Personen nicht ohne weiteres erkennbar war, schafft er Rechtssicherheit (so auch die Begründung zu § 20 Abs. 7 EGAktG n. F., BT-Drucks. 16/13098, S. 42). In dem Umfang, in dem wegen der Werthaltigkeit der vom Inferenten eingebrachten Sache zwar formelle, dem präventiven Gläubigerschutz dienende Vorschriften über die Sachkapitalaufbringung oder -erhöhung verletzt sind, die Gesellschaft aber den ihr versprochenen Vermögenswert zugewandt erhalten hat, musste der Gesetzgeber dem Formverstoß gegen Sachgründungs- oder Sachkapitalerhöhungsvorschriften nicht weiterhin das ihm bis dahin beigelegte Gewicht geben, sondern durfte für maßgeblich erachten, dass die Gesellschaft tatsächlich einen Vermögenswert erhalten hat. Wenn er entgegen der bisherigen Rechtslage dem präventiven Schutz weniger Bedeutung beimessen und an den Formalverstoß nicht mehr die Unwirksamkeitsfolge der der Einbringung zugrundeliegenden Geschäfte knüpfen, sondern – in Gestalt der Anrechnung – die tatsächliche Wertzuführung für entscheidend halten wollte, hat er damit seine Gestaltungsbefugnis nicht überschritten.

dd) § 3 Abs. 4 EGGmbHG verletzt auch nicht das im Gewährleistungsbereich des Artikels 14 Abs. 1 GG zu berücksichtigende Vertrauensschutzprinzip. Er enthält insbesondere keine verfassungsrechtlich unzulässige Rückwirkung.

(1) § 3 Abs. 4 EGGmbHG beinhaltet eine verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässige unechte Rückwirkung bzw. tatbestandliche Rückanknüpfung.

Eine unechte Rückwirkung liegt vor, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet (BVerfGE 101, 239, 263). § 3 Abs. 4 EGGmbHG greift in gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen ein, indem er die von den Beteiligten gewollte, aber wegen der Unwirksamkeitsfolgen des alten Rechts noch nicht gelungene Kapitalaufbringung oder -erhöhung neu regelt. Bei der Bestimmung des verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs (Abgrenzung unechte – echte Rückwirkung) ist dabei nicht auf die in der Vergangenheit abgeschlossenen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte abzustellen, deren Wirksamkeit § 3 Abs. 4 EGGmbHG ebenso beeinflusst wie die aus ihnen resultierenden Ansprüche. Abzustellen ist vielmehr im Sinne einer Gesamtbetrachtung auf den einheitlichen Lebenssachverhalt der Kapitalaufbringung bzw. -erhöhung, der bis zur Einführung der Anrechnungslösung in den von § 3 Abs. 4 EGGmbHG erfassten Fällen wegen der fehlenden Erfüllungswirkung der einzelnen Geschäfte nicht abgeschlossen war (so auch *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 19 Rdnr. 110; *Seibt* in Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 3 EGGmbHG Rdnr. 8).

(2) Der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des § 3 Abs. 4 EGGmbHG als einer Regelung mit unechter Rückwirkung stehen der Grundsatz des Vertrauensschutzes und das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht entgegen.

(a) Zwar können sich aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Grenzen der Zulässigkeit ergeben. Diese Grenzen sind aber erst überschritten, wenn die vom Gesetzgeber angeordnete unechte Rückwirkung zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht geeignet oder erforderlich ist oder wenn die Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen (BVerfGE 116, 96, 132; 101, 239, 263; 95, 64, 86). Bei Gesetzen mit unechter Rückwirkung bzw. tatbestandlicher Rückanknüpfung wird den allgemeinen Grundsätzen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit kein genereller Vorrang vor dem jeweils verfolgten gesetzgeberischen Anliegen eingeräumt. Denn die Gewährung vollständigen Schutzes zugunsten des Fortbestehens der bisherigen Rechtslage würde den dem Gemeinwohl verpflichteten demokratischen Gesetzgeber in wichtigen Bereichen lähmen und den Konflikt zwischen der Verlässlichkeit der Rechtsordnung und der Notwendigkeit ihrer Änderung in nicht mehr vertretbarer Weise zulasten der Anpassungsfähigkeit der Rechtsordnung lösen (BVerfGE 105, 17, 40). Es muss dem Gesetzgeber möglich sein, Normen, die auch in erheblichem Umfang an in der Vergangenheit liegende Tatbestände anknüpfen, zu erlassen und durch Änderung der künftigen Rechtsfolgen dieser Tatbestände auf veränderte Gegebenheiten zu reagieren (BVerfGE 76, 256, 348).

(b) Die dem Gesetzgeber bei der Anordnung einer unechten Rückwirkung gezogenen Grenzen sind hier eingehalten.

(aa) Durch die rückwirkende Anrechnung des Wertes der verdeckt eingebrachten Sache auf die Bareinlageforderung und durch die nachträgliche Anerkennung der auf das Einbringen der Sacheinlage bezogenen Rechtsgeschäfte wird keine Vertrauensinvestition nachteilig beeinflusst.

In Fällen, in denen die Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Verpflichtungs- und des dinglichen Erfüllungsgeschäfts weder von der Gesellschaft noch von dem Inferenten erkannt worden ist, wird durch die rückwirkende Anerkennung der Rechtsgeschäfte keine Vertrauensinvestition nachteilig beeinflusst, sondern es werden die von den Beteiligten tatsächlich gewollte Rechtslage bzw. die von ihnen als bereits eingetreten bewerteten Rechtsfolgen hergestellt. Auch unter Geltung der neuen Rechtslage hätten sich die Gesellschafter und der Inferent nicht anders verhalten (siehe zu einer vergleichbaren Konstellation bzw. zu vergleichbaren Überlegungen die Entscheidung BVerfGE 72, 302 ff. zur Verfassungsmäßigkeit der rückwirkenden Heilungsvorschriften im Beurkundungsrecht).

Haben hingegen die Gesellschaft und der Inferent um die Unwirksamkeit des von ihnen Gewollten gewusst, sind aber gleichwohl diesen Weg gegangen, verdienen sie erst recht keinen Vertrauensschutz. Es besteht kein schützenswertes Vertrauen in das Scheitern des Gewollten (in diesem Sinne auch *Seibt*, a. a. O.; *Bayer*, a. a. O.).

(bb) Die Anrechnungslösung ist auch geeignet und erforderlich, um das vom Gesetzgeber erstrebte Ziel der Rechtssicherheit im Zusammenhang mit den in der Vergangenheit streitträchtigen und zunehmend als überschießend empfundenen Rechtsfolgen einer verdeckten Sacheinlage zu erreichen. Das

Bestandsinteresse des Inferenten, das Eigentum an einer verdeckt eingebrachten Sache oder die Inhaberschaft an einer verdeckt eingebrachten Forderung zu behalten, ist nach dem Grundsatz widersprüchlichen Verhaltens nicht schutzwürdig. Das Bestandsinteresse der Gesellschaft an einem ungeschmälerten Erhalt der Bareinlageforderung geht dem Interesse des Gesetzgebers an einer Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten über die Werthaltigkeit des Gesellschaftsvermögens bei Gründung oder Kapitalerhöhung nicht vor. Das – schützenswerte – Bestandsinteresse der Gesellschaft am Erhalt ihres Vermögens ist durch die Rechtsänderung nicht berührt, da die verdeckte Leistung nur in dem Umfang angerechnet wird, in dem der Gesellschaft ursprünglich ein werthaltiger Gegenstand zugeführt wurde. Bei – ganz oder teilweise – fehlender Werthaltigkeit der eingebrachten Sache besteht ihre Bareinlageforderung – ganz oder teilweise – fort. Mehr als den Schutz des Gesamtvermögens der Gesellschaft können auch ein Insolvenzverwalter und die hinter ihm stehende Gläubigergemeinschaft nicht beanspruchen, die keinen von dem der Gesellschaft abgelösten, weiterreichenden Vertrauensschutz genießen. Ein das Bestandsinteresse der Gesellschaft überwiegendes Bestandsinteresse kommt ihnen nicht zu.

C. Das Berufungsurteil unterliegt weiter der Aufhebung und Zurückverweisung (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO), soweit das Berufungsgericht die Abweisung der Klage auf Zahlung von weiteren 3 Mio. € durch das LG bestätigt hat. Auch insoweit ist die Sache mangels hinreichender Feststellungen des Berufungsgerichts nicht zur Endentscheidung reif.

1. Noch richtig ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass dem Kläger gegen die Beklagte aus dem Gesichtspunkt der Kapitalaufbringung ein Anspruch auf Zahlung eines die übernommene Bareinlagepflicht i. H. v. 739.241,41 € übersteigenden Betrages von weiteren 3 Mio. € nicht zusteht. Bei der Zahlung von 3 Mio. € handelte es sich um eine Zuzahlung der Beklagten i. S. d. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB. Die Übernahme einer solchen Zuzahlung steht der Übernahme einer Bareinlagepflicht auch dann nicht gleich, wenn die Zuzahlung für die Einbringung einer verdeckten gemischten Sacheinlage verwendet wird, weil ansonsten die Grenze zwischen dem im Handelsregister zu verlautbarenden und deshalb im Interesse der Gesellschaftsgläubiger besonderen Schutzvorschriften unterworfenen Stammkapital und den sonstigen Leistungen der Gesellschafter verwischt würde (OLG München, ZIP 2007, 126, 129; BGH, ZIP 2008, 26, 27; LG Mainz, ZIP 1986, 1323, 1328; *Haberstock*, NZG 2008, 220). Die Regelungen über die Kapitalaufbringung sichern das im Handelsregister verlautbarte Stammkapital. Nur im Umfang dieser Verlautbarung besteht ein schutzwürdiges Interesse der Gläubiger der Gesellschaft an einer realen Kapitalaufbringung. Das gilt, wenn – wie hier – die Leistung als eine solche i. S. d. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB gekennzeichnet ist, unabhängig davon, auf welchen Konten der Gesellschaft diese Zuzahlungen verbucht werden.

2. Auch auf der Grundlage des nunmehr geltenden Rechts hat aber die – schon nach altem Recht rechtsfehlerhaft begründete – Annahme des Berufungsgerichts keinen Bestand, dem Kläger stehe gegen die Beklagte kein Anspruch aus §§ 30, 31 GmbHG auf Zahlung von weiteren 3 Mio. € zu. Vielmehr gebietet der Grundsatz des Kapitalschutzes der Gesellschaft die Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG auf den den Nominalwert der Kapitalerhöhung übersteigenden Teil des Kaufpreises für die Lizenzen (3,99 Mio. €./. der auf die Kapitalerhöhung entfallenden 739.241,14 € = 3.250.758,86 €, davon vom Kläger eingeklagt 3 Mio. €), den die Schuldnerin über den Betrag der Einlageleistung hinaus aus ihrem übrigen Vermögen an die Beklagte ausgezahlt hat. Insofern gilt auf der Grundlage des neuen Rechts nichts anderes als bei Austauschgeschäften zwischen Gesellschaft und Gesellschafter.

a) Da die die Sacheinlage verdeckenden Rechtsgeschäfte nach § 19 Abs. 4 Satz 2 GmbHG nicht mehr unwirksam sind mit der Folge, dass die den Kapitalschutz der Gesellschaft – bislang – gewährleistenden Vorschriften der §§ 812, 818 BGB nicht mehr eingreifen, muss zur Vermeidung einer sonst eintretenden Schutzlücke für das Gesellschaftsvermögen auf die Anwendung der für eine ins Leben getretene GmbH selbstverständlich geltenden §§ 30, 31 GmbHG zurückgegriffen werden. Eine solche Schutzlücke besteht dann, wenn bei einer Unterbilanz oder gar bilanziellen Überschuldung der Gesellschaft das Gesellschaftsvermögen im Zusammenhang mit der verdeckten Sacheinlage – weiter – dadurch gemindert wird, dass der Wert der eingelegten Sache nicht nur die Bareinlageforderung im Wege der Anrechnung nicht deckt (siehe unten III, 1), sondern auch der dafür aus dem Gesellschaftsvermögen zusätzlich erbrachten Gegenleistung (hier: 3.250.758,86 €) wertmäßig (ganz oder teilweise) nicht entspricht. In diesem Fall hat der Inferent durch die an ihn erbrachte Gegenleistung der Gesellschaft zulasten des Gesellschaftsvermögens und damit zulasten der Gesellschaftsgläubiger einen Vorteil erlangt, den er nicht mehr nach §§ 812, 818 BGB – bei Erfüllung der Voraussetzungen dieser Vorschriften – aber nach §§ 30, 31 GmbHG in das Gesellschaftsvermögen zurückerstatten muss (in diesem Sinne schon Senat, BGHZ 68, 191, 198 unter Bezugnahme auf BGHZ 60, 324, 331).

b) Der Prüfung eines Anspruchs des Klägers aus §§ 30, 31 GmbHG steht nicht entgegen, dass das Berufungsgericht den Vortrag des Klägers zu einer Überschuldung der Schuldnerin Ende 2002 nach § 531 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen hat.

aa) Auf den zu Unrecht zurückgewiesenen Vortrag kam es im Zeitpunkt der Entscheidung des Berufungsgerichts nicht an, weil auf der Grundlage des damals geltenden Rechts Ansprüche aus §§ 30, 31 GmbHG neben Ansprüchen des Klägers aus §§ 812, 818 BGB nicht in Betracht kamen (BGH, BGHZ 174, 370 Tz. 10 f.; BGHZ 173, 145 Tz. 20 – Lurgi I; BGHZ 165, 113, 118).

bb) Unabhängig davon ist – auch – in diesem Zusammenhang die neue Rechtslage in den Blick zu nehmen. Ist – wie hier – eine während des Revisionsverfahrens eingetretene Rechtsänderung bei der Entscheidung zu berücksichtigen, sind neue Tatsachen, die aufgrund des veränderten Rechts entscheidungserheblich geworden sind, sogar im Revisionsrechtszug zu beachten (BGH, Urteil vom 3.12.2009, III ZR 73/09, juris Tz. 12 m. w. N.). Nichts anderes gilt dann aber für in der Berufungsinstanz vorgetragene Tatsachen, die erst durch die Rechtsänderung erheblich werden.

c) Das die Klageabweisung i. H. v. 3 Mio. € bestätigende Berufungsurteil hat keinen Bestand. In der Zahlung des den Nominalwert der Kapitalerhöhung übersteigenden Teils des Kaufpreises an die Beklagte lag, da revisionsrechtlich sowohl von einer bilanziellen Überschuldung der Schuldnerin im Zeitpunkt der Zahlung des Kaufpreises als auch von der Wertlosigkeit der Lizenzen auszugehen ist, eine Leistung, die gegen das Auszahlungsverbot des § 30 Abs. 1 GmbHG verstieß. Nach § 30 Abs. 1 GmbHG darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft nicht an die Gesellschafter ausgezahlt werden. Nach Sinn und Zweck der Kapitalerhaltungsregeln gilt dieses Auszahlungsverbot erst recht, wenn eine Leistung an die Gesellschafter zur bilanziellen Überschuldung führt oder eine bilanzielle Überschuldung vergrößert (BGHZ 60, 324, 331;

BGH, ZIP 1990, 451, 453; *Goette*, Die GmbH, 2. Aufl., § 3 Rdnr. 18).

III. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§§ 562, 563 Abs. 1 ZPO), damit es – ggf. nach ergänzendem Sachvortrag der Parteien und Beweiserhebung – die nunmehr noch erforderlichen Feststellungen treffen kann.

Für die weitere Behandlung der Sache durch das Berufungsgericht weist der Senat auf Folgendes hin:

1. Nach §§ 19 Abs. 4, 56 Abs. 2 GmbHG ist der Wert der verdeckt eingebrachten Sache – hier der Wert der verdeckt eingebrachten Lizenzen – auf die Forderung des Klägers gegen die Beklagte anzurechnen. Das Berufungsgericht wird zum Wert der eingebrachten Lizenzen Feststellungen zu treffen haben, die sich – jedenfalls soweit es um die Anrechnung nach § 19 Abs. 4 GmbHG geht – auf den Zeitpunkt der Anmeldung der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister oder – falls später – auf den Zeitpunkt der Überlassung zu beziehen haben.

Sollte das Berufungsgericht nach Beweiserhebung die Überzeugung gewinnen, dass die Lizenzen zwar nicht, wie vom Kläger behauptet, wertlos sind, aber einen dem Kaufpreis entsprechenden Wert von 3,99 Mio. € nicht erreichen, wird es zu berücksichtigen haben, dass die Anrechnung nach §§ 19 Abs. 4, 56 Abs. 2 GmbHG wegen des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung nicht zulasten des übrigen Gesellschaftsvermögens der Schuldnerin gehen darf. Das bedeutet, dass vor einer Anrechnung von dem ermittelten tatsächlichen Wert der Lizenzen der Betrag abzuziehen ist, der von der Schuldnerin über den Nominalwert der Bareinlage hinaus als Kaufpreis für die Lizenzen entrichtet wurde, hier also der Betrag von 3.250.758,86 € (siehe dazu *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 19 Rdnr. 77; *Veil* in Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 19 Nachtrag MoMiG Rdnr. 33 ff., 45 ff. m. w. N.; *Veil/Werner*, GmbHR 2009, 729, 735; *Bormann/Urlichs* in Römermann/Wachter, GmbH-Beratung nach dem MoMiG, 2008, S. 37, 40; *Bormann/Kauka/Ockelmann*, Handbuch GmbH-Recht, Kap. 4 Rdnr. 217 ff.; a. A. *Hueck/Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 19 Rdnr. 56). Eine Anrechnung auf die Bareinlageforderung findet erst dann statt, wenn und soweit die Lizenzen einen höheren Wert haben als den die Bareinlageforderung übersteigenden Kaufpreisanteil, hier also den Betrag von 3.250.758,86 €.

2. Bei der Prüfung von Ansprüchen des Klägers nach §§ 30, 31 GmbHG wird das Berufungsgericht zu beachten haben, dass als verbotene Auszahlung i. S. v. § 30 Abs. 1 GmbHG lediglich der den Nominalwert der Kapitalerhöhung übersteigende Teil des Kaufpreises für die Lizenzen von 3.250.758,86 € in Betracht kommt. Der von der Beklagten im Vorgriff auf die verdeckte Sachkapitalerhöhung an die Schuldnerin geleistete Betrag von 739.241,14 € hat insoweit außer Betracht zu bleiben. Würde man dies anders sehen, müsste der Inferent – die übrigen Voraussetzungen der §§ 30, 31 GmbHG insoweit als erfüllt unterstellt – die Einlageforderung im Ergebnis zweimal leisten. Dieses der früheren Rechtslage wirtschaftlich entsprechende, als unbefriedigend und überschießend empfundene Ergebnis wollte der Gesetzgeber durch die Neufassung des § 19 Abs. 4 GmbHG gerade beseitigen. Ansprüche nach §§ 30, 31 GmbHG kommen deshalb nur insoweit in Betracht, als der Kläger weitere 3 Mio. € geltend macht.

Ob und in welchem Umfang der Kläger die Beklagte aus §§ 30, 31 GmbHG auf Zahlung in Anspruch nehmen kann, hängt einerseits von dem vom Berufungsgericht zu ermittelnden Wert der Lizenzen und andererseits von dem vom Berufungsgericht aufzuklärenden Ausmaß einer durch die Auszahlung verursachten oder vertieften bilanziellen Überschuldung der Schuldnerin ab.

a) Sollte das Berufungsgericht einen Wert der Lizenzen i. H. v. 3,99 Mio. € ermitteln, scheiden Ansprüche des Klägers aus §§ 30, 31 GmbHG aus, weil dann – bezogen auf die unter dem Gesichtspunkt der Kapitalerhaltung potentiell schädliche Teilauszahlung i. H. v. 3.250.758,86 € – lediglich ein bilanzneutraler Aktiventausch vorgelegen hat (BGHZ 179, 71 Tz. 12 – MPS). Nichts anderes gilt, wenn das Berufungsgericht einen Wert von weniger als 3,99 Mio. €, aber mehr als 3.250.758,86 € feststellt. Dann besteht in Höhe der Differenz der Bareinlageanspruch fort. Für einen Ausgleich nach §§ 30, 31 GmbHG besteht insoweit kein Bedürfnis.

Sollte das Berufungsgericht einen Wert der Lizenzen ermitteln, der den unter dem Gesichtspunkt der Kapitalerhaltung potentiell schädlichen Kaufpreisanteil von 3.250.758,86 € unterschreitet, wird es – den Nachweis der sonstigen Voraussetzungen der §§ 30, 31 GmbHG als geführt unterstellt – aufgrund der bei Austauschgeschäften grundsätzlich – auch im Umfang der nur teilweisen Wertäquivalenz – gebotenen bilanziellen Betrachtungsweise (in diese Richtung bereits BGH, ZIP 1992, 1152, 1154; *Goette*, Die GmbH, 2. Aufl., § 3 Rdnr. 31; *K. Schmidt*, GesR, 4. Aufl., § 37 Art. 2 c a. E. Satz 1139 f.; *Westermann* in Scholz, GmbHG, 10. Aufl., § 31 Rdnr. 2; anders *Roth/Altmeppen*, GmbHG, 6. Aufl., § 30 Rdnr. 84 mit § 31 Rdnr. 10) den ermittelten tatsächlichen Wert der Lizenzen von dem Betrag i. H. v. 3.250.758,86 € abzuziehen haben. Nur in Höhe dieser Differenz kann eine schädliche Auszahlung i. S. v. § 30 Abs. 1 GmbHG vorliegen.

b) In jedem Fall kann der Kläger von der Beklagten nach §§ 30, 31 GmbHG nicht mehr verlangen als die Beseitigung der bilanziellen Überschuldung zuzüglich eines dem verlautbarten Stammkapital nach dem Stand vor der Kapitalerhöhung entsprechenden Betrages.

3. Sollte das Berufungsgericht Ansprüche des Klägers aus Kapitalaufbringung bzw. Kapitalerhaltung erneut verneinen, wird es aufgrund der ergänzend getroffenen Feststellungen die Berechtigung der Klageforderung erneut unter dem vom Kläger weiter geltend gemachten Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung zu prüfen haben.

Anmerkung:

Das Urteil setzt nach Qivive[1], Cash-Pool II[2] und Eurobike[3] die Folge von Entscheidungen des BGH zum reformierten Recht der Kapitalaufbringung im GmbH- und Aktienrecht fort. Es setzt zum einen den Schlusspunkt unter den Streit, ob die vom Gesetzgeber in § 3 Abs. 4 EGGmbHG bzw. § 20 Abs. 7 EGAktG angeordnete Rückwirkung der Neuregelung zur verdeckten Sacheinlage verfassungskonform ist und trifft zum anderen interessante Aussagen zu dem Sonderfall der verdeckten gemischten Sacheinlage. Im praktischen Ergebnis ist der Entscheidung zuzustimmen, ihre dogmatische Fundierung begegnet jedoch hinsichtlich der Ausführungen zur verdeckten gemischten Sacheinlage Bedenken.

1. Verfassungskonformität der Rückwirkung

Gemäß § 3 Abs. 4 EGGmbHG gilt die Neuregelung der verdeckten Sacheinlage auch für Altfälle, sofern nicht bereits vor Inkrafttreten des MoMiG ein wirksamer Vergleich erzielt oder

---

1 BGHZ 180, 38 = NJW 2009, 2375.

2 BGH, NJW 2009, 3091.

3 BGH, NJW 2010, 1747.

ein rechtskräftiges Urteil erwirkt worden ist. Das Schrifttum[4] und auch der BGH[5] selbst hatten Zweifel gesät, ob diese Rückwirkung verfassungsrechtlich zulässig ist. Zu Recht hat der BGH diese Frage nun eindeutig bejaht. Mit großer Sorgfalt arbeitet er heraus, dass § 3 Abs. 4 EGGmbHG eine im Ergebnis gerechtfertigte Inhalts- und Schrankenbestimmung zu Art. 14 GG darstellt. Ob man im Hinblick auf das Vertrauensschutzprinzip mit dem BGH nur eine unechte Rückwirkung anzunehmen und als Prüfungsmaßstab die rückwirkende Änderung von Gesetzen, nicht einer Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung[6] heranzuziehen hat, kann man bezweifeln,[7] ist aber im Ergebnis ohne Belang. Für die Praxis steht jetzt fest, dass das reformierte Kapitalaufbringungsrecht mit Wirkung ex tunc auch für Altfälle gilt, und zwar nicht nur hinsichtlich der Erfüllung der Einlageschuld, sondern auch bezüglich des früher als unwirksam sanktionierten Sachgeschäfts.

2. Anrechnung bei der verdeckten gemischten Sacheinlage

a) Eine gemischte Sacheinlage liegt vor, wenn sich der Inferent zur Einbringung eines Sachgegenstandes, dessen Wert den festgesetzten Einlagebetrag übersteigt, verpflichtet und sich diesen Mehrwert bar auszahlen oder als Darlehensforderung gegen die Gesellschaft gutschreiben lässt. Nach ständiger Rechtsprechung und ganz herrschender Meinung finden hier die Vorschriften über Sacheinlagen insgesamt Anwendung.[8] Es sind damit zum einen die Festsetzungen nach § 5 Abs. 4 GmbHG zu treffen, zum anderen müssen Höhe und Art der zu leistenden Vergütung in der Satzung angegeben werden. Unterbleibt dies, liegt eine verdeckte gemischte Sacheinlage vor. Sie zeichnet sich im Vergleich zur normalen verdeckten Sacheinlage dadurch aus, dass infolge des Sachgeschäfts über die vermeintliche Bareinlage hinaus noch weitere Barmittel bei der Gesellschaft abfließen.

b) Solche „verdeckten gemischten Sacheinlagen" haben den BGH in den letzten Jahren wiederholt beschäftigt.[9] Ausgehend von der Prämisse, dass die gemischte Sacheinlage als einheitliches Rechtsgeschäft insgesamt den Regeln über Sacheinlagen unterliegt, wandte der BGH die früheren Grundsätze zur verdeckten Sacheinlage (zumindest bei Unteilbarkeit der Sachleistung) auf den gesamten Vorgang, d. h. insbesondere auch auf den die Einlage übersteigenden Teil an. Nach früherem Recht war das Sachgeschäft damit sowohl schuldrechtlich als auch dinglich unwirksam und in voller Höhe rückabzuwickeln.[10] Der Einlageanspruch war nicht wirksam erfüllt.

c) Nach neuer Rechtslage ist das Sachgeschäft hingegen uneingeschränkt wirksam (§ 19 Abs. 4 Satz 2 GmbHG). Der Gesellschafter hat seine Geldeinlage (jedenfalls zunächst) nicht mit Erfüllungswirkung geleistet (§ 19 Abs. 4 Satz 1 GmbHG). Fragen wirft allerdings die in § 19 Abs. 4 Satz 3 GmbHG angeordnete Anrechnung auf. Der Kern des Problems besteht darin, dass die Anrechnungslösung nur den Wert des verdeckt eingelegten Gegenstands in Relation zur übernommenen Einlageverpflichtung setzt, die bei der Gesellschaft als Kaufpreis abfließenden Barmittel aber nicht berücksichtigt.[11] Diese beschränkte Sichtweise geht so lange gut, wie sich die pro forma erbrachte Geldeinlage (Barzufluss bei der Gesellschaft) und der als Vergütung im Rahmen des Sachgeschäfts an den Gesellschafter gezahlte Betrag (Barabfluss bei der Gesellschaft) decken. Bei der verdeckten gemischten Sacheinlage ist das jedoch per definitionem gerade nicht der Fall. Die Anrechnungslösung muss hier deshalb modifiziert werden.[12] Das ist – bei allen Streitigkeiten im Detail – allgemein anerkannt.[13] Entsprechend formuliert nun auch der BGH, dass vor einer Anrechnung von dem Wert des verdeckt eingebrachten Gegenstandes der Betrag abzuziehen ist, der von der Gesellschaft über den Nominalwert der Bareinlage hinaus als Kaufpreis für den betreffenden Gegenstand entrichtet wurde. Das ist richtig, lässt sich aber erheblich einfacher formulieren, wenn man die einzelnen Rechenschritte nachvollzieht: Die Grundformel der Anrechnungslösung lautet

Einlageschuld = Nominalwert der Bareinlage – Sachwert.

Hat man nun mit dem BGH vom anzurechnenden Sachwert den den Nominalwert der Bareinlage übersteigenden Kaufpreisteil abzuziehen, verlängert sich die Gleichung wie folgt:

Einlageschuld = Nominalwert der Bareinlage – (Sachwert – [Kaufpreis – Nominalwert der Bareinlage]).

Löst man die Klammern auf, ergibt sich:

Einlageschuld = Nominalwert der Bareinlage – Sachwert + Kaufpreis – Nominalwert der Bareinlage.

Die Variable „Nominalwert der Bareinlage" kürzt sich heraus:

Einlageschuld = Kaufpreis – Sachwert.

Im Ergebnis besteht die Einlageschuld des Inferenten nach Anrechnung somit schlicht in Höhe der Differenz zwischen dem von der Gesellschaft bezahlten Kaufpreis und dem tatsächlichen Wert des verdeckt eingebrachten Gegenstands fort. Der Minderwert der verdeckten Sacheinlage wird zur Anrechnungssperre.[14]

d) Die Problematik verschärft sich, wenn der Minderwert des verdeckt eingelegten Gegenstandes den Nominalwert der Bareinlage übersteigt.[15] Ein totaler Ausschluss der Anrech-

---

4 *Bormann*, GmbHR 2007, 897, 900 f.; *Bormann/Urlichs*, GmbHR 2008 Sonderheft MoMiG, S. 37, 41 f.; *W. Goette*, Einführung in das neue GmbH-Recht, München 2008, Rdnr. 86; *Heinze*, GmbHR 2008, 1065, 1073; *Pentz*, GmbHR 2009, 126, 130.

5 BGHZ 180, 38 = NJW 2009, 2375 – Qivive; NJW 2009, 3091 – Cash-Pool II.

6 Kritisch *Altmeppen*, NJW 2010, 1955.

7 Vgl. *Benz*, Verdeckte Sacheinlage und Einlagenrückzahlung im reformierten GmbH-Recht (MoMiG), 2010, S. 208 ff.

8 BGHZ 175, 265 = NZG 2008, 425 – Rheinmöve; BGHZ 173, 145 = NJW 2007, 3425 – Lurgi I; BGHZ 170, 47 = NJW 2007, 765 – Warenlager; *Lutter/Hommelhoff/Bayer,* GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 5 Rdnr. 41 m. w. N. , § 19 Rdnr. 77.

9 BGHZ 175, 265 = NZG 2008, 425 – Rheinmöve; BGHZ 173, 145 = NJW 2007, 3425 – Lurgi I; BGHZ 170, 47 = NJW 2007, 765 – Warenlager.

10 Siehe zur Rückabwicklung der verdeckten gemischten Sacheinlage nach früherem Recht zuletzt BGH, NJW 2009, 2886 – Lurgi II.

11 *Benz*, S. 109 ff.; *Spindler/Stilz/Heidinger/Benz*, AktG, 2. Aufl. 2010, § 27 Rdnr. 194 f.

12 *Benz*, S. 178 ff.; *Spindler/Stilz/Heidinger/Benz*, AktG, § 27 Rdnr. 195 f.

13 Siehe zur Problematik der verdeckten gemischten Sacheinlage nach neuer Rechtslage auch *Maier-Reimer/Wenzel*, ZIP 2008, 1449, 1452; *Bormann/Urlichs*, GmbHR 2008 Sonderheft MoMiG, S. 37, 40; *Bormann/Kauka/Ockelmann/Bormann,* Handbuch GmbH-Recht, Kap. 4 Rdnr. 217 ff.; *Heckschen/Heidinger/Heidinger,* Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Aufl. 2009, § 11 Rdnr. 275 ff.; *Kersting*, VGR 14 (2009), S. 101, 114; *Heinze*, GmbHR 2008, 1065, 1067; *Lutter/Hommelhoff/Bayer,* § 19 Rdnr. 77.

14 *Benz*, S. 178 ff.; *Lutter/Hommelhoff/Bayer,* § 19 Rdnr. 77; *Spindler/Stilz/Heidinger/Benz,* § 27 Rdnr. 195; *Bayer/Fiebelkorn*, LMK 2010, 304927.

15 Hierzu ausführlich *Benz*, S. 183 ff.; *Spindler/Stilz/Heidinger/Benz,* § 27 Rdnr. 196.

nung reicht dann nicht aus, um die effektive Kapitalaufbringung zu gewährleisten. Tatsächlich verliert hier die Gesellschaft im Rahmen des deklarierten „Kapitalaufbringungsvorgangs“ Kapital anstatt welches – offen oder verdeckt – hinzuzugewinnen. Dem BGH ist beizupflichten, dass dies unter Kapitalschutzgesichtspunkten nicht hingenommen werden kann. Sein Ansatz, ergänzend die §§ 30, 31 GmbHG heranzuziehen,[16] widerspricht jedoch der Systematik des Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsrechts.[17] Denn nach bisherigem Verständnis finden die Normen zur Kapitalerhaltung erst Anwendung, wenn die Kapitalaufbringung ordnungsgemäß abgeschlossen ist. Die klassische Abgrenzung zwischen Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung wird aufgegeben, wenn man einen einheitlichen Vorgang, ja sogar einen einheitlichen Vertrag hinsichtlich verschiedener Teilbeträge dem einen oder dem anderen Regime unterwirft. Dies führt unweigerlich zu Friktionen, so z. B. im Hinblick auf die Beweislastverteilung: Gemäß § 19 Abs. 4 Satz 5 GmbHG trägt der Inferent die Beweislast für die Werthaltigkeit des verdeckt eingebrachten Vermögensgegenstandes, während im Rahmen der §§ 30, 31 GmbHG die Gesellschaft bzw. der Insolvenzverwalter beweisen muss, dass das Geschäft mit dem Gesellschafter einem Drittvergleich nicht standhält.[18]

e) Eine überzeugendere Lösung ergibt sich, wenn man die oben vom BGH abgeleitete Formel heranzieht: Der Inferent schuldet bei einer verdeckten (auch gemischten) Sacheinlage die Differenz zwischen dem Wert des verdeckt eingelegten Gegenstandes und dem von der Gesellschaft dafür entrichteten Kaufpreis. Dogmatisches Fundament ist, dass der Inferent nicht nur bei der offenen, sondern auch bei der verdeckten Sacheinbringung einer Differenzhaftung unterliegt. Nach der Fassung des Regierungsentwurfs zu § 19 GmbHG ergab sich dies unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut. Die Gesetz gewordene Anrechnungslösung hat daran nichts geändert, auch wenn sie es weniger deutlich zum Ausdruck bringt. Einer Sachübernahme vergleichbar lässt sie – zeitlich verzögert bis zur Eintragung – die Tilgung der Bareinlageschuld durch eine Sachleistung zu, verbindet dies aber mit einer Differenzhaftung des Inferenten für einen etwaigen Minderwert des verdeckt eingebrachten Gegenstandes.[19]

Bleibt die Frage, ob eine solche Differenzhaftung über den Nominalwert des übernommenen Geschäftsanteils hinausgehen kann. Sie ist alt und wird mittlerweile von der ganz herrschenden Meinung zu Recht bejaht.[20] Die vom BGH erkannte Schutzlücke im Bereich der Kapitalaufbringung kann somit systemkonform, d. h. insbesondere ohne in das Kapitalerhaltungsrecht auszuweichen, durch Anwendung der Differenzhaftung geschlossen werden.[21] Dass dieser Ansatz der Lösung des BGH vorzuziehen ist, zeigt auch die folgende Kontrollüberlegung: Ein Gesellschafter veräußert im Zusammenhang mit der Übernahme eines Geschäftsanteils an eine Gesellschaft mit erheblicher Überbilanz einen Gegenstand und legt dabei einen Preis zugrunde, der extrem überteuert ist und den Betrag des übernommenen Geschäftsanteils um ein Vielfaches übersteigt. Hält der Gesellschafter gesetzestreu die Formalien der Sacheinbringung ein, haftet er gemäß § 9 GmbHG in voller Höhe für den Minderwert des eingebrachten Gegenstands. Bringt der Gesellschafter den Gegenstand hingegen verdeckt ein, würde er dem BGH zufolge nur in Höhe des (geringen) Nennwerts des Geschäftsanteils haften; die §§ 30, 31 GmbHG versagen, weil die Gesellschaft keine Unterbilanz aufweist. Die verdeckte Sacheinlage würde damit gegenüber der offenen privilegiert, der gesetzestreue Inferent benachteiligt. Das kann nicht richtig sein.

Notar Dr. *Johannes Benz,* Kelheim

---

16 Hierzu bereits *Benz*, S. 188 f.

17 Kritisch auch *Bayer/Fiebelkorn*, LMK 2010, 304927.

18 *Benz*, S. 189.

19 Ausführliche Herleitung und Begründung, auch zu den anderen vorgeschlagenen Ansätzen bei *Benz*, S. 105 ff.; *Spindler/Stilz/Heidinger/Benz,* § 27 Rdnr. 179 ff., 196; so auch *Lutter/Hommelhoff/Bayer,* § 19 Rdnr. 77; *Bayer/Fiebelkorn*, LMK 2010, 304927; *Heckschen/Heidinger* § 11 Rdnr. 247, 308.

20 *Baumbach/Hueck/Fastrich* GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 9 Rdnr. 3; Großkomm-GmbHG/*Ulmer,* 2005, § 9 Rdnr. 11; *Lutter/Hommelhoff/Bayer,* § 9 Rdnr. 4; *Roth/Altmeppen,* GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 9 Rdnr. 6; *Rowedder/Schmidt-Leithoff,* GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 9 Rdnr. 7; *Scholz/H. Winter/Veil,* GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 9 Rdnr. 14; Großkomm-AktG/*Röhricht,* 4. Aufl., § 27 Rdnr. 103; MünchKomm-AktG/*Pentz,* 3. Aufl. 2008, § 27 Rdnr. 44; *K. Schmidt/Lutter/Bayer*, AktG, 2008, § 27 Rdnr. 24; *Gienow* in FS Semler, S. 165, 171 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 37 II 3 c, S. 1121; *Urban* in FS Sandrock, S. 305, 312 ff.; BGHZ 80, 129 = NJW 1981, 1373; BGH, GmbHR 1982, 235; BGHZ 68, 191 = NJW 1977, 1196.

21 Hierfür auch *Bayer/Fiebelkorn*, LMK 2010, 304927.

Internationales Privatrecht

9. BGB § § 2113, 2136; EGBGB Art. 25 Abs. 1 (*Auslegung eines privatschriftlichen Testaments; Vermächtnisweise Zuwendung von Grundbesitz durch österreichische Erblasserin*)

Ordnet der Erblasser im privatschriftlichen Testament ein Vermächtnis hinsichtlich eines ihm „zu 90 %“ gehörendes Grundstücks an und stellt sich später heraus, dass das Grundstück zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung Eigentum einer Gesellschaft war, an der der Erblasser zu 90 % beteiligt ist, so ist davon auszugehen, dass der Erblasser das gesamte Grundstück vermachen wollte, wenn er zum Todeszeitpunkt Alleineigentümer war.

Gemäß § 31 des österreichischen IPRG beurteilen sich der Erwerb und der Verlust dinglicher Rechte nach dem Recht des Staates, in dem sich die Sachen bei Vollendung des dem Erwerb oder Verlust zugrundeliegenden Sachverhalts befinden. Hinsichtlich des Eigentumserwerbs an Grundstücken verweist das österreichische Recht auf das deutsche Recht zurück (Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB). (Leitsatz der Schriftleitung)

LG Traunstein, Beschluss vom 7.4.2010, 4 T 2753/09 und 4 T 2786/09

Mit Schreiben vom 30.6.2009 beantragte der nach § 15 GBO Verfahrensbevollmächtigte für die Antragsberechtigten die Eigentumsumschreibung gemäß der notariellen Urkunde des Verfahrensbevollmächtigten vom 8.6.2009. Zugrunde lag dem ein seitens der Erblasserin in ihrem Testament vom 30.3.1992 gefasstes Vermächtnis folgenden Inhalts:

> „Das zu 90 % mir gehörende Grundstück in B, S-Straße vermache ich, – in Anbetracht zugekommener Hilfe, Treue und Fürsorge meines Bruders X über viele Jahre hindurch – zu je gleichen Teilen meiner Nichte Y und den beiden Neffen A und B.“

Im Grundbuch sind Flurstück 1 und 2 eingetragen. Zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung war Eigentümerin dieses Grundstücks zu 100 % die R mbH & Co. KG an der die Erblasserin zu 90 % beteiligt war. Im Jahr 1998 wurde als Eigentümerin eine Bruchteilsgemeinschaft eingetragen und im Jahr 1999 wurde die Erblasserin Eigentümerin dieses Grundstücks.

Mit Zwischenverfügung vom 16.7.2009 wies das AG – Grundbuchamt — auf ein Eintragungshindernis hin. Da die Erblasserin in ihrem Testament weder Flurstücksnummer noch Hausnummer angegeben

habe und zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung auch nicht Eigentümerin des Flurstück 1 gewesen sei und die Vorerben auch nicht befreit seien, sei zur Durchführung des Vertrags (besonders zur Löschung des Nacherbenvermerks) die Zustimmung sämtlicher Nacherben erforderlich. Hierbei sei zu bedenken, dass der Nacherbe D. derzeit noch minderjährig ist und für die noch ungeborenen Nacherben wohl ein Pfleger bestellt werden müsse, der dem Vertrag zustimme und hierfür wohl auch eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung benötige.

Mit Schreiben vom 23.7.2009 wandte sich der Verfahrensbevollmächtigte gegen die Zwischenverfügung. Zur Übereignung des einem Vermächtnisnehmer vermachten Grundstücks bedürfe auch der nicht befreite Vorerbe grundsätzlich nicht der Zustimmung des Nacherben. Die Ausführungen zur Bestimmung des Vermächtnisgegenstandes seien nicht nachvollziehbar. Die angesprochene Regelungslücke im Testament sei durch erläuternde Auslegung zu schließen. Klar sei, dass die Erblasserin das vermachen habe wollen, was sie in der S-Straße „in Händen gehabt habe“ oder zumindest zu haben geglaubt habe. Eine Angabe von Blattstelle und/oder Flurstücknummer finde sich häufig in letztwilligen Verfügungen nicht. Es könne im Zeitpunkt der Testamentserrichtung ohne weiteres auch ein sog. Verschaffungsvermächtnis vorgelegen haben. Zum Todeszeitpunkt sei die Erblasserin jedenfalls Eigentümerin gewesen. Aus dem Testament ergebe sich, dass die Nacherbenbindung betreffend das urkundsgegenständliche Grundstück gerade nicht gewollt gewesen sei, die Erblasserin sich nur in ihrer Vermögensübersicht wohl nicht recht ausgekannt habe. Seitens des Grundbuchamts sei darzulegen, was die Rechtsfolge der Ausführungen der Erblasserin im Testament sei (was habe sie denn dann vermacht?). Dies könne durch das Erfordernis der Zustimmung der Nacherben nicht ersetzt werden, da diese erst auf der zweiten Ebene ggf. zum Tragen käme, wenn tatsächlich klar sei, dass der Grundbesitz nicht Vermächtnisgegenstand sei.

Mit Schreiben vom 27.7.2009 erwiderte das AG – Grundbuchamt – die Zwischenverfügung. Das Problem liege darin, in grundbuchtauglicher Form nachzuweisen, dass es sich bei dem im Testament vermachten Grundstück um das Flurstück 1 und 2 handle. Die S-Straße sei eine der längsten Straßen der Stadt. Eine Zuordnung sei nur durch Auslegung möglich. Das Flurstück habe im Zeitpunkt der Testamentserrichtung nicht im Eigentum der Erblasserin gestanden, sondern im Eigentum der R mbH & Co. KG, an der die Erblasserin beteiligt war. Durch Schenkungsvertrag vom 23.9.1997 hat die KG das Grundstück an Y, A und B zu je $^3/_{10}$ und an X zu $^1/_{10}$ übertragen. Hätte es sich bei dem Flurstück 1 um das im Vermächtnis gemeinte Grundstück gehandelt, wäre hiermit die Intention der Erblasserin erfüllt gewesen, da die Vermächtnisnehmer somit insgesamt Eigentümer zu 90 % geworden wären. Mit Kaufvertrag vom 7.12.1998 hat die Erblasserin jedoch das Flurstück 1 den Eigentümern wieder abgekauft und wurde am 10.3.1999 als neue Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Der Kaufvertrag wäre widersinnig, wenn die Erblasserin gewollt hätte, dass die Vermächtnisnehmer Eigentümer des Flurstücks sein sollten. Es könne somit nicht mit hinreichender Sicherheit nachgewiesen werden, dass es sich bei dem vermachten Grundstück um das Flurstück 1 handle. Da die S-Straße mehrere Kilometer lang sei, könne das Grundbuchamt nicht überprüfen, ob zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung am 30.3.1992 die Erblasserin oder ggf. ihr gehörende Gesellschaften Eigentümer an anderen Grundstücken in der S-Straße gewesen seien. Da die Vermächtniseigenschaft nicht grundbuchtauglich nachgewiesen werden könne, sei die Zustimmung der Nacherben erforderlich. Da im Testament noch angeordnet ist: „ Mit Zustimmung aller seiner Nacherben kann jeder Vorerbe seinen Anteil des Liegenschaftsvermögens veräußern und belasten ... Bis zum 30. Lebensjahr der Nacherben entscheiden für die noch jüngeren Nacherben hierüber Dr. Z und Dr. O einstimmig als Substitutionskuratoren“, sei in Ergänzung der Zwischenverfügung vom 16.7.2009 neben der Zustimmung der Nacherben auch die Zustimmung der beiden genannten Herren erforderlich.

Mit Schreiben vom 17.8.2009 legte der Verfahrensbevollmächtigte gegen die Zwischenverfügungen vom 16.7.2009 und 27.7.2009 für die Urkundsbeteiligten Beschwerde ein. Das Testament sei ohne weiteres auslegungsfähig. Das Grundbuchamt habe letztwillige Verfügungen selbständig auszulegen und rechtlich zu beurteilen, auch wenn es sich um rechtlich schwierige Fragen handle. Dabei greife auch in diesen Fällen die freie Beweiswürdigung. Die beschwerdegegenständlichen Flurnummern lägen an der S-Straße und weiterer Grundbesitz spiele keine Rolle. Die Erblasserin sei an der KG zu 90 % beteiligt gewesen. Es liege ein typischer Irrtum von Erblassern vor, die zwischen Beteiligung und Grundeigentum nicht unterscheiden würden. Die Zustimmung der Substitutionskuratoren könne nicht verlangt werden. Insoweit sei lediglich ein rein schuldrechtliches Zustimmungserfordernis anzunehmen, dessen Erfüllung das Grundbuchamt nicht zu prüfen habe. Es komme daher auch nicht darauf an, ob die Substitutionskuratoren die Zustimmung der Nacherben ersetzen könnten oder etwa zusätzlich zu diesen handeln müssten. Die Frage falle auch deshalb aus dem Prüfungskatalog heraus, weil sich Art, Umfang und Reichweite der Nacherbenbindung nicht nach österreichischem Recht richten.

Mit Beschluss vom 24.8.2009 half das AG – Grundbuchamt – der Beschwerde nicht ab und legte die Akte dem LG Traunstein zur Entscheidung vor. Es könne nicht überprüft werden, ob es in der S-Straße noch andere Grundstücke gebe, die zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung im Eigentum der Erblasserin oder einer Firma, an der diese beteiligt gewesen sei, gestanden haben.

Mit Schreiben vom 29.12.2009 reichte der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten weitere Unterlagen zur Glaubhaftmachung des verfahrensgegenständlichen Vermächtnisgegenstandes bei Gericht ein. Es komme darauf an, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu klären, welches Grundstück die Erblasserin gemeint hat, was nunmehr klar sein müsste.

Aus den Gründen:

II.

(…)

2. Die Beschwerde ist auch begründet.

a) Die Kammer sieht es als erwiesen an, dass die Erblasserin mit ihren Ausführungen in ihrem Testament vom 30.3.1992 den Beteiligten zu 3–5 den Grundbesitz Flst. 1 und Flst. 2 vermachen wollte.

Es trifft zu, dass die Formulierung der Erblasserin, „das zu 90 % mir gehörende Grundstück in B, S-Straße vermache ich ...“ unklar gefasst ist. Die Verfügung lässt sich allerdings nur dahingehend auslegen, dass die Erblasserin das verfahrensgegenständliche Grundstück meinte. Auch wenn es sich bei der S-Straße in B um eine der längsten Straßen der Stadt handelt ist zu berücksichtigen, dass die Erblasserin ihren Grundbesitz in ihrem Testament vom 30.3.1992 jeweils im Einzelnen bezeichnet hat. Dabei wurde die Verteilung der beiden Häuser in der S-Straße und der restliche umfangreiche Grundbesitz konkret bestimmt. Es liegen keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, dass die Erblasserin bei dieser Aufzählung ihres Grundbesitzes irgendein Grundstück (insbesondere ein weiteres Grundstück in der S-Straße in B) außer Acht gelassen hätte.

Dem steht nicht entgegen, dass die Erblasserin zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments formal gesehen nicht Eigentümerin des verfahrensgegenständlichen Grundstücks war. Eingetragen war im Grundbuch als Eigentümerin die Firma R mbH & Co. KG. Wie sich aus den Jahresabschlüssen dieser Gesellschaft vom 31.1.1992 und vom 31.1.1993 ergibt, hielt die Erblasserin als Kommanditistin einen Kapitalanteil von 90.000 DM. X hielt den einzigen weiteren Kapitalanteil von 10.000 DM inne. Die Erblasserin war somit zu 90 % an dieser Gesellschaft beteiligt. Dieser Grad der Beteiligung lässt sich mit der Erklärung der Erblasserin „ das zu 90 % mir gehörende Grundstück ...“ in Einklang bringen, da aufgrund dieses Beteiligungsverhältnisses das verfahrensgegenständliche Grundstück laienhaft gesehen zu 90 % der Erblasserin gehörte. Es ist anzunehmen, dass die juristisch unkundige Erblasserin nicht ausreichend zwischen Beteiligung und Eigentum unterschieden hat. Dafür spricht, dass auch der Einheitswertbescheid des Finanzamts – Bewertungsstelle – vom 18.12.1991 die Erblasserin zu $^9/_{10}$ und Herrn X zu $^1/_{10}$ als Miteigentümer des verfahrensgegenständlichen Grund-

stücks auswies. Dieser Bescheid erging nur gut drei Monate vor der Errichtung des Testaments seitens der Erblasserin. Zudem ist hierbei zu berücksichtigen, dass die Erblasserin bei der Aufzählung ihrer Beteiligungen in ihrem Testament vom 30.3.1992 die Firma R mbH & Co. KG nicht berücksichtigt hat, was sich damit in Einklang bringen lässt, dass sie dies nicht als Beteiligung, sondern als Eigentumsposition angesehen hat. Seitens des Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten wurden neben den Jahresabschlüssen der bezeichneten Gesellschaft die Jahresabschlüsse weiterer zahlreicher Gesellschaften vorgelegt. An diesen Gesellschaften war die Erblasserin nach den Ausführungen in ihrem Testament vom 30.3.1992 beteiligt. Das jeweilige Anlagevermögen der aufgeführten Gesellschaften umfasst zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung durch die Erblasserin kein Grundstück in der S-Straße in B. Für die Kammer bestehen daher keine Zweifel, dass die Erblasserin in ihrem Vermächtnis das verfahrensgegenständliche Grundstück meinte.

b) Den Hintergrund dafür, dass die Erblasserin mit notariellem Schenkungsvertrag vom 23.9.1997 den verfahrensgegenständlichen Grundbesitz von der Firma R mbH & Co. KG auf die Beteiligten zu 3–5 übertragen hat und von diesen mit notariellem Kaufvertrag vom 7.12.1998 persönlich wieder ankaufte, ist dem Gericht unklar, aber für die Bestimmung des Gegenstandes des Vermächtnisses der Erblasserin nicht relevant. Im Gegenteil spricht der Umstand, dass die schenkweise Übertragung auf genau die Personen, die auch in dem Vermächtnis genannt sind, dafür, dass es sich bei dem verfahrensgegenständlichen Grundstück exakt um das Grundstück handelt, das die Erblasserin in ihrem Vermächtnis vom 30.3.1992 bezeichnet hat.

c) Wie seitens des Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zutreffend ausgeführt, bedarf zur Übereignung des einem Vermächtnisnehmer vermachten Grundstücks der nicht befreite Vorerbe nicht der Zustimmung des Nacherben (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 3483; *Palandt/Edenhofer*, 69. Aufl., § 2113, Rdnr. 5; BayObLG, MittBayNot 2001, 403, wo dies damit begründet wird, dass der Vorerbe in Bezug auf den fraglichen Erbschaftsgegenstand von der Beschränkung des § 2113 Abs. 1 BGB durch den Erblasser befreit ist [§ 2136 BGB] und die Erfüllung des Vermächtnisanspruchs sich nicht als unentgeltliche Verfügung darstellt). Diesbezüglich findet auch deutsches Recht Anwendung. Zwar hatte die Erblasserin ausschließlich die österreichische Staatsangehörigkeit und war zuletzt wohnhaft in Österreich, so dass grundsätzlich gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB österreichisches Recht zur Anwendung kommt. Gemäß § 31 des österreichischen IPRG beurteilen sich der Erwerb und der Verlust dinglicher Rechte an körperlichen Sachen einschließlich des Besitzes nach dem Recht des Staates, in dem sich die Sachen bei Vollendung des dem Erwerb oder Verlust zugrundeliegenden Sachverhalts befinden. Hinsichtlich des Eigentumserwerbs an Grundstücken verweist das österreichische Recht auf das deutsche Recht zurück (Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB). Bezüglich der sog. Erwerbsart bricht somit das Liegenschaftsstatut das Erbstatut (OGH, 3 Ob579/86; *Süß/Haas*, Erbrecht in Europa, 2004, Rdnr. 202).

(…)

Anmerkung:

1. Problemstellung

Der vom LG entschiedene Fall verlangte die Lösung einer komplexen Verschränkung erbrechtlicher und grundbuchrechtlicher Fragen. Die Erblasserin, österreichische Staatsangehörige, hatte in ihrem Testament ein „ihr zu 90 % gehörendes Grundstück in der S-Straße“ drei Personen vermacht. Die Vorerben haben den drei Vermächtnisnehmern ein in dieser Straße belegenes Grundstück aufgelassen, dessen Eigentum zu 100 % in den Nachlass fiel. Zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung, im Jahre 1992, war die Erblasserin zwar nicht Eigentümerin dieses Grundstücks gewesen, wohl aber eine Kommanditgesellschaft, an der die Erblasserin zu 90 % beteiligt war. 1997 hatte die KG den drei Vermächtnisnehmern je 30 %ige Anteile geschenkt. 1998 hatte die Erblasserin das Grundstück von den drei Vermächtnisnehmern und dem vierten Miteigentümer über einen Anteil von 10 % zurückgekauft.

Das Grundbuchamt prüfte vor Eintragung der Vermächtnisnehmer als Eigentümer im Grundbuch die Verfügungsbefugnis der Vorerben. Dazu verlangte es den Nachweis, dass die Verfügung auf einem entsprechenden Vermächtnis beruht. Den Nachweis hielt es durch Vorlage des Testaments für nicht erbracht, denn die S-Straße sei mit einer Länge von mehreren Kilometern so ausgedehnt, dass die Erblasserin durchaus auch andere ihr gehörende Grundstück dort gemeint haben könnte.

Das mit der Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des AG befasste LG hielt das Grundstück für hinreichend genau bezeichnet: Die Erblasserin habe in dem Testament ihren Grundbesitz im Einzelnen aufgelistet, so dass keine Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass an der S-Straße weiterer Grundbesitz vorhanden sein könnte. Unschädlich sei auch die Bezeichnung als Eigentum, wenn ihr an dem Grundstück eine Beteiligung in gleicher Quote über die KG zustand.

2. Kollisionsrechtliche Behandlung

Es stellt sich zunächst die Frage, welche Besonderheiten sich daraus ergeben, dass die Erblasserin österreichische Staatsangehörige war. Das LG weist zu Recht darauf hin, dass wegen der österreichischen Staatsangehörigkeit der Erblasserin gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB österreichisches Erbrecht gilt. Auf diese Verweisung ist auch das österreichische internationale Privatrecht anzuwenden. Insbesondere wäre eine Rückverweisung des österreichischen internationalen Erbkollisionsrechts auf das deutsche Recht gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB in der Weise zu beachten, dass deutsches materielles Erbrecht anzuwenden wäre.

Bis zum Inkrafttreten des Österreichischen Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 15.6.1978 (IPRG) am 1.1.1979 galt im österreichischen internationalen Erbrecht der Grundsatz der Nachlassspaltung. Während für das bewegliche Vermögen das Heimatrecht des Erblassers galt, wurde unbewegliches Vermögen nach dem jeweiligen Belegenheitsrecht vererbt.[1] § 28 Abs. 1 IPRG bestimmt dagegen nun, dass die Rechtsnachfolge von Todes wegen nach dem Personalstatut des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes zu beurteilen ist. Personalstatut einer natürlichen Person ist gemäß § 9 Abs. 1 IPRG das Recht des Staates, dem die Person angehört. Das neue österreichische Recht knüpft mithin das Erbstatut einheitlich an die Staatsangehörigkeit des Erblassers an. Somit gilt im heutigen österreichischen internationalen Erbrecht der Grundsatz der Nachlasseinheit. Die österreichische Erblasserin wird mithin auch nach österreichischer Sicht nach den Regeln des österreichischen Erbrechts beerbt. Eine Rückverweisung auf das deutsche Recht tritt grundsätzlich nicht ein.

---

1 *Köhler*, Erbschaften im Ausland und Ausländernachlässe in Österreich, 1952, 5 ff.

Allerdings bestimmt § 32 IPRG, dass in Bezug auf dingliche Rechte an einer unbeweglichen Sache die Verweisung auf das Belegenheitsrecht in § 31 IPRG für den Erwerb und den Verlust dinglicher Rechte an körperlichen Sachen (Sachenstatut) auch dann maßgebend bleibt, wenn diese Rechte in den Anwendungsbereich einer anderen inländischen Verweisungsnorm fallen. Konkret bedeutet dies, dass die Art und Weise (*modus*) des Erwerbs des unbeweglichen Nachlasses durch die Erben vom Erbstatut ausgenommen ist und sich nach dem Sachenstatut richtet.[2] Für in Österreich belegene Grundstücke ist demnach auch dann, wenn ausländisches Recht Erbstatut ist, eine gerichtliche Einantwortung der Erben in den Nachlass nach österreichischem Nachlassrecht erforderlich.[3] Die internationale Zuständigkeit der österreichischen Verlassenschaftsgerichte ergibt sich für diese Fälle aus § 106 Abs. 1 Ziffer 1 JN. Insoweit wird die Nachlassspaltung im österreichischen Erbrecht also „funktionell beschränkt" weiterhin vollzogen.

Für in Deutschland belegene Grundstücke verweisen daher hinsichtlich des Erwerbsmodus die §§ 31, 32 IPRG spiegelbildlich auf das deutsche Belegenheitsrecht. Hieraus ergibt sich eine gegenständlich und funktionell beschränkte Rückverweisung auf das deutsche Erbrecht, die gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB dazu führt, dass die entsprechenden Fragen nach deutschem Erbrecht zu beurteilen sind.

Das LG Traunstein hat seine Entscheidung über die Befugnis des Vorerben zur Übertragung des Grundstücks auf diese Rückverweisung gebaut. Allerdings hat es in Entscheidungsbegründung[4] dabei die Reichweite dieser „funktionell beschränkten" Rückverweisung verkannt. Die Verweisung auf das Belegenheitsrecht der unbeweglichen Nachlassgegenstände gemäß §§ 31 32 IPRG gilt ausschließlich für die Fragen des „Erbschaftserwerbs", also der Art und Weise (des *modus)* des Übergangs des Nachlasses auf die Erben. Zum *modus* gehört dabei insbesondere die Frage, ob die dinglichen Rechte mit dem Erbanfall automatisch oder erst durch Registereintragung, Übergabe oder einen behördlichen Übertragungsakt auf die Erben und Vermächtnisnehmer übergehen.[5] Über die übrigen Fragen des Erbrechts, also insbesondere das „Ob" des Erwerbs entscheidet aber das Erbstatut. Zu diesen Fragen nach dem *titulus* gehören z. B. der Eintritt des Erbfalls, die Erbfähig- und -unfähigkeit, die gesetzliche Erbfolge, das Pflichtteilsrecht, und vor allem die Verfügung von Todes wegen, Erbeinsetzung, Substitution, Vermächtnis, einschließlich der Auslegung und Wirkungen dieser Verfügungen, der Rechtsstellung der Betroffenen, ihr Verhältnis zueinander und der gesetzlich Begünstigten sowie der Art der Anspruchsgeltendmachung.[6]

Schließlich ist für Fragen des Grundbuchverfahrensrechts die *lex fori* anzuwenden. Es gilt insoweit also für das Grundbuchverfahren das deutsche Recht. Das betrifft dann insbesondere die Frage, in welcher Weise und in welcher Form die Verfügungsbefugnis des Vorerben nachzuweisen ist und ob ein durch Vorlage des Testaments geführter Nachweis hinreichend konkretisiert ist.

Das Testament ist also im vorliegenden Fall doppelt zu prüfen: Aus dem österreichischen Erbstatut ergibt sich, ob der Vorerbe überhaupt über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück verfügen kann oder ob er im Einzelfall der Zustimmung der Nacherben bedarf. Des Weiteren regelt das Erbstatut, ob das Vermächtnis wirksam ist, ob es hinreichend bestimmt ist, wie es auszulegen ist, wie weit es greift und ob es durch lebzeitige Veräußerung des Grundstücks an die Vermächtnisnehmer zwischenzeitlich wieder erloschen ist.

Aus dem deutschen Belegenheitsrecht ergibt sich mithin im vorliegenden Fall, dass das Eigentum an dem vermachten Grundstück mit dem Tod der Erblasserin ipso iure auf den Vorerben übergegangen ist, ohne dass dieser eine Annahme der Erbschaft (Erbantrittserklärung gemäß § 799 ABGB) erklären oder gar eine gerichtliche Einantwortung des Nachlasses (§§ 797, 819 ABGB) betreiben muss,[7] und dass die Vermächtnisansprüche der Vermächtnisnehmer nicht unmittelbar zum Übergang des Eigentums vermachten Grundstücks auf die Vermächtnisnehmer führen, sondern vom Erben durch Auflassung zu erfüllen sind.[8]

Aus dem deutschen Grundbuchverfahrensrecht schließlich ergibt sich dagegen auch dann, wenn das österreichische Recht die Verfügung des Vorerben über das Grundstück im vorliegenden Fall gestatten sollte, wie dem Grundbuchamt gegenüber die sich aus dem österreichischen Erbstatut ergebenden Voraussetzungen für ein Verfügungsrecht des Vorerben im Einzelnen nachgewiesen werden können und welcher Grad der Sicherheit durch den Nachweis erreicht werden muss.

3. Die Verfügungsbefugnis des Vorerben nach österreichischem Recht

Das österreichische Erbrecht unterscheidet bei der „Nacherbschaft" zwischen den Fällen der gemeinen Substitution (Vulgarsubstitution, §§ 604 ff. ABGB) und der fideikommissarischen Substitution gemäß § 608 ff. ABGB. In den Kategorien des deutschen Erbrechts übersetzt entspricht die fideikommissarische Substitution der Vor- und Nacherbfolge nach §§ 2100 ff. BGB, während die Vulgarsubstitution nichts anderes als die Ersatzerbeinsetzung i. S. v. § 2096 BGB darstellt. Dabei hält das österreichische Gesetzesrecht in § 614 ABGB eine besondere Auslegungsregel für Fälle unklarer Formulierung bereit: Im Zweifel ist die Substitution auf eine solche Art auszulegen, wodurch die Freiheit des Erben, über sein Eigentum zu verfügen, am mindesten eingeschränkt wird. Demnach ist im Zweifel eher die gemeine als die fideikommissarische Substitution anzunehmen, und eher die befreite als die volle Nacherbschaft, und schließlich auch eher die volle Erbschaft als die Substitution überhaupt.[9]

Das LG hat im vorliegenden Fall nicht ermittelt, ob einfache oder fideikommissarische Substitution angeordnet worden ist. Da die Testatorin im Testament angeordnet hatte, dass der „Vorerbe" seinen Anteil am Liegenschaftsvermögen nur mit Zustimmung aller seiner Nacherben veräußern oder belasten

---

2 OGH JBl 1992, 460; *Lurger*, IPRax 1994, 236; *Schwimann*, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., 2001, S. 177.

3 Hierzu, insbesondere auch zu der sich für in Deutschland belegene Grundstücke ergebenden funktionell beschränkten Rückverweisung: *Staudinger/Dörner*, 2007, Anh. zu Art. 25 EGBGB Rdnr. 493 ff.; *Solomon*, ZVglRWiss 99 (2000) 170; *Wirner*, „Le mort saisit le vif" oder „hereditas iacens" – eine Grundsatzfrage bei der Abwicklung österreichisch-deutscher Erbfälle, FS Schippel, 1996, S. 981, 982 ff.

4 „Gründe" unter Punkt II 2 c.

5 *Schwimann* in Rummel, ABGB Kommentar, 3. Aufl. 2004, § 28 IPRG Rdnr. 9.

6 *Posch,* Bürgerliches Recht VII: Internationales Privatrecht, 4. Aufl. 2008, Rdnr. 12/4; *Schwimann* in Rummel, a. a. O., § 28 IPRG Rdnr. 5.

7 Vgl. hierzu auch *Geimer*, Anm. zu BayObLG Beschluss vom 2.2.2995, MittBayNot 1995, 232, 233; *St. Lorenz*, IPRax 2004, 536.

8 Dabei ergibt sich die Frage, wie ein Sachvermächtnis zu erfüllen ist, auch aus deutscher Sicht unmittelbar aus dem gemäß Art. 43 EGBGB bestimmten Recht – vgl. *Süß*, RabelsZ (65) 2001, 246, 255.

9 *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Band 2, 13. Aufl. 2007, S. 515.

kann, ist aber wohl zu unterstellen, dass im vorliegenden Fall die fideikommissarische und nicht die einfache Substitution angeordnet war.

Auch nach österreichischem Recht hat der Vorerbe das Vermögen ordentlich zu verwalten und dem Nacherben zu erhalten. Grundsätzlich schließt die fideikommissarische Substitution das Verbot für den Vorerben in sich, durch Veräußerungen und Belastungen über die Substanz zu verfügen. Verfügungen über die Substanz sind aber wirksam, wenn der Nacherbe zustimmt. Das Substitutionsgut haftet für die Erfüllung aller Nachlassverbindlichkeiten, also Erblasser-, Erbfalls- und Erbgangsschulden. Der Vorerbe kann daher solche Verbindlichkeiten ohne Zustimmung des Nacherben erfüllen.[10] Bei Vermächtnisansprüchen handelt es sich um erbrechtliche Verbindlichkeiten, die durch den Erbfall ausgelöst werden[11] und damit um Erbfallsschulden. Diese kann der Vorerbe mithin ohne Zustimmung der Nacherben erfüllen.

Damit spitzt sich im vorliegenden Fall auch bei Anwendung des österreichischen Erbrechts auf die Kompetenzen des Vorerben die Wirksamkeit die Prüfung der Wirksamkeit der Auflassung auf die Frage zu, ob das Grundstück Gegenstand eines fälligen Vermächtnisanspruchs ist.

4. Bestehen des Vermächtnisanspruchs nach österreichischem Recht

Hier ergibt sich zunächst das schon vom Grundbuchamt aufgeworfene Problem der hinreichenden Bestimmtheit des Vermächtnisses. Die Auslegung und Auslegungsfähigkeit von Testamenten ist erbrechtlich zu qualifizieren. Insoweit gilt daher auch in dieser Hinsicht das österreichische Recht. Auch wenn § 565 ABGB verlangt, dass der Erblasser seinen Willen „bestimmt“ erklärt, sind undeutliche Äußerungen nicht schlechthin ungültig, sondern es ist der Sinn durch Auslegung zu ermitteln. Maßgeblich ist der subjektive Wille des Testierenden.[12] Insoweit wird man daher die Vermächtnisanordnung auf die Anteile an der grundbesitzhaltenden KG beziehen können. Es wäre kaum zu vermitteln, dass die deutschen Finanzbehörden der Testatorin unmittelbar einen 90 %igen Anteil an dem Grundstück zuordnen, das Grundbuchamt dagegen sich auf den Standpunkt stellt, es handele sich um das Eigentum eines Dritten.

Auch wenn damit das Objekt des Vermächtnisses wohl hinreichend klar bestimmt ist, so bleibt das Bestehen eines entsprechenden Vermächtnisanspruchs dennoch aus zwei weiteren Aspekten zweifelhaft:

Zunächst hat die Erblasserin den Vermächtnisnehmern nur 90 % des Grundstücks zugewandt. Dies entsprach ihrer wertmäßigen Beteiligung am Grundstück zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung. Da der Nachlass das Alleineigentum an dem Grundstück enthielt, wäre es zumindest einer Überlegung wert gewesen, ob das Vermächtnis denn auch das vollständige Eigentum am Grundstück erfassen sollte oder ob nicht weiterhin nur 90 % vermacht sein sollten. Da es hier um die Berücksichtigung von Entwicklungen geht, die nach Errichtung des Testaments eingetreten sind und von denen der Erblasser bei Errichtung des Testaments noch keine Kenntnisse hatte, handelt es sich hier nach der Diktion des deutschen Erbrechts um einen Fall der ergänzenden Testamentsauslegung unter Ermittlung des „hypothetischen Erblasserwillens“.[13] Die Auslegung von Testamenten ist keine reine Tatsachenfeststellung, die nach den verfahrensrechtlichen Regeln der lex fori erfolgt, sondern eine materiellrechtlich zu qualifizierende Frage, die sich nach den Regeln des Erbstatuts vollzieht.[14] Da es sich hier nicht um eine Frage des Erwerbs des Nachlasses (also die Frage: Wie gelangt der Berechtigte an den Nachlass) handelt, sondern um eine Frage des Titels (also die Frage: Was kann er überhaupt bekommen), gilt auch für die Auslegung mangels Rückverweisung das österreichische Erbstatut – und nicht das deutsche Recht, wie das LG offenbar annahm.

Auch in Österreich wird eine „hypothetische Auslegung“ allgemein für möglich gehalten. Allerdings ist Voraussetzung für die Heranziehung des hypothetischen Willens des Erblassers zur Schließung einer Regelungslücke im Testament, dass der Wille sich aus einem tatsächlichen übergeordneten Regelungsziel des Erblassers ableiten lässt und dass dieses Regelungsziel in der testamentarischen Erklärung zum Ausdruck kommt oder zumindest angedeutet wird. Anderenfalls bestehe die Gefahr, dass dem Erblasser etwas unterstellt wird, was dieser gar nicht gewollt hätte.[15] Eine Auslegung des Vermächtnisses dahingehend, dass den drei Vermächtnisnehmern nun sämtliche Anteile an dem Grundstück zukommen sollen, wäre danach m. E. möglich, wenn sich aus dem Testament ergäbe, dass das Grundstück den Vermächtnisnehmern zugewandt wurde, weil diese mit dem Grundstück persönlich besonders verbunden waren, so dass die Erblasserin diesen in jedem Fall sämtliche Anteile zuwenden wollte, die sie zum Zeitpunkt des Erbfalls an dem Grundstück halten wird. Freilich lässt sich dem vorliegenden Testament eher entnehmen, dass es der Erblasserin allein darum ging, eine finanzielle Begünstigung als Ausgleich für die vom Vater der Vermächtnisnehmer ihr erbrachten Hilfeleistungen zu gewähren als darum, den Beteiligten einem bestimmten Gegenstand zuzuwenden, mit dem diese besonders verbunden sind. Bei einer besonderen Bedeutung gerade dieses Grundstücks für die Vermächtnisnehmer wären auch wohl die Probleme mit der hinreichenden Konkretisierung des Vermächtnisgegenstands nicht aufgekommen. In einem Fall in dem der Erblasser „seine Hausanteile“ vermacht und nach der Testamentserrichtung weitere Hausanteile hinzukommen, hatte die österreichische Rechtsprechung sogar entschieden, dass die hinzugekommenen Anteile im Zweifel von dem Vermächtnis nicht erfasst seien.[16] Ob damit im hier besprochenen Fall über die testamentarisch ausdrücklich zugewandten 90% hinaus auch die restlichen 10% den Nichten und Neffen zugewandt werden sollten, wäre damit nach den österreichischen Regeln für die Testamentsauslegung wohl eher zu verneinen.

Die Urteilsbegründung geht leider nicht auf die Auswirkungen der zwischenzeitlichen Schenkung von 90 % der Anteile an dem Grundstück durch die Kommanditgesellschaft an die Vermächtnisnehmer im Jahre 1997 ein. Die Schenkung erfolgte aufgrund notariellen Schenkungsvertrags einige Jahre nach der Testamentserrichtung. Hierdurch hatte die Erblasserin als Inhaberin einer 90%igen Beteiligung an der KG

---

10 *Eccher* in Schwimann, Praxiskommentar ABGB Band 3, 3. Aufl. 2006, § 613 ABGB Rdnr. 4, 7.

11 *Eccher*, Bürgerliches Recht VI: Erbrecht, 2. Aufl. 2002, Rdnr. 8/4.

12 Österreichischer Oberster Gerichtshof, Österreichische Notariatszeitung (NZ) 1997, 365.

13 MünchKomm/*Leipold*, 5. Aufl. 2010, § 2084 Rdnr. 77 m. w. N.

14 OLG München, ZEV 2006, 451; *Staudinger/Dörner*, 2007, Art. 25 EGBGB Rdnr. 262.

15 *Weiß/Likar-Peer* in Ferrari/Likar-Peer, Erbrecht – Ein Handbuch für die Praxis, 1. Aufl., 2007, S. 120.

16 So das Beispiel bei *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht Band 2, 13. Aufl. 2007, S. 494 unter Verweisung auf eine ältere Entscheidung des österreichischen OGH.

das Vermächtnis quasi bereits zu Lebzeiten, gleichsam im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge, erfüllt. § 661 ABGB bestimmt insoweit, dass das Vermächtnis ohne Wirkung sei, wenn das vermachte Stück zur Zeit der letzten Anordnung schon ein Eigentum des Legatars war. Hat der Legatar es später an sich gebracht, so wird ihm der ordentliche Wert bezahlt. Wenn er es aber von dem Erblasser selbst, und zwar unentgeltlich erhalten hat, ist das Vermächtnis für aufgehoben zu halten. § 661 Satz 3 ABGB enthält also eine Widerrufsvermutung.[17] Der vorliegende Fall, dass der Erblasser im Todeszeitpunkt wieder Eigentümer der Sache geworden ist, weil er sie in der Zwischenzeit dem Vermächtnisnehmer wieder abgekauft hat, ist in § 661 ABGB zwar nicht ausdrücklich geregelt. Man könnte hier an ein Wiederaufleben des Vermächtnisses in Form eines „Widerruf des Widerrufs" denken. Das würde der Systematik des § 661 ABGB aber nicht gerecht. Den drei Vermächtnisnehmern blieb die vorweggenommene Zuwendung im vorliegenden Fall dadurch erhalten, dass sie von der Erblasserin für die Herausgabe des Grundstücks einen Kaufpreis erhielten. Wollte man das Vermächtnis aufrechterhalten, käme es zu einer doppelten Zuwendung des Grundstückswerts an die Vermächtnisnehmer. Das könnte zwar im Einzelfall gewollt gewesen sein. Im Ergebnis würde es aber eine Korrektur des Testaments darstellen, welches die Erblasserin möglicherweise in der Annahme errichtet hatte, die Hilfe, Treu und Zuwendung des Bruders sei mit der Übertragung von 90 % des Grundstückseigentums an die Nichten und Neffen hinreichend abgegolten. Insoweit würde man auf der Basis des vom LG im Urteil mitgeteilten Sachverhalts wohl davon ausgehen müssen, dass das Vermächtnis durch die lebzeitige Schenkung erloschen war. Freilich ist anzunehmen, dass dem Gericht, den Beteiligten und schließlich auch ihren rechtlichen Beratern weitere Umstände des Sachverhalts geläufig waren, die einer entsprechenden Auslegung so deutlich entgegen standen, dass sie diese ansonsten doch so naheliegende Frage nicht für erläuterungswürdig hielten.

Rechtsanwalt Dr. *Rembert Süß,* Würzburg

17 *Kralik*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band 4: Das Erbrecht, 3. Aufl. 1983, S. 224.

Beurkundungs- und Notarrecht

10. BeurkG § 17 Abs. 1 Satz 1; BNotO §§ 14, 19 Abs. 1 (*Belehrungspflichten bei Bauträgervertrag mit eingetragenem Zwangsversteigerungsvermerk*)

Zum Umfang und Schutzzweck der notariellen Belehrungspflicht bei Beurkundung eines Bauträgervertrags, wenn zum Zeitpunkt der Niederschrift ein Zwangsversteigerungsvermerk zulasten des Verkäufers/Bauträgers im Grundbuch eingetragen ist.

BGH, Urteil vom 22.7.2010, III ZR 293/09

Die am 8.12.2003 gegründete O. P. GmbH bezweckte, den von ihr am selben Tag erworbenen Grundbesitz O zu sanieren, in Wohnungseigentumseinheiten aufzuteilen und entsprechend zu veräußern. Von der P. I. T. AG, einer ihrer Gründungsgesellschafterinnen, erhielt sie ein Darlehen über 450.000 €, zu dessen Sicherung eine erstrangige Grundschuld an diesem Objekt bestellt und im Grundbuch eingetragen wurde. Der beklagte Notar beurkundete sowohl den Gesellschaftsvertrag als auch den Kaufvertrag und die Bestellung dieser Grundschuld. Nachdem es zu Unstimmigkeiten zwischen den genannten Unternehmen gekommen war, ordnete das AG auf Antrag der P. I. T. AG am 7.3.2005 die Zwangsversteigerung des gesamten Grundbesitzes O an. Der daraufhin in das Grundbuch eingetragene Zwangsversteigerungsvermerk wurde aufgrund eines zwischen der P. I. T. AG und der O. P. GmbH geschlossenen Vergleichs am 4.4.2005 wieder gelöscht. Auf die gleiche Weise kam es am 18.8.2005 zur Löschung eines weiteren auf Betreiben der P. I. T. AG am 15.7.2005 für acht Kaufobjekte eingetragenen Zwangsversteigerungsvermerks; die für sie bestellte Grundschuld über 450.000 € wurde am 13.9.2005 gelöscht. Am 25.11.2005 bewirkte die P. I. T. AG abermals die Eintragung eines Zwangsversteigerungsvermerks zulasten von noch zwei Wohnungseigentumseinheiten.

Am 6.12.2005 beurkundete der Beklagte den Kaufvertrag zwischen den Klägern und der O. P. GmbH über eine dieser beiden Eigentumswohnungen zu einem Preis von 349.562 €. Die Verkäuferin verpflichtete sich dabei, das Objekt bis zum 30.11.2006 bezugsfertig herzustellen. Der Kaufpreis sollte nach Maßgabe eines der Makler- und Bauträgerverordnung entsprechenden Ratenzahlungsplans entrichtet werden. Auf den zum Zeitpunkt der Beurkundung noch im Grundbuch eingetragenen Zwangsversteigerungsvermerk wies der Beklagte nicht gesondert hin und bezeichnete diesen im Kaufvertrag in Teil A (1) unter „lfd. Nr. 8" bei Aufzählung der Grundbuchbelastungen in Abteilung II lediglich als „Vermerk". Am 20.12.2005 zahlten die Kläger die erste Kaufpreisrate i. H. v. 104.868,60 € auf ein Notaranderkonto des Beklagten. Am 5.1.2006 wurde zu ihren Gunsten eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen. Nachdem auch der zuletzt noch bestehende Zwangsversteigerungsvermerk nach Maßgabe eines erneuten zwischen der P. I. T. AG und der O. P. GmbH zustande gekommenen Vergleichs am 8.2.2006 gelöscht worden war, kehrte der Beklagte die erste Kaufpreisrate nach Maßgabe der ihm erteilten Anweisungen aus.

Da die Verkäuferin ihren vertraglichen Verpflichtungen wegen finanzieller Schwierigkeiten nicht mehr nachkommen konnte, kündigten die Kläger am 5.5.2006 den Bauträgervertrag und ließen zusammen mit anderen Wohnungseigentümern die noch ausstehenden Sanierungsarbeiten auf eigene Kosten ausführen. Am 12.9.2006 wurde für die O. P. GmbH ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgte am 24.9.2007.

Die Kläger werfen dem Beklagten die Verletzung seiner notariellen Amtspflichten vor, weil er sie im Beurkundungstermin nicht über den noch im Grundbuch eingetragenen Zwangsversteigerungsvermerk und die ihm nach ihrer Behauptung im Einzelnen bekannten wirtschaftlichen Schwierigkeiten der O. P. GmbH unterrichtet habe. Sie machen deshalb einen Schadensersatzanspruch i. H. v. 173.345,13 € geltend und begehren darüber hinaus die Feststellung seiner Verpflichtung, ihnen alle Schäden zu ersetzen, die auf diese Pflichtverletzung zurückzuführen seien.

Das LG hat die Klage abgewiesen, die Berufung der Kläger ist ohne Erfolg geblieben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihre bisherigen Klageanträge weiter.

Aus den Gründen:

(…)

II.

Das angefochtene Urteil hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Das Berufungsgericht geht im Ausgangspunkt zutreffend davon aus, dass der Beklagte seine Amtspflichten als Notar verletzt hat, weil er die Kläger im Beurkundungstermin vom 6.12.2005 nicht auf den zu diesem Zeitpunkt noch für die P. I. T. AG im Grundbuch eingetragenen Zwangsversteigerungsvermerk, der neben einer anderen Wohnungseigentumseinheit auch das von den Klägern erworbene Objekt betraf, und die damit verbundenen Folgen hingewiesen hat.

Damit hat er gegen seine aus § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG folgende Amtspflicht verstoßen, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des beurkundeten Kaufvertrags, zu der auch der Hinweis auf die bestehenden Belastungen und deren

Bedeutung gehört, sowie über die unmittelbaren rechtlichen Bedingungen für den Eintritt des beabsichtigten Rechtserfolgs zu belehren (vgl. BGH, NJW 2004, 1865, 1866; BGH, NJW 1996, 522, 523 und NJW-RR 1992, 393, 394; *Frenz* in Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, 2. Aufl. 2004, § 17 BeurkG Rdnr. 8 ff.; *Sandkühler* in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 6. Aufl. 2008, § 14 Rdnr. 130, 145; *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl. 2008, § 17 Rdnr. 219, 224 f.; *Ganter* in Ganter/Hertel/ Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung, 2. Aufl. 2009, Rdnr. 1075, 1077). Der zum Zeitpunkt der Beurkundung des vorliegenden Kaufvertrags noch im Grundbuch eingetragene Zwangsversteigerungsvermerk war in rechtlicher Hinsicht deshalb von maßgeblicher Bedeutung, weil die Anordnung der Zwangsversteigerung zugunsten der P. I. T. AG die Beschlagnahme des Grundstücks und damit ein Veräußerungsverbot zur Folge hatte (vgl. § 20 Abs. 1, § 23 Abs. 1 Satz 1 ZVG). Damit bestand bis auf Weiteres ein Hindernis für den beabsichtigten Erwerb lastenfreien Eigentums. Darüber und über mögliche Sicherungsmaßnahmen hätte der Beklagte deshalb belehren müssen. Die Aufnahme eines Hinweises im Kaufvertrag lediglich auf einen in Abteilung II des Grundbuchs eingetragenen „Vermerk“ wurde demgegenüber seinen Verpflichtungen zur Belehrung über die rechtliche Tragweite der noch bestehenden Belastung in keiner Weise gerecht, zumal der Inhalt dieses „Vermerks“ weder besprochen noch erläutert wurde.

2. Die Auffassung des Berufungsgerichts, ein auf diese Pflichtverletzung des Beklagten gestützter Schadensersatzanspruch aus § 19 Abs. 1 BNotO sei deshalb nicht begründet, weil der von den Klägern geltend gemachte Schaden nicht in den Schutzbereich dieser verletzten notariellen Amtspflicht aus § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG falle und deshalb dem Beklagten nicht zugerechnet werden könne, ist jedoch nicht frei von Rechtsfehlern.

a) Zwar ist es richtig, dass auch im Notarhaftungsrecht – wie allgemein im Schadensersatzrecht – nur für solche Schadensfolgen Ersatz verlangt werden kann, die innerhalb des Schutzbereichs der verletzten Norm liegen. Es muss sich um Folgen handeln, die in den Bereich der Gefahren fallen, um derentwillen die Rechtsnorm erlassen wurde. Deswegen muss zwischen der durch den Schädiger geschaffenen Gefahrenlage und dem Schaden ein innerer Zusammenhang bestehen. Eine bloß zufällige äußere Verbindung genügt dabei nicht (vgl. BGH, NJW-RR 2008, 1644, 1645 Rdnr. 15).

b) Diese Maßgaben sind jedoch im Streitfall erfüllt. Die rechtliche Wertung des Berufungsgerichts, dass sich ein von dem zum Zeitpunkt der Beurkundung des Kaufvertrags im Grundbuch noch eingetragenen Zwangsversteigerungsvermerk ausgehendes Risiko nicht verwirklicht habe und die Vertragsdurchführung nicht an dieser Grundbucheintragung gescheitert sei, greift zu kurz und zieht die Grenzen des Schutzzwecks der zutreffend angenommenen Belehrungspflicht über den Zwangsversteigerungsvermerk zu eng.

Im Rechts- und Geschäftsverkehr wird die Eintragung eines Zwangsversteigerungsvermerks zulasten eines Vertragspartners regelmäßig als Warnhinweis auf mögliche bestehende finanzielle Schwierigkeiten angesehen mit der Folge, dass im Allgemeinen vor Abschluss eines mit wirtschaftlichen Risiken verbundenen Vertrags die Leistungsfähigkeit dieses Vertragspartners „hinterfragt“ wird. Dies belegt, dass in der Rechtswirklichkeit durch die Eintragung eines Zwangsversteigerungsvermerks sehr wohl ein – für die Haftungszurechnung ausreichender – Zusammenhang zwischen der rechtlichen und der wirtschaftlichen Durchführbarkeit des Vertrags hergestellt wird.

3. Darüber hinaus hat das Berufungsgericht den Umfang der einem Notar obliegenden Belehrungspflichten zu gering bestimmt. Jedenfalls bei der hier vorliegenden Fallkonstellation hätte es der Beklagte nicht mit einem Hinweis auf den eingetragenen Zwangsversteigerungsvermerk und dessen rechtliche Auswirkungen bewenden lassen dürfen. Vielmehr hätte er angesichts der mit dem Abschluss eines Bauträgervertrags im Vergleich zu allgemeinen Grundstücksgeschäften verbundenen erhöhten wirtschaftlichen Risiken für die Käufer die Kläger darüber belehren müssen, dass ein derartiger Vermerk als ein Warnsignal für bestehende finanzielle Schwierigkeiten des Grundstückseigentümers zu verstehen ist.

a) Die dem Notar nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG obliegende Pflicht zur Rechtsbelehrung soll zwar in erster Linie die Errichtung einer rechtswirksamen Urkunde über den wahren Willen der Beteiligten gewährleisten; diesem Zweck entsprechend reicht diese Pflicht grundsätzlich nur soweit, als eine Belehrung für das Zustandekommen einer formgültigen Urkunde erforderlich ist, die diesen Willen der Beteiligten vollständig und unzweideutig in der für das beabsichtigte Rechtsgeschäft zutreffenden Form rechtswirksam enthält (BGH, NJW-RR 1987, 84, 85; *Sandkühler*, a. a. O., Rdnr. 134; *Ganter*, a. a. O., Rdnr. 992). Dagegen bezieht sich die Belehrungspflicht nach dieser Vorschrift grundsätzlich nicht auf die wirtschaftliche Tragweite des Rechtsgeschäfts, um dessen wirtschaftliche Zweckmäßigkeit sich der Notar nicht zu kümmern braucht. Da er nicht Wirtschaftsberater der Beteiligten ist, besteht in der Regel keine Verpflichtung, über die wirtschaftlichen Folgen, die wirtschaftliche Durchführbarkeit des beabsichtigten Geschäfts oder mögliche finanzielle Schwierigkeiten eines Vertragspartners zu belehren, weil es sich insoweit nicht um Rechtsfolgen handelt. Die Beurteilung der wirtschaftlichen Auswirkungen eines Geschäfts ist in erster Linie Sache der Parteien, wie ihnen auch die Beurteilung der Zuverlässigkeit des Vertragspartners überlassen bleibt (vgl. BGH, NJW 2005, 3495; BGH, NJW 1967, 931, 932; *Ganter*, Rdnr. 1103, 1104, 1106; *Winkler*, § 17 Rdnr. 237, 238; *Armbrüster* in Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG und DONot, 5. Aufl. 2009, § 17 BeurkG Rdnr. 38, 66).

b) Auch wenn an diesen Grundsätzen festzuhalten ist, hat der Notar bei Wahrnehmung seiner Hinweis- und Belehrungspflichten den bei einem im Grundbuch eingetragenen Zwangsversteigerungsvermerk (typischerweise) bestehenden Zusammenhang zwischen der rechtlichen und wirtschaftlichen Durchführbarkeit des Vertrags zu berücksichtigen. Dies bedeutet, dass der Notar jedenfalls bei Beurkundung eines Bauträgervertrags, der – wovon hier auszugehen ist – zwischen einem Unternehmer und Verbrauchern abgeschlossen wird (Verbrauchervertrag i. S. d. § 310 Abs. 3 BGB), wegen der mit dem Abschluss eines solchen Vertrags verbundenen wirtschaftlichen Risiken und der gegenüber Verbrauchern bestehenden besonderen Schutz- und Belehrungsfunktion der Beurkundung (vgl. § 17 Abs. 2 a BeurkG; siehe dazu *Winkler*, § 17 Rdnr. 76) verpflichtet ist, nicht nur auf die durch einen solchen Vermerk für die rechtliche, sondern auch auf die für die wirtschaftliche Durchführbarkeit des Vertrags entstehenden Gefahren hinzuweisen. Diese Pflicht ist Ausfluss der sich aus § 14 BNotO ergebenden sogenannten erweiterten Belehrungspflicht, die sich in Ausnahmefällen auch auf die wirtschaftlichen Folgen eines Rechtsgeschäfts erstrecken kann (vgl. BGH vom 26.2.2009, III ZR 135/08, BeckRS 2009, 08360 Rdnr. 6 m. w. N.).

aa) Die mit einem Bauträgervertrag, wie er auch im Streitfall zugrundeliegt, einhergehenden besonderen Risiken bestehen für den Erwerber vor allem darin, dass er gehalten ist, an den Bauträger bereits während der Bauphase Abschlagszahlungen

für das erworbene Objekt und die fortschreitende Bausubstanz vorzunehmen, ohne jedoch zunächst das Eigentum an dem Grundstück bzw. der Wohnung und der bereits bezahlten Baumasse zu erhalten. Der Erwerber erbringt folglich finanzielle Vorleistungen gegenüber dem Bauträger, Besitz und Eigentum an dem Kaufobjekt erhält er erst, nachdem das vertraglich Geschuldete fertiggestellt und die geschuldete Vergütung vollständig gezahlt wurde. Dabei sieht die typische, auch hier gewählte, Gestaltung eines Bauträgervertrags die Einbeziehung der gewerberechtlichen Regelungen der Makler- und Bauträgerverordnung vor, wonach bereits die erste Zahlung bis zu 30 % der Vertragssumme betragen kann (§ 3 Abs. 2 Nr. 1 MaBV). Die Absicherung des insoweit vorleistenden Erwerbers richtet sich im Wesentlichen nach den Bestimmungen der §§ 3 und 7 MaBV; diese bezwecken allerdings nur einen Mindestschutz des Käufers (vgl. BGH, NJW 2008, 1321, 1322 Rdnr. 11). Dadurch wird sein primäres Interesse an der vollständigen und mangelfreien Fertigstellung des Kaufobjekts jedoch nicht abgesichert. Zwar ist nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MaBV für die geleistete Vorauszahlung eine Vormerkung im Grundbuch einzutragen. Diese schützt aber nur vor einer Fremdverfügung und sichert den Anspruch des Erwerbers auf Übereignung, nicht aber die Rückzahlung der bereits erbrachten Beträge im Leistungsstörungsfall und die Fertigstellung des Kaufobjekts. Umso mehr bestehen für den Erwerber erhebliche wirtschaftliche Risiken, weil er für den Fall der Zahlungsunfähigkeit oder der Insolvenz des Bauträgers und damit eintretendem Baustillstand keine Gewähr dafür hat, dass das Kaufobjekt überhaupt, rechtzeitig und mangelfrei fertiggestellt wird (vgl. zu den Risiken beim Bauträgervertrag bei Insolvenz des Bauträgers, auch hinsichtlich der Geltendmachung von Gestaltungsrechten, z. B. *Blank*, BauR 2010, 4 ff.; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 6. Aufl. 2009, Rdnr. 88, 295 ff.; *Kniffka/Koeble*, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl. 2008, 11. Teil, Rdnr. 22, 68 ff.).

bb) Da der Notar nicht ohne weiteres davon ausgehen kann, dass dem (privaten) Käufer eines Hauses oder einer Eigentumswohnung die wirtschaftliche Dimension der Eintragung eines Zwangsversteigerungsvermerks bewusst ist, ist der Notar regelmäßig gehalten, ihn vor Abschluss finanziell riskanter Verträge auf die „faktische Warnfunktion“ eines Zwangsversteigerungsvermerks hinzuweisen. Auf diese Weise wird der Kaufinteressent in die Lage versetzt, die für ihn bestehenden wirtschaftlichen Risiken (besser) abzuschätzen und ggf. weitere Erkundigungen anzustellen.

cc) Im konkreten Fall kommt hinzu, dass dem beklagten Notar der Dauerstreit zwischen der Verkäuferin und der für ihr wirtschaftliches Überleben unverzichtbaren P. I. T. AG bekannt war und, so die unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts, ihm darüber hinaus klar sein musste, dass die Verkäuferin die erste Kaufpreisrate der Kläger zur Tilgung anderweitiger Verbindlichkeiten verwenden würde, mithin keine liquiden Mittel mehr übrig blieben, die sie zur Erfüllung der vertraglich übernommenen Bauverpflichtung hätte einsetzen können. Aufgrund dieses Kenntnisstands war der Beklagte zumindest gehalten, die Kläger besonders nachdrücklich auf die „Indizwirkung“ der Eintragung eines Zwangsversteigerungsvermerks für eine wirtschaftliche Schieflage der O. P. GmbH hinzuweisen.

4. Die vom Revisionsbeklagten gegen die Annahme einer die Haftung des Beklagten begründenden Amtspflichtverletzung vorgebrachten Bedenken greifen nicht durch.

a) Der Einwand des Beklagten, die im notariellen Kaufvertrag enthaltenen Fälligkeitsabreden hätten eine Auszahlung des Kaufpreises an die Verkäuferin vor Löschung des Zwangsversteigerungsvermerks ausgeschlossen, so dass zu keinem Zeitpunkt die Gefahr einer ungesicherten Vorleistung bestanden hätte, greift nach dem zuvor Gesagten zu kurz. Dass den Klägern im Vertrag keine ungesicherte Vorleistung abverlangt wurde, machte einen entsprechenden Hinweis auf den Zwangsversteigerungsvermerk und die damit möglicherweise im Zusammenhang stehenden Gefahren jedoch nicht entbehrlich. Denn den Käufern verblieb, wie ausgeführt, das sich vor allem im Falle der Insolvenz verwirklichende Fertigstellungsrisiko.

b) Nicht zu folgen ist auch der in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geäußerten Auffassung des Beklagten, einem Hinweis auf den Vermerk und dessen wirtschaftliche Bedeutung habe die sich aus § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO ergebende Neutralitätspflicht des Notars entgegen gestanden. Zwar hat sich ein Notar grundsätzlich nicht mit Bedenken gegen eine bestimmte Person als Vertragspartner zu befassen; auch muss er auf Zweifel an der Vertrauenswürdigkeit eines Beteiligten, die sich aus dem Notar konkret bekannten Umständen, etwa einer Vorstrafe, ergeben könnten, nur in Ausnahmefällen aufmerksam machen, weil er anderenfalls mit solchen Hinweisen in einen Interessenkonflikt geraten würde (vgl. z. B. BGH, NJW 1967, 931). Indes war im Streitfall der Beklagte nicht gehalten, die Kläger über die Einzelheiten der bestehenden Streitigkeiten zwischen der P. I. T. AG und der O. GmbH sowie die Ursachen der bereits mehrfach eingetragenen Zwangsversteigerungsvermerke und die offenbar latent vorhandenen wirtschaftlichen Engpässe der GmbH zu informieren. Vielmehr wäre es ausreichend, aber auch erforderlich gewesen, nachdrücklich auf den Zwangsversteigerungsvermerk und die sich daraus ergebenden Indizien für etwaige bestehende wirtschaftliche Schwierigkeiten sowie mögliche Auswirkungen für die geplante Verwirklichung des Bauvorhabens hinzuweisen. Schutzwürdige Belange des Bauträgers wären dadurch nicht berührt worden, zumal ohnehin kein berechtigtes Interesse daran bestehen konnte, den Zwangsversteigerungsvermerk unerwähnt zu lassen (vgl. BGH, Urteil vom 19.12.1991, S. 394; *Ganter*, Rdnr. 1078).

5. Weil vorliegend die notarielle Amtspflicht, über den noch eingetragenen Zwangsversteigerungsvermerk und seine Bedeutung zu belehren, auch dazu diente, den Klägern als Käufer einer noch herzustellenden Eigentumswohnung die Gelegenheit zu geben, die Frage der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ihres Vertragspartners und damit der Durchführbarkeit des Vertrags näher zu prüfen, stellt die festgestellte Verletzung dieser Verpflichtung die Grundlage für einen Schadensersatzanspruch aus § 19 Abs. 1 BNotO dar.

Da das Berufungsgericht – von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig – keine weiteren Feststellungen zu den Voraussetzungen und zur Höhe des geltend gemachten Schadensersatzanspruches aus § 19 Abs. 1 BNotO getroffen hat, ist die Sache nicht zur Endentscheidung reif. Sie ist deshalb unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 und 3 ZPO).

Anmerkung:

Mit dem vorstehenden Judikat bestätigt der BGH seine bisherige Rechtsprechung zu den Pflichten des Notars nach § 17 Abs. 1 BeurkG sowie zur erweiterten Belehrungspflicht (sog. Warnpflicht) des Notars, deren Grundlage in § 14 BNotO gesehen wird. Die Besonderheit dieses Judikats besteht darin, dass der BGH gerade bei der Begründung der Warnpflicht über die Maßgeblichkeit der Umstände des konkreten Einzelfalls hinaus den notariellen Pflichtenkatalog in den Fällen erweitert, in denen Verbraucher vom Bauträger erwerben.

1. Notarielle Belehrungspflichten nach § 17 Abs. 1 BeurkG

a) Der Erwerber einer zu sanierenden Eigentumswohnung begehrte vom beurkundenden Notar Schadensersatz, weil dieser ihn bei einem Kaufvertrag mit einer Bau- bzw. Sanierungsverpflichtung, auf den die Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) Anwendung findet, nicht gesondert darauf hingewiesen hätte, dass sich der veräußernde Bauträger in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befände, obwohl zum Zeitpunkt der Beurkundung auf dem vertragsgegenständlichen Sondereigentum ein Zwangsversteigerungsvermerk eingetragen war. Auch der notarielle Kaufvertrag enthielt keinen Hinweis auf das laufende Versteigerungsverfahren, die Urkunde sprach bei den Grundbuchbelastungen lediglich von „Vermerk". Nach Einzahlung der ersten Kaufpreisrate auf ein Notaranderkonto[1] und deren Auskehrung nicht an den Verkäufer, sondern an dessen Gläubiger kam der Verkäufer seinen vertraglichen Pflichten nicht mehr nach, was zur Kündigung des Vertrages seitens des Erwerbers und zur Durchführung der Sanierung auf dessen eigene Kosten führte.

b) Zu § 17 Abs. 1 BeurkG stellt der BGH fest, dass der Notar in erster Linie verpflichtet ist, die Errichtung einer wirksamen Urkunde über den wahren Willen der Beteiligten zu gewährleisten. Insofern wird der Umfang der Pflichtenbindung des § 17 Abs. 1 BeurkG dahingehend verstanden, dass der Notar belehren muss über die rechtlichen Voraussetzungen für die Wirksamkeit des beantragten Rechtsgeschäfts sowie über dessen unmittelbare Rechtsfolgen. Zu dieser rechtlichen Tragweite zählt nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung und einhelliger Auffassung im Schrifttum auch der Hinweis auf bestehende Belastungen und deren Bedeutung.[2] Dagegen schuldet der Notar grundsätzlich keine wirtschaftliche Beratung und Belehrung.[3] Dies bestätigt der BGH im vorstehenden Urteil in aller Deutlichkeit: Der Notar braucht sich nicht um die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit, die Durchführbarkeit und die wirtschaftlichen Auswirkungen des Rechtsgeschäfts zu kümmern. Er ist nicht Wirtschaftsberater der Beteiligten.

c) Dreh- und Angelpunkt der Argumentation des BGH ist die Bedeutung des eingetragenen Zwangsversteigerungsvermerks: Die Eintragung eines Zwangsversteigerungsvermerks zulasten des Veräußerers werde regelmäßig als Warnhinweis auf im Raum stehende finanzielle Schwierigkeiten angesehen, was zur Folge habe, dass bei Verträgen mit wirtschaftlichen Risiken die Leistungsfähigkeit des Veräußerers hinterfragt werde. Anders als das Berufungsgericht bejaht der BGH deshalb den notarhaftungsrechtlichen Zurechnungszusammenhang zwischen notarieller Amtspflichtverletzung und Schaden.

Offensichtlich betrifft ein eingetragener Zwangsversteigerungsvermerk auf dem zu veräußernden Grundbesitz die rechtliche Tragweite gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG, weil er zur Beschlagnahme des Grundbesitzes und zu einem relativen Veräußerungsverbot führt (§§ 20 Abs. 1, 23 Abs. 1 ZVG, §§ 135, 136 BGB). Den haftungsrechtlichen Zurechnungszusammenhang hat der BGH demgemäß konsequent bejaht.

2. Besonderheiten des zu entscheidenden Falls

Die Besonderheit des vorstehenden Judikats liegt in den Ausführungen des BGH zur erweiterten Belehrungspflicht. Angesichts der Art der Vertragsabwicklung des beurkundenden Notars dürfen die gerichtlichen Ausführungen nicht verwundern. Insoweit ist festzustellen:

Der im Grundbuch eingetragene Zwangsversteigerungsvermerk wurde bei der Aufzählung der Grundbuchbelastungen lediglich als „Vermerk" bezeichnet. Der Notar hatte Kenntnis von den streitigen Auseinandersetzungen zwischen dem Verkäufer und dem Gläubiger, von der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Verkäufers vom Gläubiger sowie von der fehlenden Liquidität zur Erfüllung der im Notarvertrag vereinbarten Bauverpflichtung aufgrund Auskehrung der ersten Kaufpreisrate an den Gläubiger.

Die Betreuung und Beurkundung der Veräußerung von Immobilien, auf denen ein Zwangsversteigerungsvermerk eingetragen ist, kommt in der notariellen Praxis nicht selten vor. Eine rechtlich erfolgreiche Durchführung der Transaktion erfordert im Vergleich zum „normalen" Grundstückskaufvertrag einen höheren Abstimmungsaufwand mit und unter den Beteiligten, sei es hinsichtlich der Frage eines zur Verteilung an den/die Gläubiger ausreichenden Kaufpreises, sei es hinsichtlich der Bereitschaft zur Zurücknahme des Versteigerungsantrages oder sei es nur hinsichtlich der Lastenfreistellungskosten, zu deren Tragung der Veräußerer wirtschaftlich nicht mehr imstande ist, die Besonderheiten der Bauverpflichtung und des grundsätzlich erhöhten Risikos des Erwerbs vom Bauträger noch gar nicht berücksichtigt.[4] Regelmäßig ist den Erwerbern deshalb wohl bekannt, dass sie die Immobilie „aus der Zwangsversteigerung heraus" erwerben, was Besonderheiten bei der Abwicklung und in der Regel auch einen günstigeren Erwerbspreis mit sich bringt. Aufgrund dieser Umstände fällt es schwer nachzuvollziehen, dass dem Erwerber die Problematik seines Erwerbs weder im (notariellen) Vorfeld (§ 17 Abs. 2 a Satz 1, 2 Nr. 2 BeurkG!) des Vertragsschlusses noch bei der Beurkundung selbst bekannt (gemacht) wurde.

3. Notwendigkeit der generellen Erweiterung notarieller Warnpflichten?

a) Dennoch ist zu hinterfragen, ob es einer generellen Erweiterung notarieller Warnpflichten anlässlich des zu entscheidenden Sachverhalts bedurft hätte. Der BGH begründet eine allgemeine Warnpflicht des Notars bei Verbraucher-Bauträgerverträgen, bei denen auf dem vertragsgegenständlichen Grundbesitz ein Zwangsversteigerungsvermerk eingetragen ist. Die Beschränkung auf den Bauträgervertrag sei dem besonderen Risiko dieses Vertragstyps geschuldet. Insofern wirkt sich der als unzureichend empfundene Erwerberschutz durch die MaBV und durch das Klauselrecht des BGB, wodurch nicht die (mangelfreie) Fertigstellung als solche abgesichert wird, auf den Umfang der notariellen Belehrungspflicht aus. Diese allgemeine Pflichtenbindung kommt derjenigen bei ungesicherten Vorleistungen gleich.[5]

Der vom BGH zutreffend geforderte Erwerberschutz bei Eintragung eines Zwangsversteigerungsvermerks lässt sich allerdings bereits durch die Pflichten des Notars nach § 17 Abs. 1

---

1 Zur zweifelhaften Zulässigkeit der Hinterlegung bei Bauträgerverträgen im Hinblick auf Zurückbehaltungsrechte der Erwerber vgl. *Basty*, Bauträgervertrag, 6. Aufl., Rdnr. 134 ff.

2 Ziff. 10 des Urteils m. w. N.; *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl., § 17 Rdnr. 224 ff.

3 Ziffer 16 des Urteils; vgl. auch *Ganter* in Ganter/Hertel/Wöstmann, Notarhaftung, Rdnr. 1247 ff.; *Winkler*, § 17 Rdnr. 237 ff.

4 *Brambring* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl., Rdnr. 311 ff.; *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl., S. 648 ff.; *Krauß*, Immobilienkaufverträge, 5. Aufl., Rdnr. 1718 ff.

5 Siehe hierzu BGH, DNotZ 2008, 925; BGH, MittBayNot 2008, 313; *Armbrüster* in Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 5. Aufl., § 17 Rdnr. 87 ff.; *Ganter*, DNotZ 2009, 173/175; *Winkler*, a. a. O., § 17 Rdnr. 232 ff.

BeurkG sicherstellen, zumal der Zwangsversteigerungsvermerk mit den Worten des BGH als „Warnhinweis auf mögliche bestehende wirtschaftliche Schwierigkeiten“ verstanden wird, und der BGH im vorstehenden Judikat den Zurechungszusammenhang zwischen Amtspflichtverletzung und Schaden bejaht.

Beim zu entscheidenden Sachverhalt lagen zwar auch die Voraussetzungen der erweiterten Belehrungspflicht vor. Dies rechtfertigt aber grundsätzlich noch nicht die *generelle* Ausweitung notarieller Warnpflichten, da der Erwerber, der im Vorfeld der Beurkundung (§ 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 2 BeurkG) oder bei der Beurkundung (§ 17 Abs. 1 BeurkG) über die rechtliche Tragweite belehrt wird, den besonderen Schutz, den die erweiterte Belehrungspflicht bezweckt, jedenfalls im Regelfall gar nicht mehr benötigen wird.[6]

Der Umfang der Verpflichtung des Notars zur Belehrung über die rechtliche Tragweite des Rechtsgeschäfts bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach den Vorkenntnissen der Beteiligten, und damit nach deren Belehrungsbedürftigkeit.[7] Nichts anderes gilt für die erweiterte Belehrungspflicht, die verlangt, dass in der vorgeschlagenen Gestaltung ein hohes Risiko liegt, einem schutzwürdigen Beteiligten hieraus ein Schaden droht und dieser die Problematik bislang nicht erkannt hat. Aus der Herleitung der erweiterten Belehrungspflicht aus § 14 BNotO ist zusätzlich die Erkennbarkeit dieser Voraussetzungen für den Notar erforderlich.[8] Maßgeblich sind jeweils die Umstände des Einzelfalls. Der notwendigen Einzelfallprüfung wird jedoch nicht Genüge getan, wenn bei Verbraucher-Bauträgerverträgen und eingetragenem Zwangsversteigerungsvermerk stets ein Anwendungsfall der erweiterten Belehrungspflicht bejaht wird.

b) Die Entscheidung des BGH trägt zunächst dazu bei, die Bedeutung des Beurkundungsverfahrens und der Funktion des Notars zu stärken. Rechtsprechung[9] und Gesetzgebung[10] haben in jüngster Zeit die Rolle des Notars als (geborener) Verbraucherschützer in den Vordergrund gerückt. Dies ist zu begrüßen und führt dazu, dass sich die Kardinalpflichten des Notars aus § 17 Abs. 1, 2 a BeurkG im Einzelfall zu notariellen Warnpflichten verdichten können. Bei Verbraucherverträgen wird im Hinblick auf die Belehrungsbedürftigkeit die Schwelle zur notariellen Warnpflicht regelmäßig niedriger anzusetzen sein als bei Unternehmerverträgen. Die Annahme notarieller Warnpflichten steht zwar, wie der BGH vorliegend auch prüft, im steten Spannungsverhältnis zur notariellen Neutralitätspflicht (§ 14 Abs. 1 BNotO) und auch zur notariellen Urkundsgewährpflicht (§ 15 Abs. 1 BNotO). Sind im Einzelfall, und darauf kommt es an, die Voraussetzungen der notariellen Warnpflicht gegeben, liegt in der erweiterten notariellen Belehrung weder ein Verstoß gegen die Verpflichtung zur Neutralität noch gegen die Verpflichtung zur Urkundsgewährung.[11]

Bei der *generellen* Annahme einer notariellen Warnpflicht bei Verbraucher-Bauträgerverträgen mit eingetragenem Zwangsversteigerungsvermerk gerät der Notar aber in Fällen, die – wie im Regelfall – nicht in der Weise eindeutig sind wie der zu entscheidende Fall, schnell in den Konflikt mit seiner Verpflichtung zur Neutralität und zur Urkundsgewährung, zumal er zu Nachforschungen bezüglich der wirtschaftlichen und finanziellen Situation oder zur Zuverlässigkeit der Beteiligten weder berechtigt noch verpflichtet ist.[12] Hier ist bezüglich der vorschnellen Bejahung bestehender Warnpflichten Zurückhaltung geboten.

c) Die Entscheidung des BGH ist explizit auf Verbraucher-Bauträgerverträge beschränkt. Etwaige Folgen für andere Verbraucherverträge, die insgesamt oder wegen einer bestimmten Gestaltung nur teilweise für Verbraucher risikoreich oder besser: *risikoreicher als üblich*[13] sind, treten – jedenfalls zunächst – nicht ein. Nicht jedes vertragliche Risiko, insbesondere das Schlechtleistungs- und das Nichterfüllungsrisiko, kann durch notarielle Gestaltung neutralisiert werden. Die Einschätzung, ob eine bestimmte Gestaltung tatsächlich risikoreich oder risikoreicher als üblich ist, hängt nicht allein vom Vertragstext, sondern – wie auch im vorliegenden Fall – von den Beteiligten ab. Deren Vertragstreue, Bonität usw. kann und muss ein Notar nicht bewerten. Insofern ist gegenüber Weiterungen des vorliegenden Judikats Zurückhaltung angezeigt. Das Vorliegen notarieller Warnpflichten aus § 14 BNotO kann nur im Einzelfall nach den hierfür geltenden Voraussetzungen geprüft und festgestellt werden.

Notar a. D. Dr. *Rainer Regler*, München

---

6 Hierauf stellt selbst der BGH in Ziffer 23 des Urteils ab, wo er den Umfang der Warnpflicht auf den bloßen Hinweis auf den Zwangsversteigerungsvermerk und auf sich daraus ergebende Indizien für etwaige wirtschaftliche Schwierigkeiten beschränkt.

7 *Frenz* in Eylmann/Vaasen, BNotO, BeurkG, 2. Aufl. § 17 Rdnr. 15 ff.; *Winkler*, a. a. O., § 17 Rdnr. 16.

8 *Armbrüster*, a. a. O., § 17 Rdnr. 6 ff.; *Ganter* in Ganter/Hertel/Wöstmann, Notarhaftung, Rdnr. 1220 ff.; *Winkler*, a. a. O., § 17 Rdnr. 242 ff., jeweils m. w. N.

9 Vgl. BGH, MittBayNot 2010, 378 – Klauselumschreibung; BGH, MittBayNot 2008, 313 – Erschließungskosten; BGH, MittBayNot 2009, 394 – Kapitalerhöhung; OLG Schleswig, MittBayNot 2008, 149 – Angestelltenvollmacht; KG, DNotZ 2009, 47 – Zwei-Wochen-Frist.

10 Z. B. verfahrensrechtlich durch § 17 Abs. 2 a BeurkG, materiellrechtlich durch die §§ 495 Abs. 3 Nr. 2, 1585 c BGB.

11 Vgl. BGH, DNotZ 1987, 157, 159 f.; *Armbrüster*, a. a. O., § 17 Rdnr. 12; *Merz* in FS 125 Jahre Bayerisches Notariat, 187, 193.

12 Ziffer 23 des vorstehenden Urteils; vgl. auch *Kanzleiter* in Schippel/Bracker, BNotO, 8. Aufl., § 14 Rdnr. 20 m. w. N.

13 Hierauf stellt der BGH ab, da er die notarielle Warnpflicht aus den besonderen Risiken des Bauträgervertrages für den Erwerber deduziert.

Steuerrecht

11. EStG § 6 Abs. 5 (*Keine Buchwertfortführung bei Übertragung von Wirtschaftsgütern zwischen Schwesterpersonengesellschaften*)

1. **Ist ein Kommanditist einer GmbH & Co. KG zugleich an der Komplementär-GmbH beteiligt, so ist diese Beteiligung bei funktionaler Betrachtung keine wesentliche Betriebsgrundlage seines Mitunternehmeranteils, wenn der Kommanditist im Rahmen der GmbH nicht seinen geschäftlichen Willen durchsetzen kann. In diesem Fall kann der Kommanditist deshalb seinen Mitunternehmeranteil auch dann gemäß § 20 UmwStG 1995 zum Buchwert in eine andere GmbH einbringen, wenn er seine Beteiligung an der Komplementär-GmbH zurückbehält.**
2. **Wird ein Wirtschaftsgut unentgeltlich aus dem Betriebsvermögen einer gewerblich tätigen Personengesellschaft in das Betriebsvermögen einer beteiligungsidentischen anderen Personengesellschaft übertragen, so führt dies zur Aufdeckung der in dem Wirtschaftsgut ruhenden stillen Reserven.**

BFH, Urteil vom 25.11.2009, I R 72/08

Die Beteiligten streiten darüber, ob Anteile an einer KG zu Buchwerten in eine GmbH eingebracht werden konnten.

Die Klägerin ist eine KG. Ihre Komplementärin war im Streitjahr (2001) die Beigeladene zu 4, die R-GmbH; diese war am Vermögen der Klägerin nicht beteiligt. Kommanditisten der Klägerin waren seit Anfang des Streitjahres die Beigeladenen zu 1 und 2, F und P, die zugleich alle Anteile an der R-GmbH hielten.

Am 22.6.2001 gründeten F und P eine GbR (X-GbR), auf die mit Wirkung zum 30.6.2001 u. a. das gesamte Grundvermögen der Klägerin übertragen wurde. Vom 1.7.2001 an vermietete die X-GbR ein auf diese Weise erworbenes Grundstück an die Klägerin.

Am 20.6.2001 gründeten F und P die Beigeladene zu 3, die Y-GmbH. Mit Vertrag vom 15.8.2001 wurde vereinbart, dass die X-GbR in der Rechtsform der KG fortgeführt werden sollte, und zwar mit der Y-GmbH als persönlich haftender Gesellschafterin sowie F und P als Kommanditisten.

Ebenfalls am 15.8.2001 beschloss die Gesellschafterversammlung der Y-GmbH die Erhöhung des Stammkapitals von bisher 25.000 € auf 50.000 €. Dazu sollten die Gesellschafter der Y-GmbH Sacheinlagen leisten, und zwar durch Einbringung ihrer Kommanditanteile an der Klägerin zum Buchwert. Der Wert jener Anteile belief sich zur Zeit der Einbringung auf 6,4 Mio. DM. Mit Wirkung vom 31.12.2001 haben sowohl die Y-GmbH ihre Kommanditanteile an der Klägerin als auch F und P ihre Anteile an der R-GmbH an einen Dritten veräußert.

Im Anschluss an eine Außenprüfung ging der Beklagte (das Finanzamt – FA –) davon aus, dass F und P ihre Anteile an der Klägerin nicht zu Buchwerten in die Y-GmbH hätten einbringen können. Er erfasste deshalb im Rahmen der gesonderten und einheitlichen Feststellung des Gewinns der Klägerin die Einbringung als gewinnerhöhenden Vorgang. Die deshalb erhobene Klage hatte keinen Erfolg (Niedersächsisches FG, Urteil vom 10.7.2008, 11 K 239/06, EFG 2009, 802).

Mit ihrer Revision rügt die Klägerin eine Verletzung des § 20 des Umwandlungssteuergesetzes in der für das Streitjahr geltenden Fassung (UmwStG 1995).

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt gemäß § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO zur Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das FG. Dieses hat zu Unrecht angenommen, dass die Einbringung von Mitunternehmeranteilen in die Y-GmbH zur Aufdeckung der in den Anteilen ruhenden stillen Reserven geführt hat. Seine Feststellungen lassen aber keine abschließende Beurteilung der Frage zu, ob und ggf. in welchem Umfang im Zuge der Einbringung anderweitig eine Gewinnerhöhung eingetreten ist, die im Rahmen der Feststellung der Einkünfte der Klägerin erfasst werden muss.

1. Nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a AO sind einkommensteuer- und körperschaftsteuerpflichtige Einkünfte gesondert und einheitlich festzustellen, wenn an ihnen mehrere Personen beteiligt und die Einkünfte diesen Personen steuerlich zuzurechnen sind. Diese Vorschrift greift u. a. dann ein, wenn Einkünfte von einer Personengesellschaft erzielt worden sind und diese steuerrechtlich als Mitunternehmerschaft anzusehen ist. Ein solcher Sachverhalt liegt im Streitfall vor. Darüber besteht zwischen den Beteiligten kein Streit, weshalb der Senat auf weitere Ausführungen hierzu verzichtet.

2. Die gesonderte und einheitliche Feststellung von Einkünften einer Mitunternehmerschaft umfasst auch die Einkünfte, die ein Mitunternehmer aus der Veräußerung seines Mitunternehmeranteils erzielt hat. Um eine solche Veräußerung geht es, wenn ein Mitunternehmeranteil gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in eine Kapitalgesellschaft eingebracht wird (BFHE 180, 97, 99, BStBl II 1996, S. 342, 343). Dazu hat das FG festgestellt, dass F und P zunächst Kommanditisten der Klägerin waren und ihre Kommanditanteile in die Y-GmbH eingebracht haben; diese Feststellung ist nicht mit zulässigen und begründeten Revisionsrügen angegriffen worden und deshalb für den Senat bindend (§ 118 Abs. 2 FGO). Als Kommanditisten waren F und P zugleich Mitunternehmer der Klägerin, was ebenfalls unstreitig ist und keiner Erörterung bedarf.

3. Die demnach vorliegende Veräußerung der Mitunternehmeranteile hat entgegen der Ansicht des FG nicht zu einer Erhöhung des gegenüber der Klägerin festzustellenden Gewinns geführt. Das folgt aus § 20 UmwStG 1995.

a) Nach § 20 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 2 Satz 1 UmwStG 1995 darf, wenn ein Mitunternehmeranteil in eine unbeschränkt steuerpflichtige Kapitalgesellschaft eingebracht wird, die Kapitalgesellschaft das eingebrachte Betriebsvermögen mit seinem Buchwert oder mit einem höheren Wert ansetzen. Der Ansatz des Buchwerts ist auch zulässig, wenn in der Handelsbilanz ein höherer Wert angesetzt werden muss (§ 20 Abs. 2 Satz 2 UmwStG 1995). Der Wert, mit dem die Kapitalgesellschaft das eingebrachte Betriebsvermögen ansetzt, gilt für den Einbringenden als Veräußerungspreis (§ 20 Abs. 4 Satz 1 UmwStG 1995). Im Streitfall ist nach den bindenden Feststellungen des FG die Einbringung zum Buchwert erfolgt, weshalb für die Klägerin und ihre Gesellschafter kein Veräußerungsgewinn entstanden ist.

b) Das FG hat § 20 UmwStG 1995 nicht für einschlägig erachtet und zur Begründung ausgeführt, die Vorschrift greife nur dann ein, wenn die Einbringung sich auf alle wesentlichen Betriebsgrundlagen des eingebrachten Mitunternehmeranteils erstrecke. Daran fehle es im Streitfall, da die Anteile von F und P an der R-GmbH zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen ihrer Mitunternehmeranteile gezählt hätten und nicht in die Y-GmbH eingebracht worden seien. Dem ist nicht beizupflichten.

aa) Zutreffend ist allerdings die Annahme des FG, dass § 20 UmwStG 1995 die Einbringung aller wesentlichen Betriebsgrundlagen des eingebrachten Anteils voraussetzt. Das hat der Senat bereits entschieden (BFHE 180, 97, BStBl II 1996, S. 342, m. w. N.), und daran ist festzuhalten. Dasselbe gilt in Bezug auf die Rechtsprechung des BFH, nach der zu einem Mitunternehmeranteil nicht nur der Anteil des Mitunternehmers am (Gesamthands-)Vermögen der Gesellschaft, sondern auch etwaiges Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafters gehören kann (BFHE 184, 425, BStBl II 1998, S. 104, m. w. N.). § 20 UmwStG 1995 ermöglicht die erfolgsneutrale Einbringung eines Mitunternehmeranteils daher nur dann, wenn nicht nur die Beteiligung an den Wirtschaftsgütern des Gesamthandsvermögens, sondern zugleich die zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen des Anteils zählenden Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens eingebracht werden.

bb) Ist ein Kommanditist einer GmbH & Co. KG zugleich an der Komplementär-GmbH beteiligt, so gehört die Beteiligung an der Komplementär-GmbH zu seinem Sonderbetriebsvermögen, wenn sich die Geschäftstätigkeit der GmbH auf die Geschäftsführung bei der KG beschränkt oder ein daneben bestehender eigener Geschäftsbetrieb der GmbH von ganz untergeordneter Bedeutung ist (BFHE 164, 20, BStBl II 1991, S. 510; BFHE 194, 397, BStBl II 2001, S. 825). Ein solcher Sachverhalt liegt im Streitfall vor. Denn das FG hat festgestellt, dass F und P im Zeitpunkt der Einbringung an der R-GmbH beteiligt waren und dass die R-GmbH Komplementärin der Klägerin war. Ferner ist nach den Feststellungen des FG davon auszugehen, dass die R-GmbH nicht in nennenswerter Weise eigenwirtschaftlich tätig war. Schließlich hat

das FG festgestellt, dass F und P ihre Anteile an der R-GmbH nicht in die Y-GmbH eingebracht haben. Dennoch greift im Streitfall § 20 UmwStG 1995 ein, da jene Anteile nicht zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen der Mitunternehmeranteile von F und P zählten.

aaa) Der Begriff „wesentliche Betriebsgrundlage" ist, soweit es um die Anwendung des § 20 UmwStG 1995 geht, im funktionalen Sinne zu verstehen (BMF, Schreiben vom 16.8.2000, BStBl I 2000, S. 1253; *Menner* in Haritz/Menner, Umwandlungssteuergesetz, 3. Aufl., § 20 Rdnr. 133; *Hörger/Schulz*, DStR 1998, 233; *Reiche*, DStR 2006, 1206). Als funktional wesentlich sind dabei alle Wirtschaftsgüter anzusehen, die für den Betriebsablauf ein erhebliches Gewicht haben und mithin für die Fortführung des Betriebs notwendig sind oder dem Betrieb das Gepräge geben (BFHE 137, 487, BStBl II 1983, S. 312; BFHE 158, 245, BStBl II 1989, S. 1014). Das ist zwischen den Beteiligten unstreitig und bedarf daher keiner weiteren Erörterung.

bbb) Ob die Beteiligung eines Kommanditisten an einer Komplementär-GmbH zu den funktional wesentlichen Grundlagen des Mitunternehmeranteils zählt, ist höchstrichterlich noch nicht entschieden worden und im Schrifttum streitig (verneinend *Widmann* in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 20 UmwStG Rdnr. 119; *Schmidt/Wacker*, Einkommensteuergesetz, 28. Aufl., § 15 Rdnr. 714; *Ley*, Kölner Steuerdialog 2004, 14024, 14031, 14032; ebenso wohl *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, Umwandlungssteuergesetz, § 20 Rdnr. 48; a. A. *Wendt*, FR 2002, 127, 137; vermittelnd *Geissler* in Herrmann/Heuer/Raupach, Einkommen- und Körperschaftsteuergesetz, § 16 EStG Rdnr. 121 a. E.; *Patt* in Dötsch/Jost/Pung/Witt, Die Körperschaftsteuer, § 20 UmwStG Rdnr. 137; *Brandenberg*, DB 2003, 2563). Der Streitfall bietet ebenfalls keine Veranlassung, diese Frage abschließend zu beantworten. Jedenfalls unter den hier gegebenen Umständen ist die Beteiligung keine „wesentliche Betriebsgrundlage" im Sinne der Regeln zur Anwendung des § 20 UmwStG 1995. Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

aaaa) Die Beteiligung eines Kommanditisten an einer Komplementär-GmbH ist nicht schon deshalb eine „funktional wesentliche" Betriebsgrundlage des Mitunternehmeranteils, weil sie zum „Sonderbetriebsvermögen II" des Mitunternehmers zählt. Denn die Zuordnung eines Wirtschaftsguts zum Sonderbetriebsvermögen bringt lediglich zum Ausdruck, dass das Wirtschaftsgut geeignet und dazu bestimmt ist, die Beteiligung des Mitunternehmers an der Personengesellschaft zu stärken. Wird es in erster Linie zu diesem Zweck gehalten, so zählt es zwingend zum Sonderbetriebsvermögen (notwendiges Sonderbetriebsvermögen); in einem solchen Fall kommt es nicht darauf an, ob der Mitunternehmer selbst es dem Betriebsvermögen zugeordnet hat oder nicht. Diese Grundsätze gelten namentlich dann, wenn es sich bei dem Wirtschaftsgut um eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft handelt (BFHE 220, 415, BStBl II 2009, S. 414). Dass eine solche Beteiligung steuerrechtlich dem Mitunternehmeranteil zugeordnet wird, hängt daher nur mit ihrer dienenden Funktion, nicht aber mit einer „funktionalen Wesentlichkeit" im Sinne der zu § 20 UmwStG 1995 entwickelten Regeln zusammen (ebenso *Brandenberg*, DB 2003, 2563).

bbbb) Eine solche „funktionale Wesentlichkeit" kann sich deshalb allenfalls daraus ableiten lassen, dass die Beteiligung an der Komplementär-GmbH im konkreten Einzelfall die Stellung des Mitunternehmers im Rahmen der KG nachhaltig stärkt. Eine solche Beurteilung mag insbesondere dann in Betracht kommen, wenn sie den Einfluss des Mitunternehmers auf die Geschäftsführung der KG grundlegend erweitert. Doch muss dieser Frage im Streitfall nicht weiter nachgegangen werden. Denn eine in diesem Sinne wesentliche Stärkung der Einflussmöglichkeit könnte jedenfalls nur dann vorliegen, wenn (erst) die Beteiligung an der Komplementär-GmbH den Kommanditisten in die Lage versetzt, über Fragen der laufenden Geschäftsführung der KG zu bestimmen (OFD Münster, Verfügung vom 6.11.2008, S. 2242-21-St 12-33, juris). Daran fehlt es, wenn der Kommanditist in der Komplementär-GmbH nicht seinen geschäftlichen Betätigungswillen durchsetzen kann. In einem solchen Fall stärkt die Beteiligung an der Komplementär-GmbH die Stellung des Kommanditisten innerhalb der KG allenfalls geringfügig und ist daher bei funktionaler Betrachtung keine „wesentliche" Grundlage jener Beteiligung (ebenso OFD Münster, a. a. O.; ähnlich wohl *Brandenberg*, DB 2003, 2563, 2564). Ein solcher Sachverhalt liegt im Streitfall vor.

Denn ausweislich des angefochtenen Urteils konnten einerseits in der Gesellschafterversammlung der R-GmbH Entscheidungen nur mit einer Mehrheit von 70 % der Stimmen getroffen werden, wobei andererseits weder F noch P über die hiernach notwendigen Stimmrechte verfügten. F und P konnten daher innerhalb der R-GmbH Gesellschafterbeschlüsse nur gemeinsam treffen und insbesondere nur gemeinsam über die laufende Geschäftsführung der Klägerin bestimmen. Jedenfalls unter diesen Umständen waren ihre Beteiligungen an der R-GmbH keine funktional wesentlichen Grundlagen ihrer Mitunternehmeranteile an der Klägerin. Dass F und P ihre Beteiligung an der R-GmbH später an eine einzige Erwerberin – die D-GmbH – veräußert haben, ändert daran schon deshalb nichts, weil das betreffende Wirtschaftsgut schon vor der Einbringung – also aus der Sicht des Einbringenden – wesentliche Betriebsgrundlage gewesen sein muss. Die hierzu vom FA angestellten Überlegungen können deshalb nicht durchgreifen.

c) Dass F und P im Zusammenhang mit der Einbringung ihrer Mitunternehmeranteile in die Y-GmbH andere wesentliche Betriebsgrundlagen zurückbehalten hätten, ist weder vom FG festgestellt noch vom FA vorgetragen worden. Daher unterfällt der Einbringungsvorgang § 20 UmwStG 1995 mit der Folge, dass durch ihn kein Gewinn realisiert worden ist, der bei der Feststellung der Einkünfte der Klägerin berücksichtigt werden müsste.

d) Der Vortrag des FA, dass die im Streitfall zu beurteilende Gestaltung auf einem schädlichen „Gesamtplan" beruhe und deshalb § 42 AO unterliege, führt nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Das FA will damit erkennbar auf seinen erstinstanzlichen Vortrag zurückkommen, dass im Vorfeld der Einbringung der Mitunternehmeranteile in die Y-GmbH Grundbesitz der Klägerin auf die X-GbR übertragen worden sei und dass es missbräuchlich i. S. d. § 42 AO sei, zunächst eine wesentliche Betriebsgrundlage – nämlich den genannten Grundbesitz – aus dem Vermögensbereich einer KG „auszulagern" und anschließend die Anteile an der KG nach Maßgabe des § 20 UmwStG 1995 in ein anderes Unternehmen einzubringen. Diese Überlegung kann indessen nicht durchgreifen. Denn die „Auslagerung" einer wesentlichen Betriebsgrundlage aus dem einzubringenden Mitunternehmeranteil ist steuerlich anzuerkennen, sofern sie auf Dauer erfolgt und deshalb andere wirtschaftliche Folgen auslöst als die Einbeziehung des betreffenden Wirtschaftsguts in den Einbringungsvorgang (ebenso *Behrens/Schmitt*, FR 2002, 549, 552; ähnlich *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, a. a. O., § 20 UmwStG Rdnr. 42). Anders kann es sein, wenn sie alsbald rückgängig gemacht wird und sich deshalb als nur vorgeschoben erweist. Einen solchen Sachverhalt haben im Streitfall

jedoch weder das FG festgestellt noch das FA geltend gemacht.

4. Dennoch ist die Sache nicht zur abschließenden Entscheidung reif. Denn dadurch, dass im Streitjahr Grundbesitz der Klägerin auf die X-GbR übertragen worden ist, könnte ein gegenüber der Klägerin festzustellender Gewinn entstanden sein.

a) Nach den Feststellungen des FG waren sowohl am Vermögen der Klägerin als auch an der X-GbR nur F und P beteiligt. Ferner ist dem angefochtenen Urteil zu entnehmen, dass die X-GbR im Zusammenhang mit der Übertragung des Grundbesitzes Verbindlichkeiten der Klägerin übernommen, darüber hinaus aber kein Entgelt gezahlt hat. Vor diesem Hintergrund geht der Senat davon aus, dass der Wert des Grundbesitzes den Betrag der übernommenen Verbindlichkeiten überstiegen hat und dass hinsichtlich des Differenzbetrags der Grundbesitz entweder unentgeltlich oder gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten übertragen worden ist.

b) Werden Wirtschaftsgüter aus dem Betriebsvermögen einer gewerblich tätigen Personengesellschaft unentgeltlich in das Betriebsvermögen einer anderen Personengesellschaft übertragen, an der die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft ebenfalls beteiligt sind, so geht dieser Übertragung eine Entnahme i. S. d. § 4 Abs. 1 Satz 2 EStG 1997 voraus. Denn den Mitunternehmern wächst dann ein Wert, der zuvor der übertragenden Gesellschaft zuzuordnen war, ohne angemessene Gegenleistung zu. Dass das Wirtschaftsgut in der Folge nicht im privaten Bereich der Gesellschafter genutzt wird, hindert das Vorliegen einer Entnahme nicht; die Übertragung auf die andere Gesellschaft (Schwestergesellschaft) ist vielmehr aus steuerrechtlicher Sicht eine Einlage, die an die vorausgegangene Entnahme anschließt (BFH-Urteil vom 6.9.2000, IV R 18/99, BFHE 193, 116, 120, BStBl II 2001, S. 229, 231; *Reiß*, Steuerberater-Jahrbuch 2001/2002, S. 281, 311; *Groh*, DB 2002, 1904, 1906). Die Entnahme ist mit dem Teilwert des entnommenen Wirtschaftsguts anzusetzen (§ 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 EStG 1997); soweit dieser die Summe aus dem Buchwert des Wirtschaftsguts und der erhaltenen Gegenleistung übersteigt, entsteht ein steuerpflichtiger Gewinn (§ 4 Abs. 1 Satz 1 EStG 1997).

c) Der BFH hat zur Rechtslage vor der Geltung des Gesetzes zur Fortentwicklung der Unternehmenssteuerreform (UntStFG) vom 20.12.2001 (BGBl 2001 I, S. 3858, BStBl I 2002, S. 35) entschieden, dass die Übertragung von Wirtschaftsgütern zwischen Gesamthandsvermögen von Schwestergesellschaften zu Buchwerten möglich sei (BFHE 193, 116, 120, BStBl II 2001, S. 229, 231). Diese Beurteilung kann jedoch auf den Streitfall nicht übertragen werden. Denn § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG i. d. F. des Gesetzes zur Fortentwicklung der Unternehmenssteuerreform (EStG 1997 n. F.), der erstmals für Übertragungsvorgänge nach dem 31.12.2000 (§ 52 Abs. 16 a EStG 1997 n. F.) und daher im Streitfall anzuwenden ist, schließt für die hier vorliegende Konstellation eine Buchwertfortführung aus.

aa) Nach § 6 Abs. 5 EStG 1997 n. F. ist, wenn ein einzelnes Wirtschaftsgut von einem Betriebsvermögen in ein anderes Betriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen überführt wird und die Besteuerung der stillen Reserven gesichert ist, als Überführungswert der sich nach den Vorschriften über die Gewinnermittlung ergebende Wert anzusetzen (Satz 1). Dasselbe gilt, soweit ein Wirtschaftsgut unentgeltlich oder gegen Gewährung oder Minderung von Gesellschaftsrechten aus einem Betriebsvermögen des Mitunternehmers in das Gesamthandsvermögen einer Mitunternehmerschaft überführt wird oder umgekehrt (§ 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 1 EStG 1997 n. F.). Ebenso ist es, soweit ein Mitunternehmer ein Wirtschaftsgut seines Sonderbetriebsvermögens unentgeltlich oder gegen Gewährung oder Minderung von Gesellschaftsrechten in das Gesamthandsvermögen derselben Mitunternehmerschaft oder einer anderen Mitunternehmerschaft überträgt, an der er beteiligt ist (§ 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EStG 1997 n. F.). Schließlich ordnet § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 3 EStG 1997 n. F. denselben Wertansatz für den Fall der Übertragung eines Einzelwirtschaftsguts zwischen den jeweiligen Sonderbetriebsvermögen verschiedener Mitunternehmer derselben Mitunternehmerschaft an. In allen genannten Fällen entsteht im Zusammenhang mit der Überführung oder Übertragung des Wirtschaftsguts für den Überführenden oder Übertragenden kein steuerpflichtiger Gewinn.

bb) Die beschriebene gesetzliche Regelung greift im Streitfall nicht unmittelbar ein. Sie betrifft nämlich nicht den Fall der Übertragung eines Wirtschaftsguts aus dem Gesamthandsvermögen einer Mitunternehmerschaft in das Gesamthandsvermögen einer anderen Mitunternehmerschaft. Insbesondere kann dieser Vorgang nicht als Überführung „von einem Betriebsvermögen in ein anderes Betriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen“ (§ 6 Abs. 5 Satz 1 EStG 1997 n. F.) gewertet werden (a. A. *Groh*, DB 2002, 1904, 1906). Die in § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 1 und 2 EStG 1997 n. F. getroffene Unterscheidung zwischen dem „Betriebsvermögen des Mitunternehmers“ und dem Gesamthandsvermögen der Mitunternehmerschaft verdeutlicht vielmehr, dass der Gesetzgeber die Mitunternehmerschaft als selbständiges Steuersubjekt mit einem eigenen – von den Betriebsvermögen der Mitunternehmer zu unterscheidenden – Betriebsvermögen versteht (ebenso *Patt* in Herrmann/Heuer/Raupach, Steuerreform 1999/2000/2002, § 6 EStG Rdnr. R 121). Dies entspricht der Rechtsprechung, nach der die Übertragung eines Wirtschaftsguts aus dem Betriebsvermögen eines Mitunternehmers in das Gesamthandsvermögen der Mitunternehmerschaft kein steuerlich neutraler Austausch innerhalb zweier Betriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen ist (so aber *Kirchhof/Reiß*, Einkommensteuergesetz, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 461; *Kloster/Kloster*, GmbH-Rundschau 2002, 717, 725), sondern als Veräußerung zu behandeln ist (BFHE 222, 402, 405, BStBl II 2009, S. 464, m. w. N.). Angesichts dessen wird die Übertragung zwischen Schwester-Personengesellschaften von § 6 Abs. 5 EStG 1997 n. F. nicht erfasst (ebenso *Wendt* in Herrmann/Heuer/Raupach, Jahresband 2002, § 6 EStG Rdnr. J 01-30; *Bogenschütz/Hierl*, DStR 2003, 1097, 1100; *Crezelius*, FR 2003, 537).

cc) Zwar ist nach einer im Schrifttum verbreiteten Ansicht jedenfalls dann, wenn es um die Übertragung eines Wirtschaftsguts zwischen beteiligungsidentischen Personengesellschaften geht, § 6 Abs. 5 EStG 1997 n. F. entsprechend anzuwenden (so z. B. *Wendt* in Herrmann/Heuer/Raupach, § 6 EStG Rdnr. J 61-30; *ders.*, FR 2002, 53, 64 f.; *Schmidt/Wacker*, § 15 Rdnr. 683, m. w. N.). Dem kann sich der Senat aber nicht anschließen.

aaa) Richtig ist allerdings, dass bei einer inhaltlichen und interessenorientierten Betrachtung gute Gründe dafür sprechen, die Übertragung von Wirtschaftsgütern zwischen Schwester-Personengesellschaften den in § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG 1997 n. F. geregelten Vorgängen gleichzustellen. Denn die dort getroffene Regelung beruht auf dem Gedanken, dass es einer sofortigen Besteuerung nicht bedarf, wenn das übertragene Wirtschaftsgut weiterhin zur Erzielung steuerpflichtiger Einkünfte genutzt wird und die mit ihm verbundenen stillen Reserven nicht vollständig auf Dritte verschoben werden (ähnlich *Wendt*, FR 2002, 53, 64 f.). Dabei nimmt das Gesetz es hin, dass stille Reserven innerhalb einer Mitunternehmer-

schaft neu zugeordnet (§ 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 3 EStG 1997 n. F.) oder von dem bisherigen Alleineigentümer des Wirtschaftsguts auf mehrere Personen verteilt werden oder umgekehrt (§ 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 1 und 2 EStG 1997 n. F.). Lösen derartige Vorgänge aber keine zwangsweise Aufdeckung der stillen Reserven aus, so ist nicht unmittelbar einsichtig, dass im Fall der Übertragung zwischen Schwestergesellschaften anderes gelten soll. Das gilt namentlich im Hinblick auf Gestaltungen, bei denen an den beiden Gesellschaften dieselben Personen beteiligt sind.

bbb) Doch könnte eine dahin gehende Sachbehandlung letztlich nicht auf eine Auslegung, sondern nur auf eine analoge Anwendung des § 6 Abs. 5 EStG 1997 n. F. gestützt werden. Ein Analogieschluss setzt indessen eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes voraus (BFHE 175, 451, BStBl II 1995, S. 67; vgl. auch BFHE 217, 467, 474, BStBl II 2008, S. 298, 301, m. w. N.). Er ist nicht zulässig, wenn der Gesetzgeber einen bestimmten Sachverhalt gerade deshalb von einer von ihm getroffenen Regelung ausgenommen hat, weil er ihn nicht jener Regelung entsprechend behandelt wissen wollte. Diese Situation liegt im Streitfall vor.

Denn § 6 Abs. 5 EStG 1997 n. F. zählt diejenigen Sachverhalte, die im Verhältnis zwischen Mitunternehmerschaften und Mitunternehmern zur erfolgsneutralen Übertragung einzelner Wirtschaftgüter führen, in einem detaillierten Katalog auf. Der Gesetzestext misst diesem Katalog zwar nicht ausdrücklich einen abschließenden Charakter zu. Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift zeigt aber, dass der historische Gesetzgeber ihn in diesem Sinne verstanden hat und dass namentlich die Übertragung von Wirtschaftsgütern auf eine Schwestergesellschaft nicht in der von § 6 Abs. 5 EStG 1997 n. F. angeordneten Weise geregelt werden sollte. Denn im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens hatte die Fraktion der CDU/CSU beantragt, den Anwendungsbereich der Norm auf die Übertragung zwischen Schwestergesellschaften zu erstrecken; dieser Antrag hat aber im Finanzausschuss keine Mehrheit gefunden (Beschlussempfehlung des Finanzausschusses, BT-Drucks. 14/7343, S. 3), woraufhin von einer entsprechenden Änderung gegenüber dem Gesetzentwurf abgesehen wurde. Vor diesem Hintergrund kann der Umstand, dass diese Variante im Gesetz nicht aufgeführt ist, nicht als planwidrige Unvollständigkeit angesehen werden. Es handelt sich vielmehr um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, an die die Gerichte gebunden sind (ebenso im Ergebnis *Strahl*, KÖSDI 2003, 13918, 13926).

ccc) Diese Beurteilung gilt auch im Hinblick auf die Übertragung zwischen Schwestergesellschaften, an denen die einzelnen Mitunternehmer jeweils in demselben Verhältnis beteiligt sind. Denn eine solche kann zwar nicht zu einer personellen Verschiebung stiller Reserven führen, weshalb es hier in besonderem Maße gerechtfertigt sein könnte, auf deren Aufdeckung zu verzichten. Der Übergang stiller Reserven von einem auf den anderen Mitunternehmer hindert aber, wie die in § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG 1997 n. F. getroffenen Regelungen und vor allem diejenige in § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 3 EStG 1997 n. F. zeigen, aus der Sicht des Gesetzgebers die Zulassung einer Buchwertfortführung nicht (ebenso *Korn/Strahl* in Korn, EStG, § 6 Rdnr. 513.4). Er kann deshalb kein Kriterium sein, vermittels dessen ein nicht von § 6 Abs. 5 EStG 1997 n. F. erfasster Sachverhalt im Wege der Analogie in dessen Regelungsbereich einbezogen werden könnte.

Angesichts dessen kommt es im Streitfall auf die – vom FG nicht festgestellten – Beteiligungsverhältnisse an der Klägerin einerseits und der X-GbR andererseits nicht an. Vielmehr hat auch dann, wenn F und P an beiden Gesellschaften in demselben Verhältnis beteiligt waren, die Übertragung des Grundvermögens zu einer Gewinnrealisierung geführt. (…)

---

12. EStG § 6 Abs. 5 (*Ernstliche Zweifel an Gewinnrealisierung bei Übertragung eines Wirtschaftsguts zwischen Schwesterpersonengesellschaften*)

Auch nach Ergehen des BFH-Urteils vom 25.11.2009, I R 72/08 (DStR 2010, 269) ist ernstlich zweifelhaft, ob die Übertragung eines Wirtschaftsguts des Gesamthandsvermögens einer Personengesellschaft auf eine beteiligungsidentische Schwesterpersonengesellschaft zur Aufdeckung stiller Reserven führt.

BFH, Beschluss vom 15.4.2010, IV B 105/09

Die Antragstellerin ist eine GmbH & Co. KG, an deren Vermögen die Kommanditisten K zu 67 % und B zu 33 % beteiligt sind. Im Streitjahr 2006 wurde eine weitere GmbH & Co. KG gegründet (S-KG), deren Kommanditisten ebenfalls K und B mit denselben Vermögensanteilen sind.

Die Antragstellerin war Eigentümerin von drei seit Jahren zum Betriebsvermögen gehörenden Grundstücken, die sie mit notariellem Vertrag vom 13.12.2006 auf die S-KG übertrug. Die Übertragung diente der Erbringung der Kommanditeinlagen von insgesamt 10.000 € bei der S-KG. Zum Zeitpunkt der Übertragung betrugen die Buchwerte des Grund und Bodens sowie der Gebäude und baulichen Anlagen insgesamt 195.074,68 €. Die S-KG führte die Buchwerte fort und erfasste den die Kommanditeinlagen übersteigenden Betrag auf einem Rücklagekonto.

Nach einer Außenprüfung vertrat der Antragsgegner (das Finanzamt – FA –) die Auffassung, die Grundstücke seien zum Teilwert aus dem Betriebsvermögen der Antragstellerin entnommen worden. Er ermittelte den Teilwert mit 675.000 € und erhöhte den Gewinn der Antragstellerin um 479.925,32 €.

Gegen den entsprechend nach § 164 Abs. 2 AO geänderten Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung der Besteuerungsgrundlagen 2006 vom 2.2.2009 hat die Antragstellerin rechtzeitig Einspruch eingelegt, über den noch nicht entschieden ist.

Nachdem ein Antrag auf Aussetzung der Vollziehung (AdV) des Bescheids in Höhe des Entnahmegewinns beim FA keinen Erfolg hatte, stellte die Antragstellerin beim Finanzgericht (FG) einen Antrag auf AdV. Das FG lehnte den Antrag mit Beschluss vom 17.7.2009 ab, ließ aber die Beschwerde zu. (…)

II.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Aussetzung des angefochtenen Bescheids in dem beantragten Umfang.

1. Nach § 69 Abs. 3 Satz 1 FGO kann das Gericht der Hauptsache die Vollziehung eines angefochtenen Verwaltungsakts ganz oder teilweise aussetzen. Die Aussetzung soll u. a. erfolgen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts bestehen (§ 69 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 2 Satz 2 FGO). Ernstliche Zweifel i. S. d. § 69 Abs. 2 Satz 2 FGO sind zu bejahen, wenn bei summarischer Prüfung des angefochtenen Steuerbescheids neben für seine Rechtmäßigkeit sprechenden Umständen gewichtige Gründe zutage treten, die Unentschiedenheit oder Unsicherheit in der Beurteilung der entscheidungserheblichen Rechtsfragen oder Unklarheit in der Beurteilung von Tatfragen bewirken (vgl. BFHE 87, 447, BStBl III 1967, S. 182, seitdem ständige Rechtsprechung). Die AdV setzt nicht voraus, dass die für die Rechtswidrigkeit sprechenden Gründe überwiegen (vgl. BFH, Beschluss vom 20.5.1997, VIII B 108/96, BFHE 183, 174, m. w. N.).

2. Bei summarischer Prüfung hat der Senat ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheids. Er neigt dazu, die Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter zwischen Gesamthandsvermögen beteiligungsidentischer Personengesellschaften gegen Minderung und Gewährung von Gesellschaftsrechten zwingend zum Buchwert stattfinden zu lassen.

a) Das FG hat zwar zutreffend ausgeführt, dass § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG die Übertragung zwischen den Gesamthandsvermögen von Schwestergesellschaften nicht regelt. Es trifft auch zu, dass im Gesetzgebungsverfahren gemachte Vorschläge zur ausdrücklichen Aufnahme dieser Vorgänge in § 6 Abs. 5 EStG nicht übernommen worden sind. Gleichwohl sieht sich der beschließende Senat bei summarischer Prüfung abweichend vom FG und der zwischenzeitlich ergangenen Entscheidung des I. Senats des BFH mit Urteil vom 25.11.2009, I R 72/08 (DStR 2010, 269) nicht daran gehindert, die zwingende Buchwertverknüpfung auf Übertragungen zwischen beteiligungsidentischen Personengesellschaften zu erstrecken.

b) Dabei lässt er sich von folgenden Überlegungen leiten:

aa) Mit § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG hat sich der Gesetzgeber für eine transparente Besteuerung von Personengesellschaften entschieden. Die Personengesellschaft ist danach Steuerrechtssubjekt bei der Qualifikation und der Ermittlung der Einkünfte. Subjekt der Einkünfteerzielung ist hingegen der Gesellschafter (BFHE 178, 86, BStBl II 1995, S. 617). Aus dem Subjektsteuerprinzip folgt, dass jeder Gesellschafter den auf ihn entfallenden Anteil an den erzielten Einkünften zu versteuern hat. Jedem Gesellschafter ist auch sein Anteil an den stillen Reserven der Wirtschaftsgüter des Gesamthandsvermögens zuzuordnen.

Eine Verschiebung stiller Reserven zwischen den Gesellschaftern entspricht nicht dem Subjektsteuerprinzip. Gleichwohl lässt das Gesetz in verschiedenen Fällen zu, dass stille Reserven auf andere Gesellschafter derselben Personengesellschaft übergehen. Dies gilt insbesondere bei Übertragungen von Einzelwirtschaftsgütern in den von § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG geregelten Fällen. Zu der Eröffnung dieses an sich systemwidrigen Transfers sah sich der Gesetzgeber bei Verabschiedung des Gesetzes zur Fortentwicklung des Unternehmensteuerrechts (Unternehmensteuerfortentwicklungsgesetz – UntStFG –) vom 20.12.2001 (BGBl 2001 I, S. 3858, BStBl I 2002, S. 35) genötigt, um erforderliche Umstrukturierungen von Personenunternehmen nicht durch aus der Substanz zu zahlende Ertragsteuern zu erschweren. Der Senat betrachtet dies als ausreichenden Rechtfertigungsgrund für die Verletzung des Folgerichtigkeitsgrundsatzes.

Folgerichtig ist es demgegenüber, wenn ein Steuersubjekt die ihm zuzuordnenden stillen Reserven ungeachtet dessen beibehält, in welchem Betriebsvermögen sich das betreffende Wirtschaftsgut befindet. Diesen Grundsatz regelt systemkonform § 6 Abs. 5 Satz 1 EStG, der den Ansatz des Buchwerts bei der Überführung zwischen zwei Betriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen anordnet. Ebenfalls dem System entspricht es dann, wenn § 6 Abs. 5 Satz 2 EStG die Beibehaltung des Buchwerts bei Überführungen von Wirtschaftsgütern zwischen Einzel- und Sonderbetriebsvermögen bzw. zwischen zwei verschiedenen Sonderbetriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen verlangt.

Angesichts dessen bedürfte es einer besonderen Rechtfertigung dafür, stille Reserven der Besteuerung zu unterwerfen, wenn diese dadurch demselben Steuersubjekt zugeordnet bleiben, dass sie von dem Gesamthandsvermögen einer mitunternehmerischen Personengesellschaft unentgeltlich oder gegen Minderung und Gewährung von Gesellschaftsrechten in das Gesamthandsvermögen einer beteiligungsidentischen anderen mitunternehmerischen Personengesellschaft übertragen werden. Eine derartige Rechtfertigung ist nicht ersichtlich. Es ist auch nicht zu erkennen, dass sich der Gesetzgeber des UntStFG auf einen Rechtfertigungsgrund bezogen hätte. Die Aufdeckung stiller Reserven aufgrund einer derartigen Übertragung würde danach zu einer im Sinne des Folgerichtigkeitsgebots gleichheitswidrigen Besteuerung führen, denn sie kann sich weder auf die gesteigerte Leistungsfähigkeit des Gesellschafters noch auf eine Entstrickung und noch nicht einmal auf die erhöhte Gefahr einer späteren unbemerkten Entstrickung stützen.

bb) Der Senat sieht sich zur Vermeidung eines solchen Gleichheitssatzverstoßes berechtigt und verpflichtet, § 6 Abs. 5 EStG im Wege einer verfassungskonformen Auslegung auf Übertragungen zwischen den Gesamthandsvermögen von beteiligungsidentischen Schwesterpersonengesellschaften zu erstrecken. Dies geschieht dadurch, dass auf diesen Vorgang § 6 Abs. 5 Satz 1 EStG entsprechend angewendet wird. Denn bei transparenter Betrachtung wird das Wirtschaftsgut von einem Betriebsvermögen in ein anderes Betriebsvermögen desselben Gesellschafters überführt.

3. Der Senat entscheidet wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache aufgrund mündlicher Verhandlung und nach § 10 Abs. 3 Hs. 1 FGO in der Besetzung mit fünf Richtern. Er ist sich dessen bewusst, dass er von dem BFH-Urteil in DStR 2010, 269 abweicht. Eine Anfrage i. S. d. § 11 Abs. 3 FGO wegen einer materiellen Rechtsfrage kommt in einem Verfahren wegen AdV, in dem die Rechtsfrage nicht endgültig zu beantworten ist, nicht in Betracht (*Gräber/Ruban*, FGO, 6. Aufl., § 11 Rdnr. 5).

Anmerkung:

1. Kleinigkeiten haben oft große Wirkungen. Sofern bei einer Einbringung einer GmbH & Co KG in eine GmbH nicht gleichzeitig die Komplementär-GmbH, die funktional eine wesentliche Betriebsgrundlage der KG-Beteiligung darstellt, in die GmbH eingebracht wird, verweigert die Finanzverwaltung die Buchwertfortführung gemäß § 20 UmwStG und verlangt die Versteuerung aller stillen Reserven.

Die OFD Münster hat mit Verfügung vom 10.9.2002, DStR 2002, 1860 die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten bei einer GmbH & Co. KG untersucht und dabei den Grundsatz aufgestellt, dass die Anteile des Kommanditisten an der Komplementär-GmbH dem notwendigen Sonderbetriebsvermögen II nur zuzurechnen seien, wenn diese Beteiligung der Stärkung der Gesellschafterstellung als Kommanditisten in der GmbH & Co. KG dient, in dem dieser durch die Wahrnehmung seiner Rechte aus der Beteiligung an der Komplementär-GmbH die Möglichkeiten seiner Einflussnahme auf die GmbH & Co. KG erweitert, vgl. BFH, BStBl II 1988, S. 667. In einer weiteren Verfügung vom 6.11.2008, S. 2242-21-St 12-33, BeckVerw. 157506 wurde die Rechtsfrage nochmals untersucht und danach differenziert, ob die Komplementär-GmbH am Vermögen der KG beteiligt und wie die Möglichkeit der Einflussnahme der Kommanditisten in der Komplementär-GmbH ausgestaltet ist. Sofern die Komplementär-GmbH nicht am Vermögen sowie am Gewinn und Verlust der KG beteiligt und der Kommanditist nicht mehrheitlich an der KG beteiligt sei, könne eine Einflussnahme über die Komplementär-GmbH nur dann wirtschaftlich von Bedeutung sein und begründe eine funktionale Wesentlichkeit

der Beteiligung, wenn der Kommanditist die Mehrheit der Stimmrechte an der Komplementär-GmbH besitzt und hierüber in der Lage ist, seinen geschäftlichen Betätigungswillen in der KG über die GmbH durchzusetzen. Sofern der Kommanditist bereits mehrheitlich an der KG beteiligt ist, seien die neben den Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechten des Kommanditisten bestehenden Einflussnahmemöglichkeiten über die Gesellschafterstellung bei der Komplementär-GmbH wirtschaftlich nur von untergeordneter Bedeutung. Sie werde nur unwesentlich gestärkt, weil der Kommanditist aufgrund der mehrheitlichen Beteiligung an der KG bereits dort seinen geschäftlichen Beteiligungswillen durchsetzen könne. Für die Vertragspraxis ergibt sich aus der Stellungnahme der Finanzverwaltung der Schluss, dass die im Vordringen begriffene Einheits GmbH & Co. KG (vgl. *Spiegelberger* in liber amicorum für Mock, 2009, S. 303), bei der die Kommanditisten nicht an der Komplementär-GmbH beteiligt sind und auch in der Regel das Stimmrecht nicht von den Kommanditisten, sondern von dem Geschäftsführer der GmbH ausgeübt wird, auch steuerlich die günstigere Gestaltungsvariante darstellt.

Die streitige Frage, unter welchen Umständen die Beteiligung an der Komplementär-GmbH eine funktional wesentliche Betriebsgrundlage der GmbH & Co. KG darstellt, wird vom I. BFH-Senat nur in einem obiter dictum behandelt. Gemäß Tz. 19 der BFH-Entscheidung ist die Beteiligung eines Kommanditisten an einer Komplementär-GmbH nicht schon deshalb eine „funktional wesentliche" Betriebsgrundlage des Mitunternehmeranteils, weil sie zum Sonderbetriebsvermögen II des Mitunternehmers zählt. Denn die Zuordnung eines Wirtschaftsguts zum Sonderbetriebvermögen bringt lediglich zum Ausdruck, dass das Wirtschaftsgut geeignet und dazu bestimmt ist, die Beteiligung des Mitunternehmers an der Personengesellschaft zu stärken. Gemäß Tz. 20 des BFH-Urteils kann eine solche funktionale Wesentlichkeit allenfalls daraus abgeleitet werden, dass die Beteiligung an der Komplementär-GmbH im konkreten Einzelfall die Stellung des Mitunternehmers im Rahmen der KG nachhaltig stärkt. Eine solche Beurteilung mag insbesondere dann in Betracht kommen, wenn sie den Einfluss des Mitunternehmers auf die Geschäftsführung der KG grundlegend erweitert. Eine in diesem Sinn wesentliche Stärkung der Einflussmöglichkeit könnte jedenfalls nur dann vorliegen, wenn erst die Beteiligung an der Komplementär-GmbH den Kommanditisten in die Lage versetzt, über Fragen der laufenden Geschäftsführung der KG zu bestimmen. Daran fehlt es, wenn der Kommanditist in der Komplementär-GmbH nicht seinen geschäftlichen Betätigungswillen durchsetzen kann. In einem solchen Fall stärkt die Beteiligung an der Komplementär-GmbH die Stellung des Kommanditisten innerhalb der KG allenfalls geringfügig und ist daher bei funktionaler Betrachtung keine wesentliche Grundlage jener Beteiligung.

2. Nach diesem obiter dictum behandelt der I. Senat die Frage, ob ein Wirtschaftsgut von einer Personengesellschaft in eine beteiligungskonforme Schwestergesellschaft ohne Aufdeckung stiller Reserven übertragen werden kann.

In dem entschiedenen Fall hatte der Steuerpflichtige – nach Angabe des FA auf einem Gesamtplan beruhend – im Vorfeld der Einbringung der Mitunternehmeranteile zunächst eine wesentliche Betriebsgrundlage, nämlich den streitbefangenen Grundbesitz, aus dem Vermögensbereich einer Kommanditgesellschaft ausgelagert, um anschließend die Anteile an der KG nach Maßgabe des § 20 UmwStG in ein anderes Unternehmen einzubringen. Die Auslagerung einer wesentlichen Betriebsgrundlage aus einem einzubringenden Mitunternehmeranteil ist – nach Auffassung des BFH – steuerlich anzuerkennen, sofern sie auf Dauer erfolgt und deshalb andere wirtschaftliche Folgen auslöst als die Einbeziehung des betreffenden Wirtschaftsguts in den Einbringungsvorgang, ebenso *Behrens/Schmitt*, FR 2002, 549, 552; *Rödder/Herlinghaus/van Lishaut*, § 20 UmwStG, Rdnr. 42. Anders könne es sich verhalten, wenn die Auslagerung alsbald rückgängig gemacht werde und sich deshalb als nur vorgeschoben erweise.

§ 6 Abs. 5 Satz 3 EStG i. d. F. des Gesetzes zur Fortentwicklung der Unternehmenssteuerreform, der erstmals für Übertragungsvorgänge nach dem 31.12.2000 gilt, erlaubt nicht die steuerneutrale Übertragung von einer Schwestergesellschaft auf eine andere. Auch eine analoge Anwendung ist nach Auffassung des I. Senats ausgeschlossen, da dem Gesetzgeber ein entsprechender Antrag der CDU-Fraktion vorlag, aber nicht in die Neufassung des Gesetzes aufgenommen wurde. Aus diesem Grund liege eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers vor, an die die Gerichte gebunden seien, ebenso *Strahl*, KÖSDI, 2003, 13918, 13926. Eine analoge Anwendung setze eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes voraus, die in diesem Fall nicht unterstellt werden könne. Die Anwendung von § 6 Abs. 5 Satz 1 EStG 1997 n. F., wonach die steuerneutrale Überführung „von einem Betriebsvermögen in ein anderes Betriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen" möglich sei, wird vom I. BFH-Senat abgelehnt; anderer Ansicht *Groh* DB 2002, 1904, 1906; *Kirchhof/Reiß*, EStG, 8. Aufl. 2008, § 15, Rdnr. 461; *Kloster/Kloster*, GmbHR 2002, 717, 725. Auch in der Entscheidung des BFH, BStBl II 2009, S. 464 wird der steuerneutrale Austausch innerhalb zweier Betriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen abgelehnt.

Der IV. BFH-Senat tritt mit Beschluss vom 15.4.2010 der Auffassung des I. Senats entgegen. Der Gesetzgeber habe sich mit § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG für eine transparente Besteuerung von Personengesellschaften entschieden. Die Personengesellschaft ist danach zwar Steuerrechtssubjekt bei der Qualifikation und der Ermittlung der Einkünfte; Subjekt der Einkünfteerzielung sei hingegen der Gesellschafter, vgl. BFH GrS 1/93 BStBl II 1995, S. 617. Aus dem Subjektprinzip folge, dass jeder Gesellschafter den auf ihn entfallenden Anteil an den erzielten Einkünften zu versteuern hat. Dieser Anteil sei mit den stillen Reserven jedem Gesellschafter zuzuordnen. Bei der Übertragung von Betriebsvermögen zwischen beteiligungsidentischen Schwestergesellschaften ändere sich die einkommensteuerliche Zurechnung der Gesellschafter in keiner Weise. Die Aufdeckung stiller Reserven würde zu einer im Sinne des Folgerichtigkeitsgebots gleichheitswidrigen Besteuerung führen, sie kann sich weder auf die gesteigerte Leistungsfähigkeit des Gesellschafters noch auf eine Entstrickung und noch nicht einmal auf eine erhöhte Gefahr einer späteren unbemerkten Entstrickung stützen. Trotz der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache hat der IV. Senat die Anrufung des Großen Senats unterlassen, weil im Verfahren wegen der Aussetzung der Vollziehung die Rechtsfrage nicht endgültig zu entscheiden sei.

Die Auffassung des IV. BFH-Senats überzeugt. Allerdings will die Finanzverwaltung, die die Entscheidung des I. Senats vom 25.11.2009 im Bundessteuerblatt veröffentlicht hat, weiterhin von der Gewinnrealisierung bei der Übertragung von Wirtschaftsgütern zwischen Schwesterpersonengesellschaften ausgehen, so dass der Ausgang des Streites zwischen dem I. und IV. Senat abgewartet werden muss, vgl. BStBl I 2010, S. 1206.

Für die notarielle Vertragspraxis steht weiterhin nur die Ausweichgestaltung zur Verfügung, das Wirtschaftsgut von der Personengesellschaft auf eine beteiligungsidentische Bruchteilsgemeinschaft zu übertragen, wobei die einzelnen Mit-

eigentumsanteile Sonderbetriebsvermögen der übertragenden Gesellschafter darstellen. Die Buchwertfortführung ist durch § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EStG gesichert. Da die Übertragung unentgeltlich erfolgen muss, müssen an dem Wirtschaftsgut lastende Verbindlichkeiten bei der übertragenden Gesellschaft verbleiben. Der Schuldzinsenabzug ist dennoch gegeben, vgl. *Hoffmann*, GmbHR 2002, 290; *Spiegelberger*, MittBayNot 2002, 356, 360; BFH/NV 2002, 341.

Notar a. D. Dr. *Sebastian Spiegelberger*, Rosenheim

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Auswirkung des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) auf nachträgliche Anschaffungskosten gemäß § 17 Abs. 2 EStG

BMF-Schreiben vom 21.10.010, IV C 6 – S 2244/08/10001 – (2010/0810418)

Der BFH hat unter Geltung des GmbH-Rechts vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) am 1.11.2008 (BGBl I, S. 2026) in mehreren Urteilen zur Höhe der nachträglichen Anschaffungskosten gemäß § 17 Abs. 2 EStG in den Fällen des Darlehensverlustes eines i. S. d. § 17 EStG beteiligten Gesellschafters Stellung genommen (BFH-Urteile vom 24.4.1997, BStBl II 1999, S. 339 und BStBl II 1999, S. 342, vom 4.11.1997, BStBl II 1999, S. 344, sowie vom 10.11.1998, BStBl II 1999, S. 348). Nach den in diesen Urteilen zum Ausdruck kommenden Rechtsgrundsätzen gehören zu den Anschaffungskosten einer Beteiligung i. S. d. § 17 EStG auch nachträgliche Aufwendungen auf die Beteiligung, wenn sie durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst und weder Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen noch Veräußerungskosten sind. Danach zählt zu diesen Aufwendungen auch die Wertminderung des Rückzahlungsanspruchs aus einem der Gesellschaft gewährten Darlehen. Nach Auffassung des BFH muss der Begriff der nachträglichen Anschaffungskosten in § 17 EStG weit ausgelegt werden, damit das die Einkommensbesteuerung beherrschende Nettoprinzip im Anwendungsbereich dieser Norm ausreichend wirksam werden kann. Dem durch die Beteiligung veranlassten Ertrag ist der durch sie veranlasste Aufwand gegenüberzustellen. Als nachträgliche Anschaffungskosten i. S. d. § 17 Abs. 2 EStG kommen deshalb nicht nur Aufwendungen in Betracht, die auf der Ebene der Gesellschaft als Nachschüsse oder verdeckte Einlagen zu werten sind, sondern auch sonstige, durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasste Aufwendungen des Gesellschafters, sofern diese nicht Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen oder Veräußerungskosten i. S. v. § 17 Abs. 2 EStG sind. Die Finanzverwaltung hatte die Anwendung der durch die genannten BFH-Urteile geschaffenen Rechtsgrundsätze seinerzeit in dem BMF-Schreiben vom 8.6.1999 (BStBl I, S. 545) zusammengefasst.

Zu der Frage, welche Folgen sich für die Anwendung des § 17 EStG aufgrund des ab dem 1.11.2008 geltenden MoMiG (a. a. O.) ergeben, nehme ich im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder wie folgt Stellung:

1. Rechtslage aufgrund des MoMiG

Das bisherige Recht bestand zum einen aus dem Bereich der gesetzlichen Regelungen in §§ 32 a, 32 b GmbHG (sog. Novellenregeln), und zum anderen aus einer aus der BGH-Rechtsprechung entwickelten analogen Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG (sog. Rechtsprechungsregeln). Durch das MoMiG wurde das Eigenkapitalersatzrecht grundlegend dereguliert. Die Bestimmungen über kapitalersetzende Darlehen (§§ 32 a, 32 b GmbHG) wurden im Rahmen des MoMiG aus dem GmbHG entfernt und im Insolvenzrecht sowie im Anfechtungsgesetz (AnfG) neu geordnet. Damit hat der Gesetzgeber auch den zu §§ 30, 31 GmbHG entwickelten Rechtsprechungsregeln die gesetzliche Grundlage entzogen. Kern der Neuregelungen in den §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, §§ 44 a, 135, 143 Abs. 3 InsO ist eine gesetzliche Nachrangigkeit aller Rückzahlungsansprüche aus Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz, unabhängig davon, ob sie in der Krise gewährt wurden oder nicht („insolvenzrechtliches Institut der Nachrangigkeit“). Ist das Darlehen im Jahr vor Stellung des Insolvenzantrags getilgt worden oder wurde es zehn Jahre vor dem Eröffnungsantrag besichert, so ist gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO zusätzlich die Insolvenzanfechtung eröffnet, d. h. es besteht die Anfechtbarkeit der im letzten Jahr vor dem Insolvenzantrag von der Gesellschaft zurückgezahlten Gesellschafterleistungen, und zwar unabhängig von einer tatbestandlichen Anknüpfung an einen eigenkapitalersetzenden Charakter der Leistung. Wurde das Darlehen im Jahr vor Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels zurückgezahlt oder wurde es zehn Jahre vor diesem Zeitpunkt besichert, so ist – außerhalb des Insolvenzverfahrens – zusätzlich die Anfechtungsmöglichkeit nach § 6 AnfG eröffnet. Das frühere Sanierungsprivileg und das frühere Kleinanlegerprivileg werden sinngemäß in § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 und 5 InsO beibehalten, so dass die vorgenannten Einschränkungen hier nicht gelten.

2. Nachrangigkeit der Gesellschafterdarlehen

Während die Rechtsprechung bisher von einer Anbindung an das Eigenkapitalersatzrecht ausging (BFH, BStBl II 1999, S. 724), ist nach Abschaffung der Eigenkapitalersatzregeln in §§ 32 a, 32 b GmbHG die Darlehensgewährung durch den Gesellschafter selbst die alleinige Voraussetzung für die insolvenzrechtliche Bindung des Darlehens. Mit Ausnahme der durch das Sanierungsprivileg und das Kleinanlegerprivileg begünstigten Gesellschafterdarlehen treten alle Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz unabhängig von ihrer vertraglichen Ausgestaltung und unabhängig vom Zeitpunkt der Hingabe gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO an die letzte Stelle aller Gläubiger. Für die Frage nachträglicher Anschaffungskosten im Rahmen des § 17 Abs. 2 EStG ist auf die gesellschaftsrechtliche Veranlassung abzustellen. Unbeschadet der Aufgabe des Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG orientiert sich deshalb die Auslegung einer gesellschafts-rechtlichen Veranlassung nach wie vor an der bereits von dem BMF-Schreiben vom 8.6.1999 (BStBl I, S. 545) herangezogenen Figur des ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers, so dass bei gesellschaftsrechtlicher Veranlassung auch zukünftig nachträgliche Anschaffungskosten bei uneinbringlichen Rückzahlungsansprüchen des Gesellschafters anzunehmen sind.

3. Steuerliche Folgerungen für den Anschaffungskostenbegriff i. S. d. § 17 EStG

Ein Darlehen ist nach Auffassung des BFH u. a. dann durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst, wenn im Zeitpunkt seiner Gewährung oder Weitergewährung die Rückzahlung des Darlehens angesichts der finanziellen Situation der Gesellschaft in dem Maße gefährdet ist, dass ein ordentlicher Kaufmann das Risiko einer Kreditgewährung zu denselben Bedingungen wie der Gesellschafter nicht mehr eingegangen wäre (sog. Krise). Der Begriff der Krise und die steuerliche Anknüpfung an die Krise werden auch im zeitlichen Geltungsbereich des MoMiG beibehalten. Außerdem ist auch nach der Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts im Rah-

men des MoMiG eine gesellschaftsrechtliche Veranlassung der Darlehensgewährung danach zu beurteilen, ob die Gesellschaft unter den bestehenden Verhältnissen von einem Dritten noch einen Kredit zu marktüblichen Bedingungen erhalten hätte. Die bisherige Rechtsprechung des BFH zu nachträglichen Anschaffungskosten im Rahmen des § 17 Abs. 2 EStG kann daher grundsätzlich weiterhin angewendet werden.

Was im Fall der Hingabe des Darlehens in der Krise der Gesellschaft gilt, gilt nach Auffassung des BFH grundsätzlich auch bei einem der Gesellschaft vor der Krise gewährten Darlehen, wenn der Gesellschafter das Darlehen stehen lässt, obwohl er es hätte abziehen können und es angesichts der veränderten finanziellen Situation der Gesellschaft absehbar war, dass die Rückzahlung gefährdet sein wird (sog. stehen gelassenes Darlehen).

Im Einzelnen unterscheidet der BFH für die Frage des Umfangs nachträglicher Anschaffungskosten vier Fallgruppen:

a) Hingabe des Darlehens in der Krise

Im Falle der Hingabe des Darlehens in der Krise ist nach Auffassung des BFH für die Höhe der Anschaffungskosten dessen Nennwert maßgeblich.

b) Stehen gelassene Darlehen

Im Falle eines „stehen gelassenen" Darlehens ist grundsätzlich der gemeine Wert in dem Zeitpunkt maßgeblich, in dem es der Gesellschafter mit Rücksicht auf das Gesellschaftsverhältnis nicht abzieht; dies kann ein Wert erheblich unter dem Nennwert des Darlehens, im Einzelfall sogar ein Wert von 0 € sein. Nach der neuen, durch das MoMiG geschaffenen Rechtslage kann allerdings ein „stehen gelassenes" Darlehen begrifflich nur noch dann vorliegen, wenn die Krise zeitlich vor dem Beginn des Anfechtungszeitraums nach § 6 AnfG entstanden ist.

Ist die Krise erst nach dem Beginn des Anfechtungszeitraums entstanden, ist die Fallgruppe der „krisenbestimmten" Darlehen anzuwenden (vgl. hierzu unten unter d).

c) Finanzplandarlehen

Schon unter der Geltung des früheren GmbH-Rechts waren von den eigenkapitalersetzenden Darlehen die sog. Finanzplandarlehen abzugrenzen. Dies sind solche Darlehen, die von vornherein in die Finanzplanung der Gesellschaft in der Weise einbezogen werden, dass die zur Aufnahme der Geschäfte erforderliche Kapitalausstattung der Gesellschaft krisenunabhängig durch eine Kombination von Eigen- und Fremdfinanzierung erreicht werden soll. Solche von den Gesellschaftern gewährten „finanzplanmäßigen" Kredite zur Finanzierung des Unternehmenszwecks sind nach Gesellschaftsrecht den Einlagen gleichgestellt. Die Bindungen für sog. Finanzplandarlehen ergaben sich schon vor dem Inkrafttreten des MoMiG nicht aus dem Eigenkapitalersatzrecht, sondern aus den vertraglich herbeigeführten Vereinbarungen und Bindungen der Gesellschafter. Auch der BGH hat zwischen Eigenkapitalersatzrecht und Finanzplandarlehen differenziert. Die Abschaffung des Eigenkapitalersatzrechts hat also keine Auswirkungen auf die bisherige Behandlung der Finanzplandarlehen.

Liegt ein in diesem Sinne krisenunabhängiges Finanzplandarlehen vor, ist es nach Auffassung des BFH nicht nur von vornherein – also mit seiner Hingabe – gesellschaftsrechtlich als Haftkapital gebunden; es ist auch für die steuerrechtliche Beurteilung davon auszugehen, dass es mit Rücksicht auf das Gesellschaftsverhältnis gewährt wurde. Dementsprechend erhöhen sich im Falle seines Verlustes die Anschaffungskosten der Beteiligung nicht nur in Höhe seines Wertes im Zeitpunkt der Krise, sondern in Höhe seines Wertes im Zeitpunkt der Gründung der Gesellschaft, also seines Nennwertes.

d) Krisenbestimmte Darlehen

Was für Finanzplandarlehen gilt, muss – jedenfalls im Grundsatz – auch für krisenbestimmte Darlehen gelten. Dies sind Darlehen, bei denen der Gesellschafter schon vor dem Eintritt der Krise mit bindender Wirkung gegenüber der Gesellschaft oder den Gesellschaftsgläubigern erklärt, dass er das Darlehen auch im Falle einer Krise stehen lassen werde. Für die Frage der Höhe der nachträglichen Anschaffungskosten ist allerdings bei krisenbestimmten Darlehen weiter zu differenzieren. Es ist hier zu prüfen, ob die Krisenbindung des Darlehens – wie häufig – auf vertraglichen Vereinbarungen oder aber auf den gesetzlichen Neuregelungen der InsO und des AnfG aufgrund des MoMiG beruht:

aa) Krisenbestimmte Darlehen aufgrund vertraglicher Vereinbarungen

Hat der Gesellschafter schon zu einem früheren Zeitpunkt mit bindender Wirkung gegenüber der Gesellschaft oder den Gesellschaftsgläubigern erklärt, dass er das Darlehen auch in der Krise der Gesellschaft stehen lassen wird, führt der Ausfall eines solchen krisenbestimmten Darlehens zu nachträglichen Anschaffungskosten auf die Beteiligung in Höhe des Nennwerts des Darlehens. Denn zu einer solchen Erklärung wäre ein Darlehensgeber, der nicht auch Gesellschafter ist, mit Rücksicht auf das ihm bei Gefährdung des Rückzahlungsanspruchs regelmäßig zustehende außerordentliche Kündigungsrecht im Allgemeinen nicht bereit.

Der Ansatz in Höhe des Nennwerts des Darlehens beruht nach Auffassung des BFH auf der Erwägung, dass bei den krisenbestimmten Darlehen die Bindung bereits mit dem Verzicht auf eine ordentliche und außerordentliche Kündigung im Zeitpunkt der Krise eintritt und deshalb der Verlust des Darlehens auf diesem Verzicht und nicht nur auf den später eintretenden gesetzlichen Rechtsfolgen der Krise beruht, womit sich diese Fallgruppe wesentlich von derjenigen der „stehen gelassenen" Darlehen unterscheidet.

bb) Krisenbestimmte Darlehen aufgrund der gesetzlichen Neuregelungen in §§ 39, 135 InsO sowie § 6 AnfG

Beruht die Krisenbindung des Darlehens auf den gesetzlichen Neuregelungen der InsO und des AnfG aufgrund des MoMiG, so ist davon auszugehen, dass bereits die gesetzlichen Neuregelungen in der InsO und im AnfG mit Beginn des Anfechtungszeitraums den darlehensgebenden Gesellschafter wirtschaftlich regelmäßig so stellen, als habe er eine Krisenbindung vereinbart.

Die nachträglichen Anschaffungskosten bemessen sich für den Fall, dass die gesellschaftsrechtliche Veranlassung auf die insolvenzrechtliche Nachrangigkeit zurückgeht, nach dem gemeinen Wert im Zeitpunkt des Beginns des Anfechtungszeitraums.

4. Sanierungsprivileg

Nach § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 InsO unterliegen zwar Darlehen (Darlehensforderungen), die zum Zwecke der Sanierung des Unternehmens hingegeben werden, nicht dem oben beschriebenen Nachranggebot. Gleichwohl ist es nach der Rechtsprechung des BFH (BFH, BStBl II 2009, S. 5) zum bisherigen Sanierungsprivileg (§ 32 a Abs. 3 Satz 3 GmbHG a. F), – welche sinngemäß auch auf die neue Rechtslage nach dem MoMiG übertragen werden kann – der Sinn und Zweck

des Sanierungsprivilegs als Sonderregelung, Anreize dafür zu bieten, einer GmbH Risikokapital zur Verfügung zu stellen und sich an Sanierungen zu beteiligen. Dieser Zweck würde nach Ansicht des BFH unterlaufen, wenn der das Sanierungskapital gebende Gesellschafter gegenüber anderen Gesellschaftern steuerrechtlich benachteiligt würde. Daher führen spätere Darlehensverluste auch hier sowohl nach der alten als auch nach der neuen Rechtslage zu nachträglichen Anschaffungskosten.

5. Kleinanlegerprivileg

Sinn und Zweck des Kleinanlegerprivilegs gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 5 InsO (bisher Zwerganteilsprivileg nach § 32 a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a. F.) ist – anders als beim unter 4. beschriebenen Sanierungsprivileg – nicht die Schaffung eines Anreizes zur Gewährung von Risikokapital, sondern allein die gesetzliche Klarstellung, dass nicht geschäftsführende GmbH-Gesellschafter mit einer nur geringen Beteiligung am Stammkapital nicht unternehmerisch beteiligt sind und deshalb nicht in der Finanzierungsverantwortung für die Gesellschaft stehen (BR-Drucks. 967/96, S. 22 f.; BT-Drucks. 13/7141, S. 11 f.). Der damalige Gesetzgeber hat damit die BGH-Rechtsprechung zu den eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen bei Aktiengesellschaften auch im Bereich der Gesellschaften mit beschränkter Haftung für anwendbar gehalten. Diese Grundentscheidung hat der Gesetzgeber auch im Rahmen der durch das MoMiG vollzogenen gesetzlichen Neuregelung beibehalten. Allerdings wurde die Schwelle für die Finanzierungsfolgenverantwortung des Gesellschafters nunmehr rechtsformneutral auf eine 10 %-Beteiligung festgesetzt (BT-Drucks. 16/6140, S. 57).

Die Nichtberücksichtigung des Verlustes eines i. S. d. § 32 a Abs. 3 Satz 2 GmbHG a. F. beteiligten Gesellschafters im Rahmen der nachträglichen Anschaffungskosten nach § 17 Abs. 2 EStG (BFH, BStBl II 2008, S. 706) ist daher – unter Beachtung der geänderten Beteiligungsgrenze – auch auf die Rechtslage nach MoMiG übertragbar.

6. Anwendungsregelung

Dieses BMF-Schreiben ist in allen noch offenen Fällen anzuwenden, bei denen auf die Behandlung des Darlehens die Vorschriften des MoMiG anzuwenden sind. Ein Darlehen ist nach den Vorschriften des MoMiG zu behandeln, wenn das Insolvenzverfahren bei einer GmbH nach dem 31.10.2008 eröffnet wurde oder wenn Rechtshandlungen, die nach § 6 AnfG der Anfechtung unterworfen sind, nach dem 31.10.2008 vorgenommen wurden. Für die übrigen Darlehen gilt weiterhin das BMF-Schreiben vom 8.6.1999 (BStBl I, S. 545).

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Neu gewählter Vorstand des Bayerischen Notarvereins e.V.:

Mit Wirkung vom 17.10.2010:

Vorsitzender:
Notar Dr. Winfried Kössinger, München

Stellvertretende Vorsitzende:
Notar Dr. Andreas Albrecht, Regensburg
Notar Dr. Oliver Vossius, München

Referent für Öffentlichkeitsarbeit (seit 24.11.2006):
Notar a. D. Dr. Rainer Regler, München

Schatzmeister: Notar Dr. Norbert Mayer, Regensburg

Schriftführer: Notar Lorenz Spall, Annweiler a. Tr.

weitere Vorstandsmitglieder:
Notarin Eva-Maria Brandt, Friedberg
Notar Dr. Felix Odersky, Erlangen
Notarassessorin Sonja Pelikan, Bischofsheim a. d. Rhön

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.1.2011:
Notar Dr. Klaus-Jürgen Ohler, Starnberg

Mit Wirkung vom 1.3.2011:
Notar Dr. Ruprecht Kamlah, Erlangen

Mit Wirkung vom 1.5.2011:
Notar Michael Senft, Wertingen

Mit Wirkung vom 1.6.2011:
Notar Richard Brückner, Alzenau
Notar Dr. Karl Richter, Augsburg

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.1.2011:

Fürth (in Sozietät mit Notar Dr. Ottmar Fleischer)	dem Notar Martin Walter (bisher in Neumarkt i. d. OPf.)
Oettingen i. Bay.	dem Notarassessor Christian Betz (bisher in Nürnberg Notarstellen Regler/Thoma)

Mit Wirkung vom 1.3.2011:

Bamberg (in Sozietät mit Notar Dr. Jens Eue)	dem Notarassessor Dr. Florian Dietz (bisher in Fürth Notarstellen Prof. Dr. Bengel/Dr. Fleischer)
Erlangen (in Sozietät mit Notar Dr. Alexander Martini)	der Notarin Anja Siegler (bisher in Hof)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung vom 1.11.2010:

Dr. Christian Fackelmann, Würzburg (Notarstellen Dr. Baumann/Sorge)

Dr. Bastian Grimm, Bad Griesbach i. Rottal (Notarstelle Dr. Forthauser), ab 1.11.2010 abgeordnet an das Deutsche Notarinstitut in Würzburg

Mit Wirkung vom 1.1.2011:

Claudia Greipl, Amberg (Notarstelle Dr. Frank)

5. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessorin Inga Franzen, Pirmasens (Notarstelle Küper), ab 1.1.2011 in Frankenthal (Notarstellen Barth/ Seiberth)

Notarassessor Dr. Benedikt Kühle, Landstuhl (Notarstelle Dr. Stuppi), ab 1.11.2010 in Haßloch (Notarstelle JR Dr. Sefrin)

Notarassessor Philipp Lederer, Regensburg (Notarstellen Ziegler/Dr. Mayer), ab 1.1.2011 in Würzburg (DNotI)

Notarassessor Alexander Lutz, Weißenhorn (Notarstelle Dr. Ziegler), ab 1.1.2011 in München (Notarstellen Kirchner/ Thiede im Umfang von 60% Arbeitszeit), zugleich (Landesnotarkammer Bayern im Umfang von 40 % Arbeitszeit)

Notarassessor Dr. Peter Wolf, Haßloch (Notarstelle JR Dr. Sefrin), ab 1.11.2010 in Ludwigshafen (Notarstellen Dr. Wilke/Dr. Pohl)

Notarassessor Dr. Josef Zintl, Kempten, wurde mit Wirkung vom 10.11.2010 promoviert

Oberinspektorin i. N. Agnes Bolka, Edenkoben (Notarstelle Dr. Köster), ab 1.1.2011 in Kirchheimbolanden (Notarstelle Dr. Schulte)

Oberinspektor i. N. Martin Kremhöller, Ebersberg (Notarstellen Griebel/Dr. Baumhof), ab 1.4.2011 in Osterhofen (Notarstelle Dr. Kappler)

6. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.1.2011:

Zum Notariatsrat i. N. (Entgeltgruppe 13):

Dieter Deck, München (Notarstelle Dr. Schmied)

Franz Heitzer, München (Prüfungsabteilung der Notarkasse)

Thomas Strauß, München (Prüfungsabteilung der Notarkasse)

Zum Oberamtsrat i. N. (Entgeltgruppe 12):

Hans Wunder, Memmingen (Notarstellen Erber-Faller/ Voran)

Zum Amtsrat i. N./zur Amtsrätin i. N. (Entgeltgruppe 11):

Dieter Beer, Amberg (Notarstelle Dr. Frank)

Anton Gammertshofer, Traunstein (Notarstelle Haselbeck)

Clarissa Mickeleit, Ludwigshafen (Notarstellen Dr. Wilke/Dr. Pohl)

Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (Entgeltgruppe 10):

Monika Hackl, Augsburg (Notarstelle Sturz)

Oliver Kindler, Augsburg (Notarstellen Feist/Kristic)

Christian Knoll, Schwabmünchen (Notarstellen Weigl/Grob)

Oliver Mann, Speyer (Notarstellen Dr. Rieder/Malchus)

Helmut Reinold, Mühldorf (Notarstellen Weißhäupl/Dr. Nachreiner)

Maria Weiß, Ebersberg (Notarstellen Griebel/Dr. Baumhoff)

Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N. (Entgeltgruppe 9, Erfahrungsstufe 4):

Manja Bauer, Bayreuth (Notarstellen Dr. Gottwald/Zuber)

Bernd Fleißner, Fürth (Notarstellen Dr. Fleischer/Walter)

Verena Frühauf, Obernburg a. Main (Notarstellen Herrmann/Volmer)

Kathrin Gilch, Dingolfing (Notarstellen Gleißner/Weiß)

Christine Großfuss, Starnberg (Notarstellen Dr. Ohler/Klöcker)

Thomas von Jutrzenka-Trzebiatowski, Ludwigshafen (Notarstellen Draxel-Fischer/Dr. Meyer)

Melanie Purucker, Karlstadt (Notarstelle Dr. Keßler)

Carina Schmitt, Erlangen (Notarstelle Dr. Huber)

Melanie Schwarz, Erlangen (Notarstellen Dr. Rieder/Dr. Schwanecke)

Johannes Rainer Seubert, München (Notarstellen Dr. Kollmar/Thallinger)

Michael Storch, München (Prüfungsabteilung der Notarkasse)

Diana Wiedenmann, Augsburg (Notarstellen Feist/Kristic)

7. Ausgeschiedene Angestellte:

Inspektorin i. N. Andrea Bürger, München (Notarstelle Prof. Dr. Mayer), zum 31.10.2010 ausgeschieden

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Osterhofen, Notarstelle Dr. Kappler
Plattlinger Straße 30, 94486 Osterhofen

Schriftleitung: Notarassessor Dr. Ulrich Gößl, Ottostraße 10, 80333 München
Notarassessorin Eliane Schuller ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit 6 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 50 € zuzüglich 6 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 12,50 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551. Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.universalmedien.de/Notarkammer