

Rheinische Notar-Zeitschrift

Rechtsfolgen fehlerhafter Kapitalerhöhungen bei der GmbH

(von Notarassessor Dr. Ulrich Temme, Würzburg)

- A. Einleitung
- B. Rechtsfolgen fehlerhafter Kapitalerhöhungen
 - I. Fehlerhafter Kapitalerhebungsbeschluss
 - 1. Rückwirkende Vernichtung der Kapitalerhöhung?
 - a) Traditionelle Auffassung
 - b) Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft
 - c) Stellungnahme
 - 2. Rechtsfolgen der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft
 - a) Bestandsschutz für die Vergangenheit
 - b) Weitere Kapitalerhöhungen, die auf der fehlerhaften Kapitalerhöhung aufbauen
 - c) Abwicklung
 - aa) Eintritt der Nichtigkeit ipso iure
 - bb) Abfindungsproblematik
 - (1) Grundsatz der Abfindung zum Verkehrswert
 - (2) Berechnung der Abfindung mit Hilfe von Bilanzwerten?
 - (3) Beschränkung der Abfindungshöhe durch Satzungsklauseln?
 - (4) Berücksichtigung von Gläubigerschutzinteressen
 - d) Bestandswirkung für die Zukunft?
 - aa) Auffassungen von Krieger und Stein
 - bb) Kapitalerhöhung zur Vorbereitung einer Verschmelzung
 - 3. Grenzen der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft
 - a) Schwere Einberufungsmängel
 - b) Sittenwidriger Beschluss
 - c) Verstoß gegen das Wesen der GmbH
 - d) Zwingende Vorschriften zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft
 - e) Kartellverstoß
 - f) Verstoß gegen § 57 j GmbHG
 - g) Beteiligung nicht voll Geschäftsfähiger
 - h) Arglistige Täuschung oder Drohung
 - 4. Behandlung derjenigen Fälle, bei denen eine Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft ausscheidet
 - II. Fehlerhafter Zulassungsbeschluss
 - 1. Verletzung des Bezugsrechtes
 - 2. Verletzung des § 54 Abs. 4 GmbHG
 - a) § 5 Abs. 1 und 3 GmbHG
 - b) § 5 Abs. 2 GmbHG
 - III. Fehlerhafter Übernahmevertrag
 - 1. Rechtsfolgen
 - 2. Schließung der Lücke in der Kapitalaufbringung
 - IV. Fehler bei der Erbringung der Einlageleistung
 - V. Fehlerhafte Handelsregisteranmeldung
 - VI. Fehlerhafte Eintragung
- C. Reparatur und Heilung fehlerhafter Kapitalerhöhungen
 - I. Nichtige Kapitalerhebungsbeschlüsse
 - 1. Heilung durch Handelsregistereintragung
 - a) Beurkundungsmängel
 - b) Sonstige nichtige Kapitalerhebungsbeschlüsse
 - c) Rechtsfolgen der Heilung
 - 2. Genehmigung bei Einberufungsmängeln
 - 3. Reparaturbeschlüsse
 - a) Heilung durch Reparaturbeschluss?
 - b) Verpflichtung zur Vornahme des Reparaturbeschlusses?
 - aa) Verpflichtung zur Vornahme eines Reparaturbeschlusses aufgrund der Übernahmeverträge?
 - bb) Verpflichtung zur Vornahme eines Reparaturbeschlusses aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht?
 - c) Charakter der Einlageleistung
 - aa) Kapitalerhöhung gegen Bareinlage in Form der Voreinzahlung auf eine künftige Kapitalerhöhung
 - bb) Differenzierung nach dem Zeitpunkt der Reparatur
 - cc) Sonderfall: Reparatur vor Vollzug der Kapitalerhöhung im Handelsregister
 - d) Übernahmevertrag
 - e) Handelsregisteranmeldung
 - 4. Kapitalherabsetzung
 - II. Anfechtbare Kapitalerhebungsbeschlüsse
 - 1. Bestätigung
 - 2. Zustimmung
 - 3. Rügeverzicht und Ablauf der Anfechtungsfrist

III. Fehlerhafter Zulassungsbeschluss aufgrund eines Verstoßes gegen § 55 Abs. 4 GmbHG

IV. Übernahmeverträge

1. Anspruch auf Abschluss neuer Übernahmeverträge
 - a) Anspruch der Gesellschaft auf Abschluss von Übernahmeverträgen
 - b) Anspruch der Übernehmer auf Abschluss von Übernahmeverträgen
2. Charakter der Einlageleistung

D. Zusammenfassung

A. Einleitung

Kapitalerhöhungen sind im Leben einer GmbH von außerordentlicher Bedeutung und gehören zur alltäglichen Praxis der notariellen Tätigkeit. Eine reguläre Kapitalerhöhung bei einer GmbH erfolgt dabei in den folgenden – allgemein bekannten – Schritten: dem satzungändernden Beschluss der Gesellschafterversammlung über die Kapitalerhöhung (§ 55 Abs. 1 GmbHG), gegebenenfalls dem Zulassungsbeschluss (§ 55 Abs. 2 GmbHG)¹, der Übernahme der neuen Stammeinlage (§ 55 Abs. 1 GmbHG), der Erbringung der tatsächlichen Leistung auf das erhöhte Kapital und der Anmeldung und anschließenden Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister (§ 57 GmbHG). Bei einer Sachkapitalerhöhung sind zudem die besonderen Anforderungen des § 56 GmbHG, bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln die §§ 57 cff. GmbHG zu beachten. Jede dieser Handlungen kann fehlerhaft sein. Wird der Fehler erst nach Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister entdeckt bzw. durch ein Gericht festgestellt, sind die Rechtsfolgen unklar. Aus der Praxis des Deutschen Notarinstitutes sind vor allem folgende Fragen bekannt, die in diesen Fällen aufgeworfen werden:

- Ansprüche des Übernehmers der neuen Stammeinlage gegen die Gesellschaft auf Rückgabe bzw. Ersatz seiner Einlage;
- Behandlung von Gesellschafterbeschlüssen, die nach der fehlerhaften Kapitalerhöhung gefasst wurden;
- Behandlung von Gewinnausschüttungen und Gewinnansprüchen, die aufgrund der fehlerhaften Kapitalerhöhung vorgenommen wurden bzw. entstanden sind;
- Behandlung weiterer Kapitalerhöhungen, die auf der fehlerhaften Kapitalerhöhung aufgebaut haben;
- Wirksamkeit des Erwerbs von Geschäftsanteilen, die aufgrund gesellschaftsvertraglicher Vorkaufsrechte übertragen wurden, wenn das Vorkaufsrecht ohne die fehlerhafte Kapitalerhöhung nicht oder nicht in diesem Umfang hätten ausgeübt werden können;
- Folgen für die Abtretung von Geschäftsanteilen, die aufgrund einer fehlerhaften Kapitalerhöhung entstanden sind.

Offen ist auch, wie eine fehlerhafte Kapitalerhöhung geheilt oder repariert werden kann. Müssen beispielsweise die erbrachten Einlagen zurückgeführt werden, so kann

dies für die Gesellschaft existenzgefährdende Folgen haben. Bedeutsam kann die Reparatur oder Heilung einer fehlerhaften Kapitalerhöhung zudem sein, wenn von ihr eine erhebliche steuerliche Wirkung ausgeht.

B. Rechtsfolgen fehlerhafter Kapitalerhöhungen

I. Fehlerhafter Kapitalerhöhungsbeschluss

Die Beantwortung der vorgenannten Fragen hängt zum Teil davon ab, auf welcher Ebene der Fehler bei der Kapitalerhöhung aufgetreten ist. Begonnen werden soll mit der Analyse des fehlerhaften Kapitalerhöhungsbeschlusses. Wie jeder Satzungsänderungsbeschluss kann der Kapitalerhöhungsbeschluss nichtig, anfechtbar oder unwirksam sein.² Derartige Mängel des Kapitalerhöhungsbeschlusses können ganz unterschiedliche Ursachen haben. Zu nennen sind nur Einberufungsdefizite, Mängel der Beschlussfassung und fehlerhafte Bezugsrechtsausschlüsse.

Im Umwandlungsrecht können derartige Mängel des Verschmelzungsbeschlusses nach § 20 Abs. 2 UmwG die Wirkungen der Verschmelzung nach ihrer Eintragung im Handelsregister der übernehmenden Gesellschaft nicht mehr beeinflussen. Eine „Entschmelzung“ ist in diesem Fall regelmäßig nicht mehr möglich. Die aus den Mängeln erwachsenden Nachteile sollen möglichst auf andere Weise – etwa durch Haftung der Verantwortlichen – ausgeglichen werden. Die Eintragung führt also zu einer umfassenden Heilung sämtlicher Fehler.³ Im GmbH-Recht kommt es durch die Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister gemäß § 242 Abs. 1 AktG analog nur zu einer sofortigen Heilung von Mängeln der notariellen Beurkundungsform.⁴ Andere Mängel können im Einzelfall durch Eintragung und Ablauf einer dreijährigen Frist gemäß § 242 Abs. 2 AktG analog heilen. Im Übrigen enthält das Kapitalerhöhungsrecht keine Heilungsregelungen. Leidet die Kapitalerhöhung etwa an einem Beschlussmangel und wird der Beschluss nach erfolgreicher Erhebung einer Anfechtungsklage für nichtig erklärt oder die Nichtigkeit durch Klage festgestellt, so bleiben die Rechtsfolgen für die Kapitalerhöhung offen. Gleiches gilt, wenn das Registergericht von Amts wegen gemäß § 144 Abs. 2 FGG den Kapitalerhöhungsbeschluss löscht, weil er durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt und seine Be-

¹ Umstritten ist, ob es eines Zulassungsbeschlusses stets bedarf (Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 55 Rn. 33; Zimmermann, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 55 Rn. 14), oder nur, wenn das Bezugsrecht der Gesellschafter ganz oder teilweise ausgeschlossen ist (Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 55 Rn. 25; Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 55 Rn. 39; Michalski/Herrmanns, GmbHG, 2002, § 55 Rn. 36).

² Vgl. zu dieser Unterscheidung bei der Fehlerhaftigkeit eines Gesellschafterbeschlusses: Michalski/Römmermann, GmbHG, 2002, Anh. § 47 Rn. 22 ff.; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 45 Rn. 37 ff.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, Anh. § 47 Rn. 1 ff.

³ Vgl. Lutter/Grunewald, UmwG, 2. Aufl. 2000, § 20 Rn. 69 ff.; Kübler, in: Semler/Stengel, UmwG, 2003, § 20 Rn. 84 ff.; Kallmeyer/Marsch-Barnier, UmwG, 2. Aufl. 2001, § 20 Rn. 33 ff.; Temme, in: Picot/Mentz/Seidel, Die Aktiengesellschaft bei Unternehmenskauf und Restrukturierung, 2002, Teil X. Rn. 129.

⁴ BGH DNotZ 1996, 684; Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 45 Rn. 37 ff.

seitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint. In Literatur und Rechtsprechung haben sich zur Lösung dieser Frage zwei Meinungen entwickelt.

1. Rückwirkende Vernichtung der Kapitalerhöhung?

a) Traditionelle Auffassung

Die traditionelle und früher h. M. nimmt als Ausgangspunkt ihrer Überlegungen an, dass die Gestaltungswirkung von Anfechtungs- oder Nichtigkeitsurteilen ex tunc eintrete. Werde ein Gesellschafterbeschluss für nichtig erklärt, so sei er mit Wirkung für und gegen jedermann als von Anfang an nichtig anzusehen. Dieses Verständnis der rückwirkenden Nichtigkeit folge aus der Interpretation des § 248 AktG, der im GmbH-Recht analog angewendet wird. Zwar spreche der Wortlaut nicht von einer rückwirkenden Nichtigkeit. Offenbar gingen jedoch die Vorschriften der § 142 BGB und § 242 Abs. 2 AktG von einer Rückwirkung aus. Aus diesem Grunde gehen die Vertreter dieser Meinung davon aus, dass eine erfolgreiche Beschlussmängelklage stets auch zur rückwirkenden Vernichtung der Kapitalerhöhung führt.⁵ Diese Sichtweise erscheint zunächst nicht zwingend, denn Beschluss und Strukturänderung könnten getrennt voneinander betrachtet werden. Dies hätte zu Folge, dass zwar der der Strukturänderung zugrunde liegende Beschluss von Anfang an nichtig ist, die darauf aufbauende tatsächlich erfolgte Strukturänderung aber nicht.⁶ Diese Trennung wird von der traditionellen Meinung jedoch nicht vorgenommen.

Eine konsequente Fortführung dieser Meinung würde freilich dazu führen, dass der Übernehmer gemäß § 812 ff. BGB seine Einlage von der Gesellschaft zurückfordern könnte, obwohl Gläubiger der Gesellschaft auf die erhöhte Stammkapitalziffer vertraut haben. Daher wenden die Vertreter dieser Meinung zum Schutz der Gläubigerinteressen § 77 Abs. 3 GmbHG analog an.⁷ Danach haben die Übernehmer trotz des Scheiterns der Kapitalerhöhung die von ihnen übernommenen Einlagen zu leisten, soweit dies zur Befriedigung derjenigen Gläubiger erforderlich ist, deren Forderungen zwischen Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses und der Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses entstanden sind. Nur darüber hinaus gehende Einlagen könnten nach den Grundsätzen des Bereicherungsrechtes zurückgefordert werden.⁸ Die Gesellschaft habe insoweit das Erlangte, also das Geld bzw. die sonstigen Gegenstände bei Sacheinlagen, gemäß § 812 ff. BGB zurückzugewähren oder, soweit sie dazu nicht mehr in der Lage sei, nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz in Höhe des Verkehrswertes zu leisten. Sei der Gegenstand einer Sacheinlage bereits unter dessen Wert veräußert worden, so sei nach der Regel des § 818 Abs. 3 BGB nur der geringere Wert zu erstatten, während eine spekulativer Mehrerlös der Gesellschaft verbleibe. Dies gelte jedoch nach §§ 820, 818 Abs. 4, 292, 987 ff. BGB nicht, wenn die Gesellschaft entsprechend den Umständen damit gerechnet habe, dass die Kapitalerhöhung scheitern und der Rechtsgrund damit wegfallen könne. Von diesem zurückzugewährenden Betrag könne die Gesellschaft nicht unter dem Gesichtspunkt der Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB ihre Kosten im Zusammenhang mit der Kapitaler-

höhung ganz oder anteilmäßig in Abzug bringen. Es bestehe kein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Vorteil (Leistung auf die Einlage an die Gesellschaft) und den Kosten der Kapitalerhöhung. Diese Kosten seien nicht im Hinblick auf die Leistung entstanden, sondern schon zuvor aus dem allgemeinen Ziel der Gesellschaft zur Kapitalerhöhung.⁹

Neben dieser Rückabwicklung der Einlageleistung geht die traditionelle Meinung davon aus, dass keine Mitgliedschaftsrechte der fehlerhaft beigetretenen Gesellschafter entstanden sind.¹⁰ Die weiteren Fragen, die sich aus dieser rückwirkenden Nichtigkeit ergeben, werden von den Vertretern dieser Meinung – soweit ersichtlich – nicht beantwortet. So bleibt offen, wie etwa Gesellschafterbeschlüsse zu behandeln sind, die unter Teilnahme der „Nichtgesellschafter“ zustande kommen. Bei konsequenter Fortführung dieser Meinung ist jeder Gesellschafterbeschluss, der bis zur Rechtskraft des Beschlussmängelurteils unter Teilnahme des „fehlerhaften Gesellschafters“ gefasst wurde, möglicherweise anfechtbar.

b) Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft

Aufgrund der Erkenntnis, dass sich die „gelebte Sozialordnung juristischer Vernichtungsfreude entzieht“¹¹, geht hingegen die heute h. M. von einer Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bei einer fehlerhaften Kapitalerhöhung aufgrund eines mangelhaften Kapitalerhöhungsbeschlusses aus.¹² Die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft setzen voraus, dass die Beteiligten auf den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages gerichtete tatsächliche Willenserklärungen abgegeben haben, die Gesellschaft in Vollzug gesetzt worden ist und keine gewichtigen Interessen der Allgemeinheit oder Einzelner der Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft entgegenstehen. Entsprechendes gelte bei einem fehlerhaften und im Handelsregister eingetragenen Kapitalerhöhungsbeschluss, da auch hier regelmäßig eine tatsächliche Willensäußerung in Form eines

5 Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 15. Aufl. 1988, § 57 Rn. 17; heute noch: Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 57 Rn. 44; Zimmermann, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 55 Rn. 21; Lutter, FS für Schilling, 1973, S. 208, 222 ff.; aus dem Aktienrecht: Wiedemann, in: Großkommentar, AktG, 3. Aufl. 1973 ff., § 189 Anm. 4 und § 191 Anm. 5; Hefermehl/Bungeroth, in: Geßler/Hefermehl, AktG, 1973 ff.; § 189 Rn. 31, 36 ff.

6 Vgl. Hommelhoff, ZHR 1994, 11, 12 ff.; Meyer-Panhuysen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, 2003, S. 8.

7 Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 57 Rn. 43; Zimmermann, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 55 Rn. 21 unter Verweis auf RGZ 85, 311, 315.

8 Lutter, in: FS Schilling, 1973, S. 208, 223 ff.

9 Lutter, in: FS Schilling, 1973, S. 208, 224.

10 Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 57 Rn. 44; Zimmermann, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 55 Rn. 21; Schleyer, AG 1957, 145.

11 So die sehr einprägsame Formulierung von Wiedemann, GesR I, 1980, § 3 I 2.

12 Zöllner, AG 1993, 68, 77 ff.; Hommelhoff, ZHR 1994, 11, 15 ff.; Krieger, ZHR 1994, 35, 47 ff.; Michalski/Herrmanns, GmbHG, 2002, § 57 Rn. 56 ff.; Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 200 ff.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 57 Rn. 18; Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 57 Rn. 47; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 57 Rn. 17; Schothöfer, GmbHR 2003, 1321, 1324.

Gesellschafterbeschlusses gegeben und die Kapitalerhöhung durch Durchführung und Eintragung vollzogen sei. Sofern keine höherrangigen Gesichtspunkte entgegenstünden, sei eine Unwirksamkeit der Kapitalerhöhung dementsprechend nur „ex nunc“ annehmen.¹³ Vereinzelt wird für bestimmte Fallgruppen (etwa bei einer Kapitalerhöhung durch Einbringung eines Unternehmens) sogar eine Bestandswirkung der Kapitalerhöhung für die Zukunft angenommen.¹⁴ Rechtsfolge dieser Meinung ist im Wesentlichen, dass bis zur Rechtskraft der Beschlussmängelklage die Übernehmer der fehlerhaften Geschäftsanteile als Gesellschafter behandelt werden, entsprechende Gesellschafterbeschlüsse, an denen sie teilgenommen haben, also als wirksam angesehen werden. Eine „Rückabwicklung“ der Kapitalerhöhung erfolgt erst mit Wirkung für die Zukunft.

c) Stellungnahme

Die traditionelle Meinung ist sowohl aus praktischen als auch dogmatischen Gründen abzulehnen. In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass Mängel der gesellschaftsrechtlichen Erklärungen bei der Gründung grundsätzlich nicht eine rückwirkende Vernichtung der Gesellschaft zur Folge haben.¹⁵ Auch wenn die genaue dogmatische Begründung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft äußerst umstritten ist,¹⁶ sind die dahinter stehenden Motive größtenteils identisch. Im Innenverhältnis ist eine Rückabwicklung bei einer fehlerhaften Gründung häufig praktisch nicht möglich oder zumindest nicht interessengerecht. Im Außenverhältnis sollen die Gläubiger der Gesellschaft geschützt werden, die im Vertrauen auf den Bestand der Gesellschaft mit dieser Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben.¹⁷ Diese Interessenlage ist bei einer Kapitalerhöhung identisch. Auch dort wäre eine Rückabwicklung nicht interessengerecht und praktisch kaum möglich. So würden die Übernehmer an einer zwischenzeitlichen Werterhöhung des Unternehmens nicht partizipieren, obgleich die Werterhöhung – wenn auch im Einzelnen schwer differenzierbar – auch auf die geleistete Einlage zurückzuführen ist. Fällt andererseits der Wert des Unternehmens, so ist schwer einzusehen, warum die Einleger trotz der entsprechenden Risikoübernahme mehr ausgezahlt bekommen, als ihnen wertmäßig zusteht.¹⁸ Unmöglich dürfte eine Rückabwicklung zudem häufig bei der Einbringung eines Unternehmens im Wege der Sacheinlage sein, da das Unternehmen (als organisches Gebilde) sich ständig ändert. Sieht man die Herausgabe des Unternehmens als unmöglich an und beschränkt den Anspruch der Übernehmers daher auf den Wertersatz, so ist zu berücksichtigen, dass zwischenzeitlich mit dem Unternehmen eine wertschöpfende Tätigkeit ausgeübt worden ist, die entlohnt werden muss.

Auch im Außenverhältnis würde das Vertrauen der Gläubiger im Hinblick auf die erhöhte Kapitalziffer bei einer rückwirkenden Vernichtung enttäuscht. Zwar wird dieses Problem von der Gegenmeinung durch die analoge Anwendung des § 77 Abs. 3 GmbHG entschärft. Damit gehen die Autoren der traditionellen Auffassung aber den Weg einer „ex nunc – Unwirksamkeit“ im Außenverhältnis, liegen also auf einer Linie mit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft. Dogmatisch ist damit

jedoch eine rückwirkende Vernichtung im Innenverhältnis kaum vereinbar.¹⁹

Gegen eine Anwendung der Lehre der von der fehlerhaften Gesellschaft bei fehlerhaften Kapitalerhöhungsbeschlüssen wird eingewandt, dass die Rechtslage nicht vergleichbar sei, da die Gesellschaft auch bei rückwirkender Vernichtung der Kapitalerhöhung als solche bestehen bleibe.²⁰ Zudem würde sie zu einer Negierung des gesetzlichen Beschlussmängelrechts führen.²¹ Gegen den letzten Einwand ist anzuführen, dass die Beschlussmängel nicht ignoriert werden, sondern ex-nunc durchaus Rechtsfolgen entfalten. Es ist zudem nicht zu erkennen, warum allein der Umstand, dass bei einer Kapitalerhöhung die Gesellschaft bestehen bleibt, zu einer von der fehlerhaften Gründung abweichenden Beurteilung führen soll. Dies zeigt sich besonders deutlich, wenn eine kleine Gesellschaft ihr Kapital stark erhöht, etwa von Euro 25 000,- auf Euro 250 000,-. Es ist schwer einzusehen, warum bei einer Kapitalgründung über Euro 25 000,- die Gesellschaft bestehen bleiben soll, bei einer Kapitalerhöhung über einen bei weiten höheren Betrag aber eine „ex-tunc-Vernichtung“ eintritt.²² Allgemein lässt sich daher sagen, dass die Überlegungen, die zur Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bei der Gründung von Gesellschaften geführt haben, auch bei der fehlerhaften Kapitalerhöhung aufgrund eines Kapitalerhöhungsbeschlusses gelten.

2. Rechtsfolgen der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft

a) Bestandsschutz für die Vergangenheit

Die Anwendung der Regeln der fehlerhaften Gesellschaft führt zu einem Bestandsschutz der fehlerhaften Kapitalerhöhung bis zur Rechtskraft des Beschlussmängelurteils, welches die Nichtigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses feststellt bzw. herbeiführt. Der Kapitalerhöhungsbeschluss gilt bis zu diesem Zeitpunkt im Innen- und Außenverhältnis als wirksam.²³ Die betroffenen Gesellschafter haben ihr Stimmrecht wirksam

13 Zöllner, AG 1993, 68, 77 ff; Hommelhoff, ZHR 1994, 11, 15 ff; Krieger, ZHR 1994, 35, 47 ff; Michalski/Herrmanns, GmbHG, 2002, § 57 Rn. 56 ff.; Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 200 ff.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 57 Rn. 18; Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 57 Rn. 47; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 57 Rn. 17.

14 Krieger, ZHR 1994, 35, 49 ff; vgl. auch Stein, ZGR 1994, 472, 486.

15 BGHZ 3, 285, 288; BGHZ 13, 320, 324; Palandt/Sprau, BGB, 62. Aufl. 2002, § 705 Rn. 17.

16 Vgl. dazu MünchKomm/Ulmer, BGB, 3. Aufl. 1997, § 705 Rn. 265 ff. 17 Vgl. BGHZ 55, 5, 8; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1997, § 6 I; A. Hueck, OHG, 4. Aufl. 1971, § 7 III; G. Hueck, Gesellschaftsrecht, 19. Aufl. 1991, § 6 IV; Palandt/Sprau, BGB, 62. Aufl. 2002, § 705 Rn. 18.

18 Zöllner, AG 1993, 68, 71.

19 So zutreffend Zöllner, AG 1993, 68, 73.

20 Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 57 Rn. 44.

21 Zimmermann, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 55 Rn. 21.

22 Zöllner, AG 1993, 69, 73.

23 Zöllner, AG 1993, 68, 72; Michalski/Herrmanns, GmbHG, 2002, § 57 Rn. 57; Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 57 Rn. 47; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 57 Rn. 18.

ausgeübt.²⁴ Alle Gestaltungsakte, an denen der oder die betroffenen Gesellschafter teilgenommen haben, wie etwa Satzungsänderungen oder Geschäftsführerbestellungen sind wirksam und bleiben wirksam. Gleiches gilt für ausgeschüttete Gewinne, die nicht mehr zurückgefordert werden können und bereits entstandene Gewinnansprüche, die nicht erlöschen. Übertragungen von Geschäftsanteilen, die aufgrund in der Satzung vereinbarter Vorkaufsrechte für Mitgesellschafter stattgefunden haben, bleiben wirksam, auch wenn diese ohne die fehlerhafte Kapitalerhöhung nicht oder nicht in diesem Umfang geschehen wären. Bei der Bilanzierung ist das erhöhte Stammkapital für die Zwischenzeit voll anzusetzen, ab Nichtigkeit hingegen die vorherige Kapitalziffer.²⁵ Notwendig ist allerdings, die Gefährdung des erhöhten Kapitals analog § 251 HGB in einer Fußnote der Bilanz zu erwähnen. Zusätzlich ist eine entsprechende Erläuterung im Lagebericht aufgrund von § 289 Abs. 2 Nr. 1 HGB erforderlich, da die Gefährdung der Stammkapitalziffer ein Vorgang von „besonderer Bedeutung“ im Sinne dieser Norm ist.²⁶ Die aufgrund der fehlerhaften Kapitalerhöhung entstandenen Geschäftsanteile sind bis zur Nichtigkeitserklärung in gleicher Weise veräußerlich und vererblich, wie wenn sie nicht von der Nichtigkeitserklärung bedroht wären.²⁷ Die Einlage kann, soweit sie noch nicht geleistet wurde, auch nach der Rechtskraft des Beschlussmängelurteils verlangt werden, da der Anspruch rechtswirksam in der Vergangenheit entstanden ist. Es wäre nur schwer verständlich, wenn es von der zufälligen Reihenfolge der Erfüllung der Einlageleistung und der Rechtskraft des Beschlussmängelurteils abhängen würde, ob die Einlageleistung erbracht werden muss oder nicht.

b) Weitere Kapitalerhöhungen, die auf der fehlerhaften Kapitalerhöhung aufbauen

Umstritten ist, ob weitere Kapitalerhöhungen, die auf der fehlerhaften Kapitalerhöhung aufgebaut haben, wirksam bleiben.²⁸ Die zeitlich spätere Kapitalerhöhung knüpft an eine unrichtige Stammkapitalziffer an. Wird diese ebenso angegeben wie der Erhöhungsbetrag und die neue Kapitalziffer (von x um y auf z), soll es sich um einen widersprüchlichen und deshalb undurchführbaren Beschluss handeln, der nichtig sei.²⁹ Dies ist unzutreffend. Gewollt ist in aller Regel ein bestimmter Erhöhungsbetrag, der an das wirksam bestehende Kapital anknüpft. Hinzu kommt, dass nur der Erhöhungsbetrag im Kapitalerhöhungsbeschluss genannt werden muss, nicht aber die Endziffer, auf die das Stammkapital der Gesellschaft letztlich lautet. Weiterhin ist nach der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft die Kapitalerhöhung wirksam und somit auch der auf ihr aufbauende Gesellschafterbeschluss. Folglich sind weitere Kapitalerhöhungen, die auf der fehlerhaften Kapitalerhöhung aufbauen, grundsätzlich wirksam.³⁰ Wird der fehlerhafte Kapitalerhöhungsbeschluss später im Handelsregister gelöscht, so ist die Stammkapitalziffer unter Berücksichtigung der fehlerfreien, zeitlich späteren Kapitalerhöhung zu ändern.

Fraglich ist jedoch, ob dies auch dann gelten kann, wenn es sich bei der an die fehlerhafte Kapitalerhöhung anschließenden Kapitalerhöhung um eine aus Gesellschaftsmitteln handelt. Ein Grund für eine abweichende Bewertung ist zwar nicht erkennbar, soweit bei der Ka-

pitalerhöhung die Gesellschafter entsprechend ihrem Beteiligungsverhältnis vor der fehlerhaften Kapitalerhöhung an der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln teilgenommen haben. Ist dies jedoch nicht der Fall, wenn also bei der fehlerhaften Kapitalerhöhung ein außenstehender Unternehmer teilgenommen hat oder die bisherigen Gesellschafter nicht entsprechend ihrem Beteiligungsverhältnis neue Geschäftsanteile übernommen haben, bestehen Zweifel. Denn bei einer anschließenden Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln werden „verborgene Schätze“ der GmbH gehoben, die in den Rücklagen schlummern. Die Gesellschafter erhalten ohne eigene Leistung einen neuen Geschäftsanteil bzw. ihr bestehender Geschäftsanteil wird entsprechend aufgestockt. Könnte ein Gesellschafter, der nur aufgrund einer fehlerhaften Kapitalerhöhung zuvor Gesellschafter geworden ist, den entsprechenden Geschäftsanteil behalten, so würde er letztendlich ohne eine eigene Gegenleistung Gesellschafter der GmbH werden und könnte an ihren Gewinnen, auch nach Rückabwicklung der fehlerhaften Kapitalerhöhung, weiterhin partizipieren. Dieses Ergebnis ist nicht hinnehmbar. Fraglich ist, wie man es vermeiden kann. Denkbar ist, den Kapitalerhöhungsbeschluss wegen Verstoßes gegen § 57j GmbHG als nichtig anzusehen. Nach dieser Norm stehen bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln die neuen Geschäftsanteile den Gesellschaftern im Verhältnis ihrer bisherigen Geschäftsanteile zu. Eine Zuteilung aufgrund einer fehlerhaften Kapitalerhöhung könnte als Verletzung dieser Norm angesehen werden. Dies würde zwar der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft widersprechen, wonach bis zur Rechtskraft des Beschlussmängelurteils die Kapitalerhöhung als wirksam zu behandeln ist, was konsequenterweise dann auch für § 57j GmbHG gelten müsste. Aus Gründen der materiellen Gerechtigkeit ist diese Durchbrechung aber gerechtfertigt.

c) Abwicklung

aa) Eintritt der Nichtigkeit ipso iure

Mit Rechtskraft des Beschlussmängelurteils bedarf es keiner weiteren Rechtsakte mehr, etwa eines Einziehungsbeschlusses hinsichtlich der betroffenen Geschäftsanteile durch die Gesellschaft oder einer förmlichen Kapitalherabsetzung. Die Rechtsfolgen der Nichtigkeitserklärung treten ipso iure ein.³¹ Die handelsregistergerichtliche Verlautbarung der Veränderung des

24 Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 57 Rn. 18; Michalski/Herrmanns GmbHG, 2002, § 57 Rn. 57; Scholz/Priester GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 57 Rn. 47.

25 Meyer-Panhuysen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, 2003, S. 97; Zöllner/Winter, ZHR 1994, 59, 61.

26 Meyer-Panhuysen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, 2003, S. 97; Zöllner/Winter, ZHR 1994, 59, 61.

27 Zöllner/Winter, ZHR 1994, 59, 61 (zur AG).

28 Ausführlich zu dieser Problematik auf der Grundlage der hier abgelehnten traditionellen Auffassung: Trendelenburg, NZG 2003, 860 ff., wonach der zeitlich spätere Kapitalerhöhungsbeschluss nichtig sein soll. Die Unwirksamkeit eines Kapitalerhöhungsbeschlusses erstreckte sich also auch auf spätere Kapitalerhöhungen.

29 Zöllner, in: Kölner Kommentar, AktG, 1976, § 241 Rn. 108; Trendelenburg, NZG 2003, 860, 864.

30 Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 57 GmbHG Rn. 44 a.

31 Zöllner, AG 1993, 68, 77; Kort, ZGR 1994, 291, 312 ff.; Zöllner/Winter, ZHR 1994, 59, 61.

Grundkapitals erfolgt mit deklaratorischer Wirkung gemäß § 248 Abs. 1 Satz 3 AktG analog durch Eintragung der Löschung des Kapitalerhöhungsbeschlusses und Berichtigung der Grundkapitals.³² Die Geschäftsführung der GmbH ist gemäß § 248 Abs. 1 Satz 2 AktG analog zur Einreichung des Urteils beim Handelsregister verpflichtet. Gemäß § 248 Abs. 2 AktG analog ist ferner ein dem Urteil entsprechender vollständiger neuer Wortlaut des Gesellschaftsvertrages, – mit der Bescheinigung eines Notars über diese Tatsache – einzureichen. Ein Beschluss der Gesellschafter über den geänderten Wortlaut des Gesellschaftsvertrages ist nicht erforderlich, da mit der Nichtigkeitserklärung des Kapitalerhöhungsbeschlusses der entsprechende vorherige Wortlaut wieder gilt.

In der aktienrechtlichen Literatur wird die ipso iure Wirkung der Beschlussmängelklage vereinzelt in Frage gestellt. *Wiedemann* verlangt, dass die fehlerhaft begründeten Mitgliedschaftsrechte in Analogie zur Zwangseinziehung nach den § 237 ff. AktG zu liquidieren seien.³³ Ähnlich äußert sich *Huber*, der für das Erlöschen der Mitgliedschaftsrechte zusätzlich zu dem Urteil die Erklärung der Einziehung der fehlerhaften Aktien durch den Vorstand und die (konstitutive) Eintragung der ursprünglichen Kapitalziffer im Handelsregister für erforderlich hält.³⁴ Gegen diese Meinung spricht aber die Parallelüberlegung zur ex-nunc Abwicklung der fehlerhaften Gesellschaft bei ihrer Gründung.³⁵ Denn auch dort ist ein Liquidationsbeschluss nicht erforderlich. Zudem ist es für die Praxis nicht hinnehmbar, dass der Eintritt der Rechtsfolgen des Beschlussmängelurteils durch eine „Verschleppung“ der Eintragung durch die Geschäftsführung bzw. eine geringe „Eintragungsgeschwindigkeit“ beim zuständigen Handelsregister verzögert wird.

bb) Abfindungsproblematik

(1) Grundsatz der Abfindung zum Verkehrswert

Auch für die Zukunft muss dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der Gesellschafter zwar aufgrund einer fehlerhaften, aber vollzogenen Kapitalerhöhung Mitgliedschaftsrechte ausgeübt hat. Er scheidet daher zwar im Regelfall³⁶ aus der Gesellschaft aus, seine Einlage wird ihm aber nicht einfach nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zurückgewährt.³⁷ Diese Vorgehensweise würde nicht berücksichtigen, dass durch die Einlage des fehlerhaft beteiligten Gesellschafters der gesamte Wert des Unternehmens gestiegen ist. Daher steht dem ausscheidenden Gesellschafter grundsätzlich ein Abfindungsanspruch zu.³⁸ Keine Abfindung ist ihm allerdings zu gewähren, wenn die fehlerhafte Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln erfolgt ist, weil es in diesem Fall an einer Einlageleistung des Gesellschafters, die den Abfindungsanspruch rechtfertigt, fehlt.

Fraglich ist die Höhe dieses Anspruches. Allgemein wird zumeist formuliert, dass eine Abfindung wie beim Ausscheiden eines Gesellschafters zu zahlen sei.³⁹ Damit ist gemeint, dass der Gesellschafter so abzufinden ist, als wenn er zwangsweise ausgeschlossen worden wäre. Enthält der Gesellschaftsvertrag der GmbH keine Regelung, die den Abfindungsanspruch begrenzt, so bestimmt sich die Höhe der Abfindung bei einem Zwangsausscheiden nach dem Verkehrswert des Geschäftsanteils.⁴⁰ Die Ab-

findung berechnet sich demgemäß nach dem Verkehrswert des fehlerhaften Geschäftsanteils. Bewertungstichtag ist der Tag der Rechtskraft des Beschlussmängelurteils, da er zu diesem Zeitpunkt aus der Gesellschaft ausscheidet.⁴¹

(2) Berechnung der Abfindung mit Hilfe von Bilanzwerten?

Im Hinblick auf die fehlerhafte Kapitalerhöhung bei einer AG ist von *Huber* vertreten worden, dass sich die Höhe der Abfindung nicht am Verkehrswert zu orientieren habe, sondern mit Hilfe der Bilanz zu ermitteln sei. Ausgangspunkt der Ermittlung sei bei der Barkapitalerhöhung der einzuzahlende Betrag, bei der Sachkapitalerhöhung der tatsächliche Wert der eingebrachten Sache. Von diesem Betrag sei der zwischenzeitlich (also bis zur Rechtskraft der Beschlussmängelklage) in der Bilanz ausgewiesene Jahresfehlbetrag anteilig abzuziehen. Nicht ausgeschüttete Jahresüberschüsse seien dem Aktionär gutzuschreiben.⁴² Gegen eine Abfindung aufgrund des Verkehrswertes wendet *Huber* u. a. ein, dass dies zu unangemessenen Ergebnissen führe, wenn die Beschlussmängelklage deshalb Erfolg habe, weil der Ausgabebetrag für die neuen Aktien zu niedrig war. Zudem entspreche es nicht der Interessenlage, den betroffenen Gesellschafter an den stillen Reserven der Gesellschaft zu beteiligen

Diese Betrachtungsweise beachtet jedoch nicht ausreichend, dass – wie vorstehend bereits ausgeführt – durch die Einlage des fehlerhaft beteiligten Gesellschafters der gesamte Wert des Unternehmens gestiegen ist und somit auch die stillen Reserven zu berücksichtigen sind, mithin auf den Verkehrswert abzustellen ist. Dieser Verkehrswert ist freilich nicht einfach zu ermitteln. Die in der Praxis gebräuchlichen Methoden der Unternehmensbewertung sind mehr oder weniger unzulängliche Hilfsverfahren, die methodisch stets anfechtbar sind.⁴³ Die Zukunft eines Unternehmens, die auf dessen Wert maßgeblichen Einfluss hat, bleibt stets Dunkel, da die Fähigkeiten der Geschäftsleitung schwer zu schätzen sind, ebenso wie der Einfluss technischer Neuerungen. Der Wert eines Unternehmens lässt sich daher nicht auf

32 Zöllner/Winter, ZHR 1994, 59, 61; Hüffer, AktG, 5. Aufl. 2002, § 248 Rn. 11; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 45 Rn. 170.

33 Wiedemann, in: Großkommentar, AktG, 4. Aufl. 1995, § 189 Rn. 42.

34 Huber, FS Claussen, 1997, 147, 151.

35 Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 212.

36 Zu möglichen Ausnahmen vgl. unten d).

37 OLG Stuttgart DB 2000, 1218, 1220 = MittRhNot 2000, 350 ff.; Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 57 Rn. 47; Zöllner/Winter, ZHR 1994, 61 ff.

38 Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 57 Rn. 47; Zöllner/Winter, ZHR 1994, 61 ff.

39 Michalski/Herrmanns, GmbHG, 2002, § 57 Rn. 57; Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 57 Rn. 47; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 57 Rn. 18; Zöllner/Winter, ZHR 1994, 61 ff.

40 BGHZ 9, 157, 168; 16, 318, 322; 116, 359, 370 = DNotZ 1991, 526, 529 = MittRhNotK 1992, 54, 57; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 34 Rn. 42; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 34 Rn. 19; Scholz/Westermann, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 34 GmbHG Rn. 22.

41 Vgl. Kort ZGR 1994, 291, 315.

42 Huber, in: FS Claussen, 147, 155 ff.

43 Großfeld, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2003, S. 268; Seetzen, WM 1999, 565, 574.

„Heller und Pfennig“ berechnen.⁴⁴ Dies kann aber nicht dazu führen, dass man ein einfacheres, nachprüfbareres Verfahren zur Abfindungsberechnung im Rahmen der fehlerhaften Kapitalerhöhung einführt, welches letztendlich den tatsächlichen Wert des fehlerhaften Geschäftsanteils nur äußerst unzulänglich wiedergibt.

Zuzugeben ist *Huber* allerdings in seiner Kritik, dass die auf den Verkehrswert abstellende Lösung zu unangemessenen Ergebnissen führt, wenn die Beschlussmängelklage gerade dadurch veranlasst wird, dass der Ausgabebetrag für die neuen Geschäftsanteile zu niedrig war.⁴⁵ *Wiedemann* will dieses Problem lösen, indem er die Differenz zwischen dem tatsächlichen und dem angemessenen Ausgabebetrag vom Abfindungswert abzieht, also die Abfindung nur linear, nicht proportional herabsetzt.⁴⁶ Dies führt aber zu eher zufälligen Ergebnissen. Ist der Wert der Geschäftsanteils bis zu seiner Vernichtung überproportional gestiegen, so erhält der betroffene Gesellschafter mehr als er eigentlich verdient hätte. Im umgekehrten Fall wirkt sich die Lösung für ihn nachteilig aus, was ebenfalls nicht gerechtfertigt erscheint. Beseitigen lässt der von *Huber* angesprochene Mangel aber, indem man den hypothetisch angemessenen Ausgabebetrag für die Geschäftsanteile ermittelt und die Abfindung im Verhältnis dieses angemessenen Ausgabewertes zum tatsächlichen Ausgabewert kürzt, also eine proportionale Kürzung der Abfindung vornimmt.⁴⁷

(3) Beschränkung der Abfindungshöhe durch Satzungsklauseln?

Satzungsklauseln, die die Abfindungshöhe beschränken, sind im Regelfall bei einer fehlerhaften Kapitalerhöhung nicht anwendbar, da eine fehlerhafte Kapitalerhöhung zumeist als Grund für das Eingreifen einer Beschränkung der Abfindungssumme nicht genannt wird. Allerdings kann eine Beschränkung der Abfindung nach § 242 BGB bei einer fehlerhaften Kapitalerhöhung vorgenommen werden, wenn den betroffenen Gesellschafter eine „Verantwortlichkeit“ an der fehlerhaften Kapitalerhöhung trifft.⁴⁸

(4) Berücksichtigung von Gläubigerschutzinteressen

Allgemein anerkannt ist, dass bei der Abfindungszahlung auch die Interessen der Gläubiger zu berücksichtigen sind. Zu ihrem Schutz sind bei der Auszahlung der Abfindung daher durch die betroffenen Gesellschafter Beschränkungen hinzunehmen.⁴⁹ In der aktienrechtlichen Literatur wird dieser Gläubigerschutz zumeist über eine analoge Anwendung des § 225 AktG (also der Anwendung der Regeln über die ordentliche Kapitalherabsetzung) verwirklicht.⁵⁰ Begründet wird dies mit der Überlegung, dass die ex-nunc Abwicklung der fehlerhaften Kapitalerhöhung Parallelen zur Zwangseinziehung aufweise.⁵¹

Die Eintragung des rechtskräftigen Beschlussmängelurteils in das Handelsregister muss demnach bekannt gegeben werden. Anschließend ist eine Sperrfrist von sechs Monaten abzuwarten. Gläubiger, die sich innerhalb dieser sechs Monate melden, sind wegen der erhobenen Ansprüche zu befriedigen oder ihnen ist Sicherheit zu leisten. Zahlungen an die Aktionäre aufgrund der He-

rabsetzung des Grundkapitals können erst erfolgen, wenn diese sechs Monate verstrichen sind und Sicherheit geleistet wurde. Im Zusammenhang mit der fehlerhaften Kapitalerhöhung geht es jedoch nicht um „Zahlungen aufgrund der Herabsetzung“, sondern nur um Zahlungen, die wertungsmäßig bei der fehlerhaften Kapitalerhöhung einen entsprechenden Gläubigerschutz erfordern. Verboten sind daher nur Zahlungen aus Mitteln, die ohne die Vernichtung der Kapitalerhöhung nicht verfügbar gewesen wären, sowie Zahlungen aus Rücklagen, die anlässlich der Vernichtung der Kapitalerhöhung frei geworden sind.⁵²

Ob bzw. wie diese Überlegungen auf die GmbH übertragen werden können, wird in der Literatur – soweit ersichtlich – kaum erörtert. Legt man die Parallele zur Zwangseinziehung auch bei der GmbH zu Grunde, so könnte man zunächst an § 34 Abs. 3 GmbHG denken. Das Entgelt für die Einziehung muss nach dieser Norm aus dem nicht gebundenen Vermögen der GmbH erbracht werden.⁵³ Gleiches könnte man für die Abfindung bei einer fehlerhaften Kapitalerhöhung annehmen. *Herrmanns* führt hingegen aus, dass die Normen der vereinfachten Kapitalherabsetzung heranzuziehen seien.⁵⁴ Der Gläubigerschutz wird bei der vereinfachten Kapitalherabsetzung im Wesentlichen dadurch verwirklicht, dass Teile der Kapital- und Gewinnrücklagen vorweg aufzulösen sind (§ 58 a Abs. 2 GmbHG) und sich für die folgenden fünf Jahre Ausschüttungs- und Gewinnverwendungsbeschränkungen ergeben (§ 58 d GmbHG). Schließlich könnte man auch § 58 GmbHG entsprechend anwenden, die Parallelnorm zu § 225 AktG. § 58 GmbHG weist jedoch erhebliche Unterschiede zu § 225 AktG auf. Die Eintragung des Beschlussmängelurteils im Handelsregister müsste bei einer entsprechenden Anwendung des § 58 GmbHG zu drei verschiedenen Malen bekannt gemacht werden. Darüber hinaus müssten die Geschäftsführer die der Gesellschaft bekannten Gläubiger zur Anmeldung ihrer Ansprüche auffordern. Gläubiger, die sich bei der Gesellschaft melden, sind wegen der erhobenen Ansprüche zu befriedigen oder ihnen ist Sicherheit zu leisten. Eine Sperrfrist vor der eine Zahlung aufgrund der Kapitalherabsetzung an die Gesellschafter nicht erfolgen kann, nennt § 58 GmbHG nicht. Allerdings wird die Kapitalherabsetzung erst nach einem Jahr in das Handelsregister eingetragen, so dass ab diesem

44 Großfeld, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2003, S. 268; Kropff, DB 1962, 158.

45 Huber, in: FS Claussen, 147, 159.

46 Wiedemann, in: Großkommentar, AktG, 1995, § 189 Rn. 42.

47 Zöllner/Winter, ZHR 1994, 59, 67.

48 In diesem Sinne auch Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 216 ff.

49 Michalski/Herrmanns, GmbHG, 2002, § 57 Rn. 57; Zöllner/Winter, ZHR 1994, 59, 68; Kort, ZGR 1994, 291, 314 ff.

50 Zöllner/Winter, ZHR 1994, 59, 64; Zöllner, AG 1993, 68, 76; Kort, ZGR 1994, 291, 316; Wiedemann, in: Großkomm. zum AktG, § 189 Rn. 43; a. A.: Meyer-Panhuysen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, 2003, S. 114 ff.

51 Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 213 ff.

52 Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 214; Zöllner/Winter, ZHR 1994, 59, 69.

53 Roth/Altmeppen, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 34 Rn. 11; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 34 Rn. 10.

54 Michalski/Herrmanns, GmbHG, 2002, § 57 Rn. 57.

Zeitpunkt Zahlungen an die Gesellschafter aufgrund der Kapitalherabsetzung möglich wären.

Da das Gesetz keine Lösung für die Verwirklichung des Gläubigerschutzes bei einer fehlerhaften Kapitalerhöhung anbietet, kann nur versucht werden, diejenigen Regelungen anzuwenden, die am ehesten der Interessenlage entsprechen. Am besten dürften die Bestimmungen zur Zwangseinziehung passen, weil bei der fehlerhaften Kapitalerhöhung wie bei der Zwangseinziehung der Gesellschafter gegen seinen Willen aus der GmbH ausscheidet, ihm aber jeweils ein Abfindungsanspruch zusteht. Dementsprechend ist auch vom Grundsatz auszugehen, dass entsprechend § 34 Abs. 3 GmbHG die Abfindung nur aus dem ungebundenen Vermögen der GmbH erbracht werden darf. Zu bedenken ist dabei jedoch, dass die Gläubiger nur schutzwürdig erscheinen, soweit sie auf den fehlerhaften Kapitalerhöhungsbetrag vertraut haben. Folglich sind entsprechend den Überlegungen im Aktienrecht nur Zahlungen aus solchen Mitteln verboten, die ohne die Vernichtung der Kapitalerhöhung nicht verfügbar gewesen wären, sowie Zahlungen aus Rücklagen, die anlässlich der Vernichtung der Kapitalerhöhung, die daraus resultierende Bindung verloren haben. Diese Mittel dürfen nur unter verschärften Voraussetzungen für die Abfindung verwendet werden. Fraglich ist, wie diese Verschärfungen auszusehen haben. Die Regelungen der ordentlichen Kapitalerherabsetzung erscheinen insoweit nicht geeignet, weil danach eine unzweckmäßige (mehrmalige) Bekanntmachung der Eintragung des Beschlussmängelurteils und eine Sicherheitsleistung für Gläubiger vorgeschrieben wäre. Dies könnte die Geschäftsführung in der Praxis nur zu leicht ausnutzen, um den Abfindungsanspruch zu vereiteln, indem sie Benachrichtigungen verzögert und Sicherheitsleistungen verweigert. Einfacher und sicherer erscheint daher entsprechend § 58 d GmbHG eine fünfjährige Sperrfrist für die Abfindung aus diese Mitteln anzunehmen.

d) Bestandswirkung für die Zukunft?

aa) Auffassungen von Krieger und Stein

In der Literatur wird vereinzelt die Meinung vertreten, dass der Bestandsschutz bei einer fehlerhaften Kapitalerhöhung – zumindest unter bestimmten Voraussetzungen – auch für die Zukunft wirken müsse. *Krieger* nennt den Sonderfall der fehlerhaften Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen, wenn Sacheinlagegegenstand ein Unternehmen gewesen sei.⁵⁵ In diesem Fall sei das wirtschaftliche Ergebnis der Sachkapitalerhöhung das Gleiche wie bei einer Verschmelzung. Eine Rückabwicklung sei daher im Ergebnis nichts anderes als eine Entschmelzung. Wenn eine Entschmelzung bei echten Verschmelzungsfällen nicht stattfinden soll, spreche alles dafür, sie auch bei der Sachkapitalerhöhung zu vermeiden. Jedenfalls in diesem Fall sei die fehlerhafte Kapitalerhöhung nach ihrer Durchführung nicht nur für die Vergangenheit, sondern auch für die Zukunft aufrechtzuerhalten. Gleiches soll für fehlerhafte Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln gelten.⁵⁶ Die Interessen der Gesellschafter würden nicht nachteilig berührt, denn das Verhältnis der mit den Geschäftsanteilen verbundenen Rechte ändere sich nicht; zudem seien

keine Einlageleistungen von den Gesellschaftern gefordert worden.

Noch einen Schritt weiter gegen die Überlegungen von *Stein*.⁵⁷ Sie will für Organisationsakte, bei denen sich die zugrundeliegenden Satzungsnormen auf abgeschlossene Tatbestände beziehen, einen Bestandsschutz für die Zukunft annehmen. Bei Kapitalmaßnahmen handele es sich um derartige abgeschlossene Tatbestände, deren Rückabwicklung unabsehbaren Schaden verursachen würden. Daher käme einer Aufrechterhaltung der Strukturänderung für die Zukunft absoluter Vorrang vor der Rückabwicklung zu.

Soweit *Krieger* anführt, dass die Sachkapitalerhöhung durch Einbringung eines Unternehmens wirtschaftlich betrachtet nichts anderes sei als eine Verschmelzung und er daher die Verschmelzungsregeln praktisch analog anwenden will, ist ihm nicht zu folgen. Bei einer Verschmelzung müssen die Vertretungsorgane gemäß § 16 Abs. 2 UmwG bei der Anmeldung erklären, dass eine Klage gegen die Wirksamkeit eines Verschmelzungsbeschlusses nicht oder nicht fristgerecht erhoben oder eine solche Klage rechtskräftig abgewiesen oder zurückgenommen worden ist. § 16 Abs. 2 UmwG sorgt dafür, dass während der Klagefrist bei einer Verschmelzung (vgl. § 14 Abs. 1 UmwG) durch die Eintragung nicht vollendete Tatsachen geschaffen werden. Ist hingegen Klage erhoben worden, so besteht eine Registersperre, die nur durch ein Unbedenklichkeitsverfahren nach § 16 Abs. 3 UmwG durchbrochen werden kann, in welchem das Gericht vorab die Erfolgsaussichten einer Klage gegen die Verschmelzungsbeschlüsse prüft. Die Hürden für die Eintragung einer Verschmelzung sind also sehr viel höher als bei der Eintragung einer Kapitalerhöhung, wodurch sich auch im Verschmelzungsrecht die Vorschrift des § 20 Abs. 2 UmwG rechtfertigt, wonach Mängel der Verschmelzung die Wirkungen der Eintragungen der Verschmelzung unberührt lassen; eine „Entschmelzung“ im Regelfall also ausgeschlossen ist. Da eine mit § 16 Abs. 2 UmwG vergleichbare Vorschrift bei einer Kapitalerhöhung nicht vorhanden ist, kann der Gedanke dieser Norm nicht übertragen werden. Wollen die Beteiligten diesen Effekt erreichen, so müssen sie den Weg der Verschmelzung wählen. Zusätzlich ist gegen *Krieger* und *Stein* vorzubringen, dass eine gegen den fehlerhaften Beschluss gerichtete Beschlussmängelklage keinerlei Kassationswirkung mehr haben würde.⁵⁸ Die Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit der Kapitalerhöhung würde weder zu einer ex tunc noch zu einer ex nunc Nichtigkeit der durchgeführten Kapitalerhöhung führen. Dies widerspricht aber eindeutig den gesetzlichen Vorgaben. Einen Bestandsschutz für die Zukunft wird man allerdings mit *Krieger* bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln annehmen dürfen, da hier tatsächlich nicht erkennbar ist, welche Rechte oder Interessen nachteilig betroffen sein sollen. Freilich gilt diese Ausnahme nur, sofern die Mangelhaftigkeit der Kapitalerhöhung nicht auf der Verletzung des § 57 j GmbHG beruht, wenn also aufgrund eines Bezugsrechtsausschlusses

55 Krieger, ZHR 1994, 35, 49.

56 Krieger, ZHR 1994, 35, 51; vgl. auch Schothöfer, GmbHR 2003, 1323, 1324.

57 Stein, ZGR 1994, 472, 486.

58 Meyer-Panhuysen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, 2003, S. 218.

die bisherigen Gesellschafter die neuen Geschäftsanteile nicht im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung erhalten haben. Im Übrigen sind Meinungen von *Krieger* und *Stein* aber abzulehnen.⁵⁹

bb) Kapitalerhöhung zur Vorbereitung einer Verschmelzung

Einen Sonderfall stellt die Kapitalerhöhung zur Vorbereitung einer Verschmelzung dar. Welche Wirkungen die Eintragung bei dieser Kapitalerhöhung hat, ist gesetzlich nicht festgelegt. In Literatur und Rechtsprechung ist daher umstritten, ob die Kapitalerhöhung zur Vorbereitung der Verschmelzung auch für die Zukunft als wirksam anzusehen, also gemäß § 20 Abs. 2 UmwG ebenso wie die Verschmelzung zu behandeln ist.⁶⁰ Eine Beseitigung der Kapitalerhöhung nach Eintragung der Verschmelzung ist jedoch nicht zulässig, weil die Wirkung der Verschmelzung nicht mehr in Frage gestellt werden kann. Folglich kann auch nicht ein Glied aus der Kette herausgebrochen werden kann, auf dem die Verschmelzung beruht.⁶¹ Ließe man eine andere Rechtsfolge zu, so stünden die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers ohne eine Beteiligung an der übernehmenden Gesellschaft dar, obwohl die übertragende Gesellschaft nicht mehr existiert. Dieser Eingriff in ihre Mitgliedschaftsrechte dürfte sogar intensiver sein als eine nachträgliche Entschmelzung, die durch § 20 Abs. 2 UmwG gerade vermieden werden soll. Für Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen gegen den Kapitalerhöhungsbeschluss gilt daher dasselbe wie für Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen gegen den Verschmelzungsbeschluss. Sie können die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung nicht mehr in Frage stellen.

3. Grenzen der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft

Die h.M. geht davon aus, dass bei bestimmten Fallgruppen die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bei der Gründung einer Gesellschaft nicht angewendet werden könne, wenn die Nichtanwendung der allgemeinen Regeln über Anfechtung und Nichtigkeit zu Ergebnissen führt, die mit höherrangigen rechtlich geschützten Interessen der Allgemeinheit nicht vereinbar sind oder den nach der Rechtsordnung gebotenen Schutz bestimmter Personengruppen verfehlen.⁶² Nachfolgend soll geklärt werden, in welchen Fällen die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bei einer fehlerhaften Kapitalerhöhung nicht zur Anwendung kommen kann.

a) Schwere Einberufungsmängel

Nach *Hommelhoff* und *Kort* sollen schwere Einberufungsmängel i. S. d. § 241 Nr. 1 AktG⁶³ dazu führen, dass die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bei mangelhaften Kapitalerhöhungsbeschlüssen ausgeschlossen ist.⁶⁴ Sowohl das öffentliche Interesse am Schutz der Mitwirkungsrechte der Gesellschafter als auch die rechtliche Inexistenz des Gesellschafterbeschlusses verböten die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft. Andernfalls wären die Anreize für die Geschäftsführung zu groß, den nichtigen Beschluss trotz des schweren Entstehungsmangels in der

Hoffnung zu vollziehen, dass die Heilung des Beschlussmangels nach § 242 Abs. 2 Satz 1 AktG analog erreicht werde.

Dem ist entgegenzuhalten, dass vorrangiger Zweck der Vorschriften über die Einberufung nicht öffentliche Interessen sind, sondern der Schutz der gesellschaftsinternen Organisation.⁶⁵ Ein höherrangiges rechtlich geschütztes Interesse der Allgemeinheit schließt also die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft nicht aus. Gleichfalls ist nicht zu erkennen, dass die Interessen der betroffenen Gesellschafter eine Nichtanwendung rechtfertigen. Auch der Hinweis auf eine mögliche Motivation der Geschäftsführung, einen nichtigen Gesellschafterbeschluss zur Eintragung zu bringen, dürfte nicht überzeugen, da die Geschäftsführung sich mit diesem Handeln u. U. schadensersatzpflichtig macht. Schwere Einberufungsmängel führen daher zwar zur Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses, nicht aber zur Unanwendbarkeit der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft.⁶⁶

b) Sittenwidriger Beschluss

Ein Verstoß gegen die guten Sitten macht einen Gesellschafterbeschluss bei einer GmbH analog § 241 Nr. 4 AktG nichtig.⁶⁷ Ist ein Kapitalerhöhungsbeschluss aus diesem Grunde nichtig, so soll eine Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft nach allgemeiner Meinung nicht in Betracht kommen.⁶⁸ Dem ist zuzustimmen, sofern man beachtet, dass eine Nichtigkeit analog § 241 Nr. 4 AktG nur gegeben ist, wenn der Inhalt des Beschlusses gegen die guten Sitten verstößt, also die bloße sittenwidrige Motivation nicht zu einer Nichtigkeit führt.⁶⁹ Ferner muss der Verstoß so schwerwiegend sein, dass eine bloße Anfechtbarkeit als nicht ausreichend an-

59 So auch Meyer-Panhuysen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, S. 218, Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 208 ff.

60 Für eine Bestandswirkung für die Zukunft: Lutter/Grunewald, UmwG, 2. Aufl. 2000, § 20 Rn. 77; Marsch-Barner, in: Kallmeyer, 2. Aufl. 2001, § 20 Rn. 43; Stratz, in: Schmitt/Hörtnagel/Stratz, UmwG, 3. Aufl. 2001, § 20 Rn. 102; Kort, ZGR 1994, 291, 311; Krieger, ZHR 1994, 35, 50; a. A.: Hirte, DB 1993, 77 ff.; LG Mannheim, ZIP 1990, 992, OLG Karlsruhe, ZIP 1991, 1145.

61 Lutter/Grunewald UmwG, 2. Aufl. 2000, § 20 Rn. 77.

62 Vgl. BGHZ 62, 234, 241; BGHZ 75, 214, 217; BGHZ 97, 243, 250; Goette, DStR 1996, 266, 270; Kübler, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 1998, § 25 IV 1, 2; kritisch zu diesem Ansatz Teile der Literatur: Grunewald, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2002, Rn. 162; Schwintowski, NJW 1988, 937.

63 Vgl. zur Frage, wann ein derartiger schwerer Einberufungsmangel vorliegt: Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, Anh. § 47 Rn. 20; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 45 GmbHG Rn. 64.

64 Hommelhoff, ZHR 1994, 11, 19; Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 205 ff.

65 Meyer-Panhuysen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, 2003, S. 84.

66 So auch: Meyer-Panhuysen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, 2003, S. 84.

67 Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 45 Rn. 76; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, Anh. § 47 Rn. 25; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, Anh. § 47 Rn. 20; OLG Dresden, NZG 1999, 1109.

68 Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 205 ff.; Hommelhoff, ZHR 1994, 11, 19; im Ergebnis auch Meyer-Panhuysen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, 2003, S. 85 ff.

69 Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 45 Rn. 76; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, Anh. § 47 Rn. 20.

gesehen werden kann.⁷⁰ Insbesondere Verstöße gegen die Treupflicht, gegen den Gleichheitsgrundsatz sowie sonstige Machtmissbräuche machen den Beschluss daher nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar.⁷¹ Vor diesem Hintergrund sind Fälle, in denen ein Kapitalerhebungsbeschluss wegen einer analogen Anwendung des § 241 Nr. 4 AktG nichtig ist, aber in der Praxis nicht erkennbar. Die Frage der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft hat daher nur theoretische Bedeutung.

e) Verstoß gegen das Wesen der GmbH

Hauptversammlungsbeschlüsse einer AG sind weiterhin gemäß § 243 Nr. 3, 1. Alt. AktG nichtig, wenn sie mit dem Wesen der AG nicht vereinbar sind. *Hommelhoff* will daher bei Beschlüssen, die gegen das Wesen der GmbH verstoßen, die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft nicht anwenden.⁷² Hierzu ist anzumerken, dass die Konkretisierung dieser Norm schon im Aktienrecht erhebliche Schwierigkeiten bereitet und auch im GmbH-Recht dementsprechend kaum Fälle bekannt sind, bei denen ein Beschluss gegen das Wesen der GmbH verstößt. Häufig wird darauf abgestellt, dass die Rechtsform der GmbH erkennbar bleiben müsse.⁷³ Nach anderer Ansicht umfasst das „Wesen“ der GmbH die Grundstrukturen der inneren und äußeren Gesellschaftsverfassung.⁷⁴ Umstritten ist, ob unentziehbare Minderheitenrechte zum „Wesen“ der GmbH gehören.⁷⁵ Bei einem Kapitalerhebungsbeschluss ist jedoch – unabhängig davon, welcher Meinung man folgen möchte – kein praktischer Fall erkennbar, bei dem aufgrund der analogen Anwendung des § 243 Nr. 3 1. Alt. AktG eine Nichtigkeit angenommen werden könnte. Die Frage der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft stellt sich somit nicht.

d) Zwingende Vorschriften zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft

Verstößt ein Gesellschafterbeschluss gegen zwingende Vorschriften zum Schutz der Gläubiger, so ist er analog § 241 Nr. 3, 2. Alt. AktG nichtig. Das gilt vor allem für Verstöße gegen die §§ 19 Abs. 2 und Abs. 3, 22, 24, 30 bis 34 und 58 GmbHG.⁷⁶ Nichtig ist daher beispielsweise ein Kapitalerhebungsbeschluss, nach dem die Gesellschaft eine auf das erhöhte Stammkapital zu leistende Stammeinlage selbst übernimmt.⁷⁷ *Hommelhoff* geht davon aus, dass die Regeln von der fehlerhaften Gesellschaft zumindest dann anzuwenden sind, wenn die ohnehin durch die Beschlussmängel verletzten Gläubigerinteressen durch die rückwirkende Nichtigkeit eine Vertiefung erfahren würden.⁷⁸ Dem ist zuzustimmen. Der Gläubigerschutz ist regelmäßig ein höherrangiges Interesse der Allgemeinheit, das der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft entgegensteht. Die Anwendung im konkreten Fall hängt daher davon ab, ob eine ex tunc Rückabwicklung der Kapitalerhöhung gegenüber einer ex tunc Rückabwicklung für die Gläubiger vorteilhaft ist oder nicht.

e) Kartellverstoß

Ein Kapitalerhebungsbeschluss ist weiterhin gemäß § 214 Nr. 3, 3. Alt. AktG analog i. V. m. § 134 BGB nichtig,

wenn im Wege der Sachkapitalerhöhung ein Unternehmen eingebracht wird und damit gegen ein Kartellverbot nach § 1 GWB verstoßen wird.⁷⁹ Gleiches gilt bei einem Verstoß gegen die entsprechende europarechtliche Bestimmung des Art. 85 Abs. 2 EGV. Umstritten ist, ob die Nichtigkeit bei einem Kartellverstoß auch zur Nichtanwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft führt. *Hommelhoff* verlangt in diesem Fall eine ex tunc Rückabwicklung.⁸⁰ Damit liegt er auf der Linie der überwiegenden Meinung, die die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft bei einer Gründung nicht anwenden will, sofern ein Kartellverstoß vorliegt.⁸¹

Dem ist aber entgegenzuhalten, dass § 1 GWB bzw. Art. 85 Abs. 2 EGV vertragliche Verhaltensbestimmungen unterbinden, nicht aber ganze Verbände für inexistent erklären sollen.⁸² Zudem ist zu bedenken, dass § 1 GWB bestehende Wettbewerbsbeschränkungen beseitigen und gleichzeitig dafür Sorge tragen will, dass künftige Kartellvereinbarungen verhindert werden. Es ist aber weder erforderlich noch nützlich, eine Nichtigkeit ex tunc herbeizuführen, da der Wettbewerb nicht rückwirkend wieder hergestellt werden kann. Der Zweck des Kartellverbotes spricht somit nicht gegen die Anwendung der Regeln der fehlerhaften Gesellschaft.⁸³

f) Verstoß gegen § 57j GmbHG

Hommelhoff ist für die AG der Meinung, dass bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, die gegen § 212 AktG verstoße und deren Kapitalerhebungsbeschluss daher nichtig sei⁸⁴, die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft nicht angewendet werden könnten.⁸⁵ Etwas anderes könne nur für jene Ausnahmefälle gelten, in denen die Inkongruenz mit Zustimmung der betroffenen Aktionäre beschlossen worden sei.

70 BGHZ 15, 382, 385 ff.; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 45 Rn. 76.

71 BGHZ 103, 184, 193 = DNotZ 1989, 14, 17 ff.; RGZ 118, 68, 72 ff.; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 45 Rn. 76.

72 Hommelhoff, ZHR 1994, 11, 21.

73 Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, Anh. § 47 Rn. 23; Koppensteiner, in: Rohwedder/Schmidt-Leithoff, § 47 GmbHG Rn. 100; Hachenburg/Raiser, GmbHG, 8. Aufl. 1997, Anh. § 47 Rn. 52.

74 Michalski/Römermann, GmbHG, 2002, Anh. § 47 Rn. 132.

75 Dafür: Scholz/K. Schmidt, GmbHG 9. Aufl. 2002, § 45 Rn. 73; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, Anh. § 47 Rn. 17; dagegen: Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, Anh. § 47 Rn. 23.

76 Vgl. Hachenburg/Raiser, GmbHG, 8. Aufl. 1997, Anh. § 47 GmbHG Rn. 48; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, Anh. § 47 Rn. 16; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 45 Rn. 74.

77 BGH DNotZ 1955, 93; Scholz/K. Schmidt GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 45 GmbHG Rn. 74.

78 Hommelhoff, ZHR 1994, 11, 23.

79 Meyer-Panhuysen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, 2003, S. 88; Casper, Heilung nichtiger Beschlüsse im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 89 ff.; Michalski/Römermann, GmbHG, 2002, Anh. § 47 Rn. 142.

80 Hommelhoff, ZHR 1994, 11, 22.

81 Goette, DStR 1996, 266, 270; Emmerich, ZHR 1975, 501, 515.

82 K. Schmidt, AcP 1986, 421, 450.

83 Meyer-Panhuysen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, 2003, S. 89/90.

84 Umstritten ist, ob ein Verstoß gegen § 212 Satz 2 AktG zur Nichtigkeit auch des Kapitalerhebungsbeschlusses oder nur des Zuteilungsbeschlusses führt. Die h. M. geht von einer Nichtigkeit auch des Kapitalerhebungsbeschlusses aus (Vgl. Lutter, in: Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl. 1995, § 212 Rn. 11 m. w. N.).

85 Hommelhoff, ZHR 1994, 11, 24.

§ 212 AktG besagt, dass bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln die neuen Aktien den Aktionären im Verhältnis ihrer Anteile am bisherigen Grundkapital zustehen. Ein entgegenstehender Beschluss der Hauptversammlung ist nichtig. Die entsprechende Norm im GmbH-Recht ist § 57j GmbHG, wonach auch die neuen Geschäftsanteile bei Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln den Gesellschaftern im Verhältnis ihrer bisherigen Geschäftsanteile zustehen. Fraglich ist somit, ob eine Verletzung des § 57j GmbHG dazu führt, dass eine Rückabwicklung der Kapitalerhöhung ex tunc zu erfolgen hat.

Dies ist zu verneinen, da eine Abwägung der Nachteile der betroffenen Gesellschafter mit den Folgen einer ex-tunc-Abwicklung nicht zu einer unvermeidbaren Benachteiligung der Gesellschafter führt. Schließlich wird auch in diesem Fall die Kapitalerhöhung für die Zukunft rückabgewickelt und die betroffenen Gesellschafter haben die Möglichkeit, Nachteile durch Schadensersatzklagen gegen die Gesellschaft oder die Geschäftsführung zu kompensieren.⁸⁶

g) Beteiligung nicht voll Geschäftsfähiger

Die Grundsätze von der fehlerhaften Gesellschaft werden von der h. M. bei einer Gründung einer neuen Gesellschaft nicht angewendet, soweit Minderjährige beteiligt sind.⁸⁷ Die Gegenmeinung will hingegen auch in diesem Fall eine wirksam gegründete Gesellschaft unter Einschluss des Minderjährigen annehmen.⁸⁸ Allerdings könne der Minderjährige nicht für Schulden der Gesellschaft und für die Erbringung der versprochenen Einlagen haftbar gemacht werden.⁸⁹ Insofern sei der Minderjährige privilegiert. Der Minderjährige habe im Übrigen ein Austrittsrecht. Sofern er dieses nicht ausübe, könnten die übrigen Gesellschafter ihn auch ausschließen. Diesem Lösungsansatz setzt die h. M. entgegen, dass die Vorstellung eines „hinkenden“ Gesellschafterverhältnisses, bei dem der Gesellschafter nur die Vorteile genieße, dem Gesellschaftsrecht fremd und daher abzulehnen sei.⁹⁰

Die Stimmabgabe eines nicht voll Geschäftsfähiger bei einem Kapitalerhöhungsbeschluss ist unwirksam, sofern der gesetzliche Vertreter dem nicht zustimmt.⁹¹ Werden diese unwirksamen Stimmen mitgezählt, so ist der Kapitalerhöhungsbeschluss anfechtbar. Die Rechtsfigur der fehlerhaften Gesellschaft ist hierbei nicht anwendbar. Denn selbst wenn der nicht voll Geschäftsfähige keine Geschäftsanteile übernimmt und unter diesem Aspekt ein rechtlicher Nachteil für ihn nicht entstehen kann, besteht mit dem Kapitalerhöhungsbeschluss bereits eine (potentielle) Haftung nach § 24 GmbH. Der Minderjährigenschutz verlangt hier also eine Rückabwicklung ex tunc.

h) Arglistige Täuschung oder Drohung

Nach einem wiederholt in BGH-Urteilen anzufindenden obiter dictum soll die Rechtsfigur der fehlerhaften Gesellschaft auch unanwendbar sein gegenüber solchen Personen, die durch besonders schwere Fälle arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung zur Mitwirkung an der Gründung der oder zum späteren Beitritt in die Gesellschaft veranlasst wurden.⁹² Ob diese Über-

legung auch auf die fehlerhafte Kapitalerhöhung übertragen werden kann, wurde – soweit ersichtlich – bislang nicht diskutiert. Allerdings dürfte anzunehmen sein, dass die berechtigten Interessen des getäuschten oder bedrohten Gesellschafters auch in diesem Zusammenhang durch die Anwendung der Regeln der fehlerhaften Gesellschaft hinreichend berücksichtigt werden. Auch hier sind also bei einer Kapitalerhöhung die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft anzuwenden.

4. Behandlung derjenigen Fälle, bei denen eine Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft ausscheidet

Wie aufgezeigt dürfte nur in wenigen Fällen, die zudem zumeist theoretischer Natur sind, eine Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft ausgeschlossen sein. Liegt ein derartiger Sachverhalt ausnahmsweise vor, ist die Kapitalerhöhung von Anfang an unwirksam.⁹³ Eine Rückabwicklung hat nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen entsprechend den oben dargestellten Ausführungen der traditionellen Auffassung zur fehlerhaften Kapitalerhöhung.⁹⁴ Dies bedeutet insbesondere, dass bereits geleistete Einlagen zurückzugewähren sind bzw. noch ausstehende Leistungen nicht erbracht werden müssen. Nach traditioneller Ansicht soll diese Pflicht freilich gemäß § 77 Abs. 3 GmbHG analog einschränkt werden. Sie geht von einer Einlagepflicht der Gesellschafter bzw. einem Verbot der Einlagenrückgewähr aus, soweit dies zur Befriedigung derjenigen Gläubiger erforderlich ist, deren Forderungen zwischen Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses und der Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses entstanden sind. Gegen die Anwendung des § 77 Abs. 3 GmbHG spricht jedoch, dass es den Anteilsinhabern nicht zugemutet werden kann, einzahlungsverpflichtet zu sein, ohne Mitgliedschaftsrechte zu erwerben.⁹⁵ Außerdem lässt sich gegen die Analogie anführen, dass § 77 Abs. 3 GmbHG vom (wenn auch nur vorläufigen) Bestand, also der Wirksamkeit des Organisationsaktes „Entstehung der Kapitalgesellschaft“ zumindest im Außenverhältnis ausgeht und insofern Ausprägung der hier gerade nicht anwendbaren Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft ist.⁹⁶

Weiterhin sind keine Mitgliedschaftsrechte entstanden. Ist in der Vergangenheit bei einer Abstimmung von der vermeintlich erhöhten Kapitalziffer ausgegangen wor-

86 So auch: Meyer-Panhuysen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, 2003, S. 92.

87 BGHZ 17, 160, 167; BGH DNotZ 1992, 734; MünchKomm/Ulmer, BGB, 3. Aufl. 1997, § 705 BGB Rn. 253; Goette, DStR 1996, 266, 270.

88 Grunewald, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2002, Rn. 163; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2001, § 6 II 3.

89 K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2001, § 6 II 3; Grunewald, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2002, Rn. 163.

90 Goette, DStR 1996, 266, 270; MünchKomm/Ulmer, BGB, 3. Aufl. 1997, § 705 BGB Rn. 253.

91 Vgl. Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 47 Rn. 4.

92 BGH, NJW 1954, 1562; BGH, NJW 1958, 668; BGH, NJW 1971, 375.

93 Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 222.

94 Vgl. oben B I 1 a).

95 Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 222.

96 Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 222.

den, so liegt ein Beschlussfeststellungsmangel in Form eines Stimmbewertungsfehlers vor. Dieser kann zu einer Anfechtbarkeit des betroffenen Beschlusses führen.

II. Fehlerhafter Zulassungsbeschluss

Der Zulassungsbeschluss benennt die Personen, die zur Übernahme der neuen Stammeinlagen zugelassen werden, und bezeichnet die Höhe der neuen Stammeinlagen.⁹⁷ Umstritten ist, ob neben einem Kapitalerhöhungsbeschluss eine Zulassungsbeschlusses zwingend gefasst werden muss⁹⁸, oder nur dann, wenn das Bezugsrecht der Gesellschafter ganz oder teilweise ausgeschlossen wird.⁹⁹ Nach der zuletzt genannte Auffassung soll es im Recht der GmbH ein gesetzliches Bezugsrecht entsprechend der Beteiligung an der GmbH geben. Dementsprechend bedürfe es eines Zulassungsbeschlusses nicht, wenn alle Gesellschafter im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung an der Kapitalerhöhung teilnehmen. Das Bezugsrecht ergebe sich in diesem Fall aus dem Gesetz.

Unabhängig von diesem Streit kann der Zulassungsbeschluss fehlerhaft sein. Zumeist wird freilich diese Fehlerhaftigkeit des Zulassungsbeschlusses mit der Fehlerhaftigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses zusammenfallen, so dass die obigen Regeln zur Anwendung kommen. Für die Praxis sind daher nur zwei Fälle erkennbar, bei denen die Fehlerhaftigkeit des Zulassungsbeschlusses eine eigenständige Bedeutung erlangt, nämlich die Verletzung des Bezugsrechts eines Gesellschafters und die Nichtbeachtung des § 55 Abs. 4 GmbHG.

1. Verletzung des Bezugsrechts

Wird ein Geschäftsanteil unter Verletzung des Bezugsrechts eines Gesellschafters zugeteilt, so ist zu unterscheiden. Für die Vergangenheit gelten die vorstehend beschriebenen Regeln über die fehlerhafte Kapitalerhöhung.¹⁰⁰ Die Kapitalerhöhung wird also trotz eines fehlerhaften Zulassungsbeschlusses für die Vergangenheit als wirksam betrachtet. Für die Zukunft will hingegen die h. M. in Abweichung der Rechtsfolgen eines fehlerhaften Kapitalerhöhungsbeschlusses den zu Unrecht zugelassene Gesellschafter verpflichten, die rechtswidrig vorerhaltenen Geschäftsanteile gegen Zahlung der darauf entfallenen Einlage und des etwaigen Aufgeldes an den übergangenen Mitgesellschafter zu übertragen. Diese Übertragungspflicht beruhe auf der Treupflicht der betroffenen Gesellschafter.¹⁰¹ Sind Dritte (also Personen, die nicht schon vor der Kapitalerhöhung Gesellschafter waren) zu Unrecht zugelassen worden, so sollen die benachteiligten Gesellschafter hingegen lediglich einen Schadensersatzanspruch gegen die Gesellschaft haben.¹⁰² Offenbar wird eine Treupflicht des Dritten, der Geschäftsanteile übernommen hat, gegenüber seinen Mitgesellschaftern und damit eine Übertragungsverpflichtung verneint. M. E. ist auch in diesem Fall einen Übertragungsanspruch der benachteiligten Gesellschafter anzunehmen.¹⁰³ Die entsprechende Verpflichtung zur Übertragung begründet sich in der Treupflicht des Übernehmers, der durch die Übernahme Gesellschafter geworden ist, auch wenn der Zulassungsbeschluss fehlerhaft war. Diese Fehlerhaftigkeit berührt jedoch aufgrund der Anwendung der Regeln von der fehlerhaften Gesell-

schaft seine Gesellschafterstellung nicht. Dann ist aber nicht einzusehen, warum keine Übertragungsverpflichtung aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht bestehen sollte, auch wenn die Übertragung des Geschäftsanteils seine Gesellschafterstellung beendet.

2. Verletzung des § 55 Abs. 4 GmbHG

a) § 5 Abs. 1 und 3 GmbHG

Nach § 55 Abs. 4 GmbHG finden die Bestimmungen in § 5 Abs. 1 und 3 GmbHG über den Betrag der Stammeinlagen Anwendung. Unzulässig ist es demnach (außerhalb einer Euro-Umstellung oder Umwandlung), eine Stammeinlage zu übernehmen, die nicht durch 50 teilbar ist oder nicht mindestens einen Nennbetrag von 100 Euro aufweist. Liegt ein derartiger Mangel bei einer Kapitalerhöhung vor, so stellt sich freilich zunächst die Frage, ob nicht bereits der Kapitalerhöhungsbeschluss nichtig ist. Nach allgemeiner Meinung ist aber die Höhe der neuen Stammeinlage kein Bestandteil des Kapitalerhöhungsbeschlusses, sondern des Zulassungsbeschlusses.¹⁰⁴ Dies gilt jedoch nur, wenn neue Geschäftsanteile gebildet werden. Soll das Kapital durch Aufstockung bestehender Geschäftsanteile erhöht werden, so muss bereits der Kapitalerhöhungsbeschluss alle hierzu erforderlichen Angaben enthalten.¹⁰⁵

Welche Rechtsfolgen ein Verstoß gegen § 55 Abs. 4 GmbHG i. V. m. § 5 Abs. 1 oder Abs. 3 GmbHG im Übrigen hat, wird in Rechtsprechung und Literatur – soweit ersichtlich – nicht erörtert. Wird bei der Gründung einer GmbH gegen § 5 Abs. 1 oder Abs. 3 GmbHG verstoßen, die Gesellschaft aber trotzdem in das Handelsregister eingetragen, so sollen die Regelungen über die fehlerhafte Gesellschaft zur Anwendung kommen.¹⁰⁶ Allerdings stellt der Verstoß einen Satzungs-mangel i. S. d. § 144 a Abs. 3 FGG dar.¹⁰⁷ Sofern der Mangel nicht behoben wird, kann das Registergericht die Gesellschaft also von Amts wegen auflösen. Überträgt man diese Überlegungen auf die Kapitalerhöhung, so ist auch bei einem Verstoß gegen § 5 Abs. 1 oder Abs. 3 GmbHG die

97 Wegmann, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, GmbH, 2. Aufl. 2003; Michalski/Herrmanns, GmbHG, 2002, § 55 Rn. 36.

98 So etwa Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 55 Rn. 33; Zimmermann, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 55 Rn. 14.

99 Michalski/Herrmanns, GmbHG, 2002, § 55 Rn. 36; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 55 Rn. 25; Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 55 Rn. 39; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 55 Rn. 14.

100 Michalski/Herrmanns, GmbHG, 2002, § 57 Rn. 59.

101 Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 55 Rn. 24; Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 55 Rn. 66.

102 Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 55 Rn. 24; Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 55 Rn. 66.

103 so auch: Michalski/Herrmanns, GmbHG, 2002, § 57 Rn. 59 (Die Textstelle ist nicht ganz eindeutig).

104 Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 55 Rn. 28; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 55 Rn. 18; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 55 Rn. 7.

105 Zimmermann, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 55 Rn. 14; Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 55 Rn. 26.

106 Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 5 Rn. 13; Scholz/Winter, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 5 Rn. 35.

107 Bumiller/Winkler, FGG, 7. Aufl. 1999, § 144 a Rn. 8; Schulze-Osterloh, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, Anh. § 77 Rn. 32.

Kapitalerhöhung zunächst entsprechend den Regeln über die fehlerhafte Kapitalerhöhung wirksam. Die entsprechenden Geschäftsanteile sind entstanden, auch wenn sie nicht den Teilbarkeitsregeln entsprechen. Die Kapitalerhöhung kann freilich vom Registergericht gemäß § 142 FGG gelöscht werden. Geschieht dies, so erfolgt Abwicklung entsprechend den oben dargestellten Grundsätzen eines fehlerhaften Kapitalerhöhungsbeschlusses.

b) § 5 Abs. 2 GmbHG

Nach § 55 Abs. 4 GmbHG findet außerdem die Bestimmung des § 5 Abs. 2 GmbHG über die Unzulässigkeit der Übernahme mehrerer Stammeinlagen Anwendung. Im Unterschied zu den vorgenannten Fällen wird dies aber als ein Fehler des Kapitalerhöhungsbeschlusses anzusehen sein, da die Anzahl der ausgegebenen Geschäftsanteile zum (fakultativen) Inhalt des Kapitalerhöhungsbeschlusses gehört.¹⁰⁸

III. Fehlerhafter Übernahmevertrag

1. Rechtsfolgen

Für eine ordnungsgemäße Kapitalerhöhung ist eine Übernahme der neu gebildeten Stammeinlagen erforderlich. Die Übernahme ist dabei kein einseitiger Akt, sondern ein Vertrag zwischen Gesellschaft und Übernehmer.¹⁰⁹ Seine Elemente sind das gemäß § 55 Abs. 1 GmbHG notariell aufgenommene oder beglaubigte Angebot des Übernehmers und die formfreie Annahme seitens der Gesellschaft. Wie jede Willenserklärung kann auch die Erklärung des Übernehmers fehlerhaft und damit der Übernahmevertrag nichtig sein. Die Übernahmeerklärung kann wegen fehlender Geschäftsfähigkeit des Übernehmers unwirksam (§ 104 ff. BGB), wegen Willensmängeln anfechtbar sein (§ 116 ff. BGB, 142 BGB) sowie Inhaltsmängel (§§ 134, 138 BGB) oder Vertretungsmängel aufweisen. Denkbar ist auch eine Verletzung der durch § 55 Abs. 1 GmbHG vorgeschriebenen Form. Erfolgt trotzdem die Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister, so wird dieser Formmangel allerdings geheilt.¹¹⁰ Wenn dies im Interesse der Kapitalaufbringung bei der Gründung gilt, so muss dies erst Recht für die schwächere Form der Kapitalerhöhung gelten.

Hinsichtlich sonstiger Mängel ist das Meinungsbild uneinheitlich. Die h. M. geht davon aus, dass sich der Übernehmer auf sonstige Mängel nur berufen könne, wenn die Übernahme von ihm nicht zurechenbar veranlasst wurde, also bei mangelnder Geschäftsfähigkeit des Übernehmers oder wenn der Übernehmer vollmachtlos vertreten wurde.¹¹¹ Der Schutz des Geschäftsverkehrs auf ungeschmälerte Erhaltung der publizierten Kapitalgrundlage gehe im Übrigen vor. Dies gelte insbesondere auch für die Anfechtbarkeit der Übernahmeerklärung, und zwar einschließlich der arglistigen Täuschung¹¹² und auch bei einem Verstoß gegen § 181 BGB.¹¹³ Allerdings soll dem Übernehmer – zumindest in schwerwiegenden Fällen – ein Austrittsrecht aus wichtigem Grunde zustehen. Umgekehrt könne die Gesellschaft den betrügerischen Gesellschafter ausschließen.¹¹⁴

*Herrmanns*¹¹⁵ ist hingegen der Meinung, dass die Eintragung der Kapitalerhöhung – außer bei formellen Mängeln – nicht ohne weiteres zur Wirksamkeit des Übernahmevertrages führe. Es sei nicht einsichtig, warum für die Mängel des Übernahmevertrages etwas anderes gelten solle als für Mängel des Kapitalerhöhungsbeschlusses, die durch die Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses ebenfalls regelmäßig nicht geheilt würden. Er will vielmehr auch in diesen Fällen die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft anwenden. Allerdings spreche das Gebot der Rechtssicherheit dafür, dass Mängel des Übernahmevertrages – ebenso wie Beschlussmängel – entsprechend § 246 Abs. 1 AktG binnen eines Monats nach Vertragsschluss gerichtlich geltend gemacht werden müssten. Nur ausnahmsweise, nämlich wenn ein Verstoß gegen Vorschriften gegeben sei, deren Einhaltung im öffentlichen Interesse liege, könnten sich hieraus ergebende Mängel entsprechend §§ 241 Nr. 3 und 4, 242 Abs. 2 Satz 1 AktG binnen drei Jahren nach Eintragung in das Handelsregister gerügt werden.

Der Auffassung von *Herrmanns* ist zuzustimmen. Ein Grund für die unterschiedliche Behandlung des fehlerhaften Kapitalerhöhungsbeschlusses und des fehlerhaften Übernahmevertrages ist nicht zu erkennen. Soweit die h. M. darauf abstellt, dass der Schutz des Rechtsverkehrs hinsichtlich des publizierten Stammkapitals vorgehe, so ist dies im Kern zutreffend. Dieser Schutz wird aber durch die Anwendung der Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft in hinreichender Weise gewährleistet. Dies bedeutet, dass bis zur gerichtlichen Feststellung der Unwirksamkeit des Übernahmevertrages die Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft anwendbar sind, also für die Vergangenheit Bestandsschutz gewährleistet wird, nach der Feststellung der Unwirksamkeit jedoch die Mitgliedschaft zu liquidieren ist. Grenzen findet diese Regelung freilich dann, wenn der Übernehmer seine Übernahmeerklärung nicht zurechenbar abgegeben hat. Die Willenserklärung eines Minderjährigen oder eines vollmachtlosen Vertreters kann keine hinreichende Willensgrundlage für eine Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft sein.¹¹⁶ In diesen (in der Praxis sehr seltenen) Fällen kommt es zu einer Rückabwicklung ex tunc. Eine etwa noch ausstehende Einlage muss nicht mehr geleistet werden. Bereits erbrachte Einlagen können nach bereichsrechtlichen Grundsätzen zurückgefordert wer-

108 Vgl. Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 55 Rn. 28; Wegmann, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, GmbHG, 2. Aufl. 2003, § 53 Rn. 10.

109 Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 55 Rn. 70; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 55 Rn. 59.

110 Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 55 Rn. 80; Michalski/Herrmanns, GmbHG, 2002, § 57 Rn. 61; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 55 Rn. 19; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 55 Rn. 64.

111 Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 57 Rn. 50; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 57 Rn. 16; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 57 Rn. 16; Beyer, DB 1985, Beil. 27, S. 3.

112 RGZ 82, 377 ff.

113 OLG Köln ZIP 1986, 572; Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 57 Rn. 50; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 57 Rn. 16.

114 Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 57 Rn. 51.

115 Michalski/Herrmanns, GmbHG, 2002, § 57 Rn. 61.

116 Michalski/Herrmanns, GmbHG, 2002, § 57 Rn. 63.

den.¹¹⁷ Umgekehrt kann die Gesellschaft ihrerseits sämtliche Leistungen an den Gesellschafter zurückfordern. Für die Vergangenheit hat der vermeintliche Gesellschafter seine Mitgliedschaftsrechte nicht wirksam ausgeübt. Gesellschafterbeschlüsse, an denen er mitgewirkt hat, können dementsprechend anfechtbar sein.

2. Schließung der Lücke in der Kapitalaufbringung

Die unwirksame Übernahmeerklärung berührt weder die Gültigkeit der Übernahmeerklärungen anderer Gesellschafter noch die Wirksamkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses.¹¹⁸ Die Kapitalerhöhung wird also im Handelsregister nicht gelöscht. Problematisch ist jedoch die Schließung der durch die unwirksame Beitrittserklärung entstehende Lücke in der Kapitalaufbringung. Die überwiegende Meinung in der Literatur geht davon aus, dass sich die entstandene Deckungslücke nicht durch die Ausfallhaftung der Mitgesellschafter nach § 24 GmbHG schließen lasse. In Betracht komme vielmehr entweder eine Kapitalherabsetzung nach § 58 GmbHG, eine Ausgabe eines neuen Geschäftsanteils statt des alten oder die Einbehaltung von Jahresüberschüssen, bis das Gesellschaftsvermögen den zur Deckung des Kapitalerhöhungsbetrages erforderlichen Umfang erreicht habe.¹¹⁹ Diese Meinung übersieht aber, dass die Gesellschafter nach dem Grundgedanken des § 24 GmbHG für die Kapitalaufbringung ihres Mitgesellschafter haften. Warum dies ausgerechnet bei einem fehlerhaften Übernahmevertrag nicht gelten soll, ist nicht ersichtlich. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass die „Risikonähe“ der Gesellschafter im Vergleich zu den Gläubigern größer ist.¹²⁰ Die Lücke ist somit nach § 24 GmbHG zu schließen, indem die übrigen Gesellschafter den Fehlbetrag nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile aufbringen, sofern es der Gesellschaft nicht gelingt, den Geschäftsanteil anderweitig zu verwerten.

IV. Fehler bei der Leistung der Einlage

Fehler können auch bei der Leistung der Einlage geschehen, wenn etwa der Sacheinlagegegenstand nicht den Wert der Kapitalerhöhung erreicht oder eine „verdeckte Sacheinlage“ vorliegt. Diese Mängel fallen aber nicht unter den Begriff der fehlerhaften Kapitalerhöhung im hier verstandenen Sinne, weil die Kapitalerhöhung als solche wirksam ist. Die Frage, die sich bei einer „fehlerhaften Erbringung“ der Einlageleistung stellt, ist lediglich, ob der betroffene Gesellschafter nochmals seine Einlage erbringen muss. Die damit zusammenhängenden Fragen sollen in diesem Beitrag nicht erörtert werden.

V. Fehlerhafte Handelsregisteranmeldung

Ist die Anmeldung der Kapitalerhöhung fehlerhaft, etwa weil Anlagen fehlen, die erforderliche Form nicht eingehalten wurde oder Versicherungen unvollständig sind, kann das Registergericht die Behebung der Mängel verlangen und – wenn die Gesellschaft diesem Verlangen nicht nachkommt – die Eintragung ablehnen.¹²¹ Auch nach der Eintragung kann der Registerrichter die Mängelbeseitigung verlangen und diese im Rahmen des § 14 HGB erzwingen.¹²² Ist die Kapitalerhöhung im Übrigen aber rechtlich ordnungsgemäß erfolgt, so berührt die

fehlerhafte Eintragung die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung nicht.¹²³ Sind der Kapitalerhöhungsbeschluss und die Zeichnungen rechtlich einwandfrei, so verlaubar das Register das materiell Richtige. Damit hat das Registerverfahren seine Funktion erfüllt. Es soll verhindern, dass materiell falsche Eintragungen vorgenommen werden. Einen darüber hinaus gehenden Eigenwert besitzt es nicht.¹²⁴ Dementsprechend kommt eine Löschung des Kapitalerhöhungsbeschlusses nach § 142 oder § 144 FGG nicht Betracht.

Ob dies auch gilt, wenn es an einer Anmeldung fehlt, die Anmeldung nicht von allen Geschäftsführern unterschrieben oder rechtzeitig zurückgenommen wurde, ist umstritten. *Herrmanns* geht in diesem Fall von einer wirksamen Kapitalerhöhung aus.¹²⁵ Er begründet dies damit, dass die Anmeldung nur verfahrensrechtliche Relevanz habe. Daher wirkten sich Fehler der Anmeldung nicht auf die Kapitalerhöhung aus, auch wenn es an einer Anmeldung fehle. Allerdings *könne* (nicht *müsse*!) das Registergericht die Eintragung nach § 142 FGG löschen. Damit stellt *Herrmanns* auf die allgemeine Meinung im Rahmen des § 142 FGG ab, wonach eine Löschung auch bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen nur vorgenommen werden soll, wenn das Fortbestehen der Eintragung Schädigungen Berechtigter zur Folge haben würde oder dem öffentlichen Interesse widerspricht.¹²⁶ Dabei wird jedoch übersehen, dass die Gesellschaft bei konstitutiven Eintragungen, also auch im Rahmen der Kapitalerhöhung, frei ist, diese anzumelden oder nicht anzumelden. Es gibt also keine öffentliche Pflicht zur Anmeldung. Sieht man die Kapitalerhöhung daher als wirksam an, so greift man in die Gestaltungsrechte der Gesellschaft ein.¹²⁷ Grundsätzlich ist daher eine Löschung von Amts wegen der Kapitalerhöhung vorzunehmen. Die Abwicklung ist nicht nach den Grundsätzen der fehlerhaften Gesellschaft vorzunehmen, weil es an der tatsächlichen Willensäußerung der Gesellschaft in Form einer wirksamen Handelsregisteranmeldung fehlt. Die Rückabwicklung erfolgt somit nach Bereicherungsrecht. Eine Ausnahme gilt unter dem Gesichtspunkt des *venire contra factum proprium* nur dann, wenn die Gesellschafter mit der Eintragung einverstanden waren und sich erst nachträglich auf die fehlerhafte Eintragung berufen.¹²⁸

117 Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 222 ff.

118 Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 57 Rn. 51; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 57 Rn. 50.

119 Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 57 Rn. 50; Zimmermann, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 57 Rn. 39.

120 Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 57 Rn. 51.

121 Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 57 Rn. 53; Michalski/Herrmanns, GmbHG, 2002, § 57 Rn. 65.

122 Scholz/Priester GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 57 Rn. 53; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 57 a Rn. 7.

123 Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 57 Rn. 54; Michalski/Herrmanns, GmbHG, 2002, § 57 Rn. 65; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 57 Rn. 51; Lutter/Leinekugel, ZIP 2000, 1225, 1227.

124 Lutter/Leinekugel, ZIP 2000, 1225, 1227.

125 Michalski/Herrmanns, GmbHG, 2002, § 57 Rn. 66.

126 BayObLG Rpfleger 1978, 181; OLG Hamm Rpfleger 1974, 198, OLG Düsseldorf FGPrax 1998, 231. Winkler, in: Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl. 2003, § 142 Rn. 19.

127 Lutter/Leinekugel, ZIP 2000, 1225, 1227.

128 Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 57 Rn. 51; Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 57 Rn. 55.

VI. Fehlerhafte Eintragung

Mängel in der Eintragung schaden der Kapitalerhöhung nicht. Sie sind als offensichtliche Unrichtigkeiten gemäß § 17 HRV durch den Registerrichter zu berichtigen. Dies gilt auch, wenn – gemessen an der Anmeldung – eine zu hohe oder zu niedrige Stammkapitalziffer eingetragen wurde.¹²⁹ Wird eine andere Kapitalerhöhung eingetragen als diejenige, die angemeldet wurde, so ist diese nur wirksam, soweit sich eintragene und beschlossene Summe decken. Dies rechtfertigt das vorrangigen Verkehrsinteresse an der Wirksamkeit der eingetragenen Stammkapitalziffer.¹³⁰

C. Reparatur und Heilung fehlerhafter Kapitalerhöhungen

Die fehlerhafte Kapitalerhöhung entfaltet aufgrund der Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft zwar häufig für die Vergangenheit, nicht jedoch für die Zukunft eine Bestandswirkung. Oft liegt es aber gerade im Interesse der Beteiligten, der fehlerhaften Kapitalerhöhung endgültig zum Bestand zu verhelfen. Die Rückabwicklung könnte aufgrund der zu zahlenden Abfindungen andernfalls zur ernsthaften finanziellen Schwierigkeiten der Gesellschaft führen. Es stellt sich daher die Frage nach der Möglichkeit der Heilung bzw. Reparatur der fehlerhaften Kapitalerhöhung.

I. Nichtige Kapitalerhöhungsbeschlüsse

1. Heilung durch Handelsregistereintragung

Liegt die fehlerhafte Kapitalerhöhung in einem nichtigen Kapitalerhöhungsbeschluss begründet, kann die Eintragung der Kapitalerhöhung im Einzelfall zu einer Heilung führen.

a) Beurkundungsmängel

Gemäß § 242 Abs. 1 AktG analog werden Mängel der notariellen Beurkundungsform sofort geheilt.¹³¹ Erforderlich ist die Eintragung in das Handelsregister des zuständigen Gerichts.¹³²

b) Sonstige nichtige Kapitalerhöhungsbeschlüsse

Kapitalerhöhungsbeschlüsse, die aus anderen Gründen nichtig sind, heilen ebenfalls durch Handelsregistereintragung, sofern eine Frist von drei Jahren abgelaufen ist und die Nichtigkeit aus einer analogen Anwendung des § 241 Nr. 1 (Einberufungsmängel), Nr. 3 (Wesentlicher Rechtsverstoß) oder Nr. 4 AktG (Sittenverstoß) resultiert.¹³³ Umstritten war, ob diese strikte Dreijahresfrist des § 242 Abs. 2 AktG auch für das GmbH-Recht gelten sollte. Der BGH und Teile der Literatur hatten insoweit statt der Dreijahresfrist zunächst eine angemessene Frist verlangt.¹³⁴ Insbesondere die damit verbundene Rechtsunsicherheit hat den BGH aber dazu bewogen, die „starre“ Frist des § 242 Abs. 2 AktG auch im GmbH-Recht zu verwenden.¹³⁵

c) Rechtsfolgen der Heilung

Die Heilung hat rückwirkende Kraft, d. h. die Rechtswirkungen der Kapitalerhöhung sind mit der Eintragung als entstanden zu betrachten und nicht etwa erst mit Ablauf der Dreijahresfrist.¹³⁶ Die Heilung hat damit materielle Wirkung. Eine abweichende Interpretation dürfte der Rechtssicherheit widersprechen, wenn etwa auf dem mangelhaften Kapitalerhöhungsbeschluss aufbauende Maßnahmen der ersten drei Jahre auch nach der Heilung durch Eintragung und Zeitablauf weiterhin angegriffen werden könnten. Bedeutung kann die Heilungswirkung vor allem in steuerlicher Hinsicht erlangen, da auch die Finanzbehörden an diese gesellschaftsrechtliche Sicht gebunden sind. Die Heilung kann insoweit gegenüber dem nachstehend noch darzustellenden Reparaturbeschluss entscheidende Vorteile aufweisen.

Allerdings wird durch die Heilung die Möglichkeit der Löschung von Amts wegen nach § 144 Abs. 2 FGG nicht ausgeschlossen.¹³⁷ Dies ergibt sich aus § 242 Abs. 2 S. 3 AktG, wonach auch nach Ablauf der dreijährigen Frist eine Löschung des Beschlusses von Amts wegen weiterhin möglich sein soll. Die praktische Bedeutung ist freilich gering. Nach § 144 Abs. 2 FGG kann das Registergericht einen in das Handelsregister eingetragenen Gesellschafterbeschluss von Amts wegen löschen, wenn er durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich scheint. Da daher nur die „inhaltliche“ Nichtigkeit eines Kapitalerhöhungsbeschlusses zur Nichtigkeit führen kann, ist es ohne Bedeutung, wenn der Beschluss unter Einberufungs- oder Beurkundungsmängeln zustande gekommen ist. Diese Mängel rechtfertigen keine Löschung nach § 144 Abs. 2 FGG.¹³⁸

2. Genehmigung bei Einberufungsmängeln

Gemäß § 242 Abs. 2 S. 4 AktG analog kann die Nichtigkeit eines Gesellschafterbeschlusses nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der nicht geladene Gesellschafter den Beschluss genehmigt.¹³⁹

129 Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 57 Rn. 56 ff.; Zimmermann, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 57 Rn. 44; teilweise a. A.: Michalski/Hermanns, GmbHG, 2002, § 57 Rn. 67, der bei einer zu hohen Stammkapitalziffer eine Berichtigung nach § 142 Abs. 1 FGG, also eine teilweise Löschung, vornehmen will. Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 57 Rn. 54 verlangt bei einer zu niedrigen Stammkapitalziffer eine Zusatzanmeldung in der Höhe des Restes.

130 Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 57 Rn. 56 ff.

131 BGH DNotZ 1996, 684.

132 Vgl. Hüffer, AktG, 5. Aufl. 2002, § 242 Rn. 2; Heidel/Heidel, AktG, 2003, § 242 Rn. 2; Michalski/Römermann, GmbHG, 2002, Anh. § 47 GmbHG Rn. 240.

133 BGHZ 80, 216; Michalski/Römermann, GmbHG, 2002, Anh. § 47 Rn. 243 ff.

134 BGHZ 11, 242, 244; Däubler, GmbHR 1968, 4, 6.

135 BGHZ 80, 212, 216.

136 So ausdrücklich: Roth/Altmeppen, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 57 Rn. 12; Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 54 Rn. 65; für die AG: MünchKomm/Hüffer, AktG, 2. Aufl. 2001, § 242 Rn. 3.

137 Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 54 Rn. 65 a; Michalski/Römermann, GmbHG, 2002, Anh. § 47 Rn. 247.

138 Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl. 2003, § 144 Rn. 23.

139 Michalski/Römermann, GmbHG, 2002, Anh. § 47 Rn. 252; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, Anh. § 47 Rn. 38.

3. Reparaturbeschlüsse

a) Heilung durch Reparaturbeschluss?

Die Heilung der fehlerhaften Kapitalerhöhung durch Eintragung in das Handelsregister ist außer bei Beurkundungsmängeln zumeist nicht der Weg, um der Kapitalerhöhung für die Zukunft zur Bestandskraft zu verhelfen. Allein schon die dreijährige Warteperiode dürfte für die Beteiligten kaum akzeptabel sein. In der Literatur wird daher in diesen Fällen die Vornahme eines sog. Reparaturbeschlusses vorgeschlagen, durch den die fehlerhafte Kapitalerhöhung geheilt werden könne.¹⁴⁰ Wie dieser Reparaturbeschluss inhaltlich zu gestalten ist, wird dabei kaum erörtert. Nach Meyer-Panhuysen ist eine vollständige Neufassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses erforderlich.¹⁴¹

Zweifelhaft erscheint jedoch, ob durch die Neuvornahme des Kapitalerhöhungsbeschlusses tatsächlich das Ziel, die ursprünglich fehlerhafte Kapitalerhöhung zu reparieren, erreicht werden kann. Für das Aktienrecht ist in § 244 AktG geregelt, dass eine Anfechtung nicht mehr geltend gemacht werden kann, wenn eine Hauptversammlung den anfechtbaren Beschluss bestätigt hat und dieser bestätigende Beschluss nicht seinerseits fehlerhaft ist. Im GmbH-Recht wird diese Bestimmung analog angewendet.¹⁴² Die h. M. geht davon aus, dass dieser Bestätigungsbeschluss materiell-rechtliche Wirkung hat, d. h. der ursprünglich fehlerhafte Beschluss wird geheilt.¹⁴³

Weder das Aktienrecht noch das GmbH-Recht kennen jedoch die Bestätigung eines nichtigen Gesellschaftsbeschlusses. Ein „Reparaturbeschluss“ kann daher nur als Neuvornahme des Kapitalerhöhungsbeschlusses angesehen werden.¹⁴⁴ Damit stellt sich die Frage, ob dieser Kapitalerhöhungsbeschluss nunmehr Grundlage der eingetragenen Kapitalerhöhung sein kann. Mangels Rückwirkung scheint dies zunächst schwer vorstellbar. Es würde die Reihenfolge der Kapitalerhöhung umgekehrt, d. h. es erfolgt erst die Eintragung der Kapitalerhöhung und dann der entsprechende Beschluss. Vor diesem Hintergrund ließe sich argumentieren, ein Reparaturbeschluss sei bei einem nichtigen Kapitalerhöhungsbeschluss nicht möglich. Vielmehr müsse abgewartet werden, dass der Kapitalerhöhungsbeschluss für nichtig erklärt bzw. von Amts wegen gelöscht werde. Anschließend könne eine erneute Kapitalerhöhung durchgeführt werden. Aus praktischer Sicht ist diese Lösung freilich wenig glücklich, da sie die Gesellschafter dazu zwingt, zunächst eine Löschung der fehlerhaften Kapitalerhöhung abzuwarten. Bei der Gründung einer GmbH ist zudem anerkannt, dass etwa bei Fehlen einer Regelung zum Stammkapital die Amtslöschung der Gesellschaft durch eine Bestätigung des Gesellschaftsvertrag verhindert werden kann.¹⁴⁵ Bei einer Unterschreitung des gesetzlichen Mindestkapitales kann eine Reparatur durch Satzungsänderung geschehen.¹⁴⁶ Dementsprechend ist nur schwer einzusehen, warum eine Reparatur bei einem fehlerhaften Kapitalerhöhungsbeschluss nicht möglich sein soll. Nachteile für die Gläubiger entstehen hierdurch nicht. Folglich kann durch einen Reparaturbeschluss eine Löschung der Kapitalerhöhung im Handelsregister verhindert werden.

b) Verpflichtung zur Vornahme des Reparaturbeschlusses?

Bejaht man somit die Möglichkeit der Reparatur durch einen erneuten Kapitalerhöhungsbeschluss, so ergeben sich keine Probleme, wenn die Gesellschafter diesen freiwillig vornehmen. Diskutiert wird darüber hinaus, ob die Übernehmer der fehlerhaften Geschäftsanteile einen Anspruch auf Vornahme eines Reparaturbeschlusses haben.

aa) Verpflichtung zur Vornahme des Reparaturbeschlusses aufgrund der Übernahmeverträge?

Vereinzelt wurde ein derartiger Anspruch der Übernehmer der fehlerhaften Geschäftsanteile auf Durchführung einer fehlerfreien Kapitalerhöhung aus Vertrauenshaftung bejaht, zumindest wenn es sich bei dem Mangel des Kapitalerhöhungsbeschlusses um einen bloßen Verfahrensfehler gehandelt hat.¹⁴⁷

Diese Ansicht ist abzulehnen. Die Vertrauenshaftung ist als ein Anspruch aus c. i. c. zu verstehen, der im neuen Schuldrecht in § 311 Abs. 2 BGB kodifiziert worden ist. Voraussetzung dieses Anspruches ist daher entweder die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, die Anbahnung eines Vertrages, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf etwaige rechtsgeschäftliche Beziehungen dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut oder ähnliche geschäftliche Kontakte. Als Grundlage dieses Anspruches kommt vorliegend der Übernahmevertrag in Betracht. Vertragsparteien des Übernahmevertrages sind die Gesellschaft und der Übernehmer.¹⁴⁸ Eine Verpflichtung der GmbH zur Vornahme des Reparaturbeschlusses ist aber nicht denkbar, da die Kapitalerhöhung durch die Gesellschafter beschlossen wird. Ein Anspruch auf Vornahme des Reparaturbeschlusses muss sich daher gegen die Gesellschafter richten.

Die Gesellschafter sind aber nicht Vertragspartner des Übernehmers. Freilich ist bei einem Anspruch aus c. i. c. zu beachten, dass dieser sich nach § 311 Abs. 3 BGB auch gegen Personen richten kann, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein entsprechendes anspruchsbegründendes Vertrauensschuldverhältnis kann in solchen Fällen insbesondere entstehen, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch den Abschluss des Übernahmevertrages beeinflusst. Ob die Gesellschafter ein derartiges Ver-

140 Zöllner, AG 1993, 68, 77; Kort, ZGR 1994, 291, 319 ff.; Meyer-Panhuysen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, 2003, S. 168 ff.

141 Meyer-Panhuysen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, 2003, S. 168 ff.

142 Vgl. hierzu unten C II 1.

143 Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, Anh. § 47 Rn. 69; Hachenburg/Raiser, GmbHG, 8. Aufl. 1997, Anh. § 47 Rn. 149; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, Anh. § 47 Rn. 21.

144 Vgl. K. Schmidt, in: Großkommentar zum AktG, 4. Aufl. 1995, § 241 Rn. 23; Meyer-Panhuysen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, 2003, S. 168 ff.

145 Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 75 Rn. 10; Michalski/Zeidler, GmbHG, 2002, § 5 Rn. 23.

146 Michalski/Zeidler, GmbHG, 2002, § 5 Rn. 40.

147 Kort, ZGR 1994, 219, 321; Zöllner, AG 1993, 68, 78.

148 Vgl. Michalski/Herrmanns, GmbHG, 2002, § 55 Rn. 66; Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 55 Rn. 72.

trauen hervorgerufen haben und daher gegebenenfalls verpflichtet sind, an einem weiteren Kapitalerhöhungsbeschluss mitzuwirken, ist eine Frage des Einzelfalles, die sich nicht allgemein beantworten lässt. Es lässt sich wohl argumentieren, dass ihr Abstimmungsverhalten beim fehlerhaften Kapitalerhöhungsbeschluss ein derartiges Vertrauen hervorrufen kann, zumindest, wenn die Nichtigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses auf einem Verfahrensfehler beruht. Aber selbst in diesem Fall ist zu bedenken, dass aufgrund des Übernahmevertrages nach einhelliger Auffassung keine Verpflichtung zur Verschaffung der Mitgliedschaft besteht.¹⁴⁹ Die Mitgliedschaft entsteht erst im Augenblick der Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister und wächst dem Übernehmer kraft Gesetz zu. Wenn aber schon ein wirksamer Übernahmevertrag keinen Anspruch auf Neuvernahme des Kapitalerhöhungsbeschlusses begründet, so kann ein Anspruch aus Vertrauenshaftung gegen die Gesellschafter einen derartigen Anspruch erst recht nicht stützen. Die in § 311 Abs. 2 BGB statuierte Vertrauenshaftung ist nicht auf Erfüllung, sondern auf Ersatz des Vertrauensschadens gerichtet ist.¹⁵⁰ Dieser Anspruch aus Vertrauenshaftung kann nicht weitergehen als der entsprechende Erfüllungsanspruch des Vertrages, auf den die Haftung aus c. i. c. begründet wird.

bb) Verpflichtung zur Vornahme des Reparaturbeschlusses aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht?

Eine Verpflichtung der Gesellschafter auf Zustimmung zum reparierenden Kapitalerhöhungsbeschlusses könnte sich aus der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht ergeben. Die Existenz einer Treupflicht im Gesellschaftsrecht im Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft und der Gesellschafter untereinander ist heute allgemein anerkannt.¹⁵¹ Grundsätzlich gebietet die gesellschaftsrechtliche Treupflicht allerdings nur Schranken in Form von Unterlassungspflichten. Der Gesellschafter hat solche Handlungen zu unterlassen, die mit dem Gesellschaftsinteresse kollidieren und nicht ausreichend das Verbandsinteresse berücksichtigen.¹⁵² Positive Stimmpflichten des Gesellschafters werden daher von Teilen der Literatur kritisch betrachtet.¹⁵³ Mittlerweile hat sich jedoch in Rechtsprechung und Literatur die Überzeugung durchgesetzt, dass eine Zustimmungspflicht zur Änderung des Gesellschaftsvertrages besteht, wenn die angestrebte Maßnahme unter Abwägung der Gesellschafts- und Gesellschafterinteressen im Interesse der Gesellschaft dringend geboten und eine Zustimmung dem Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen schützenswerten Belange zumutbar ist.¹⁵⁴ Die Zumutbarkeit ist zu bejahen, wenn die Notwendigkeit der Satzungsänderung im Hinblick auf das Gesellschaftsinteresse eindeutig schwerer wiegt, als die dem Gesellschafter entstehenden Nachteile. Der BGH hat eine solche Zustimmungspflicht bei einer Kapitalerhöhung angenommen, die notwendig war, um im Zuge der GmbH-Novelle 1980 das Stammkapital der neuen Rechtslage anzupassen und die andernfalls drohende Zwangsauflösung zu vermeiden.¹⁵⁵ In der so genannten Girmes-Entscheidung wurde dem Aktionär einer Gesellschaft die Pflicht auferlegt, keine Verweigerungshaltung bei einer Kapitalerhöhung einzunehmen, wenn diese zur

Durchführung der Sanierung erforderlich ist.¹⁵⁶ Dementsprechend wird in der Literatur angeführt, dass eine Zustimmungspflicht der Gesellschafter nahe liege, wenn der Mangel der Kapitalerhöhung auf einem Verfahrensfehler beruhe oder es sich um eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln handele.¹⁵⁷ Allein diese Umstände vermögen allerdings ein dringendes Interesse der Gesellschaft noch nicht zu begründen. Vielmehr dürfte sich ein dringendes Interesse der Gesellschaft nur in Extremsituationen bejahen lassen, wie etwa im Falle der Abwendung der Insolvenz der Gesellschaft (wie in der Girmes-Entscheidung) oder wenn die Reparatur zur Vermeidung eines erheblichen wirtschaftlichen Schadens für die Gesellschaft erforderlich ist. Jenseits dieser Grenze ist aber nicht erkennbar, warum die Gesellschafter an dem Reparaturbeschluss mitwirken sollten.

c) Charakter der Einlageleistung

Ist der reparierende Kapitalerhöhungsbeschluss gefasst worden, stellt sich die Frage, was der Einlagegegenstand dieser Kapitalerhöhung ist. Denkbar wäre zum einen, dass die ursprüngliche Einlageleistung weiterhin Gegenstand der Kapitalerhöhung ist. Daneben könnte argumentiert werden, dass der dem jeweiligen Gesellschafter zustehende Abfindungsanspruch nunmehr die Einlageleistung ist. Praktische Bedeutung erlangt diese Problematik, wenn eine fehlerhafte Barkapitalerhöhung vorliegt, da bei Einbringung des Abfindungsanspruches die Sachkapitalerhöhungsregeln zu beachten sind. Geht man hingegen davon aus, dass die ursprüngliche (Bar-)Einlage weiterhin Gegenstand der Kapitalerhöhung ist, ist zu klären, ob diese noch wertmäßig im Vermögen der Gesellschaft zum Zeitpunkt des Reparaturbeschlusses vorhanden sein muss.

aa) Kapitalerhöhung gegen Bareinlage in Form der Voreinzahlung auf eine künftige Kapitalerhöhung

Kort hat zunächst vorgeschlagen, dass die ursprünglich eingezahlte Bareinlage, die auf den ersten fehlerhaften Kapitalerhöhungsbeschluss gezahlt wurde, als Voreinzahlung auf die zu reparierende Kapitalerhöhung anzusehen.¹⁵⁸ Da die ursprüngliche Einlageleistung sich im

149 BGHZ 140, 258, 260 = DNotZ 1999, 753; Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 55 Rn. 97; Michalski/Herrmanns, GmbHG, 2002, § 55 Rn. 99.

150 Meyer-Panhuisen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, 2003, S. 171.

151 BGHZ 98, 276, 279 ff. = DNotZ 1987, 236 ff.; BGHZ 138, 71 ff.; Michalski/Michalski, GmbHG, 2002, § 13 Rn. 142 ff.; Scholz/Emmerich, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 13 Rn. 36 ff.

152 Lutter, AcP 1980, 84, 110 ff.; Meyer-Panhuisen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, 2003, S. 173.

153 Kort, ZIP 1990, 294, 297; ähnlich auch Lutter, ZHR 1989, 446, 447 ff.

154 BGHZ 44, 40, 41; BGHZ 98, 276, 279 = DNotZ 1987, 236 ff.; Meyer-Panhuisen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, 2003, S. 178; Scholz/Emmerich, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 13 Rn. 39; Michalski/Michalski, GmbHG, 2002, § 13 GmbHG Rn. 169; Lutter, ZHR 1989, 446, 467 ff.

155 BGHZ 98, 296 = DNotZ 1987, 236 ff.

156 BGHZ 129, 139 ff. = DNotZ 1989, 14 ff.

157 Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, 225; ähnlich Meyer-Panhuisen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, 2003, S. 193 ff.

158 Kort, ZGR 1994, 291, 321; vgl. auch Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 227 ff.

Abfindungsanspruch widerspiegeln und dieser Abfindungsanspruch wiederum als Einlage in die reparierende Kapitalerhöhung eingebracht würde, sei die Einbringung des Abfindungsanspruches nicht als Sachleistung zu werten. Daher sei davon auszugehen, dass die ursprüngliche Einlage aus der ex nunc vernichteten Kapitalerhöhung zugleich als Vorleistung auf die zweite reparierende Kapitalerhöhung betrachtet werden könne. Auch § 235 AktG zeige, dass Vorleistungen auf künftige Kapitalerhöhungen nicht ausgeschlossen seien. Voraussetzung sei allerdings, dass der Abfindungsanspruch in vollem Umfang werthaltig und er zum Zeitpunkt der Anmeldung der reparierenden Kapitalerhöhung noch wertmäßig im Vermögen der Gesellschaft vorhanden sei.

Dieser Meinung ist jedenfalls nicht zu folgen, sofern der Reparaturbeschluss nach der Rechtskraft eine Beschlussmängelurteils gefasst wird.¹⁵⁹ Wird durch ein Beschlussmängelurteil festgestellt, dass der Kapitalerhöhungsbeschluss fehlerhaft war, so wird die Kapitalerhöhung im Handelsregister gelöscht. Ein Reparaturbeschluss stellt eine neue Kapitalerhöhung dar (vgl. oben unter 3 a). Gegenstand der Kapitalerhöhung ist nicht die ursprüngliche Bareinlage, sondern der Abfindungsanspruch. Ist die vernichtete Kapitalerhöhung nur kurze Zeit praktiziert worden, so mag der entsprechenden Abfindungsanspruch mit der Höhe der ursprünglichen Bareinlageverpflichtung identisch sein.¹⁶⁰ Dies rechtfertigt aber nicht, die ursprüngliche Einlage als Gegenstand der Kapitalerhöhung anzusehen. Eine Bareinzahlung kann auch nicht auf die Weise konstruiert werden, dass der Abfindungsanspruch zunächst an den Gesellschafter ausgezahlt wird und dieser dann das erhaltende Geld zur Erfüllung seiner Einlagepflicht verwendet bzw. eine Aufrechnung der Forderungen stattfindet. Die Aufrechnung wäre bereits nach § 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG unzulässig. Bei der Auszahlung des Abfindungsanspruches und anschließender Erfüllung der Einlageforderung würde es sich wohl um einen Fall der verdeckten Sacheinlage in der Gestalt des „Hin- und Herzahlens“ handeln.¹⁶¹

bb) Differenzierung nach dem Zeitpunkt der Reparatur

In der Praxis dürfte sich freilich die Frage nach der Zulässigkeit eines Reparaturbeschlusses zumeist bereits vor der Rechtskraft eines Beschlussmängelurteils stellen. Hier ist die Rechtslage anders zu beurteilen. Ist ein wichtiger Kapitalerhöhungsbeschluss in das Handelsregister eingetragen worden und wird ein Reparaturbeschluss vor der Feststellung der Nichtigkeit durch das Gericht gefasst, ist Gegenstand der Kapitalerhöhung weiterhin der ursprüngliche Einlagegegenstand. Ein Abfindungsanspruch, der Gegenstand einer Sachkapitalerhöhung sein könnte, existiert in diesem Stadium noch nicht, da die Kapitalerhöhung nach den Grundsätzen von der fehlerhaften Gesellschaft (noch) wirksam ist. Auch ein anderer Anspruch, der im Wege der Sacheinlage durch den Gesellschafter eingebracht werden könnte, ist nicht ersichtlich.

Die ursprüngliche Einlage ist aber vor dem Reparaturbeschluss geleistet worden. Bei einer „regulären“ fehlerfreien Kapitalerhöhung spricht man in diesem Fall von

einer „Voreinzahlung“. Die Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Voreinzahlung bei einer Kapitalerhöhung sind noch nicht abschließend geklärt. Der BGH geht – entsprechend einer in der Literatur seit längerem vertretenen Meinung¹⁶² – davon aus, dass die Einlageverpflichtung bei einer Voreinzahlung jedenfalls dann erfüllt worden ist, wenn sie sich zum Zeitpunkt des Kapitalerhöhungsbeschlusses im Vermögen der Gesellschaft befindet und nicht später an die Gesellschafter zurückgewährt worden ist.¹⁶³ Gleiches dürfte dementsprechend bei einem Reparaturbeschluss gelten.

Umstritten ist die Rechtslage, wenn die Einlageleistung sich zum Zeitpunkt des Kapitalerhöhungsbeschlusses nicht mehr im Vermögen der Gesellschaft befindet. Die überwiegende Meinung in der Literatur sowie große Teile der OLG-Rechtsprechung bejahen mit Unterschieden im Detail die befreiende Wirkung einer derartigen Voreinzahlung im Hinblick auf die Einlageleistung nur, wenn

- ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der Voreinzahlung und der Kapitalerhöhung gegeben ist, d. h. im Zahlungszeitpunkt bereits konkrete Vorbereitungen für die Beschlussfassung getroffen wurden;
- die Zweckbestimmung der Zahlung als Vorleistung auf die künftige Einlageschuld festliegt und für Dritte nachprüfbar ist;
- die Vorausleistung als solche im Kapitalerhöhungsbeschluss und in der Versicherung der Geschäftsführer offen gelegt wird;
- die Voreinzahlung in der Krise der Gesellschaft, also zu Sanierungszwecken erfolgt ist.¹⁶⁴

Teile der Literatur sind großzügiger und wollen eine Voreinzahlung sogar ohne Sanierungszweck zulassen.¹⁶⁵ Der BGH hat bisher die Entscheidung über die schuldtilgende Wirkung der Voreinzahlung in Sanierungsfällen ausdrücklich offen gelassen. Voraussetzung für eine zulässige Voreinzahlung sei aber jedenfalls, dass die Voreinzahlung zur Krisenbewältigung notwendig war und in engem zeitlichen Zusammenhang mit einer unmittelbar bevorstehenden Kapitalerhöhung erfolgte.¹⁶⁶

Überträgt man diese Überlegungen, so ließe sich argumentieren, dass eine Reparatur nur möglich ist, wenn die

¹⁵⁹ Meyer-Panhuysen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, 2003, S. 205 ff.; Wiedemann, in: Großkommentar, AktG, 4. Aufl. 1994, § 189 Rn. 49; Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 227 ff. (unter Aufgabe seiner bisherigen Ansicht).

¹⁶⁰ Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 227 ff.

¹⁶¹ BGHZ 113, 335, 344 ff. = DNotZ 1991, 843, 844 ff. = MittRhNotK 1991, 218 ff.; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 19 Rn. 101.

¹⁶² K. Schmidt, AG 1986, 115; Hommelhoff/Kleindiek, ZIP 1987, 477; Lutter, NJW 1989, 2649.

¹⁶³ BGH DNotZ 2001, 154 ff.; BGH DNotZ 2002, 808 ff.

¹⁶⁴ BayObLG GmbHR 1999, 294; OLG Köln GmbHR 1999, 288; OLG Düsseldorf GmbHR 2000, 564; Michalski/Hermanns, GmbHG, 2002, § 56 a Rn. 18 ff.; Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 56 a Rn. 19 ff.; Kort, DStR 2002, 1223.

¹⁶⁵ Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 56 a Rn. 23; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 56 a Rn. 23; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 56 a Rn. 6a.

¹⁶⁶ BGH DNotZ 1995, 478.

Einlage sich zum Zeitpunkt des Reparaturbeschlusses noch im Vermögen der Gesellschaft befindet. Andernfalls könnte man meinen, dass sie nochmals geleistet werden müsste, weil kein Sanierungsfall gegeben ist. Der BGH sowie die Literatur stellen allerdings auf eine bewusste Vorleistung ab, bei der allen Beteiligten bei der Leistung der Einlage klar ist, dass es sich um ein Voreinzahlung handelt. Dementsprechend bestehen Zweifel, ob die Ausführungen des BGH auf den vorliegenden Fall übertragen werden können.

Entscheidend ist vielmehr, aufgrund welcher Beweggründe eine Vorleistung überhaupt unzulässig sein soll. In der Literatur wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass der Gesellschafter ja zunächst nur ein Darlehen gewährt habe, welches später nur im Wege der Sacheinlage berücksichtigt werden könne.¹⁶⁷ Genau dies ist aber hier nicht der Fall. Die ursprüngliche Einlageleistung erfolgte nicht als Darlehen, sondern aufgrund des Übernahmevertrages. Ein Rückforderungsrecht des Gesellschafters, welches streng genommen nur als Sacheinlage erbracht werden kann, existiert also nicht. Die zweite Erwägung, die gegen die Voreinzahlung vorgebracht wird, lautet, dass man nicht Kapitalerhöhungen „auf Vorrat“ zulassen könne, weil damit die Kapitalerhaltungsvorschriften unterlaufen würden. Folglich müsse ein enger zeitlicher Zusammenhang bestehen.¹⁶⁸ Diesen engen zeitlichen Zusammenhang zwischen Einzahlung und Kapitalerhöhungsbeschluss mag man im Einzelfall auch bei einer fehlerhaften Kapitalerhöhung bejahen, wobei freilich der genaue Zeitraum bestimmt werden müsste, der noch zulässig sein soll. Entscheidende Bedeutung kommt dieser Frage aber nicht zu, weil keine Kapitalerhöhung auf Vorrat vorgenommen wurde. Es ist vielmehr nur zu erwarten, dass nach Feststellung der Fehlerhaftigkeit der Kapitalerhöhung die Reparatur umgehend in Angriff genommen wird. Schließlich könnte man gegen die Zulässigkeit eines Verbrauchs der Einlage einwenden, dass dies zu einer Irreführung der Neugläubiger und Anleger führt, die einen Mittelzufluss im Zuge der Kapitalerhöhung und nicht einen vorher verbrauchten erwarten.¹⁶⁹ Zu bedenken ist allerdings, dass es für Neugläubiger und Anleger kaum einen Unterschied machen dürfte, ob die Einlage vor oder nach dem Kapitalerhöhungsbeschluss verbraucht wird. Es ist daher unschädlich, wenn die Einlage bei der Reparatur nicht mehr wertmäßig im Vermögen der Gesellschaft vorhanden ist. In der Beratungspraxis ist freilich darauf hinzuweisen, dass mangels einer höchstrichterlichen Klärung die Rechtslage äußerst unsicher ist.

cc) Sonderfall: Reparatur vor Vollzug der Kapitalerhöhung im Handelsregister

Die vorstehenden Überlegungen erlangen noch in einem anderen Zusammenhang Bedeutung. Ist der Kapitalerhöhungsbeschluss fehlerhaft und erlässt das Registergericht daher eine Zwischenverfügung, so wird der Kapitalerhöhungsbeschluss häufig wiederholt. Da die Gesellschafter aber zuvor bereits ihre Einlage (zumindest zum Teil) geleistet haben, stellt sich auch hier die Frage nach dem Gegenstand der Kapitalerhöhung. Sicherlich steht den betroffenen Gesellschaftern in diesem Fall kein Abfindungsanspruch zu. Die Übernahmeerklärung erfolgt aber unter der gesetzlichen Bedingung der Eintragung

des Kapitalerhöhungsbeschlusses.¹⁷⁰ Man könnte daher argumentieren, dass der Übernahmevertrag ebenfalls unwirksam wird, wenn der Kapitalerhöhungsbeschluss nicht mehr eingetragen werden kann.¹⁷¹ Auch der erneute Kapitalerhöhungsbeschluss würde an diesem Umstand nichts ändern, weil sich der Übernahmevertrag nicht auf diesen weiteren Kapitalerhöhungsbeschluss bezieht. Es müsse erneut eine Übernahme erfolgen. Einlagegegenstand wäre der Bereicherungsanspruch des Übernehmers.

Kleveman geht trotz dieser Überlegungen in dem gleich gelagerten Fall einer Kapitalerhöhung bei einer AG davon aus, dass die ursprüngliche Einlage Gegenstand der Kapitalerhöhung bleibt.¹⁷² Zwar würden die Zeichnungen zunächst nichtig sein und somit Bereicherungsansprüche bestehen. Würden aber neue Zeichnungsverträge abgeschlossen, so stehe den Übernehmern kein Bereicherungsanspruch mehr zu. Der Abschluss des neuen Zeichnungsvertrages bilde einen Rechtsgrund für die Einlage, obwohl diese aufgrund des alten, nichtigen bzw. unwirksam gewordenen Zeichnungsvertrages geleistet worden sei. Ein Rechtsgrund im Sinne von § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB liege nämlich stets dann vor, wenn trotz der Unwirksamkeit des ursprünglichen Grundes, aufgrund dessen geleistet worden sei, ein anderer gültiger Verpflichtungsgrund bestehe, der die Vermögensverschiebung rechtfertige. In der Praxis führt dies zu der für die Beteiligten erfreulichen Konsequenz, dass bei einer Bareinlage nicht das Verfahren der Sachkapitalerhöhung durchgeführt werden muss, weil nunmehr Gegenstand der Kapitalerhöhung der Bereicherungsanspruch ist. Vielmehr genügt die Wiederholung des Barkapitalerhöhungsbeschlusses.

Diese Sichtweise erscheint jedoch zweifelhaft. Der Bereicherungsanspruch entfällt nicht, weil nachträglich ein Rechtsgrund konstruiert wird. Im Ergebnis ist der Meinung von *Kleveman* jedoch zuzustimmen. Die oben aufgestellte Behauptung, dass der Übernahmevertrag unter der auflösenden Bedingung der Wirksamkeit der Kapitalerhöhung steht, ist nämlich nicht zwingend. Eine Auslegung des Übernahmevertrages führt gerade zu einem anderen Ergebnis. Denn bei Nichtigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses und anschließender Reparatur wollen die Übernehmer häufig, dass ihre ursprüngliche Bareinlage Gegenstand der Kapitalerhöhung bleibt. Bei einer anderen Auslegung müssten die Vorschriften der Sachkapitalerhöhung angewendet werden, was aber zumeist nicht im Interesse der Beteiligten liegt. Daher ist davon auszugehen, dass den Übernehmern für diesen Fall lediglich ein Kündigungsrecht hinsichtlich des

167 Goette, Die GmbH, 2. Aufl. 2002, Rn. 56; vgl. auch K. Schmidt, ZGR 1982, 530; Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 56 a Rn. 21.

168 Goette, Die GmbH, 2. Aufl. 2002, Rn. 56.

169 Vgl. LG Düsseldorf ZIP 1986, 1253; Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 56 a Rn. 21.

170 RGZ 77, 155 ff.; RGZ 82, 379; Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 55 Rn. 82.

171 So für den Zeichnungsvertrag im Aktienrecht: Lutter, in: Kölner Kommentar, AktG, 2. Aufl. 1994, § 185 Rn. 36; Krieger, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, AG, 2. Aufl. 1999, § 56 Rn. 106.

172 Kleveman, AG 1993, 273 ff.; zustimmend: Krieger, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, Band 4, Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 1999, § 56 Rn. 104.

Übernahmevertrages zusteht, der Übernahmevertrag also zunächst wirksam bleibt. Solange sie ihr Kündigungsrecht nicht ausüben, besteht dementsprechend auch kein Bereicherungsanspruch. Freilich ist zu beachten, dass der Übernahmevertrag sich auf einen anderen Kapitalerhöhungsbeschluss bezogen hat und insoweit zu ändern ist. Der Abschluss eines neuen Übernahmevertrages ist aber nicht erforderlich.

e) Handelsregisteranmeldung

Gemäß § 57 Abs. 1 GmbHG ist die Erhöhung des Stammkapitals zum Handelsregister anzumelden. Die Anmeldung ist als Eintragungsantrag eine Verfahrenshandlung, die das an das Registergericht gerichtete Begehren enthält, die beschlossene Kapitalerhöhung in das Handelsregister anzumelden.¹⁷³ Eine Anmeldung des reparierenden Kapitalerhöhungsbeschlusses erscheint daher überflüssig, da die Kapitalerhöhung – auch wenn sie bis zu ihrer Reparatur fehlerhaft war – bereits eingetragen ist. Denkbar wäre demnach nur eine Anmeldung in der Weise, dass im Handelsregister vermerkt wird, dass eine Reparaturbeschluss erfolgt ist. Eine derartige Eintragung sieht das Gesetz freilich nicht vor. Was das Gesetz zur Eintragung nicht zulässt, darf aber grundsätzlich nicht eingetragen werden.¹⁷⁴ Eintragungsfähig sind auf den anderen Seite aber auch ohne ausdrückliche gesetzliche Vorschriften solche Tatsachen, deren Eintragung Sinn und Zweck des Handelsregisters erfordern.¹⁷⁵ Im Hinblick auf die strenge Formalisierung des Registerrechts ist hierbei jedoch äußerste Zurückhaltung geboten.¹⁷⁶ Vor diesem Hintergrund bedarf es bei einer Reparatur keiner Eintragung. Da die Kapitalerhöhung aufgrund der bereits erfolgten Eintragung wirksam war, würde mit der Eintragung des Reparaturbeschlusses letztlich nichts anderes bekundet, als dass es zu keiner Löschung der Kapitalerhöhung im Handelsregister kommen wird. Warum eine derartige Eintragung notwendig sein sollte, ist nicht erkennbar. Einen Sinn kann eine Anmeldung und entsprechende Eintragung nur haben, wenn nicht mehr die ursprüngliche Einlage Gegenstand der Kapitalerhöhung ist, sondern der Abfindungsanspruch. Dieser Abfindungsanspruch entsteht aber erst mit einem rechtskräftigen Beschlussmängelurteil, welches wiederum die Löschung des Kapitalerhöhungsbeschlusses mit sich bringt. Der Reparaturbeschluss stellt dann aber eine erneute Kapitalerhöhung dar und muss dementsprechend ohnehin zum Handelsregister angemeldet werden.

4. Kapitalherabsetzung

Es mag Situationen geben, in denen die Gesellschaft oder ihre Gesellschafter kein Interesse mehr an der Heilung oder Reparatur der fehlerhaften Kapitalerhöhung haben. Trotzdem soll ein rechtskräftiges Urteil oder eine Löschung im Handelsregister vermieden werden. In diesen Fällen könnte man argumentieren, dass eine Kapitalherabsetzung hilft, welche die ursprüngliche Kapitalziffer wiederherstellt. Dieser Lösungsweg ist freilich nicht frei von Zweifeln. Denn selbst wenn der Kapitalherabsetzungsbetrag mit dem Betrag der zuvor fehlerhaften Kapitalerhöhung übereinstimmt, ist damit der nichtige Kapitalerhöhungsbeschluss noch nicht beseitigt. Die auf ihn aufbauende Kapitalerhöhung ist immer noch im

Handelsregister eingetragen. Daher dürfte durch eine Kapitalherabsetzung auch nicht eine Löschung der fehlerhaften Kapitalerhöhung von Amts wegen vermieden werden können. Gleiches gilt für eine Beschlussmängelklage, auf die die Kapitalherabsetzung ebenfalls keinen Einfluss hat. Eine Kapitalherabsetzung eignet sich zur Reparatur einer fehlerhaften Kapitalerhöhung also nicht.

II. Anfechtbare Kapitalerhöhungsbeschlüsse

1. Bestätigung

Anfechtbare Beschlüsse können gemäß § 244 AktG analog durch einen neuen (fehlerfreien) Beschluss bestätigt und damit geheilt werden.¹⁷⁷ Nach h. M. ist damit nicht nur das Rechtsschutzbedürfnis für eine entsprechende Anfechtungsklage entfallen. Vielmehr hat die Heilung materiell-rechtliche Wirkung, weil § 244 AktG bezweckt, die Gültigkeit des Beschlusses außer Frage zu stellen.¹⁷⁸ Häufig findet sich in der Literatur in diesem Zusammenhang die Formulierung, dass die Folgen dieser Heilung nur ex nunc eintreten würden.¹⁷⁹ Für die fehlerhafte Kapitalerhöhung hat diese Überlegung jedoch keine Bedeutung, da sie für die Vergangenheit ohnehin als wirksam anzusehen ist. Eine Pflicht der Gesellschafter zur Vornahme eines Bestätigungsbeschlusses lässt sich unter den gleichen Bedingungen wie einem nichtigen Kapitalerhöhungsbeschluss bejahen.

2. Zustimmung

Anfechtungsmängel, die zur Disposition einzelner Gesellschafter stehen, können durch die Zustimmung der Betroffenen geheilt werden.¹⁸⁰ Hierher gehören insbesondere die Verletzung von Informations- und Teilnahmerechten oder die Ungleichbehandlung von Gesellschaftern. Auch die Stimmabgabe eines Vertreters, die nach § 177 BGB oder § 181 BGB schwebend unwirksam ist, fällt unter diese Fallgruppe.¹⁸¹

3. Rügeverzicht und Ablauf der Anfechtungsfrist

Dogmatisch ungenau wäre es, wenn man auch den Rügeverzicht eines Gesellschafters auf sein Anfechtungs-

173 Michalski/Hermanns, GmbHG, 2002, § 57 Rn.1.

174 RGZ 132, 138, 140; BayObIGZ 1978, 182, 186 = DNotZ 1978, 692; Böttcher/Ries, Formularpraxis des Handelsregisterrechts, 2003, Rn. 16.

175 Böttcher/Ries, Formularpraxis des Handelsregisterrechts, 2003, Rn. 17; Keidel/Krafka/Ries, Registerrecht, 6. Aufl. 2003, Rn. 88.

176 Vgl. BGH NJW 1992, 1452; BGH NJW 1998, 1071; Keidel/Krafka/Ries, Registerrecht, 6. Aufl. 2003, Rn. 88.

177 Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 45 Rn. 121; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, Anh. § 47 Rn. 69; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, Anh. § 47 Rn. 58; Michalski/Römermann, GmbHG, 2002, Anh. § 47 Rn. 239.

178 Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, Anh. § 47 Rn. 69; Hachenburg/Raiser, GmbHG, 8. Aufl. 1997, Anh. § 47 Rn. 149; ähnlich Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, Anh. § 47 Rn. 121, wonach die „Rechtswidrigkeit“ geheilt wird; a. A. noch BGHZ 21, 356; Hachenburg/Schilling, 7. Aufl. 1979, Anh. § 47 Rn. 100.

179 Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, Anh. § 47 Rn. 121; Hachenburg/Raiser, Anh. § 47 Rn. 4; Michalski/Römermann, GmbHG, 2002, Anh. § 47 Rn. 239.

180 Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 45 Rn. 119; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, Anh. § 47 Rn. 57; Hachenburg/Raiser, Anh. § 47 Rn. 152.

181 Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 45 Rn. 119.

recht als Heilung bezeichnen würde.¹⁸² Verzichtet der anfechtungsberechtigte Gesellschafter auf sein Anfechtungsrecht, so wird der Gesellschafterbeschluss nicht materiell-rechtlich wirksam. Die Heilung wirkt – im Unterschied zum Rügeverlust – für und gegen jedermann und beschränkt ihre Wirkung nicht auf den betroffenen Gesellschafter. Gleiches gilt für den Fall, dass nicht innerhalb der Anfechtungsfrist eine Klage erhoben wird und damit etwaige Anfechtungsgründe materiell präkludiert werden. Aus praktischer Sicht besteht aber kein Unterschied. Kann nämlich kein Anfechtungsberechtigter mehr eine Anfechtungsklage erfolgreich erheben, wirkt dies faktisch wie eine Heilung.

III. Fehlerhafter Zulassungsbeschluss aufgrund eines Verstoßes gegen § 55 Abs. 4 GmbHG

Verstößt ein Zulassungsbeschluss – wie vorstehend beschrieben¹⁸³ – gegen § 55 Abs. 4 i. V. m. § 5 Abs. 1 oder Abs. 3 GmbHG, sind also Teilbarkeitsregeln oder Mindestnennbeträge bei der Bildung der neuen Geschäftsanteile nicht eingehalten worden, so stellt sich auch hier die Frage nach der Möglichkeit der Reparatur. Denkbar ist zum einen eine Wiederholung des Zulassungsbeschlusses und der erneuten Übernahme der Geschäftsanteile unter Beachtung des § 55 Abs. 4 GmbHG. Fraglich ist, ob eine Heilung erfolgen kann, indem die fehlerhaften Geschäftsanteile mit anderen Geschäftsanteilen vereinigt werden, so dass sie den Teilbarkeits- oder Mindestnennbetragsvorschriften entspricht. *Heidinger* schließt diese Möglichkeit aus.¹⁸⁴ Das KG hat jedoch die Nichtigkeit einer Abtretung eines unter dem gesetzlich bestimmten Mindestnennbetrag liegenden Teilgeschäftsanteil verneint, wenn dieser neu gebildet und abgetretene Anteil unmittelbar anschließend mit anderen Anteilen zu einem den Mindestnennbetrag erreichenden Geschäftsanteil zusammengelegt wird.¹⁸⁵ Für diese Vorgehensweise spricht, dass mit der Vereinigung der gesetzeswidrige Zustand beseitigt worden und somit kein sachlicher Grund erkennbar ist, warum weiterhin von der Nichtigkeit des Zulassungsbeschlusses ausgegangen werden muss. Die Vereinigung von Geschäftsanteilen ist folglich geeignet, Verletzungen des § 55 Abs. 4 GmbHG zu heilen.

IV. Übernahmeverträge

1. Anspruch auf Abschluss neuer Übernahmeverträge

War die Übernahme und damit der entsprechende Übernahmevertrag fehlerhaft, stellt sich auch hier die Frage, ob der Übernehmer von der Gesellschaft den Abschluss eines neuen Übernahmevertrages verlangen kann. Umgekehrt könnte ein derartiger Anspruch gegen den Übernehmer auch zugunsten der Gesellschaft bestehen.

a) Anspruch der Gesellschaft auf Abschluss von Übernahmeverträgen

In der Literatur wird vertreten, dass ein Anspruch gegen die Gesellschafter auf Abschluss neuer Übernahmeverträge zumindest dann besteht, wenn die Kapitalerhöhung eingetragen wurde, die Gesellschafter ihre Anteile nicht veräußert haben und der ursprüngliche Über-

nahmevertrag mangelfrei war, die Fehlerhaftigkeit der Kapitalerhöhung also auf einem fehlerhaften Kapitalerhöhungsbeschluss beruhte. Würde in diesem Fall ein Reparaturbeschluss in zeitlicher Nähe nach der Nichtigkeitserklärung des Kapitalerhöhungsbeschlusses erfolgen, verstoße die Weigerung der ursprünglichen Übernehmer, an der erneuten Kapitalerhöhung teilzunehmen, gegen das Verbot des *venire contra factum proprium*, denn sie würden eine fehlerfreie Beteiligung erhalten, eben dass, was sie von Anfang erhalten wollten.¹⁸⁶ Gegen die Herleitung eines solchen Anspruches aus dem Verbot des widersprüchlichen Verhaltens spricht aber, dass die Unwirksamkeit des ursprünglichen Übernahmevertrages in diesem Fall auf dem Kapitalerhöhungsbeschluss beruht, die Unwirksamkeit also der Risikosphäre der Gesellschaft entstammt. Nicht der Übernehmer unterliegt einem plötzlichem Sinneswandel dahingehend, von der ursprünglichen Verpflichtung aus dem ursprünglichen Übernahmevertrag Abstand nehmen zu wollen, sondern für das Scheitern der durchgeführten Kapitalerhöhung ist oftmals die Geschäftsführung der Gesellschaft verantwortlich.¹⁸⁷

Möglich dürfte hingegen die Begründung eines derartigen Anspruches auf der Grundlage der gesellschaftlichen Treupflicht sein.¹⁸⁸ Allerdings dürfte der Anwendungsbereich insoweit auf die oben beschriebenen Ausnahmefälle beschränkt sein, insbesondere also bei Gefahr der Insolvenz der Gesellschaft sowie bei schweren wirtschaftliche Nachteilen für die Gesellschaft. Weiterhin ist zu beachten, dass diese Verpflichtung zum Abschluss von Übernahmeverträgen nur für diejenigen Übernehmer besteht, die zum Zeitpunkt der Geltendmachung des entsprechenden Anspruches auch Gesellschafter der GmbH sind. Denn Grundlage der Verpflichtung ist die Treupflicht des Gesellschafters. Diese Treupflicht besteht aber nur für Gesellschafter, nicht für Außenstehende.¹⁸⁹ Folglich kann ein Anspruch auf Abschluss des Übernahmevertrages gegen einen Übernehmer nur bestehen, wenn er bereits vor der Kapitalerhöhung Gesellschafter war oder die Kapitalerhöhung noch nicht für nichtig erklärt wurde und er daher als faktischer Gesellschafter Treupflichten unterliegt.

b) Anspruch der Übernehmer auf Abschluss von Übernahmeverträgen

Teile des Schrifttums vertreten die Auffassung, dass, wenn die Gesellschafter einen Reparaturbeschluss gefasst haben, den ursprünglichen Übernehmern ein Anspruch auf Abschluss neuer Übernahmeverträge zustehe, wenn die ursprünglichen Übernahmeverträge als solche mangelfrei waren und im Zuge der reparierenden Kapi-

182 Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 45 Rn. 119.

183 Vgl. oben II. 2.

184 Heidinger, in: Die GmbH in der notariellen Praxis, DAI-Skript, Stand: November 2003, S. 213.

185 KG, DB 2001, 1139 ff.

186 Zöllner/Winter, ZHR 1994, 69, 83 ff. (für die AG);

187 Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 227; Meyer-Panhuysen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, 2003, S. 199.

188 Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, S. 227; Meyer-Panhuysen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, 2003, S. 199.

189 Vgl. Lutter, AcP 1980, 84, 123; Zöllner, in: Kölner Komm. zum AktG, § 243 Rn. 195.

talerhöhung die ursprüngliche Erhöhungstranche wiederhergestellt werden kann.¹⁹⁰ Zwar erwachse dem Übernehmer aus dem Übernahmevertrag kein Anwartschaftsrecht auf künftige Mitgliedschaft. Dies besage aber lediglich, dass der Übernehmer aus einem wirksamen Übernahmevertrag keinen Anspruch auf Durchführung einer Kapitalerhöhung herleiten könne. Hiervon zu unterscheiden sei aber die Frage, ob der Übernehmer nach reparierender Beschlussfassung einen Anspruch auf Abschluss neuer, inhaltlich mit dem ursprünglichen Verträgen identischer Übernahmeverträge habe. Aus dem Charakter des ursprünglichen Übernahmevertrages resultierten Pflichten der Parteien gem. § 242 BGB, insbesondere unterliege die Gesellschaft einer Vertrauenshaftung, die man angesichts des Umstandes, dass die Übernehmer auf die Rechtsgültigkeit der ursprünglichen Verträge vertraut haben, als Vertrauenshaftung kraft Rechtsirrtums bezeichnen könne. Sofern die Verantwortung für die Unwirksamkeit der ursprünglichen Übernahmeverträge in der Sphäre der Gesellschaft liege und da die Gesellschaft mit der Heilung des Fehlers durch den reparierenden Gesellschafterbeschluss deutlich gemacht habe, dass ihr Wille als Vertragspartner des Übernehmers weiterhin auf die ursprünglich intendierte Kapitalerhöhung gerichtet sei, sei eine Vertrauenshaftung der Gesellschaft kraft Rechtsirrtums gegenüber den Übernehmern denkbar. Diese ziele auf den Neuabschluss der Übernahmeverträge. Die Vertrauenshaftung kraft Rechtsirrtums könne insoweit auf das Erfüllungsinteresse, hier also auf den Abschluss neuer Verträge, gerichtet sein.¹⁹¹

Wie oben bereits dargestellt, ergibt sich aus dem Abschluss des Übernahmevertrages aber keine Verpflichtung der GmbH auf Zuteilung von Geschäftsanteilen. Dementsprechend kann sich aus einer Vertrauenshaftung auch nicht eine Verpflichtung zum Abschluss von Übernahmeverträgen ergeben.¹⁹² Ein Anspruch des Übernehmers auf Abschluss neuer Übernahmeverträge kann daher aus dem ursprünglichen Übernahmevertrag nicht hergeleitet werden. Ein derartiger Anspruch kann sich nur aus einem entsprechenden Bezugsrecht des Gesellschafters ergeben, welches seine Grundlage in seiner bisherigen Gesellschafterstellung hat.¹⁹³

2. Charakter der Einlageleistung

Auch beim Abschluss neuer Übernahmeverträge stellt sich die Frage nach dem Charakter der Einlageleistung. Ist der Übernahmevertrag unwirksam, so ist die Einlage ohne Rechtsgrund geleistet worden, der Übernehmer hat also einen Bereicherungsanspruch gegen die Gesellschaft. Freilich greifen mit der Eintragung der Kapitalerhöhung zumeist die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft ein, d. h. eine Rückforderung der Einlage ist ab diesem Zeitpunkt nicht mehr nach Bereicherungsrecht möglich. Auch ein Abfindungsanspruch kann erst nach der rechtskräftigen Feststellung der Unwirksamkeit des Übernahmevertrages entstehen. Gegenstand der Kapitalerhöhung bleibt somit der ursprüngliche Einlagegegenstand. Die beim nichtigen Kapitalerhöhungsbeschluss diskutierte Problematik, ob diese Einlage noch wertmäßig im Vermögen der Gesellschaft vorhanden sein muss, stellt sich hier nicht, wenn man der Rechtsprechung des BGH folgt. Dieser geht davon aus, dass es ausreicht,

wenn die Einlage nach dem Kapitalerhöhungsbeschluss erbracht wird, sofern kein Rückfluss an die Gesellschaft erfolgt. Bei einer späteren Anmeldung der Kapitalerhöhung muss die Einlage dann nicht mehr im Vermögen der Gesellschaft vorhanden sein.¹⁹⁴ Gleiches muss dementsprechend auch gelten, wenn die Übernahme zu einem späteren Zeitpunkt „repariert“ wird.

D. Zusammenfassung

Wird eine Kapitalerhöhung trotz eines fehlerhaften Kapitalerhöhungsbeschlusses im Handelsregister eingetragen, so sind bis zur Rechtskraft einer entsprechenden Beschlussmängelklage die Regeln der fehlerhaften Gesellschaft anzuwenden. Für die Vergangenheit wird die Kapitalerhöhung daher im Regelfall als wirksam angesehen. Insbesondere haben die betroffenen Gesellschafter ihr Stimmrecht wirksam ausgeübt. Für die Zukunft erfolgt eine Löschung der Kapitalerhöhung im Handelsregister und Abfindung der betroffenen Gesellschafter. Die Abfindung erfolgt zum Verkehrswert, wobei Gläubigerschutzinteressen entsprechend § 34 Abs. 3 GmbHG und § 58 d GmbHG zu berücksichtigen sind. Kapitalerhöhungen zur Vorbereitung einer Verschmelzung sind hingegen nach Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister auch für die Zukunft bestandskräftig. In einigen – für die Praxis allerdings nicht bedeutsamen – Fällen, ist die Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft zudem ausgeschlossen. Hier gilt die Kapitalerhöhung als von Anfang an unwirksam. Gesellschafterrechte wurden nicht wirksam ausgeübt. Aufgrund der fehlerhaften Kapitalerhöhung zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern erbrachte Leistungen sind nach bereicherungsrechtlichen Vorschriften rückabzuwickeln.

Auch bei einem fehlerhaften Zulassungsbeschluss ist die Kapitalerhöhung bis zur Rechtskraft des Beschlussmängelurteils für die Vergangenheit als wirksam anzusehen. Für die Zukunft ist nach dem Grund der Fehlerhaftigkeit zu differenzieren. Liegt ein Verstoß gegen § 55 Abs. 4 i. V. m. § 5 Abs. 1 oder Abs. 3 GmbHG vor, so gelten auch hier die Überlegungen zum fehlerhaften Kapitalerhöhungsbeschluss. Ist hingegen ein Übernehmer zu Unrecht unter Verletzung des Bezugsrechtes anderer Gesellschafter zugelassen worden, so ist er verpflichtet, den rechtswidrig erhaltenen Geschäftsanteil bzw. Teil des Geschäftsanteils an den übergangenen Gesellschafter abzutreten

Bei einer fehlerhaften Übernahme sind entgegen der h. M. ebenfalls die Regeln von der fehlerhaften Gesellschaft anzuwenden, soweit der Fehler des Übernahmevertrages nicht auf der mangelnden vollen Geschäftsfähigkeit oder fehlenden Vertretungsmacht des Über-

190 Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, 226; vgl. auch Lutter, in: FS für Schilling, 1973, 207, 229 (für die AG).

191 Kort, Bestandsschutz fehlerhafter Strukturänderungen im Kapitalgesellschaftsrecht, 1998, 226.

192 Meyer-Panhuysen, Die fehlerhafte Kapitalerhöhung, 2003, S. 202 ff.

193 Vgl. Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 55 Rn. 47 ff.; Michalski/Herrmanns, GmbHG, 2002, § 55 Rn. 56.

194 BGH DNotZ 2002, 808 ff.

nehmers beruht. Dann erfolgt eine Rückabwicklung mit Wirkung ex tunc. Die Lücke in der Kapitalerhöhung, die durch die fehlerhafte Übernahme aufgerissen wird, ist analog § 24 GmbHG zu schließen.

Mängel der Anmeldung haben hingegen im Regelfall keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung. Insbesondere kann die Kapitalerhöhung nicht von Amts wegen nach § 142 FGG oder § 144 FGG gelöscht werden. Eine Ausnahme gilt, wenn es an einer Anmeldung fehlt, die Anmeldung nicht von allen Geschäftsführern unterschrieben oder rechtzeitig zurückgenommen wurde. Mängel der Eintragung schaden der Kapitalerhöhung ebenfalls nicht. Sie sind von Amts wegen zu berichtigen.

Eine Heilung tritt bei nichtigen Kapitalerhöhungsbeschlüssen nur in den engen Grenzen des § 242 AktG analog ein. Anfechtbare Kapitalerhöhungsbeschlüsse können durch eine Bestätigung nach § 244 AktG analog bzw. die Zustimmung des Betroffenen geheilt werden. Im Übrigen sind Reparaturbeschlüsse erforderlich. Eine Verpflichtung der Gesellschafter zur Vornahme eines

Reparaturbeschlusses besteht nur in Ausnahmefällen. Wird der Reparaturbeschluss gefasst, so ist Gegenstand der Einlage der Abfindungsanspruch der betroffenen Gesellschafter, sofern eine Beschlussmängelklage erfolgreich war. Es sind dann die Regeln der Sachkapitalerhöhung anzuwenden, auch wenn ursprünglich eine Barkapitalerhöhung vorgesehen war. Anders ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn der nichtige Kapitalerhöhungsbeschluss noch nicht in das Handelsregister eingetragen oder noch nicht rechtskräftig die Nichtigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses festgestellt wurde. Hier bleibt die ursprüngliche Einlage Gegenstand der Kapitalerhöhung. Diese muss nicht mehr wertmäßig im Vermögen der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Reparatur vorhanden sein. Ein Verstoß gegen § 55 Abs. 4 i. V. mit § 5 Abs. 1 oder Abs. 3 GmbH kann u. U. durch Zusammenlegung der betreffenden Geschäftsanteile geheilt werden.

Auch bei einem fehlerhaften Übernahmevertrag besteht nur in sehr engen Grenzen die Verpflichtung der Beteiligten zum Neuabschluss. Die ursprüngliche Einlage bleibt Gegenstand der Kapitalerhöhung.

Die Notarkosten bei Vorsorgevollmacht mit Betreuungs- und Patientenverfügung

(von Justizamtsrat Norbert Bund, LG Hannover)

1. Begriffsbestimmung

Zunehmend wird in der Praxis davon Gebrauch gemacht, durch Beurkundung einer Vorsorgevollmacht Vorkehrungen dafür zu treffen, dass der Vollmachtgeber nicht mehr geschäftsfähig ist (vgl. § 104 Nr. 2 BGB). Diese Vollmacht wird häufig mit einer Betreuungs- und/oder Patientenverfügung des Vollmachtgebers verbunden.

1.1 Die Vorsorgevollmacht

Mit der „echten“ Vorsorgevollmacht wird ausdrücklich für die Zeiten der Betreuungsbedürftigkeit, also dann, wenn der Volljährige seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann, einer anderen Person oder mehreren anderen Personen die Befugnis erteilt, im Namen und mit Wirkung für den Vollmachtgeber Erklärungen abzugeben, zu denen dieser insbesondere infolge krankheits- oder altersbedingten Verlustes der Geschäftsfähigkeit nicht in der Lage ist (vgl. auch §§ 164 ff, 185 BGB)¹. Hierbei handelt es sich dann um eine bedingte, erst mit dem Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder der Betreuungsbedürftigkeit geltende Vollmacht². Diese „echte“ Vorsorgevollmacht unterliegt also einer Beschränkung im Außenverhältnis³. Die Vorsorgevollmacht kann aber auch als Generalvollmacht ohne die vorgenannte Beschränkung im Außenverhältnis erteilt werden⁴. Andererseits kann ihr Wirksamwerden im Außenverhältnis von anderen Bedingungen abhängig gemacht werden, z. B. der Vorlage eines ärztlichen Attestes⁵.

Als Gegenstand der Vollmacht kommen alle Rechtsgeschäfte und Erklärungen in Betracht, insbesondere die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung in vermö-

gensrechtlichen und persönlichen Angelegenheiten, z. B. auch die Befugnis zur Bestimmung des Aufenthaltsortes, zur Unterbringung (§ 1906 BGB), zur Aufgabe der Mietwohnung (§ 1907 BGB) und die Befugnis zu Entscheidungen und Verfügungen über die ärztliche Versorgung des Vollmachtgebers (§ 1904 BGB)⁶.

In der notariellen Beurkundungspraxis wird jedoch zunehmend nicht die nur für den Fall der eingetretenen Geschäftsunfähigkeit oder Betreuungsbedürftigkeit des Vollmachtgebers wirksam werdende bzw. erst bei Vorlage eines ärztlichen Attestes geltende („echte“) Vorsorgevollmacht erteilt und beurkundet, sondern eine im Außenverhältnis Dritten gegenüber sofort wirksame und unbedingt geltende Vollmacht⁷, z. B. aus formell-rechtlichen Gründen des Nachweises gegenüber dem Registergericht oder dem Grundbuchamt⁸. Im Innenverhältnis wird dem Bevollmächtigten regelmäßig aufgegeben, von

1 Palandt/Diederichsen, 62. Aufl., Einf. v. § 1896 BGB Rn. 7; Kersten/Bühling/Peter, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl., § 101 Rn. 56; Bühler, FamRZ 2001, 1586.

2 Palandt, Fn. 1, Einf. v. § 1896 BGB Rn. 7; Bühler, BWNtZ 1990, 2; Bühler, FamRZ 2001, 1591.

3 Vgl. Müller, DNotZ 1997, 105.

4 Vgl. BayObLG FamRZ 1996, 1370; OLG Düsseldorf FamRZ 1997, 904; Perau, MittRhNotK 1996, 297; Müller, DNotZ 1997, 101; Baumann, MittRhNotK 1998, 1 ff; Walter, FamRZ 1999, 692–694.

5 Firsching/Dodegge, Familienrecht, 2. Halbband, Vormundschafts- und Betreuungsrecht, 6. Aufl., Rn. 454; Bühler, BWNtZ 1990, 3; Bühler, FamRZ 2001, 1591/1592.

6 Kersten/Bühling, Fn. 1, § 101 Rn. 58 u. 59; Perau, MittRhNotK 1996, 292/293; Sass/Kielstein, BtPrax 1997, 186; Walter, FamRZ 1999, 692–694; Bühler, FamRZ 2001, 1587–1589.

7 Präferenz hierfür: Weser, MittBayNot 1992, 171; Müller, DNotZ 1997, 111–113; Walter, FamRZ 1999, 686.

8 Vgl. Müller, DNotZ 1997, 108.

der Vollmacht erst bei Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder Betreuungsbedürftigkeit des Vollmachtgebers Gebrauch zu machen⁹.

Soweit die Vorsorgevollmacht dem Bevollmächtigten Befugnisse verleiht, die auch Gegenstand einer Betreuung wären, ist die Anordnung der Betreuung nach § 1896 Abs. 2 BGB nicht erforderlich¹⁰.

1.2 Die Betreuungsverfügung

Die Betreuungsverfügung, die in der Regel in derselben Urkunde mit der Vorsorgevollmacht mitbeurkundet wird, enthält Wünsche und Weisungen für den Fall der Anordnung einer Betreuung¹¹, also auch für den Fall, dass trotz erteilter Vorsorgevollmacht eine Betreuungsanordnung erforderlich wird, z. B. die einer „Vollmachten- oder Überwachungsbetreuung“ nach § 1896 Abs. 3 BGB¹².

Die Regelungen im Rahmen einer Betreuungsverfügung können bestehen in dem Vorschlag des Betroffenen zur Auswahl des Betreuers (vgl. § 1897 Abs. 4 BGB)¹³ und zu dessen Vergütung sowie in Wünschen des Betroffenen zur Durchführung der Betreuung (vgl. § 1901 Abs. 3 S. 2 BGB)¹⁴, z. B. hinsichtlich der Übertragung des Aufgabenkreises des Betreuers, hinsichtlich der Lebensgestaltung des Betreuten während der Betreuung, hinsichtlich der Wohnung (vgl. § 1907 BGB) und der Unterbringung des Betreuten (vgl. § 1906 BGB), hinsichtlich der Auswahl des Pflegeheims oder der häuslichen Betreuung und hinsichtlich der Wahl des Arztes¹⁵. Daraus ergibt sich, dass schon dann eine „vorsorgende Betreuungsverfügung“ beurkundet wird, wenn der Vollmachtgeber im Rahmen einer Vollmacht für den Fall einer eventuell erforderlich werdenden Betreuungsanordnung allein die Person des Betreuers vorschlägt¹⁶.

Die Betreuungsverfügung ist nach § 1901 a BGB an das Vormundschaftsgericht abzuliefern, wenn der Betroffene betreuungsbedürftig wird und der Besitzer des Schriftstücks von der Einleitung des Betreuungsverfahrens Kenntnis erlangt hat¹⁷. Die amtliche Verwahrung ist jedoch nicht vorgesehen; deshalb trifft den Notar die gesetzliche Ablieferungspflicht des § 1901 a BGB im Zeitpunkt der Beurkundung noch nicht, sondern erst mit Kenntnis vom eingeleiteten Verfahren. Dann muss er prüfen, ob sich eine Betreuungsverfügung bei ihm befindet und das Schriftstück an das örtlich zuständige Vormundschaftsgericht übersenden (Mitteilungspflicht i. S. von § 51 Abs. 4 BeurkG)¹⁸.

In Bayern¹⁹, Hessen²⁰, Saarland²¹, Sachsen²², Sachsen-Anhalt²³ und Thüringen²⁴ ist die Pflicht der Amtsgerichte zur Verwahrung landesrechtlich angeordnet, in Baden-Württemberg²⁵, Berlin, Mecklenburg-Vorpommern²⁶ und Niedersachsen²⁷ ist es den Amtsgerichten durch Verwaltungsvorschrift freigestellt, Vorsorgevollmachten und Betreuungs- und Patientenverfügungen anzunehmen und zu verwahren. Deshalb sind einzelne Amtsgerichte auch dazu übergegangen, den in ihrem Bezirk amtsansässigen Notaren zu empfehlen, Abschriften der beurkundeten Vorsorgevollmachten und Betreuungs- und Patientenverfügungen dem Amtsgericht zur Verwahrung zu übersenden; die Verfügenden werden dann vom Vormundschaftsgericht über die Verwahrung unterrichtet und gebeten, Wohnsitzänderungen mitzuteilen²⁸.

In Nordrhein-Westfalen existiert keine landesrechtliche Anordnung zur Verwahrung einer Betreuungsverfügung durch das Amtsgericht. Nach dortiger Praxis wird ein Antrag auf Verwahrung abgelehnt²⁹.

Unabhängig davon hat die Bundesnotarkammer ein zentrales elektronisches Register für Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen eingerichtet und alle Notare dazu angehalten, die entsprechenden Daten zur Erfassung im elektronischen Register der Bundesnotarkammer mitzuteilen³⁰. Hierzu hält die Bundesnotarkammer derzeit den Auftrag und die Einwilligung des Betroffenen (z. B. durch Aufnahme in die Urkunde) und u. U. auch seinen Auftrag zur Übersendung einer Urkundsabschrift an das zuständige Vormundschaftsgericht für notwendig; falls auch die Daten des Bevollmächtigten oder des vorgeschlagenen Betreuers in das Register aufgenommen werden sollen, empfiehlt die Bundesnotarkammer, auch deren Zustimmung einzuholen. Die Anerkennung des Registers durch Gesetz ist aufgrund eines entsprechenden Bundesratsbeschlusses³¹ in Aussicht gestellt. Bei Inkrafttreten eines solchen Gesetzes können sich Änderungen in kostenrechtlicher bzw. datenschutzrechtlicher Hinsicht ergeben.

1.3 Die Patientenverfügung

Unabhängig von oder neben der Vollmacht und der Betreuungsverfügung kann der Verfügende in ärztliche und medizinische Maßnahmen einwilligen oder sie schon jetzt verweigern, z. B. indem er Regelungen über die Einlei-

9 Vgl. hierzu Perau, MittRhNotK 1996, 299; Müller, DNotZ 1997, 111–113; Bühler, FamRZ 2001, 1591, 1593; Kersten/Bühling, Fn. 1, § 101 Rn. 64 M und 65 M.

10 BT-Drucks. 13/7158, S. 52; Palandt, Fn. 1, Einf. v. § 1896 BGB Rn. 6 u. § 1896 BGB Rn. 11; Kersten/Bühling, Fn. 1, § 101 Rn. 56; Firsching/Dodegge, Fn. 5, Rn. 454; Bühler, FamRZ 2001, 1585.

11 Palandt, Fn. 1; Einf. v. § 1896 BGB Rn. 8 und § 1901 BGB Rn. 5; Kersten/Bühling, Fn. 1, § 101 Rn. 53; Firsching-Dodegge, Fn. 5, Rn. 456; Cypionka, DNotZ 1991, 586.

12 Vgl. Palandt, Fn. 1, § 1896 BGB Rn. 21; Kersten/Bühling, Fn. 1, § 101 Rn. 63; Perau, MittRhNotK 1996, 298; Müller, DNotZ 1997, 101; Bühler, FamRZ 2001, 1594/1595.

13 Palandt, Fn. 1, § 1897 BGB Rn. 19; Perau, MittRhNotK 1996, 286.

14 Palandt, Fn. 1, § 1901 BGB Rn. 3.

15 Vgl. Kersten/Bühling, Fn. 1, § 101 Rn. 53; Perau, MittRhNotK 1996, 288.

16 Vgl. Cypionka, DNotZ 1991, 587.

17 Palandt, Fn. 1, § 1901 a BGB Rn. 4; Dieckmann/Jurgleit, BtPrax 2002, 139 Fn. 63.

18 Epple, BWNotZ 1992, 27, 30; Perau, MittRhNotK 1996, 290.

19 Art. 34 a AGGVG und Verwaltungsvorschrift d. Bayer. Staatsministerium der Justiz vom 5. 11. 1992, Az. 1454-I-36/92; Broschüre des Bayer. Staatsmin. d. Justiz „Vorsorge ...“ vom Februar 2003.

20 RdErl. d. MdJuE vom 27. 10. 1995, Az. 1454-VI-1267/94.

21 Erl. d. MJ vom 26. 2. 1992, Az. 1454-189.

22 Verwaltungsvorschrift d. Sächs. Staatsministeriums der Justiz vom 8. 1. 1993, Sächs. ABl. S. 116.

23 Erl. d. MJ vom 22. 7. 1996, Az. 1454-106.46, JMBL. LSA Nr. 8/19766, vom 23. 8. 1996, S. 220.

24 Verwaltungsvorschrift d. Thür. JM vom 7. 5. 1993, Az. 3475-1-2/92.

25 RdVf. d. JM vom 21. 7. 1992.

26 Erl. d. JM vom 16. 8. 2001, Az. II 151/1454-45 SH.

27 Erl. d. Nds. JM vom 14. 4. 1992, Az. 3475-204.48.

28 Vgl. hierzu Bühler, FamRZ 2001, 1595.

29 Nach KG FamRZ 1995, 1295 ist die Verwahrung durch die Amtsgerichte bei Fehlen einer landesrechtlichen Bestimmung vor Einleitung eines Betreuungsverfahrens unzulässig.

30 Rundschreiben der Bundesnotarkammer Nr. 10/2003 vom 13. 2. 2003; Broschüre der Bundesnotarkammer „Zukunft selbst gestalten“ vom September 2003.

31 Bundesrat-Drucks. 751/03.

tung oder den Abbruch lebensverlängernder Maßnahmen trifft³². Die Patientenverfügung, auch als „Patientenbrief“ oder (terminologisch irreführend) als „Patiententestament“ bezeichnet, kann jeden denkbaren behandlungsbezogenen Inhalt haben. Sie richtet sich vor allem an die behandelnden Ärzte, aber auch an den Betreuer oder den Bevollmächtigten³³. Sie stellt eine Willenserklärung, jedenfalls eine geschäftsähnliche Handlung dar, auf die die Vorschriften der §§ 104 ff BGB über Rechtsgeschäfte entsprechende Anwendung finden³⁴ und die zwar mit der Betreuungsverfügung Berührungspunkte haben kann³⁵, sich von ihr jedoch als weitere Erklärung unterscheidet. Dabei kommt es aus kostenrechtlicher Sicht nicht darauf an, ob sie durch die zusammen mit der Vorsorgevollmacht vorgenommene Übergabe an den Bevollmächtigten als in den Rechtsverkehr gegeben und dadurch als empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Erklärung wirksam geworden ist oder ob sie als „Willenskundgabe“ und „geschäftsähnliche Handlung“ Bindungswirkung entwickelt³⁶. Denn in den Anwendungsbereich des § 36 Abs. 1 KostO fallen nicht nur einseitige rechtsgeschäftliche Erklärungen, sondern auch einseitige Willenserklärungen, die für sich besehen noch keine rechtsgeschäftliche Wirkung entfalten³⁷, z. B. gilt das nach überwiegender Ansicht auch für die einseitig als Bezugsurkunde niedergelegte Baubeschreibung³⁸.

2. Kostenrechtliche Wertung

2.1 Die Vorsorgevollmacht

Die Vorsorgevollmacht ist kein gesetzlich geregelter Sonderfall der Vollmachtserteilung³⁹. Deshalb sind auf ihre Beurkundung die Kostenvorschriften für Vollmachten anzuwenden.

2.1.1 Gebühr

Die Vollmacht ist eine einseitige, rechtsgeschäftliche Erklärung i. S. des § 36 Abs. 1 KostO, die aber für ihre Beurkundungen oder den Entwurf mit oder ohne anschließende Unterschriftsbeglaubigung in jedem Falle die ermäßigte 5/10-Gebühr des § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO auslöst⁴⁰. Bei Erteilung einer Vollmacht durch mehrere in Rechtsgemeinschaft stehende Personen (nicht also z. B. Eheleute⁴¹) auf mehrere Personen handelt es sich um nur eine Vollmacht, deren Beurkundung nur eine Gebühr nach dem einmaligen Wert auslöst⁴², selbst wenn jeder Bevollmächtigte allein handeln kann.

2.1.2 Geschäftswert

Die Vorsorgevollmacht, die in der Regel nicht für den Einzelfall und nicht nur zur Vornahme bestimmter Geschäfte, sondern zur Vertretung in vermögensrechtlichen und persönlichen Angelegenheiten, also zur Vornahme eines ganzen Kreises von Geschäften, erteilt wird, ist deshalb eine „allgemeine Vollmacht“ i. S. des § 41 Abs. 2 KostO⁴³. Ihr Wert ist also gemäß § 41 Abs. 2 KostO nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung des Umfangs der erteilten Ermächtigung in sachlicher und zeitlicher Hinsicht und unter Berücksichtigung des von der Vollmacht betroffenen Rechtsgutes, also des Vermögens des Vollmachtgebers gemäß § 18 Abs. 3 KostO ohne Abzug der Verbindlichkeiten, zu bestimmen⁴⁴.

2.1.2.1 Die bedingte Vorsorgevollmacht

Wird die Vollmacht zwar zur Vertretung in vermögensrechtlichen und persönlichen Angelegenheiten, jedoch unter der Einschränkung erteilt, dass sie nur für den Fall der Betreuungsbedürftigkeit oder Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers gilt, so ist sie zwar hinsichtlich ihres sachlichen Umfangs unbeschränkt, so dass das Vermögen des Vollmachtgebers als Beziehungswert heranzuziehen ist⁴⁵. Die Beschränkung der Vollmachtgeltung auf den Eintritt einer Bedingung, die möglicherweise niemals eintreten wird, erfordert jedoch in der Ermessensausübung bei der Wertbestimmung einen Abzug vom Vermögen des Vollmachtgebers. Dieser Abzug kann zwischen 10 und 50 % betragen⁴⁶, wobei m. E. auch die voraussichtliche zeitliche Geltung der Vollmacht Berücksichtigung finden kann.

Nach *Rohs*⁴⁷ soll dann, wenn die Vorsorgevollmacht neben der Vertretung in Vermögensangelegenheiten auch Befugnisse in persönlicher Hinsicht enthält, z. B. die Befugnis zur Einwilligung in ärztliche, medizinische und freiheitsentziehende Maßnahmen, für jeden dieser Gegenstände der Regelwert des § 30 Abs. 3 KostO hinzugerechnet werden. Dem ist m. E. nicht zuzustimmen, weil bei einer sachlich und zeitlich in jeder Hinsicht un-

32 Vgl. Palandt, Fn. 1, Einf. v. § 1896 BGB Rn. 9; Kersten/Bühling, Fn. 1, § 101 Rn. 54, der die Patientenverfügung m. E. dabei zu Unrecht als Betreuungsverfügung einordnet, andererseits aber in § 101 Rn. 65 M die Patientenverfügung kostenrechtlich zutreffend mit der 10/10-Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO nach einem Wert von (jetzt) 3 000 € abgegolten wissen will, in demselben Beispiel die Betreuungsverfügung jedoch m. E. zu Unrecht kostenrechtlich unberücksichtigt lässt – vgl. nachf. Nr. 2.

33 Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 603/604.

34 Vgl. Baumann, MittRhNotK 1998, 3.

35 Vgl. Cypionka, DNotZ 1991, 587.

36 Vgl. hierzu Baumann/Hartmann, DNotZ 2000, 606/607; dagegen wohl Müller, DNotZ 1999, 122, wonach die Einwilligung in die Verletzung persönlichkeitsbezogener Rechtsgüter, z. B. in die körperliche Integrität und in die persönliche Freiheit, keine rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen sind.

37 So auch Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 15. Aufl., § 36 KostO Rn. 2.

38 Göttlich/Mümmeler, KostO, 14. Aufl., „Verweisungsurkunde“ Anm. 2.1; Korintenberg, Fn. 37, § 36 KostO Rn. 9; OLG Schleswig, DNotZ 1990, 679; KG, JurBüro 1994, 284 = DNotZ 1994, 707; OLG Hamm, JurBüro 1996, 40; LG Hannover, JurBüro 1992, 552; a. A.: Rohs/Wedewer, Stand Juli 2003, § 147 KostO Rn. 9; Hartmann, Kostengesetze, 32. Aufl., § 147 KostO Rn. 43; BayObLG, JurBüro 1985, 1074 = DNotZ 1985, 572.

39 Perau, MittRhNotK 1996, 292; Bühler, FamRZ 2001, 1586.

40 Göttlich/Mümmeler, Fn. 38, „Vollmacht“, Anm. 1.1; Korintenberg, Fn. 37, § 38 KostO Rn. 35; Rohs/Wedewer, Fn. 38, § 38 Rn. 20; Notarkasse München, Streifzug durch die Kostenordnung, 5. Aufl., Rn. 1440.

41 Korintenberg, a. a. O. (Fn. 37), § 41 KostO Rn. 15.

42 Göttlich/Mümmeler, Fn. 38, „Vollmacht“ Anm. 2.4; Korintenberg, Fn. 37, § 41 KostO Rn. 14; Rohs/Wedewer, Fn. 38, § 41 KostO Rn. 19; Streifzug, Fn. 40, Rn. 1431; KG DNotZ 1970, 545 = JurBüro 1970, 600.

43 Rohs/Wedewer, Fn. 38, § 41 KostO Rn. 10; KG DNotZ 1943, 281.

44 Göttlich/Mümmeler, Fn. 38, „Vollmacht“ Anm. 2.3; Korintenberg, a. a. O. (Fn. 37), § 41 Rn. 9; Rohs/Wedewer, a. a. O. (Fn. 38), § 41 KostO Rn. 11; Streifzug, Fn. 40, Rn. 1425 u. 1426.

45 Streifzug, Fn. 40, Rn. 1433 u. 1434.

46 Korintenberg, Fn. 37, § 38 KostO Rn. 35 u. § 41 KostO Rn. 11 = 10–30 %; Rohs/Wedewer, Fn. 38, § 41 KostO Rn. 11 = 30 %; Streifzug, Fn. 40, Rn. 1435 = 10–30 %; Kersten/Bühling, Fn. 1, § 101 KostO Rn. 64 M = 10–30 %; OLG Stuttgart ZNotP 2001, 37 = JurBüro 2000, 428 = 50 %; LG Osnabrück FamRZ 1997, 832 = Nds. Rpfl. 1997, 28 = auch mehr als 50 %.

47 Rohs/Wedewer, Fn. 38, § 41 KostO Rn. 11.

beschränkten Vollmacht, z. B. der Generalvollmacht, nach einhelliger Ansicht das Gesamtvermögen des Vollmachtgebers als Wert zugrunde zu legen ist⁴⁸, diese umfassende Vollmacht aber nicht nur vermögensrechtliche Befugnisse, sondern auch Regelungen in persönlicher Hinsicht enthalten kann. Und trotzdem wird man auch in diesen Fällen bei der Geschäftswertbestimmung nicht über das Gesamtvermögen des Vollmachtgebers hinausgehen können⁴⁹. Zudem ist § 30 Abs. 3 KostO nur dann anzuwenden, wenn sich der Wert der (gesamten) Angelegenheit nicht aus den Vorschriften der KostO ergibt und auch sonst nicht feststeht (subsidiäre Bedeutung des § 30 KostO)⁵⁰ und wenn eine nichtvermögensrechtliche Angelegenheit betroffen ist. Bei der allgemeinen Vollmacht mit vermögensrechtlichen und personenbezogenen Befugnissen gibt jedoch die spezielle Wertvorschrift des § 41 Abs. 2 KostO das Vermögen des Vollmachtgebers als Ermessenskriterium vor, das aber in keinem Falle überschritten werden darf.

Als Geschäftswert der bedingten („echten“) Vorsorgevollmacht sind m. E. 70–90 % des Vermögens des Vollmachtgebers (ohne Schuldenabzug) angemessen. Die (Mit-)Erteilung von Befugnissen in nichtvermögensrechtlichen Angelegenheiten bleibt dabei unberücksichtigt.

2.1.2.2 Die unbeschränkte Vorsorgevollmacht

Die in der Praxis weitaus häufiger vorkommende Vorsorgevollmacht ist die nicht nur für den Fall der Geschäftsunfähigkeit oder Betreuungsbedürftigkeit geltende Vollmacht für vermögensrechtliche und persönliche Angelegenheiten; das kann auch eine „Generalvollmacht“ sein. Hier ist der Umfang der erteilten Ermächtigung in zeitlicher und sachlicher Hinsicht unbeschränkt, so dass der Wert sich nach dem Gesamtvermögen (ohne Schuldenabzug) des Vollmachtgebers bestimmt⁵¹.

Die von *Peter*⁵², *Müller*⁵³ und *Bühler*⁵⁴ sowie in der Praxis überwiegend bevorzugte Klarstellung außerhalb oder innerhalb der Vollmacht, dass diese im Außenverhältnis Dritten gegenüber unbeschränkt ist und dass der Bevollmächtigte aber angewiesen wird, von der Vollmacht erst mit Eintritt des Vorsorgefalles Gebrauch zu machen, soll sich nach *Rohs*⁵⁵, *Peter*⁵⁶ und *Hartmann*⁵⁷ beim Geschäftswert mindernd auswirken. Dem ist nicht zuzustimmen: Die Vollmacht verleiht dem Bevollmächtigten eine sofort wirksame Vertretungsmacht und enthält (nach außen) keine Einschränkung hinsichtlich des Zeitpunktes ihres Wirksamwerdens. Der Bevollmächtigte könnte sie im Rechtsverkehr sofort benutzen, wenn er im Besitz einer Ausfertigung ist, insbesondere wenn die Anweisung sich nicht aus der Vollmacht ergibt, also neben dieser erteilt wurde. Die Anweisung, die Vollmacht erst bei Eintritt der Bedingung zu benutzen, betrifft nur das Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem⁵⁸. Nach dem Abstraktionsprinzip der Vollmacht ist die erteilte Vertretungsmacht vom Rechtsverhältnis zwischen Vertretenem und Vertreter zu trennen; die Vollmacht ist in ihrer Wirksamkeit vom Innenverhältnis unabhängig; die Handlungen des Bevollmächtigten sind grundsätzlich auch dann wirksam, wenn er gegen die Pflichten aus dem Innenverhältnis verstoßen

hat⁵⁹. Deshalb ist auch kostenrechtlich eine Vollmacht so zu bewerten, wie sie im Außenverhältnis wirkt, ganz abgesehen davon, dass das Grundverhältnis (Innenverhältnis) zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem auch außerhalb der Vollmacht geregelt werden kann⁶⁰ und so bei der Bewertung der Vollmacht unbekannt sein könnte. Eine im Außenverhältnis unbeschränkte Vorsorgevollmacht ist daher mit 100 % des Gesamtvermögens des Vollmachtgebers (ohne Schuldenabzug) zu bewerten⁶¹.

2.1.2.3 Die Vorsorgevollmacht nur für persönliche Angelegenheiten

Beschränkt sich die Vollmacht ausnahmsweise nur auf die Befugnis zur Regelung der persönlichen Angelegenheiten, z. B. auf die Befugnis zur Einwilligung in ärztliche, medizinische oder freiheitsentziehende Maßnahmen, zur Bestimmung des Aufenthaltsortes oder zur Aufgabe der Mietwohnung durch den Bevollmächtigten, so handelt es sich auch dabei um eine Vollmacht für einen Kreis von Geschäften und nicht für ein bestimmtes oder mehrere bestimmte Rechtsgeschäfte, so dass der Wert auch dieser Vollmacht nach § 41 Abs. 2 KostO unter Berücksichtigung der erteilten Ermächtigung zu bestimmen ist. Da hier vermögensrechtliche Befugnisse nicht betroffen sind, kann das Vermögen des Vollmachtgebers keine Berücksichtigung finden. Weil es sich hierbei um die persönlichen, nichtvermögensrechtlichen Angelegenheiten des Vollmachtgebers handelt, kann bei der Wertbestimmung § 30 Abs. 3 S. 1 KostO entsprechend angewendet werden, wonach der Wert i. V. m. Abs. 2 des § 30 KostO regelmäßig mit 3 000 € anzunehmen ist.

Werden mehrere Gegenstände persönlicher Angelegenheiten geregelt, kann der Regelwert nicht mehrfach angesetzt werden, weil es sich nicht um gegenstandsverschiedene Erklärungen i. S. von § 44 Abs. 2 KostO, sondern um ein und dieselbe Erklärung, ein und dasselbe Rechtsgeschäft, nämlich eine Vollmacht des Vollmachtgebers handelt und § 44 KostO die Beurkundung mehrerer Erklärungen voraussetzt⁶². Allenfalls kommt unter Berücksichtigung der Bedeutung der erteilten Ermächtigung eine (maßvolle) Erhöhung des Regelwertes

48 Göttlich/Mümmeler, Fn. 38, „Vollmacht“ Anm. 2.3; Korintenberg, Fn. 37, § 41 KostO Rn. 10; Rohs/Wedewer, Fn. 38, § 41 KostO Rn. 11.

49 Vgl. Korintenberg, Fn. 37, § 46 KostO Rn. 25 und Rohs/Wedewer, Fn. 38, § 46 KostO Rn. 19, beide für den Fall von nichtvermögensrechtlichen Anordnungen zusammen mit der vermögensbezogenen Verfügung von Todes wegen.

50 Korintenberg, Fn. 37, § 30 Rn. 1.

51 Göttlich/Mümmeler, Fn. 38, „Vollmacht“ Anm. 2.3; Korintenberg, Fn. 37, § 41 KostO Rn. 10; Rohs/Wedewer, Fn. 38, § 41 KostO Rn. 11.

52 Kersten/Bühling, Fn. 1, § 101 KostO, Rn. 64 M u. 65 M.

53 DNotZ 1997, 111.

54 FamRZ 2001, 1592.

55 Rohs-Wedewer, Fn. 38, § 41 KostO Rn. 11.

56 Kersten/Bühling, Fn. 1, § 101 KostO, Rn. 64 M.

57 Kostengesetze, Fn. 38, § 41 KostO Rn. 7.

58 Vgl. Müller, DNotZ 1997, 111 Fn. 53.

59 Heinrichs in Palandt, Fn. 1, Einf. v. § 164 BGB Rn. 2.

60 Vgl. Müller, DNotZ 1997, 111 Fn. 53; Bühler, FamRZ 2001, 1592.

61 So wohl auch Perau, MittRhNotK 1996, 300.

62 Vgl. Göttlich/Mümmeler, Fn. 38, „Mehrere Erklärungen“ Anm. 2.1; Korintenberg, Fn. 37, § 44 KostO Rn. 8.

in Betracht (§ 30 Abs. 3 S. 1 i. V. m. Abs. 2 des § 30 KostO).

2.1.2.4 Höchstwert

Der Höchstwert einer jeden Vollmacht beträgt 500 000 € (§ 41 Abs. 4 KostO).

2.2 Die Betreuungsverfügung

2.2.1 Gebühr

Die „vorsorgende“ Betreuungsverfügung ist eine einseitige Willenserklärung, die an das Vormundschaftsgericht und an den zu bestellenden Betreuer gerichtet ist⁶³. Sie stellt zwar keine rechtsgeschäftliche Verfügung dar, ihre Beurkundung fällt trotzdem unter den Geltungsbereich des § 36 Abs. 1 KostO⁶⁴. Deshalb löst ihre Beurkundung bzw. ihr Entwurf mit oder ohne anschließende Unterschriftsbeglaubigung nach einhelliger Ansicht die 10/10-Gebühr des § 36 Abs. 1 KostO aus⁶⁵.

2.2.2 Geschäftswert

Wenngleich die Betreuungsverfügung keine Außenwirkung hat und die Vertretungsmacht des Betreuers nicht einschränkt⁶⁶, können die Weisungen zwar durchaus vermögensrechtliche Folgen für den (späteren) Betreuten haben, z. B. wenn er Regelungen hinsichtlich des Erhalts, der Mehrung oder der Verwendung seines Vermögens trifft⁶⁷ oder wenn er Weisungen über Zuwendungen an Dritte erteilt⁶⁸. Aber abgesehen davon, dass die Betreuungsverfügung nicht nur Wünsche zu vermögensrechtlichen, sondern auch zu persönlichen Angelegenheiten enthalten kann, z. B. Wahl des Aufenthaltsortes, des Arztes, des Pflegedienstes, des Pflegeheims oder Verbleib der Haustiere, handelt es sich hierbei nicht um Verfügungen, sondern um Anweisungen, die nur das Innenverhältnis zwischen Betreutem und Betreuer bzw. Vormundschaftsgericht betreffen; die rechtsgeschäftlichen Verfügungen selbst werden unabhängig von der Betreuungsverfügung erst vom Betreuer getroffen⁶⁹. Deshalb hat die Betreuungsverfügung kostenrechtlich keinen vermögensrechtlichen Gegenstand, sondern ist als Wunsch und Anweisung ohne Außenwirkung eine nichtvermögensrechtliche Willenserklärung. Ihr Wert ist somit, da sich hierfür eine spezielle Vorschrift aus der KostO nicht ergibt, nach § 30 Abs. 3 S. 1 KostO zu bestimmen und beträgt unter Anwendung des Abs. 2 des § 30 KostO regelmäßig 3 000 €⁷⁰. Bei umfangreichen Weisungen oder solchen zu großem Vermögen kann der Regelwert ausnahmsweise überschritten werden (§ 30 Abs. 2 S. 2 KostO).

2.3 Die Patientenverfügung

2.3.1 Gebühr

Als einseitige „Willenskundgebung“ fällt die Patientenverfügung, die sich vor allem an die behandelnden Ärzte, an den Betreuer und an den Bevollmächtigten richtet (vgl. obigen Abschnitt 2.2.1), unter den Geltungsbereich des § 36 Abs. 1 KostO, so dass für ihre Beurkundung oder die Erstellung eines Entwurfs mit oder ohne anschließende Unterschriftsbeglaubigung eine 10/10-Gebühr anfällt⁷¹.

2.3.2 Geschäftswert

Die Patientenverfügung hat keine vermögensrechtliche Bedeutung. Ihr Wert ist nach § 30 Abs. 3 S. 1 KostO zu bestimmen und beträgt unter Anwendung des Abs. 2 des § 30 KostO regelmäßig 3 000 €⁷². Einen Bedarf oder eine Möglichkeit für ein Überschreiten dieses Regelwertes gibt es grundsätzlich nicht.

2.4 Die Vorsorgevollmacht mit Betreuungs- und/oder Patientenverfügung

Wird die Betreuungsverfügung oder die Patientenverfügung oder werden beide in die Vollmacht mit aufgenommen, stellt sich die Frage der Gegenstands- oder -verschiedenheit i. S. von § 44 KostO, weil es sich dabei um mehrere Erklärungen in derselben Urkunde handelt. Sowohl die Betreuungsverfügung als auch die Patientenverfügung stellen einerseits Weisungen und Wünsche des Vollmachtgebers dar, die aber auch der näheren Ausgestaltung der gleichzeitig erteilten Vollmacht und damit der Regelung seiner vermögensrechtlichen und persönlichen Angelegenheit andererseits dienen. Deshalb wird man wohl bei der Vollmacht einerseits und der Betreuungs- bzw. Patientenverfügung andererseits von einem inneren Zusammenhang ausgehen müssen⁷³, auch wenn die Vollmacht und die Verfügungen mehrere Rechtsverhältnisse betreffen, nämlich die rechtsgeschäftliche Übertragung von Befugnissen und die Kundgebung von Wünschen und Weisungen. Aber auch die Verbindung mehrerer Rechtsverhältnisse kann, wie hier, denselben Gegenstand betreffen. Deshalb haben Vollmacht und Verfügung denselben Gegenstand i. S. von § 44 Abs. 1 KostO⁷⁴.

Haben mehrere Erklärungen in einer Urkunde denselben Gegenstand, so wird nach § 44 Abs. 1 S. 1 KostO die Gebühr nur einmal nach dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz berechnet, und zwar vom Wert des beurkundeten Gegenstandes. Das bedeutet hier bei Beurkundungen der Vollmacht und der Betreuungs- oder der Patientenverfügung: Zu berechnen ist die 10/10-Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO vom Wert der Vollmacht; damit wären alle Teile der Erklärung (Vollmacht und Verfügung) abgegolten. Da die beurkundeten Erklärungen aber unterschiedlichen Gebührensätzen unterliegen, sind nach § 44 Abs. 1 S. 2, 2. Halbs. KostO die Gebühren getrennt zu berechnen, wenn dies für den

63 Perau, MittRhNotK 1996, 286.

64 Vgl. Korintenberg, Fn. 37, § 36 KostO Rn. 2 und obiger Abschnitt 1.3.

65 Korintenberg, Fn. 37, § 38 KostO Rn. 35 u. § 41 KostO Rn. 11; Rohs/Wedewer, Fn. 38, § 41 KostO Rn. 11; Streifzug, Fn. 40, Rn. 1437; Perau, MittRhNotK 1996, 292.

66 Vgl. Palandt, Fn. 1, § 1901 BGB Rn. 2.

67 Vgl. BT-Drucks. 11/4528 S. 133; Palandt, Fn. 1, § 1901 BGB Rn. 3; BayObLG NJW 1991, 432 u. FamRZ 1992, 106.

68 Vgl. Perau, MittRhNotK 1996, 288.

69 Vgl. Perau, MittRhNotK 1996, 289.

70 Korintenberg, Fn. 37, § 38 KostO Rn. 35 u. § 41 KostO Rn. 11; Rohs/Wedewer, Fn. 38, § 41 KostO Rn. 11; Streifzug, Fn. 40, Rn. 1437; Perau, MittRhNotK 1996, 292; Kersten/Bühling, Fn. 1, § 101 KostO Rn. 55 M.

71 Korintenberg, Fn. 37, § 41 KostO Rn. 11; Streifzug, Fn. 40, Rn. 1437.

72 Korintenberg, Fn. 37, § 41 KostO Rn. 11; Streifzug, Fn. 40, Rn. 1437.

73 Vgl. Rohs/Wedewer, Fn. 38, § 44 KostO Rn. 5.

74 So auch Rohs/Wedewer, Fn. 38, § 41 KostO Rn. 11; Streifzug, Fn. 40, Rn. 1438; Kersten/Bühling, Fn. 1, § 101 KostO Rn. 65 M.

Kostenschuldner günstiger ist. D. h. der obigen Berechnung ist die Einzelberechnung mit der 5/10-Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO vom Wert der Vollmacht zuzüglich der 10/10-Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO vom Wert der Verfügung gegenüberzustellen; der geringere Betrag ist anzusetzen⁷⁵.

Die Betreuungsverfügung einerseits und die Patientenverfügung andererseits haben untereinander jedoch einen verschiedenen Gegenstand, denn sie betreffen unterschiedliche Regelungsgegenstände (Wünsche für die Durchführung der Betreuung einerseits und vorherige Einwilligung in oder Verweigerung von Gesundheitsmaßnahmen andererseits) und richten sich zudem, jedenfalls zum Teil, auch an unterschiedliche Adressaten; d. h. zwischen der Betreuungs- und der Patientenverfügung ist kein innerer Sachzusammenhang zu erkennen. Würde sich die Beurkundung also allein auf eine Betreuungs- und Patientenverfügung beschränken, so würde nach § 44 Abs. 2 a KostO nur eine Gebühr (10/10 nach § 36 Abs. 1 KostO) von ihren zusammengesetzten Werten zu erheben sein. Werden in derselben Urkunde jedoch die Vollmacht und sowohl eine Betreuungs- als auch eine Patientenverfügung beurkundet, so haben die Vollmacht nach dem niedrigeren Gebührensatz einerseits und die beiden Verfügungen nach dem höheren Gebührensatz andererseits zwar denselben Gegenstand, die beiden Verfügungen nach demselben höheren Gebührensatz jedoch untereinander einen verschiedenen Gegenstand. Durchzuführen ist wieder ein Gebührenvergleich nach § 44 Abs. 1 S. 2, 2. Halbs. KostO: Gegenüberzustellen sind die eine Gebühr nach dem höchsten Gebührensatz (10/10) und dem höchsten in Betracht kommenden Wert einerseits und die Gebühr nach dem geringeren Gebührensatz (5/10 aus § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO) vom Wert des Gegenstandes (Vollmacht) zuzüglich der Gebühr nach dem höheren Gebührensatz (10/10 aus § 36 Abs. 1 KostO) von der Summe der Werte der beiden Verfügungen⁷⁶; der geringere Betrag ist anzusetzen.

Berechnungsbeispiele

a) Bedingte Vorsorgevollmacht mit Betreuungsverfügung

Beispiel: Aktivvermögen des Vollmachtgebers ohne Schuldenabzug 100 000 €.

Zu vergleichen sind:

10/10-Gebühr nach §§ 36 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 4, 44 Abs. 1 S. 2 KostO von 70 000 €
(70 % des Aktivvermögens) = 162,00 € einerseits

und

5/10-Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO von 70 000 € für die Vollmacht = 81,00 €

zzgl. 10/10-Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO von 3 000 € für die Betreuungsverfügung = 26,00 €
zusammen = 107,00 € andererseits.

Der geringere Betrag ist anzusetzen, hier also 107,00 €.

b) Unbedingte Vorsorgevollmacht mit Betreuungs- und Patientenverfügung

Beispiel: Aktivvermögen des Vollmachtgebers ohne Schuldenabzug 200 000 €.

Zu vergleichen sind:

10/10 nach §§ 36 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 4, 44 Abs. 1 S. 2 KostO von 200 000 € = 357,00 € einerseits

und

5/10 nach § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO von 200 000 € für die Vollmacht = 178,50 €

zzgl. 10/10 nach §§ 36 Abs. 1, 44 Abs. 2 a KostO von 6 000 € (2 mal 3 000 €) für die Betreuungs- und die Patientenverfügung = 48,00 €
zusammen = 226,50 € andererseits.

Der geringere Betrag ist anzusetzen, hier also 226,50 €.

Das gilt auch für die nach außen unbeschränkte Vorsorgevollmacht, von der der Bevollmächtigte aber erst bei Betreuungsbedürftigkeit Gebrauch machen soll.

c) Unbedingte Vorsorgevollmacht mit Betreuungs- und Patientenverfügung

Beispiel: Aktivvermögen des Vollmachtgebers ohne Schuldenabzug 10 000 €.

Zu vergleichen sind:

10/10 nach §§ 36 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 4, 44 Abs. 1 S. 2 KostO von 10 000 € (höchster Gebührensatz nach dem höchsten der in Betracht kommenden Werte) = 54,00 € einerseits

und

5/10 nach § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO von 10 000 € für die Vollmacht = 27,00 €

zzgl. 10/10 nach §§ 36 Abs. 1, 44 Abs. 2 a KostO von 6 000 € (2 mal 3 000 €) für die Betreuungs- und die Patientenverfügung = 48,00 €
zusammen = 75,00 € andererseits.

Der geringere Betrag ist anzusetzen, hier also 54,00 €.

d) Unbedingte Vorsorgevollmacht mit Betreuungs- und Patientenverfügung

Beispiel: Aktivvermögen des Vollmachtgebers ohne Schuldenabzug 5 000 €.

Anzusetzen ist eine 10/10-Gebühr nach §§ 36 Abs. 1, 38 Abs. 2 Nr. 4, 44 Abs. 1 S. 2 KostO von 6 000 € (2 mal

⁷⁵ Vgl. Göttlich/Mümmeler, Fn. 38, „Mehrere Erklärungen“ Anm. 4.1.1.2; Korintenberg, Fn. 37, § 44 KostO Rn. 275 u. 276; Rohs/Wedewer, Fn. 38, § 44 KostORn. 22; Tiedtke, ZNotP 2001, 38.

⁷⁶ Korintenberg, Fn. 37, § 44 KostO Rn. 278; Rohs/Wedewer, Fn. 38, § 44 KostO Rn. 22.

3 000 €) = 48,00 €, weil die getrennte Berechnung der Gebühren in jedem Falle einen höheren Betrag ergibt. Das gilt auch, wenn in der Vorsorgevollmacht nur die Betreuungs- oder die Patientenverfügung mitbeurkundet worden wäre.

e) Nur *Betreuungs- und Patientenverfügung*

Anzusetzen ist eine 10/10-Gebühr nach §§ 36 Abs. 1, 44 Abs. 2 a KostO von 6 000 € (2 mal 3 000 €) = 48,00 €.

2.5 Nebentätigkeiten

2.5.1 Mitteilung der Daten und/oder Übersendung einer Urkundsabschrift

Wenngleich eine amtliche Verwahrung der Vorsorgevollmacht und der Betreuungsverfügung gesetzlich nicht vorgesehen ist, kann der Vollmachtgeber den Notar beauftragen, die entsprechenden Daten dem Zentralregister für Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen bei der Bundesnotarkammer⁷⁷ mitzuteilen oder, zumindest in einigen Bundesländern (vgl. den obigen Abschn. 1.2), dem örtlich zuständigen Vormundschaftsgericht eine Urkundsabschrift zu übersenden, damit eine in Unkenntnis des Vorhandenseins einer Vorsorgevollmacht unnötige Anordnung einer Betreuung durch das Gericht vermieden wird und damit die in einer Betreuungsverfügung niedergelegten Wünsche des Betroffenen durch den Betreuer und das Vormundschaftsgericht sofort berücksichtigt werden können. Nach *Perau*⁷⁸ soll für die auftragsgemäße Hinterlegung der Betreuungsverfügung beim Vormundschaftsgericht eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO vom (vollen) Regelwert (§ 30 Abs. 3 KostO) entstehen.

Eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO kommt nur dann in Betracht, wenn der Notar eine Aufgabe i. S. des § 24 Abs. 1 BNotO im Rahmen der sonstigen Betreuung auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege übernimmt, die auch von anderen Personen wahrgenommen werden könnte und die der Sicherung und Erleichterung des Rechtsverkehrs dient⁷⁹ und die vom Notar im Auftrage der Beteiligten⁸⁰ entweder als isolierte Tätigkeit oder zum Zwecke der Abwicklung des Rechtsverhältnisses zwischen den Beteiligten vorgenommen wird und damit der Rechtssicherheit und der Verhütung von Streitigkeiten dient⁸¹. Zudem darf die Betreuungstätigkeit des Notars (§ 24 Abs. 1 BNot) nicht vom Abgeltungsbereich einer anderen Vorschrift der Kostenordnung erfasst werden, insbesondere nicht von den §§ 145, 146, 147 Abs. 1, 148, 149, 150 KostO, die die speziellen Gebührenvorschriften für notarielle Betreuungstätigkeiten darstellen, und auch nicht von § 130 Abs. 2 i. V. m. § 141 KostO (Auftragsrücknahme), und es darf sich dabei auch nicht um gebührenfreie Nebentätigkeit des Notars nach § 35 i. V. m. § 141 KostO oder nach § 147 Abs. 3 oder Abs. 4 KostO handeln⁸².

Gebührenfrei nach § 35 i. V. m. § 141 KostO sind alle Tätigkeiten des Notars, die er vornimmt, damit der beabsichtigte wirtschaftliche und rechtliche Erfolg der von ihm entworfenen, beurkundeten oder mit der Unterschriftsbeglaubigung versehenen Erklärung herbeigeführt wird⁸³. Das bedeutet, dass alle Nebentätigkeiten, die das Geschäft vorbereiten, fördern oder

sonst zur ordnungsgemäßen Erledigung des Geschäfts gehören, nach § 35 KostO gebührenfreies Nebengeschäft zu denjenigen notariellen Amtstätigkeiten sind, für die die KostO die Pauschalgebühr der §§ 36–38, 45, 46 und 57 KostO vorsieht⁸⁴. Demzufolge liegt eine gebührenfreie Nebentätigkeit immer dann vor, wenn sie zum Pflichtenkreis des Notars in Bezug auf das Hauptgeschäft gehört, von ihm also ohne besonderen Auftrag zur sachgemäßen Erledigung und zur Herbeiführung des Rechtserfolges auszuführen ist⁸⁵.

Gegenstand des Beurkundungsgeschäftes und pauschaler Abgeltungsbereich der Beurkundungsgebühr sind nur solche Tätigkeiten des Notars, die sich auf die Abfassung der Urkunde, die Aushändigung und ihre Aufbewahrung beziehen⁸⁶. Deshalb ist die Mitteilung über die Errichtung einer Urkunde (§ 51 Abs. 4 BeurkG) und die Hinterlegung (z. B. eines Testaments nach § 34 BeurkG, § 20 DONot) auf Grund von Rechtsvorschriften stets gebührenfreie Nebentätigkeit zum Beurkundungsgeschäft⁸⁷. Hierzu gehört auch die Ablieferung der Betreuungsverfügung auf Grund des § 1901 a BGB⁸⁸. Da diese Pflicht aber erst bei Einleitung des Betreuungsverfahrens und der Kenntniserlangung über die Einleitung entsteht⁸⁹, gehört sie nicht zum Pflichtenkreis des Notars im Zusammenhang mit der Beurkundung.

Wird der Notar aber beauftragt, nach Abschluss des Beurkundungs-, Entwurfs- oder Beglaubigungsgeschäfts die Urkunde oder das Schriftstück einem am Geschäft nicht beteiligten Dritten, also nicht an den Vollmachtgeber oder den Bevollmächtigten, sondern z. B. an das Vormundschaftsgericht, weiterzuleiten, ohne dass dies auf Grund von Rechtsvorschriften zu seinem Pflichtenkreis gehört, so übernimmt er eine Aufgabe auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege im Sinne von § 24 Abs. 1 BNotO, die die Beteiligten (Vollmachtgeber oder Bevollmächtigter) ohne weiteres auch selbst hätten vornehmen können.

Deshalb entsteht etwa für die Ablieferung einer Abschrift der Vorsorgevollmacht und/oder der Betreuungsverfügung an das zuständige Vormundschaftsgericht die 5/10-Betreuungsgebühr des § 147 Abs. 2 KostO, weil

77 Rundschreiben der Bundesnotarkammer Nr. 10/2003 vom 13. 2. 2003 und Broschüre der BNotK „Zukunft selbst gestalten“ vom September 2003.

78 MittRhNotK 1996, 292.

79 Vgl. zur Definition der „Betreuung auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege“: Schippel, BNotO, 7. Aufl., § 24 Rn. 2, 9, 10 u. 29; Reithmann, DNotZ 1975, 324.

80 Vgl. Schippel, Fn. 79, § 24 Rn. 34.

81 Vgl. Göttlich/Mümmeler, Fn. 38, „Betreuungsgebühr“ Anm. 2.1.1 u. 3.1; Korintenberg, Fn. 37, § 147 KostO Rn. 45; Rohs/Wedewer, Fn. 38, § 147 KostO Rn. 2 u. 7; Tiedtke, Notarkosten im Grundstücksrecht, ZNotP-Schriften für die Notarpraxis, Rn. 325.

82 Vgl. Göttlich/Mümmeler, Fn. 38, „Betreuungsgebühr“ Anm. 2.1.3; Korintenberg, Fn. 37, § 147 KostO Rn. 19; Rohs/Wedewer, Fn. 38, § 147 KostO Rn. 2 u. 6.

83 Göttlich/Mümmeler, Fn. 38, „Nebengeschäft“ Anm. 1; Hartmann, Fn. 38, § 35 KostO Rn. 5; OLG Celle DNotZ 1991, 415.

84 Vgl. Rohs/Wedewer, Fn. 38, § 35 KostO Rn. 1.

85 Vgl. Korintenberg, Fn. 37, § 147 KostO Rn. 46; Rohs/Wedewer, Fn. 38, § 147 KostO Rn. 26; KG DNotZ 1940, 369; OLG Celle Jur-Büro 1994, 41 = Nds. Rpfl. 1994, 158.

86 Vgl. KG DNotZ 1958, 656; OLG Frankfurt DNotZ 1967, 577.

87 Vgl. Bund, JurBüro 1996, 577

88 Vgl. Perau, MittRhNotK 1996, 290.

89 Palandt, Fn. 1, § 1901 a BGB Rn. 4.

dabei eine notarielle Tätigkeit vorliegt, die zwar aus Anlass des Beurkundungsgeschäftes vorgenommen wird, jedoch für die Beurkundung selbst, ihre Abwicklung und ihren Vollzug nicht notwendig ist⁹⁰, und die stets nur auf Grund ausdrücklichen Auftrags des Vollmachtgebers erfolgt. Hinsichtlich der Meldung einer Vorsorgevollmacht zum Vorsorgeregister der BNotK soll nach einer Gegenäußerung der Bundesregierung zu der geplanten Einführung der neuen §§ 78a bis 78c in die BNotO, mit denen die gesetzliche Grundlage zur Führung eines auch für nicht notariell beurkundete Vollmachten offenen Vorsorgeregisters durch die BNotK geschaffen wird, zugleich eine Bestimmung in § 147 Abs. 4 KostO eingeführt werden, wonach die Übermittlung von Anträgen an das Zentrale Vorsorgeregister keine besonderen Kosten auslöst (BT-Drucks. 15/2253 vom 17. 12. 2003).

Der Geschäftswert der Betreuungsgebühr des § 147 Abs. 2 KostO ist grundsätzlich nach § 30 Abs. 1 KostO zu schätzen⁹¹. Beziehungswert ist dabei der Wert des Geschäfts, das von der Betreuungstätigkeit betroffen ist und dessen Wert nach den allgemeinen und speziellen Wertvorschriften der §§ 19 ff. und 39–42 bzw. 46 KostO zu ermitteln ist. Hiervon ist aber nur ein Bruchteil anzusetzen, der sich nach dem Interesse des Auftraggebers, der Schwierigkeit und dem Umfang der notariellen Tätigkeit und der Verantwortung des Notars richtet. Unter Berücksichtigung dieser Kriterien erscheint für die Ablieferung der Vorsorgevollmacht mit oder ohne Betreuungsverfügung beim Gericht höchstens 5–10 % des Wertes der Vollmacht als Geschäftswert der Betreuungsgebühr für angemessen. Für die Ablieferung der Betreuungsverfügung allein dürfte unter Berücksichtigung dessen, dass als Geschäftswert der Betreuungsgebühr regelmäßig nur ein Bruchteil des Beziehungswertes zugrunde zu legen ist und dass der Beziehungswert der Betreuungsverfügung nur 3 000 € beträgt (vgl. obigen Abschn. 2.2.2), stets nur die Mindestgebühr von zur Zeit 10,00 € (§§ 32, 33 KostO) anzusetzen sein.

Eine Belehrung durch den Notar über das Entstehen der Gebühr ist unter dem Gesichtspunkt der Amtspflichtverletzung und unrichtigen Sachbehandlung nach § 16 KostO nicht erforderlich, weil der Notar grundsätzlich nicht verpflichtet ist, über das Entstehen unvermeidbarer gesetzlicher Kosten zu belehren⁹² und weil der Auftraggeber hier nicht davon ausgehen kann, dass sein zusätzlicher Auftrag an den Notar keine Kosten auslöst.

Wird der Notar beauftragt, eine Abschrift der Urkunde, die die Vollmacht und die Betreuungs- und Patientenverfügung enthält, dem Vormundschaftsgericht zu übersenden, entsteht die Betreuungsgebühr nur einmal, da ein gleichzeitiger und einheitlicher Auftrag mit demselben Zweck zugrunde liegt⁹³. Anders ist es zu sehen, wenn Vollmacht und Betreuungsverfügung in getrennten Urkunden beurkundet werden, weil dann jeder Übersendungsauftrag getrennt zwar nicht sinnvoll, aber doch möglich wäre, so dass die Aufträge nicht als einheitlich anzusehen sind und unterschiedliche Zwecke (Vollmacht = Vermeidung der Betreuungsanordnung, Betreuungsverfügung = Auswahl des Betreuers und Wünsche zur Durchführung der Betreuung) verfolgt werden. Dann würden also getrennte Betreuungsgebühren bzgl. der

Vollmacht und bzgl. der Betreuungsverfügung von ihren jeweiligen Werten zu erheben sein⁹⁴.

2.5.2 Prüfung der Voraussetzungen für die Erteilung der Vollmachtsausfertigung

Wird der Notar beauftragt bzw. nach § 51 Abs. 2 BeurkG vom Vollmachtgeber angewiesen, die Ausfertigung der Vollmacht nur unter bestimmten Bedingungen zu erteilen, z. B. erst nach Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung über das Vorliegen der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers oder nur auf Grund einer Mitteilung des Vormundschaftsgerichts über das Vorliegen der Voraussetzungen für die Anordnung einer Betreuung, so ist dies als Maßnahme des Vollmachtgebers zur Absicherung vor dem Missbrauch der Vollmacht durch den Bevollmächtigten anzusehen⁹⁵. Bei der Prüfung und Entscheidung über den Eintritt der Bedingungen für die Erteilung der Vollmachtsausfertigung handelt es sich um eine notarielle Betreuungstätigkeit auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege (§ 24 Abs. 1 BNotO), die eine 5/10-Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auslöst⁹⁶.

Der Geschäftswert der Betreuungsgebühr des § 147 Abs. 2 KostO ist grundsätzlich nach § 30 Abs. 1 KostO zu schätzen⁹⁷. Beziehungswert ist dabei der Wert des Geschäfts, das von der Betreuungstätigkeit betroffen ist und dessen Wert nach den allgemeinen und speziellen Wertvorschriften der §§ 19 ff. und 39–42 bzw. 46 KostO zu ermitteln ist. Hiervon ist aber nur ein Bruchteil anzusetzen, der sich nach dem Interesse des Auftraggebers, der Schwierigkeit und dem Umfang der notariellen Tätigkeit und der Verantwortung des Notars richtet. Unter Berücksichtigung dessen, dass die Prüfung und Beurteilung des Eintritts der Aushändigungs Voraussetzungen unter Umständen eine außerordentlich schwierige Aufgabe für den Notar sein können⁹⁸, dem Notar dabei eine beträchtliche Verantwortung aufgebürdet wird und erhebliche Haftungsrisiken damit verbunden sein können, halte ich einen Prozentsatz von 30–50 % des Vollmachtswertes, bei dessen Ermittlung das Vermögen des Vollmachtgebers berücksichtigt wird (vgl. obigen Abschn. 2.1.2), als Geschäftswert dieser Betreuungsgebühr für angemessen⁹⁹.

Als für die Praxis problematisch stellt sich bei dieser Betreuungsgebühr heraus, dass der Auftraggeber des No-

90 Vgl. Korintenberg, Fn. 37, § 147 Rn. 45.

91 Vgl. Göttlich/Mümmeler, Fn. 38, „Betreuungsgebühr“ Anm. 6.1; Rohs/Wedewer, Fn. 38, § 147 Rn. 21; a. A.: Korintenberg, Fn. 37, § 147 Rn. 185.

92 Vgl. Göttlich/Mümmeler, Fn. 38, „Belehrungspflicht“ Anm. 2; Korintenberg, Fn. 37, § 16 KostO Rn. 32; Rohs/Wedewer, Fn. 38, § 16 KostO Rn. 32; Keidel/Winkler, 14. Aufl., § 17 BeurkG Rn. 117, jeweils mit weiteren Nachweisen.

93 Vgl. Göttlich/Mümmeler, Fn. 38, „Betreuungsgebühr“ Anm. 6.1; Bund, DNotZ 1997, 36.

94 Vgl. auch Bund, DNotZ 1997, 33/34 bei mehreren Mitteilungen an Vorkaufsberechtigte und von Schuldübernahmen.

95 Vgl. Bühler, BWNNotZ 1990, 3; Perau, MittRhNotK 1996, 297/298; Müller, DNotZ 1997, 110/111; Bühler, FamRZ 2001, 1591/1592.

96 Streifzug, Fn. 40, Rn. 1436; Perau, MittRhNotK 1996, 300 Fn. 184; Tiedtke, ZNotP 2001, 38; zustimmend wohl auch: OLG Stuttgart, JurBüro 2000, 429.

97 Vgl. Fn. 91.

98 Vgl. Müller, DNotZ 1997, 111.

99 Ebenso: Tiedtke, ZNotP 2001, 38.

tars grundsätzlich alleiniger Kostenschuldner der Gebühr des § 147 Abs. 2 KostO ist (§ 2 Nr. 1 i. V. m. § 141 KostO)¹⁰⁰, also der auftragerteilende Vollmachtgeber. Die Betreuungsgebühr für die Prüfung und Entscheidung über den Eintritt der Aushändigungsvoraussetzungen entsteht aber erst dann, wenn und falls der Notar die beauftragte Tätigkeit vorgenommen hat, weil die Betreuungsgebühr des § 147 Abs. 2 KostO eine Tätigkeitsgebühr ist; unverzichtbarer Gebührentatbestand des § 147 Abs. 2 KostO ist nämlich eine im Auftrag ausgeübte aktive Tätigkeit des Notars und nicht nur ein passives Abwarten bis die Bedingungen eingetreten sind¹⁰¹. Deshalb entsteht die Betreuungsgebühr des § 147 Abs. 2 KostO dann nicht, wenn der Notar zwar mit der Betreuungstätigkeit beauftragt wurde, er sie aber, aus welchen Gründen auch immer, nicht ausgeübt hat¹⁰².

Hier fällt also die Gebühr des § 147 Abs. 2 KostO erst dann an, wenn der Notar (auftragsgemäß) prüft und beurteilt, ob die Bedingungen für die Erteilung der Vollmachtsausfertigung eingetreten sind, er also aktiv und risikobehaftet durch Erteilung oder Verweigerung der Ausfertigung tätig wird. Deshalb kann insoweit *Bengel/Tiedtke*¹⁰³ nicht zugestimmt werden, wonach die Betreuungsgebühr schon bei Auftragserteilung angefallen sein soll, weil nach dieser Ansicht die Überwachungstätigkeit schon mit der Beurkundung begonnen hat. M. E. handelt es sich aber beim passiven Abwarten nicht um eine Tä-

tigkeit des Notars i. S. von § 147 Abs. 2 KostO, weil hierzu ein aktives Handeln erforderlich ist.

Obwohl der Auftrag zur Überwachung und Entscheidung über den Eintritt der Aushändigungsvoraussetzungen wohl stets vom Vollmachtgeber bei der Beurkundung der Vollmacht erteilt wird, empfiehlt es sich m. E., die Betreuungsgebühr hierfür erst nach Erteilung oder Verweigerung der Vollmachtsausfertigung zu erheben, und zwar vom Vollmachtgeber, evtl. zu Händen seines in der Vollmacht benannten Bevollmächtigten. Daraus folgt übrigens auch, dass die Betreuungsgebühr für die Prüfung und Entscheidung über den Bedingungseintritt dann mehrfach entstehen kann, wenn der Notar zunächst auf Grund seiner Prüfung die Erteilung der Vollmachtsausfertigung verweigert und er deswegen die Prüfung mehrfach vornehmen muss; das dürfte aber eher ein seltener Fall sein.

100 Vgl. Göttlich/Mümmeler, Fn. 38, „Betreuungsgebühr“ Anm. 8.2; Korintenberg, Fn. 37, § 147 KostO Rn. 190; Rohs/Wedewer, Fn. 38, § 147 KostO Rn. 22.

101 So: Hartmann, Fn. 38, § 147 KostO Rn. 39; Weingärtner/Schöttler, DONot, 9. Aufl., Teil 2, Kostenrechtlicher Leitfaden, Rn. 53; Anm. Bund, JurBüro 2001, 539.

102 Rohs/Wedewer, Fn. 38, § 147 KostO Rn. 6 Fn. 12; OLG Köln JurBüro 1990, 80 u. MittRhNotK 1991, 226; LG Darmstadt DNotZ 1969, 447.

103 Korintenberg, Fn. 37, § 147 KostO Rn. 184 a.

Öffentliches Recht – Landesrechtliche Vorkaufsrechte

(von Notariatsbürodirektor i. R. Walter Grauel, Mettmann)

In RNotZ 2002, 210, 223 ist über das Vorkaufsrecht nach § 40 des Schleswig-Holsteinischen Naturschutzgesetzes (LNatSchG) berichtet worden. Das LNatSchG ist am 18. 7. 2003 neu gefasst und im GVOBl. Schl.-H. 2003, S. 339 ff. veröffentlicht worden. Der § 40 LNatSchG hat folgende neue Fassung erhalten:

§ 40 Vorkaufsrecht

(1) Dem Land steht ein Vorkaufsrecht zu an einem Grundstück,

1. auf dem ein oberirdisches Gewässer nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 des Wasserhaushaltsgesetzes liegt oder das an ein solches angrenzt,
2. das ganz oder teilweise in einem Nationalpark, in einem Naturschutzgebiet oder in einem Gebiet liegt, das als Naturschutzgebiet einstweilig sichergestellt ist,
3. auf dem sich ein Naturdenkmal oder ein geschützter Landschaftsbestandteil befindet oder ein Naturdenkmal oder ein geschützter Landschaftsbestandteil einstweilig sichergestellt ist,
4. auf dem sich eingetragene, gesetzlich geschützte Biotope i. S. des § 15 a befinden,
5. das in einem Bereich liegt, für den nach § 25 besondere Schutzvorschriften bestehen,
6. das in einem Gebiet liegt, das in einem festgestellten Landschaftsrahmenplan oder Landschaftsplan als

vorrangige Fläche für den Naturschutz ausgewiesen ist.

(2) Das Vorkaufsrecht darf nur ausgeübt werden, wenn das Grundstück für Zwecke des Naturschutzes benötigt wird. Das Vorkaufsrecht ist ausgeschlossen, wenn die Eigentümerin oder der Eigentümer das Grundstück an ihren oder seinen Ehegatten oder an eine Person veräußert, die mit ihm in gerader Linie verwandt oder verschwägert oder in der Seitenlinie bis zum 3. Grade verwandt ist. Das Vorkaufsrecht darf auch nicht ausgeübt werden, wenn das Grundstück

1. ein geschlossener landwirtschaftlicher Betrieb ist oder
2. mit einem landwirtschaftlichen Betrieb veräußert wird und das Grundstück nicht angrenzt an Flächen i. S. des Absatzes 1 Nr. 2. .

(3) Das Vorkaufsrecht wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass in dem Veräußerungsvertrag ein geringeres als das vereinbarte Entgelt beurkundet wird. Der zuständigen Landesbehörde gegenüber gilt das beurkundete Entgelt als vereinbart.

(4) Das Vorkaufsrecht wird durch die obere Naturschutzbehörde ausgeübt.

(5) Die beurkundende Notarin oder der beurkundende Notar hat den Inhalt des geschlossenen Vertrages der oberen Naturschutzbehörde unverzüglich mitzuteilen. § 28 Abs. 1 S. 2 des Baugesetzbuchs ist entsprechend anzuwenden. Die §§ 463 bis 469, 471, 1098 Abs. 2, 1099 bis 1102 des Bürgerlichen Gesetzbuches sind anzuwenden.

(6) Das Vorkaufsrecht geht unbeschadet bundesrechtlicher Regelungen rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechten im Range vor und bedarf nicht der Eintragung im Grundbuch.

(7) Das Land kann sein Vorkaufsrecht zugunsten eines Kreises, einer Gemeinde, einer sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts, sonstigen Naturschutzstiftungen oder eines Naturschutzvereines ausüben, wenn die oder der Begünstigte zustimmt. In diesem Fall tritt die oder der Begünstigte an die Stelle des Landes. Für die Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag haftet das Land neben der oder dem Begünstigten.

Nunmehr hat die beurkundende *Notarin* oder der beurkundende *Notar* den Inhalt des geschlossenen Vertrages der oberen Naturschutzbehörde unverzüglich *mitzuteilen*. Zuständig ist das Landesamt für Natur und Umwelt des Landes Schleswig-Holstein, Abteilung Natur-

schutz und Landschaftspflege, Hamburger Chaussee 25, 24220 Flintbek.

Das genannte Landesamt hat durch Erlass vom 4. 11. 2003 bescheinigt, dass sich das Vorkaufsrecht nicht auf

1. Rechte nach dem Wohnungseigentumsgesetz,
2. Erbbaurechte

bezieht.

Es hat weiterhin auf die Ausübung des naturschutzrechtlichen Vorkaufsrechts bei allen Kaufverträgen über Grundstücke oder Grundstücksteile verzichtet, die *ausschließlich und allein* aus der Wirtschaftsart

- Gebäude und Freifläche, früher: Hof- und Gebäudefläche,
- Betriebsfläche,
- Verkehrsfläche

bestehen.

Die Neufassung des § 40 LNatSchG hat – im Gegensatz zu seinem früheren Wortlaut – eine *Grundbuchsperr*e mit sich gebracht. Demnach muss jetzt in allen Fällen, in denen das Vorkaufsrecht besteht, die Verzichtserklärung oder ein Negativattest mit dem Antrag auf Eintragung der Eigentumsänderung dem Grundbuchamt vorgelegt werden.

Rechtsprechung

1. Liegenschaftsrecht – Keine Reallast mit Rang für rückständige Raten nach dem Stammrecht

(BGH, Beschluss vom 2. 10. 2003 – V ZB 38/02)

BGB §§ 879; 1105; 1107

Die Bestellung einer Reallast, bei der die rückständigen Raten Rang nach dem Recht im übrigen haben, ist nicht möglich.

Zum Sachverhalt:

I. Der Bet. zu 1) war Eigentümer eines im Grundbuch von D. eingetragenen Hausgrundstücks. Mit notariellem Vertrag übertrug er das Grundstück der Bet. zu 2), seiner Tochter. Diese verpflichtete sich, ihm auf Lebenszeit eine monatliche, jeweils im Voraus fällige, wertgesicherte Rente von 250,- € zu zahlen. Zur Sicherung dieser Verpflichtung bestellte die Bet. zu 2) dem Bet. zu 1) an dem übertragenen Grundstück eine Reallast. Hierzu wurde Folgendes bestimmt:

„Es ist Inhalt der Reallast, dass Rückstände Rang nach den übrigen aus der Reallast folgenden Ansprüchen (Stammrecht) haben; untereinander haben die älteren Rückstände Rang nach den jüngeren. Abweichend von § 12 ZVG ist deshalb im Falle der Zwangsversteigerung aus der Reallast das Stammrecht in das geringste Gebot aufzunehmen.“

Das GBA hat den Antrag der Bet. auf Eintragung der Reallast zurückgewiesen. Ihre Beschwerde ist ohne Erfolg geblieben.

Auf die weitere Beschwerde hat das OLG die Sache dem BGH vorgelegt.

Aus den Gründen:

II. Die Vorlage ist statthaft (§ 79 Abs. 2 GBO).

Das vorliegende OLG Hamm ist der Auffassung, eine Reallast könne mit dem vereinbarten Inhalt nicht in das Grundbuch eingetragen werden. Die rückständigen und die künftig fällig werdenden Einzelleistungen bildeten ein einheitliches Recht. Seine Bestandteile könnten bei der Bestellung der Reallast keinen unterschiedlichen Rang (§ 879 BGB) haben. Die Befriedigungsreihenfolge zwischen Ansprüchen auf wiederkehrende Leistungen und dem Hauptanspruch (§ 12 ZVG) könne zwar durch Vereinbarung abgeändert werden. Das habe aber nur dann Bedeutung, wenn der auf die Reallast entfallende Erlösanteil zur Tilgung der Rückstände und zur Schaffung des Deckungskapitals für die künftigen Leistungen (§§ 92 Abs. 2, 121 ZVG) nicht hinreiche. An der Zurückweisung der weiteren Beschwerde sieht sich das OLG durch die Entscheidung des BayObLG vom 11. 10. 1990 (BayObLGZ 1990, 282 = DNotZ 1991, 805 = MittRhNotK 1990, 276) gehindert, wonach eine Reallast mit dem Inhalt zulässig ist, dass bei der Zwangsversteigerung die laufenden und rückständigen Leistungen, sofern ihre Rangstelle für die Berechnung des geringsten

Gebots maßgebend ist, Rang nach dem Stammrecht, unterschiedlich gleichen Rang haben.

Das vorliegende OLG will mithin bei der Auslegung einer das Grundbuchrecht betreffenden bundesrechtlichen Vorschrift, nämlich der Bestimmung über den Inhalt der Reallast (§§ 1105, 1107 BGB), von einer auf sofortige Beschwerde ergangenen Entscheidung eines die Aufgaben des OLG in Grundbuchsachen wahrnehmenden Gerichts (§ 8 EGGVG, Art. 11 Abs. 3 Nr. 1 BayAGGVG) abweichen.

III. Die von dem Notar, der im Namen der Bet. den Eintragungsantrag gestellt hat, schriftlich eingelegte, auf eine Rechtsverletzung gestützte weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 78, 80 GBO). In der Sache hat sie keinen Erfolg. Die Reallast ist mit dem vereinbarten Inhalt nicht eintragungsfähig.

1. Die Möglichkeit, von Vorschriften des Zwangsversteigerungsrechts durch Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger, ggf. mit Zustimmung betroffener weiterer Bet. des Versteigerungsverfahrens abzuweichen (§§ 59, 91 ZVG), scheidet als Grundlage für die Eintragung der Reallast mit dem vereinbarten Inhalt aus. § 12 ZVG, auf dessen Abdingbarkeit sich die Entscheidung des BayObLG stützt, enthält, wie auch die Bestimmungen über die Rangordnung der Rechte im Zwangsversteigerungsverfahren nach Klassen (§ 10 ZVG) und die Rangfolge innerhalb derselben Klasse (§ 11 ZVG), keine Anordnung über den Rang der Rechte nach dem sachlichen Recht. Die Vorschriften regeln die Befriedigungsreihenfolge im Verfahren nach eigenständigen Gesichtspunkten. Auf den Rang der Rechte (§ 879 BGB) nehmen sie Bezug, soweit bestimmte Ansprüche in derselben (vollstreckungsrechtlichen) Klasse zu befriedigen sind (§ 11 ZVG). Gegenstand der Eintragung im Grundbuchverfahren (§§ 13 ff. GBO) ist dagegen die sachlich-rechtliche Einigung der Parteien, deren Inhalt im Falle der Reallast durch §§ 1105 ff. BGB bestimmt wird. Die Eintragungsbewilligung des Grundbuchverfahrensrechts (§ 19 GBO) hat die materiell-rechtliche Einigung, deren Vollzug im Grundbuch das Recht zum Entstehen bringt (§ 873 BGB), nicht eine dem Zwangsversteigerungsrecht zuzuordnende verfahrensrechtliche Absprache zum Gegenstand. Eine von § 12 ZVG abweichende Vereinbarung über die Tilgungsreihenfolge scheidet mithin nicht, wie das vorliegende Gericht meint, deshalb als Grundlage für die Eintragung der Reallast aus, weil § 12 ZVG nur einen Ausschnitt des Zwangsversteigerungsverfahrens (teilweise Tilgung des Rechts aus dem Erlös) zum Gegenstand hat und weil die Vereinbarung ohne Einfluss auf das geringste Gebot ist (dazu Amann, DNotZ 1993, 222, 227 f.). Vielmehr ist die Vereinbarung als verfahrensrechtliches Geschäft ohne Auswirkung auf den Inhalt des sachlichen Rechts (a. A. Jäckel/Güthe, 7. Aufl. 1937, § 12 ZVG Rn. 1; unklar Zöller/Stöber, 15. Aufl., § 12 ZVG Rn. 401: Grundbucheintragung gesetzlich nicht gedeckt, Bezugnahme auf Eintragungsbewilligung müsse genügen).

2. Das sachliche Recht gibt keine Möglichkeit, eine Reallast mit unterschiedlichem Rang für rückständige und noch nicht fällige Einzelleistungen zu begründen. Zum gesetzlichen Inhalt der Reallast bestimmt § 1105 Abs. 1

S. 1 BGB, ein Grundstück könne in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind; auf die einzelnen Leistungen finden nach § 1107 BGB die für die Zinsen einer Hypothekforderung bestehenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Unbeschadet der überkommenen Diskussion zur Rechtsstruktur der Reallast (vgl. Staudinger/Amann, 2002, Einf. 19 ff. zu §§ 1105 bis 1112 BGB) steht ihr Charakter als einheitliches Sachenrecht nicht in Frage. Die wiederkehrenden Leistungen sind zwar, anders als Hypotheken- oder Grundschuldzinsen, nicht als Erträge einer dinglichen Schuld aufzufassen; ihnen liegt im Regelfalle kein verwertbares Recht zugrunde. Sie bilden aber in ihrer Summe das einheitliche dingliche Recht („Stammrecht“); der Zugriff auf das Grundstück wird mit dem sukzessiven Fälligwerden der Einzelleistungen in deren jeweiliger Höhe möglich. Ein unterschiedlicher Rang von Teilen eines Rechts ist im sachlichen Recht nicht vorgesehen. § 879 BGB legt das Rangverhältnis unter „mehreren Rechten“, mit denen ein Grundstück belastet ist, fest. Eine Reallast kann mithin nicht mit verschiedenem Rang zwischen ihren Bestandteilen begründet werden.

Allerdings hat das Sachenrechtsänderungsgesetz mit § 9 Abs. 3 Nr. 1 ErbbauVO eine vollstreckungsfeste Reallast geschaffen. Dies ist aber aus einem besonderen Anlass, nämlich der Einführung des Anspruchs des Nutzers gegen den Grundstückseigentümer auf Bestellung eines Erbbaurechts (§§ 3, 32 ff. SachenRBERG), geschehen. Einer über die Erbbauzinsreallast hinausgehenden Regelung hat sich der Gesetzgeber, obwohl die Rechtsstellung des Reallastberechtigten nach §§ 1105, 1107 BGB Anlass zu seinem Tätigwerden war, enthalten (vgl. BT-Drucks. 12/5992, S. 61 u. 192 ff.; 12/7425, S. 5 f. u. 84). Nur der Erbbauzins (nicht Reallasten anderen Inhalts) ist Instrument des Ausgleichs für die dem Grundstückseigentümer aufgezwungene Einschränkung seiner Befugnisse aus § 903 BGB. Einem Bedürfnis, im Vollstreckungsfalle das Grundstück für bis dahin nicht fällig gewordene Raten in Haftung zu nehmen, kann durch Einräumung eines Anspruchs auf Bestellung einer weiteren Reallast für diesen Fall Rechnung getragen werden. Deren Rang ist durch Vormerkung zu wahren (§ 883 Abs. 1 S. 2 BGB).

3. Die Versagung der Eintragung einer Reallast mit gespaltenem Rang verlöre allerdings an Überzeugungskraft, wenn das gleiche Ergebnis, wie das vorliegende Gericht meint, durch anschließende Teilung des Rechts in rückständige und künftige Einzelleistungen erzielt werden könnte. Dies ist indessen nicht der Fall.

a) Dümig (ZfIR 2002, 960, 962) meint, eine Teilung der Reallast in Rückstände und fällige Einzelleistungen sei konstruktiv nicht möglich. Rückständige Raten, die von dem noch nicht fälligen Teil der künftigen Leistungen getrennt würden, hätten (nur noch) eine einmalige Leistung zum Gegenstand, die zum Zeitpunkt der gewünschten Teilung insgesamt zu erfüllen sei. Dies entspreche dem Inhalt der (gekündigten) Hypothek oder Grundschuld und sei mit § 1105 BGB unvereinbar (zum Ausgangspunkt Dümigs, vgl. auch MünchKomm/Joost, 3. Aufl., § 1107 BGB Rn. 3 und § 1110 BGB Rn. 4).

b) Nach § 1107 BGB sind indessen die Einzelleistungen aus der Reallast, unbeschadet des Umstandes, dass sie keine Nebenforderungen darstellen, nach den Vorschriften über die Hypothekenzinsen abtretbar. Sie können mithin, jedenfalls für diesen Zweck und gleich gelagerte Fälle (Pfändung, Verpfändung), vom Recht im Übrigen abgeteilt werden. Das Recht auf die noch nicht fälligen Einzelleistungen wird entsprechend §§ 873, 1154 Abs. 3 BGB nach den Grundsätzen des Immobiliarsachenrechts übertragen. Für die bereits fälligen Einzelleistungen gilt dagegen nach § 1159 BGB das Recht der Übertragung von Forderungen, §§ 398 ff. BGB; ihre Abtretung erfolgt somit außerhalb des Grundbuchs (für eine, wohl deklaratorische, Eintragung des schuldrechtlichen Geschäfts: MünchKomm/Joost, a.a.O., § 1159 BGB Rn. 10). Nach der Rechtsprechung des RG ist es zwar möglich, im Zuge der Abtretung der fälligen Hypothekenzinsen zwischen diesen und dem Kapital ein Rangverhältnis herzustellen; in das Grundbuch eintragungsfähig ist dieses aber nicht (RGZ 88, 160, 163; ihm folgend RGRK/Mattern, 12. Aufl., § 1159 BGB Rn. 3). Jedenfalls zur Frage der Eintragungsfähigkeit tritt der Senat dieser Rechtsauffassung bei.

Anmerkung der Schriftleitung: Siehe dazu den Kurzbeitrag von Oppermann im nächsten Heft der RNotZ.

2. Liegenschaftsrecht – Zugang zum Heizungsraum als gemeinschaftliches Eigentum

(BayObLG, Beschluss vom 30. 10. 2003 – 2Z BR 184/03 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

WEG § 5 Abs. 2

Steht der Kellerraum, in dem sich Heizungsanlage und Öltank einer Eigentumswohnanlage befinden, gemäß der Teilungserklärung im Gemeinschaftseigentum, so sind auch die Räumlichkeiten, die den einzigen Zugang zum Heizungsraum bilden, zwingend gemeinschaftliches Eigentum.

Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. sind Miteigentümer zu je 1/2 eines Hausgrundstücks. Mit notarieller Urkunde begründeten sie gemäß § 8 WEG an dem bestehenden Wohnhaus und einem zu errichtenden Neubau Wohnungs- und Teileigentum in der Weise, dass mit einem Miteigentumsanteil von 1/2 das Sondereigentum an den Wohnräumen im Haupthaus mit Schuppen (Wohnungseigentum Nr. 1) und mit dem anderen Miteigentumsanteil von 1/2 das Sondereigentum an den Räumen im Nebengebäude (Teileigentum Nr. 2) verbunden sein sollte.

Der Aufteilungsplan für das Kellergeschoss unter dem Wohngebäude sieht vier Räume als Sondereigentumsräume des Wohnungseigentums Nr. 1 und einen im Gemeinschaftseigentum stehenden Raum vor, der mit „Heizung, Tankraum“ (im Folgenden Heizungsraum) bezeichnet ist. Dieser Heizungsraum kann über eine Außentreppe erreicht werden, wenn man den als Waschküche bezeichneten Raum und einen anschließenden Flur durchschreitet.

Die Teilungserklärung enthält folgende Gebrauchsregelung:

„Die im Sondereigentum des Wohnungseigentums Nr. 1 stehende Waschküche und der anschließende Flur kann vom

Raumeigentümer Nr. 2 als Durchgang zum gemeinsamen Heizungs-/Tankraum zu Kontrollzwecken oder für Reparaturarbeiten betreten werden.“

Die Bet. haben beim AG – GBA – den Vollzug der Teilungserklärung im Grundbuch beantragt.

Das AG – GBA – beanstandete zunächst, dass an den Räumen, die den Zugang zum Heizungsraum bildeten, kein Sondereigentum begründet werden könne. Diese Zwischenverfügung wurde vom LG aufgehoben, weil die Änderung der Teilungserklärung nicht durch Zwischenverfügung aufgegeben werden könne. Zugleich billigte das LG die Rechtsansicht des AG.

Daraufhin hat das AG – GBA – die Eintragungsanträge abgewiesen. Die Beschwerde der Bet. hat das LG zurückgewiesen. Mit ihrer weiteren Beschwerde verfolgen die Bet. ihre Eintragungsanträge weiter.

Aus den Gründen:

II. Das Rechtsmittel der Bet. hat keinen Erfolg.

1. Das LG hat ausgeführt: Nach ständiger obergerichtlicher Rechtsprechung müssten Räumlichkeiten, die den einzigen Zugang zu einem in Gemeinschaftseigentum stehenden Raum bildeten, grundsätzlich ebenfalls zwingend gemeinschaftliches Eigentum sein. Etwas anderes gelte nur dann, wenn der im Gemeinschaftseigentum stehende Raum seiner Beschaffenheit nach nicht dem ständigen Mitgebrauch aller Wohnungseigentümer diene. Bei einem Heizungsraum liege ein ständiger Mitgebrauch aller Wohnungseigentümer in Form eines laufenden Bedienungs-, Kontroll- und Wartungsaufwands auf der Hand. Die zwingende dingliche Zuordnung des § 5 Abs. 2 WEG werde auch nicht durch die Gebrauchsregelung in der Teilungserklärung außer Kraft gesetzt.

2. Die Entscheidung des LG erweist sich als zutreffend.

Nach § 5 Abs. 2 WEG sind Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, nicht Gegenstand des Sondereigentums, also zwingend Gemeinschaftseigentum. Zu derartigen Anlagen und Einrichtungen gehört auch die Heizungsanlage, die die Räume der Wohnanlage mit Heizenergie und Warmwasser versorgt (BGH NJW 1979, 2391). Wenn der Raum, in dem sich die Heizung befindet, nicht auch noch anderen Zwecken dient, steht auch er zwingend im Gemeinschaftseigentum (BGH NJW 1979, 2391, 2393). Folgerichtig sieht die Teilungserklärung vor, dass der Raum, in dem sich Heizung und Öltank befinden, im Gemeinschaftseigentum steht. Zusätzlich müssen aber auch die Räume, die den einzigen Zugang zum Heizungsraum und zur Heizungsanlage bilden, zwingend im Gemeinschaftseigentum stehen (BGH NJW 1991, 2909 = DNotZ 1992, 224; BayObLGZ 1986, 26, 28 f. = DNotZ 1986, 494). Die zwingende dingliche Zuordnung des § 5 Abs. 2 WEG, die hier die Waschküche und den Flur erfasst, kann auch nicht durch die Gebrauchsregelung in der Teilungserklärung außer Kraft gesetzt werden (BGH NJW 1991, 2909 = DNotZ 1992, 224; BayObLGZ 1986, 26, 28 = DNotZ 1986, 494).

Die vom Senat im Beschluss vom 8. 5. 1991 (BayObLGZ 1991, 165) zugelassene Ausnahme von diesen Grundsätzen ist im Wesentlichen beschränkt auf Räume eines nicht ausgebauten Dachspeichers, die nur ganz selten zu

Kontrollgängen und Instandsetzungsarbeiten betreten werden müssen. Für den Raum, der die Heizung und den Öltank enthält, kann diese Ausnahme nicht gelten. Denn dieser Raum wird durch den ständigen Betrieb der Heizung dauernd von allen Wohnungs- und Teileigentümern der Wohnanlage benutzt und muss zur Bedienung, Kontrolle, Wartung und Füllung des Tanks ungleich öfter betreten werden als ein nicht ausgebauter Dachspeicher. Dementsprechend hat der Senat in zwei ganz ähnlich gelagerten Fällen (BayObLG DNotZ 1986, 494 und DNotZ 1992, 490) daran festgehalten, dass die Räumlichkeiten, die den Zugang zum gemeinschaftlichen Heizungsraum bilden, zwingend im Gemeinschaftseigentum stehen müssen. Von dieser Rechtsansicht abzuweichen, besteht kein Anlass. Da die Teilungserklärung der Gesetzeslage nicht entspricht, kann sie in der vorliegenden Form nicht in das Grundbuch eingetragen werden.

Den Bet. bleibt die Möglichkeit, nach § 15 Abs. 1 WEG dem Wohnungseigentümer Nr. 1 ein Sondernutzungsrecht an der Waschküche und dem Flur im Keller einzuräumen, das wiederum durch ein Zutrittsrecht zum Heizungsraum für den Teileigentümer Nr. 2 entweder kraft Gesetzes (vgl. KG NJW-RR 1990, 333) eingeschränkt ist oder durch Vereinbarung eingeschränkt wird.

3. Liegenschaftsrecht – Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zur Löschung einer Hypothek

(LG Mönchengladbach, Beschluss vom 12. 6. 2003 – 5 T 233/03)

BGB § 1822 Nr. 13

Zur Löschung einer zugunsten eines Betreuten eingetragenen Hypothek bedarf es keiner Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht, wenn die der Hypothek zugrundeliegende Forderung nicht mehr besteht oder wirtschaftlich keine Bedeutung mehr hat.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. In Abt. III Ifd. Nr. 19 des im Rubrum genannten Grundbuchs war zugunsten des Bf. eine brieflose Hypothek in Höhe von 88 548,78 DM nebst 6 % Zinsen eingetragen worden. Diese Hypothek diente der Sicherung einer Darlehensforderung in Höhe von 88 548,78 DM, die dem Bf. gegen die damalige Eigentümerin des Grundstücks zustand. Durch notariellen Vertrag verkaufte die H. B. K. G. ihren gesamten Geschäftsbetrieb einschließlich des vorgenannten Grundstücks an die Fa. B. GmbH & Co. KG, welche auch sämtliche persönlichen Verpflichtungen und Schulden, die im Betrieb der B. K. G. entstanden waren, übernahm.

Der Vater des Bf., B., war Alleingesellschafter der B. GmbH und alleiniger Kommanditist der K. G. Er verstarb 1991 und hatte den Bf. mit notariellem Testament zum Alleinerben bestimmt sowie Dauertestamentsvollstreckung angeordnet. Zum Testamentsvollstrecker wurde Rechtsanwalt B. bestimmt.

Mit notariellem Vertrag verkaufte die Fa. B. GmbH & Co. KG das im Rubrum genannte Grundstück an die R. Gewerbebaugesellschaft mbH. Der Eigentumsübergang wurde 1994 in das Grundbuch eingetragen. Am Kaufvertrag beteiligt waren neben den damaligen Geschäftsführerinnen H. P. und D. B. Rechtsanwalt B. als Testamentsvollstrecker für den Nachlass des H. B. und Rechtsanwalt Dr. Be. als Betreuer für den Bf. Für den Bf.

war nämlich mit Beschluss des AG wegen einer Alkoholerkrankung eine Betreuung mit den Aufgabenkreisen Vermögenssorge und Heilbehandlung mit Einwilligungsvorbehalt eingerichtet worden. Im Rahmen der schuldrechtlichen Vereinbarungen des Kaufvertrages sollten die in Abt. III eingetragenen Rechte gelöscht werden, darunter auch die zugunsten des Bf. eingetragene Hypothek unter Ifd. Nr. 19. Nachdem Rechtsanwalt Dr. Be. die Löschung dieser Hypothek bewilligt hatte, wurde die Löschung in das Grundbuch eingetragen. Eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gem. § 1822 Nr. 13 BGB wurde nicht eingeholt.

Anlässlich einer vormundschaftsgerichtlichen Anhörung des Bf. vor dem AG erklärte dieser in Gegenwart seines Betreuers, dass er mit den Grundstücksgeschäften, die Dr. Be. für ihn abgeschlossen hatte, ausdrücklich einverstanden sei.

Mit Beschluss der Kammer wurde die Betreuung aufgehoben, nachdem sich der Zustand des Bf. soweit gebessert hatte, dass eine Betreuung nicht mehr erforderlich war. Das AG erteilte dem Betreuer für seine Tätigkeit Entlastung und setzte die Betreuervergütung fest. Sowohl gegen die Entlastung wie auch die Betreuervergütung legte der Bf. Beschwerde ein. Die Beschwerde gegen die Vergütungsfestsetzung wurde zurückgewiesen, hinsichtlich der Beschwerde gegen die Entlastung wies die Kammer darauf hin, dass insoweit eine beschwerdefähige Entscheidung nicht vorliege.

2003 erklärte der Bf. zu Protokoll der Rechtsantragsstelle, dass er sich gegen die Löschung der Hypothek Ifd. Nr. 19 beschwere mit dem Ziel, einen Amtswiderspruch gegen die Löschung einzutragen. Er wies darauf hin, dass seinerzeit die Hypothek ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gelöscht worden sei.

Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache der Kammer zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde ist gem. § 71 Abs. 2 S. 2 GBO zulässig. Es handelt sich um ein unbefristetes Rechtsmittel (vgl. Demharter, 22. Aufl., § 71 GBO Rn. 2), mit welchem der Bf. das Ziel verfolgt, dass ein Amtswiderspruch gem. § 53 GBO eingetragen wird, weil er sich durch die von ihm behauptete fehlerhafte Löschung der Hypothek in seinen Rechten verletzt fühlt.

Die Beschwerde ist jedoch unbegründet, das AG hat der Beschwerde im Ergebnis zu Recht nicht abgeholfen.

Voraussetzung für die Eintragung eines Amtswiderspruchs gem. § 53 Abs. 1 GBO ist, dass das GBA unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Schon die erste Voraussetzung liegt nicht vor, weil die Löschung der Hypothek nicht unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eingetragen worden ist.

§ 1822 Nr. 13 BGB verlangt grundsätzlich für ein Rechtsgeschäft, durch das die für eine Forderung des Betreuten bestehende Sicherheit aufgehoben wird, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Dadurch soll ein Rechtsgeschäft, welches als tendenziell riskant oder nachteilig angesehen wird, zum Schutz des Betreuten nicht der alleinigen Verantwortung des Betreuers überlassen werden (vgl. MünchKomm, 4. Aufl., § 1822 BGB Rn. 1). Wird eine Hypothek gelöscht, so ist im Zweifel die Durchsetzbarkeit der der Hypothek zugrundeliegenden Forderung gefährdet. Im Entscheidungsfall

besteht jedoch die Besonderheit, dass die Darlehensforderung des Bf., die er seinerzeit gegen die Firma B. K. G. hatte, zwischenzeitlich – wenn nicht erloschen – so doch wirtschaftlich keine Bedeutung mehr hat und deshalb durch die Löschung der Hypothek seine Rechtsstellung, insbesondere die Durchsetzbarkeit der Forderung, nicht mehr beeinträchtigt werden konnte. Der Schutzzweck des § 1822 Nr. 13 BGB war entfallen, so dass es einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht mehr bedurfte. Dem liegen folgende Erwägungen zugrunde:

Die Darlehensforderung des Bf. bestand ursprünglich gegen die Firma B. K. G. und war als Verpflichtung gem. § 5 des notariellen Vertrages auf die Firma B. GmbH & Co. KG übergegangen, deren „Alleininhaber“ der Vater des Bf. H. B. gewesen ist. Sowohl die Firma B. GmbH als auch die Firma B. GmbH & Co. KG gehören zum Nachlass des verstorbenen H. B., der auf den Bf. als alleinigen Erben übergegangen ist. Durch diese Gesamtrechtsnachfolge ist es zwar nicht zu einer rechtlichen Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in der Person des Erben also des Bf. (sog. Konfusion oder Konsolidation) gekommen, weil die Forderung des Bf. weiterhin gegen die Firma B. GmbH & Co. KG als eigenständige Rechtsperson gerichtet war. Daran ändert auch nichts, dass sowohl die Firma B. GmbH als auch die Firma B. GmbH & Co. KG durch Gesellschafterbeschlüsse, an denen der Bf. mitgewirkt hat, aufgelöst worden sind. Denn beide Firmen sind ausweislich des Handelsregisters noch nicht gelöscht, sondern bestehen als Liquidationsgesellschaften weiter fort. Gleichwohl hat die Forderung des Bf. für ihn keine Bedeutung mehr, weil die Durchsetzbarkeit dieser Forderung nur ihm selbst als Alleininhaber beider Gesellschaften treffen würde, sofern jetzt noch Gesellschaftsvermögen vorhanden sein sollte. In seinen wirtschaftlichen Auswirkungen ist der Übergang beider Gesellschaften durch den Erbfall einer Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit gleichzusetzen. Der Bf. hat lediglich eine Forderung gegen eine ihm allein gehörende Gesellschaft. In einem solchen Fall bedurfte er nicht mehr des Schutzes durch § 1822 Nr. 13 BGB, so dass die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts für die Löschung der Hypothek mangels Werthaltigkeit einer zu sichernden Forderung entbehrlich war.

Angesichts dessen kommt es nicht mehr darauf an, dass das AG in seinem Nichtabhilfebeschluss irrtümlicherweise in der Entscheidung der Kammer eine Entlastung des Betreuers und damit eine Genehmigung der durch den Betreuer erklärten Löschungsbewilligung gesehen hat. Denn die Kammer hatte die Entlastung des Betreuers durch das AG gerade nicht bestätigt, sondern in der Entlastung des Betreuers eine gem. § 19 Abs. 1 FGG nicht beschwerdefähige Entscheidung gesehen.

Auch auf die Erklärung des Bf. bei seiner Anhörung vor dem Vormundschaftsrichter, er sei mit den Grundstücksgeschäften des Betreuers ausdrücklich einverstanden, kann es nicht ankommen. Denn diese Erklärung war rechtlich unerheblich, weil der Bf. wegen des Einwilligungsvorbehaltes im Rahmen der Vermögenssorge keine rechtserheblichen Erklärungen abgeben konnte.

4. Liegenschaftsrecht – Löschung des Insolvenzvermerks

(*LG Berlin*, Beschluss vom 15. 7. 2003 – 86 T 549/03)

BGB §§ 891 Abs. 1; 892 Abs. 1

GBO §§ 18 Abs. 1; 29 Abs. 1

InsO § 32 Abs. 3

Die Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters wird durch die Vorlage der Bestallungsurkunde nachgewiesen. Die Vorlage einer Erklärung des Insolvenzgerichts, aus der sich der Grund der Löschung des Insolvenzvermerks auf dem Grundstück ergibt, ist nicht erforderlich.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. In Abt. II des Grundbuchs für das im Beschlusseingang näher bezeichnete Grundstück ist zu lfd. Nr. 12 eine Auflassungsvormerkung für die Bet. zu 1) eingetragen. In Abt. III des Grundbuchs sind zu lfd. Nr. 15 eine Buchgrundschuld für die Bet. zu 2), zu lfd. Nr. 16 eine Buchgrundschuld für die Bet. zu 3), zu lfd. Nr. 17 eine Buchgrundschuld für die Bet. zu 4) und zu lfd. Nr. 18 eine Buchgrundschuld für die Bet. zu 5) sowie zu lfd. Nr. 19 eine Sicherungshypothek für den Bet. zu 6) gebucht.

In Abt. II des Grundbuchs war seit dem 12. 10. 2001 zu lfd. Nr. 11 vermerkt, dass über das Vermögen des eingetragenen Eigentümers das Insolvenzverfahren eröffnet worden sei, das beim AG geführt werde. Am 16. 4. 2002 wurde der Vermerk auf Ersuchen des AG gelöscht.

Der Notar hat dem GBA unter anderem eine Ausfertigung des am 17. 12. 2001 beurkundeten Kaufvertrages und verschiedene Löschungsbewilligungen der Bet. überreicht und u. a. beantragt, die bewilligten Löschungen zu vollziehen, das Eigentum auf die Bet. zu 1) umzuschreiben und die für sie eingetragene Auflassungsvormerkung bei Fehlen von Drittanträgen zu löschen.

In Abschnitt IV. der Urkunde vom 17. 12. 2001 erklären die Bet. zu 1) und X. als voll machtloser Vertreter für die Bet. zu 7) in deren Eigenschaft als Insolvenzverwalterin über das Vermögen des eingetragenen Eigentümers, sie seien darüber einig, dass das Eigentum an dem Grundstück auf die Bet. zu 1) übergehen solle. Die Umschreibung wird von beiden Seiten bewilligt. Weiterhin bewilligt die Bet. zu 1), die für sie eingetragene Auflassungsvormerkung zu löschen, falls keine Zwischenanträge ohne ihre Mitwirkung gestellt sind und außer den im Kaufvertrag zum Vollzug gestellten Anträgen Rechte im Grundbuch gelöscht sind oder werden. Bei den Grundakten befindet sich eine notariell beglaubigte Erklärung der Rechtsanwältin vom 3. 1. 2002, in der sie alle von X. in der Urkunde vom 17. 12. 2001 abgegebenen Erklärungen genehmigt.

Mit Zwischenverfügung hat das GBA dem Notar zu Punkt 1) aufgegeben, innerhalb von drei Monaten nachzuweisen, dass die Verfügungsbefugnis der Insolvenzverwalterin weiterhin bestehe. Vorzulegen seien insbesondere eine unterschriebene und gesiegelte Erklärung des Insolvenzgerichts, die erkennen lasse, aus welchem Grund um Löschung des Insolvenzvermerks ersucht worden sei. Sollte das Grundstück von der Insolvenzverwalterin freigegeben sein, bedürfe es nur der Genehmigung durch den eingetragenen Eigentümer.

Mit Schreiben hat der Notar dem GBA die Abschrift eines Schreibens vorgelegt, in dem das Insolvenzgericht die Erteilung einer entsprechenden Erklärung ablehnt, und zugleich hilfsweise gegen diesen Punkt der Zwischenverfügung Beschwerde eingelegt. Ferner enthalten die Grundakten nunmehr eine beglaubigte Abschrift der urschriftlich vorgelegten Bescheinigung, die das AG der Rechtsanwältin im Insolvenzverfahren über das Vermögen des eingetragenen Eigentümers über ihre Bestellung

zur Verwalterin erteilt hat. Das GBA hat – soweit die Zwischenverfügung wiedergegeben wurde – nicht abgeholfen. Auf telefonische Nachfrage des Beschwerdegerichts hat der Notar erklärt, dass er das Rechtsmittel im Namen der Bet. zu 1) eingelegt habe.

Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde ist gemäß §§ 11 Abs. 1 RPfG, 71 Abs. 1, 73 GBO zulässig. Die Bf. ist beschwerdeberechtigt. Im Eintragungsverfahren richtet sich die Beschwerdeberechtigung nach dem Antragsrecht (Demharter, 24. Aufl., § 71 GBO Rn. 63). Die Bet. zu 1) ist gemäß § 13 Abs. 1 S. 2 GBO antragsberechtigt, weil die beantragte Umschreibung des Eigentums zu ihren Gunsten erfolgen soll und die übrigen Anträge vom GBA als verbunden behandelt wurden.

Die Beschwerde ist auch begründet. Die Zwischenverfügung ist in dem angefochtenen Punkt nicht nach § 18 Abs. 1 S. 1 GBO gerechtfertigt, weil die geforderte Erklärung des Insolvenzgerichts nicht geeignet ist, um das vom GBA angenommene Eintragungshindernis zu beseitigen. Das GBA hält es nicht für vollständig nachgewiesen, dass die Befugnis der Insolvenzverwalterin zur Verfügung über das Grundstück noch fortbesteht, nachdem der Insolvenzvermerk gelöscht worden ist, weil die Löschung des Vermerks auf einer Freigabe des Grundstücks aus der Insolvenzmasse beruhen könne. Eine Erklärung des Insolvenzgerichts über den Grund für die Löschung des Vermerks würde jedoch nicht zum Nachweis des Umstandes genügen, dass das Grundstück nach wie vor dem Insolvenzbeschluss unterliegt.

Der Erklärung des Insolvenzgerichts käme im Grundbuchverfahren kein Beweiswert zu. Nach § 29 Abs. 1 S. 2 GBO können Tatsachen, die bei dem GBA nicht offenkundig sind, nur durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden. Voraussetzung dafür ist, dass über die nachzuweisende Tatsache eine öffentliche Urkunde errichtet werden kann. So verhält es sich nur dann, wenn das Gesetz die Ausstellung eines Zeugnisses über den betreffenden Sachverhalt durch eine öffentliche Behörde, oder eine mit öffentlichem Glauben versehene Person vorsieht, wie es etwa bei Zustellungs- oder Personenstandsurkunden der Fall ist. Dagegen kennt das Gesetz kein nachträgliches Zeugnis des Insolvenzgerichts über den Grund, aus dem es ein nicht näher begründetes Ersuchen um die Löschung eines Insolvenzvermerks gestellt hat. Das Insolvenzgericht könnte über diesen Sachverhalt allenfalls eine einfache Wissenserklärung abgeben. Außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Zeugniserkennung erbringt eine behördliche Wissenserklärung jedoch keinen urkundlichen Beweis für die in ihr bekundeten Tatsachen. Das gilt auch dann, wenn sie in gesiegelter und unterschriebener Form abgegeben wird. Die Beweiskraft der Urkunde beschränkt sich in diesem Fall darauf, dass die Behörde die beurkundete Erklärung abgegeben hat, erstreckt sich aber nicht auf deren Inhalt.

Die Kammer neigt im Übrigen zu der Auffassung, dass das GBA schon das Eintragungshindernis zu Unrecht angenommen haben dürfte. Um die Verfügungsbefugnis der Insolvenzverwalterin nachzuweisen, erscheint es nicht erforderlich, den Nachweis zu erbringen, aus welchem Grund das Insolvenzgericht das GBA um die Lö-

schung des Insolvenzvermerks ersucht hatte. Vielmehr dürfte es ausreichen, wenn die Insolvenzverwalterin die Fortdauer ihrer Bestallung durch die in Urschrift vorgelegte Bescheinigung des Insolvenzgerichts bzw. durch eine beglaubigte Abschrift derselben, wenn ein Notar zugleich bescheinigt, dass die Hauptschrift bei – bzw. nach – Abgabe der betreffenden Grundbucheintragung oder jedenfalls zeitnah zu der beantragten Eintragung vorgelegen habe (vgl. dazu Beschluss der Kammer vom 1. 7. 2003 – 86 T 704 u. a./03), nachweist.

Der Insolvenzvermerk ist für die Befugnis des Insolvenzverwalters zur Verfügung über die Gegenstände der Insolvenzmasse nicht von Bedeutung. Insbesondere ist die Eintragung des Vermerks in Abt. II des Grundbuchs für ein bestimmtes Grundstück nicht dafür konstitutiv, dass der Insolvenzverwalter über dieses Grundstück verfügen kann. Gemäß § 80 Abs. 1 InsO geht die Verfügungsbefugnis mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf den Verwalter über, ohne dass es dazu einer Eintragung im Grundbuch bedarf (vgl. Uhlenbruck/Uhlenbruck, 12. Aufl., § 32 InsO Rn. 4 m. w. N.). Seine Funktion beschränkt sich darauf, den nach § 892 Abs. 1 S. 2 BGB geschützten öffentlichen Glauben des Grundbuchs an die unbeschränkte Verfügungsmacht des eingetragenen Eigentümers über den gebuchten Gegenstand zu zerstören. Aus dem Fehlen des Vermerks folgt nicht, dass die Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters nicht oder nicht mehr besteht. Das gilt sowohl dann, wenn der Vermerk noch nicht eingetragen ist, als auch dann, wenn er wie hier bereits eingetragen war, aber wieder gelöscht worden ist. Insbesondere spricht in diesen Fällen keine Vermutung für die Verfügungsmacht des eingetragenen Eigentümers. Die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB, die auch vom GBA zu beachten ist, erstreckt sich nicht auf den Umstand, dass der eingetragene Rechtsinhaber über sein Recht unbeschränkt verfügen kann (KG NJW 1973, 428, 430; Palandt/Bassenge, 62. Aufl., § 891 BGB Rn. 5; Staudinger/Gursky, Neubearbeitung 2002, § 891 BGB Rn. 29 m. w. N., a. A. OLG Frankfurt Rpfleger 1991, 361). Auch eine tatsächliche Vermutung für die Verfügungsbefugnis des eingetragenen Eigentümers besteht hier nicht (vgl. zur tatsächlichen Vermutung der Verfügungsbefugnis des eingetragenen Eigentümers: KG, a. a. O.). Diese ist wiederlegt durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. In einem solchen Fall spricht vielmehr die tatsächliche Vermutung für den Insolvenzbeschluss des schuldnerischen Vermögens und damit für die Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters. Für die Fortdauer der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters spricht eine tatsächliche Vermutung jedenfalls dann, wenn wie hier weiterhin eine Bestallungsurkunde vorgelegt werden kann.

Ein Anlass, für die Verfügungsbefugnis der Insolvenzverwalterin einen Nachweis zu fordern, der über die Vorlage der Bestallungsurkunde hinausgeht, folgt auch nicht aus dem Legalitätsprinzip. Nach diesem Grundsatz muss das GBA eine Eintragung ablehnen, von der es sicher weiß, dass sie das Grundbuch unrichtig machen würde (vgl. BGHZ 35, 135, 139). Vorliegend müsste das GBA die Umschreibung des Eigentums auf die Bet. verweigern, wenn feststünde, dass die Insolvenzverwalterin nicht mehr zur Verfügung über das Grundstück befugt ist. Das ist aber nicht der Fall. Ist der Insolvenzvermerk auf

Ersuchen des Insolvenzgerichts gelöscht worden, so ergibt sich daraus keine sichere Kenntnis davon, dass das Grundstück aus der Insolvenzmasse ausgeschieden ist und deshalb nicht mehr der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters unterliegt (a. A. LG Osnabrück KTS 1972, 202, 203); Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Rn. 1638). Ebenso wenig sind Umstände gegeben, die die zugunsten des Insolvenzverwalters bestehende tatsächliche Vermutung erschüttern, (vgl. zur Beweislage insoweit Bauer/von Oefele, GBO, ATI, Rn. 164). Die Löschung des Insolvenzvermerks kann ebenso gut zu einem Zeitpunkt erfolgen, zu dem der Insolvenzverwalter unverändert zur Verfügung über das Grundstück befugt ist. Nach § 32 Abs. 3 S. 1 InsO hat das Insolvenzgericht das GBA auf Antrag des Verwalters oder eines anderen Betroffenen um Löschung des Insolvenzvermerks zu ersuchen, wenn der Insolvenzverwalter den betroffenen Gegenstand aus der Insolvenzmasse freigibt oder veräußert. Im Falle der Veräußerung kann das Ersuchen schon dann gestellt werden, wenn der Verwalter die Veräußerung des Grundstücks noch nicht vollständig durchgeführt, sondern erst durch den Abschluss eines Kaufvertrages eingeleitet hat. Insbesondere ist es nicht erforderlich, dass der Tatbestand der §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1 BGB durch die Eintragung des Eigentumswechsels vollendet ist. Der insolvenzrechtliche Begriff der Veräußerung kann nicht mit dem gesamten sachenrechtlichen Rechtsvorgang bestehend aus Einigung und Umschreibung gleichgesetzt werden. Soweit § 32 InsO und andere Vorschriften der Insolvenzordnung wie §§ 160 Abs. 2 Nr. 1, 168 Abs. 1 InsO den Begriff der Veräußerung verwenden, ist vielmehr nur das Veräußerungsgeschäft und nicht auch der dingliche Vollzug gemeint. Hierfür spricht bereits, dass das Insolvenzgericht die Wirksamkeit „der Veräußerung“ zu prüfen hat (vgl. MünchKomm/Schmahl, §§ 32, 33 InsO Rn. 61), was naturgemäß nur hinsichtlich des Rechtsgeschäfts und nicht bezüglich der Eintragung in Frage kommt. Wäre der Begriff in § 32 InsO i. S. des gesamten Rechtsvorgangs zu deuten, so wäre im Übrigen die Ersuchungsbefugnis des Insolvenzgerichts zumindest für den Fall der Veräußerung weitgehend überflüssig, weil der Vermerk nach dem Übergang des Eigentums auf den Erwerber ohnehin gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 GBO wegen nachgewiesener Unrichtigkeit zu löschen wäre. Zweck der Ersuchungsbefugnis ist es jedoch, eine vereinfachte und beschleunigte Löschung des Sperrvermerks zu ermöglichen, um den mit der Veräußerung verfolgten Zweck nicht zu gefährden (vgl. FK/Schmerbach, 3. Aufl., § 32 InsO Rn. 17; Nerlich/Römermann/Mönning, § 32 InsO Rn. 24).

5. Erbrecht – Berücksichtigung von Bürgschaftsverbindlichkeiten bei der Berechnung des Nachlasswertes
(*OLG Köln*, Beschluss vom 2. 10. 2003 – 2 W 95/03 – mitgeteilt von Richter am OLG Dr. Göbel, Köln)

BGB §§ 1922; 1967; 2056; 2301; 2311; 2313; 2316

Bürgschaftsverbindlichkeiten sind bei der Berechnung des Nachlasswertes i. S. des § 2311 Abs. 1 BGB außer Betracht zu lassen, so lange offen ist, ob und in welcher Höhe der Bürge überhaupt in Anspruch genommen wird.

Zum Sachverhalt:

I. Der Ast. möchte die Ag. mit der beabsichtigten Klage unter anderem auf Zahlung eines Pflichtteils in Höhe von 12 659,40 € nebst Zinsen in Anspruch nehmen. Seinem Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe hat das LG in Höhe eines Betrages von 10 200,76 € und im Hinblick auf die übrigen Klageanträge stattgegeben. Hinsichtlich des darüber hinaus gehenden Zahlungsanspruchs hat das LG die Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung verneint und den Prozesskostenhilfeantrag zurückgewiesen. Der Nachlass belaufe sich unter Berücksichtigung der von dem Erblasser übernommenen Bürgschaft in Höhe von 71 580,69 € auf 81 606,05 €.

Mit seiner Beschwerde wendet sich der Ast. dagegen, dass das LG bei der Berechnung des Pflichtteilsanspruchs die von dem Erblasser übernommene Bürgschaft nachlassmindernd berücksichtigt hat.

Aus den Gründen:

II. Die gemäß § 127 Abs. 2 S. 2 ZPO statthafte, in rechter Frist (§§ 127 Abs. 2 S. 3, 569 Abs. 1 S. 1 ZPO) eingelegte sofortige Beschwerde, der das LG nicht abgeholfen und über die gemäß § 568 S. 1 ZPO der Einzelrichter des Beschwerdegerichts zu entscheiden hat, ist begründet. Das LG hat zu Unrecht die Erfolgsaussicht (§ 114 ZPO) der beabsichtigten Zahlungsklage teilweise verneint.

1. Dem Ast. steht dem Grunde nach gegen die Ag. gemäß § 2301 Abs. 1 BGB ein Pflichtteilsanspruch zu. Für die Berechnung der Höhe dieses Anspruches kommt es gemäß § 2311 Abs. 1 BGB zunächst auf eine zutreffende Berechnung des Nachlasswertes zur Zeit des Erbfallens an, der sich aus der Differenz zwischen den Nachlassaktiva und den Nachlasspassiva ergibt. Die Nachlassaktiva betragen unstreitig 237 755,05 €. Dem hat das LG Nachlassverbindlichkeiten in Höhe von insgesamt 156 149,- € (84 569,- € unstreitige Nachlassverbindlichkeiten + 71 580,- € Bürgschaft) gegenüber gestellt, so dass sich ein Nachlasswert in Höhe von 81 606,05 € errechnet (237 755,05 € – 156 149,- €). Insoweit hat das LG bei der Bestimmung der Nachlassverbindlichkeiten zunächst die von den Ag. zusätzlich behaupteten Schulden bei der LEG, die Kosten der Entrümpelung sowie die Kosten der Entsorgung Hausrat zu Recht außen vor gelassen hat, weil diese Positionen von dem Ast. bestritten worden und ggf. im Rahmen einer Beweisaufnahme aufzuklären sind. Das LG hätte jedoch nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand auch die Bürgschaft des Erblassers in Höhe eines Betrages von 71 580,- € bei der Berechnung des Pflichtteilsanspruchs des Ast. nicht als Passiva in die Nachlasswertberechnung miteinbeziehen dürfen. Die Nachlassverbindlichkeiten belaufen sich deshalb nur auf insgesamt 84 569,- €, so dass sich ein Nachlasswert in Höhe von 153 186,05 € ergibt (237 755,05 € – 84 569,- €).

a) Im Ausgangspunkt weist das LG zutreffend darauf hin, dass von einem Erblasser übernommene Bürgschaftsverpflichtungen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 1922 BGB auf die Erben übergehen. Insoweit ist es auch unproblematisch und steht außer Streit, dass Bürgschaftsverpflichtungen eine Nachlassverbindlichkeit gemäß § 1967 BGB darstellen (vgl. nur Palandt/Edenhofer, 62. Aufl. 2003, § 1967 BGB Rn. 4). Demnach

haften die Ag. bei einer Inanspruchnahme aus der von dem Erblasser eingegangenen Bürgschaftsverpflichtung.

b) Hiervon zu unterscheiden ist jedoch die Frage, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen eine Bürgschaftsverpflichtung bei der Bestimmung des Nachlasswertes gemäß § 2311 Abs. 1 BGB im Rahmen der Berechnung eines Pflichtteilsanspruches Berücksichtigung finden kann. Hieran bestehen keine Bedenken, wenn in dem Zeitpunkt, in dem ein Pflichtteilsberechtigter seinen Pflichtteilsanspruch gegen die Erben geltend macht, die Erben von dem Gläubiger des Erblassers und Hauptschuldners tatsächlich in Anspruch genommen werden oder die Inanspruchnahme unmittelbar bevorsteht. In diesem Fall ist das Nachlassvermögen entsprechend vermindert, so dass auch der Pflichtteilsberechtigte diese Verminderung im Rahmen seines Anspruchs hinzunehmen hat. Ist jedoch diese Inanspruchnahme durch den Gläubiger zweifelhaft, ist die Sonderregelung des § 2313 Abs. 2 BGB zu beachten. Hiernach gilt u. a. für zweifelhafte Verbindlichkeiten das Gleiche wie für Verbindlichkeiten, die von einer aufschiebenden Bedingung abhängig sind. Derartige Verbindlichkeiten bleiben gemäß § 2313 Abs. 1 S. 1 BGB bei der Feststellung des Wertes des Nachlasses außer Ansatz. Dies erscheint auch sachgerecht, da die Erben bei derartigen Verbindlichkeiten noch nicht aktuell belastet sind. Sie werden durch diese Regelung auch nicht unangemessen benachteiligt. Tritt nämlich die Bedingung ein bzw. wird die zunächst zweifelhafte Verbindlichkeit aktuell, hat gemäß § 2313 Abs. 1 S. 3 BGB eine der veränderten Rechtslage entsprechende Ausgleichung zu erfolgen. Diese Grundsätze gelten auch bei der Beurteilung von Bürgschaftsverbindlichkeiten. Diese sind bei der Berechnung des Nachlasswertes solange außer Betracht zu lassen, solange offen ist, ob und in welcher Höhe der Bürge überhaupt in Anspruch genommen wird (vgl. hierzu RG JW 1906, 114; OLG Kiel OLGZ 7, 143; MünchKomm/Frank, 3. Aufl. 1997, § 2313 BGB Rn. 6; Soergel/Diekmann, Stand Sommer 2002, § 2313 BGB Rn. 8; Bamberger/Roth/Mayer, 2003, § 2313 BGB Rn. 4). Soweit das OLG Düsseldorf eine Grundschuld den Regeln einer auflösend bedingten Verbindlichkeit unterstellt hat (vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 727), bedarf es vorliegend keiner Entscheidung, ob dieser Auffassung zu folgen ist. Es besteht nämlich ein entscheidender Unterschied zwischen beiden Fallgestaltungen. Die Berücksichtigung einer Grundschuld als Verbindlichkeit des Nachlasses auch ohne aktuelle Inanspruchnahme lässt sich jedenfalls deshalb rechtfertigen, weil sich bei einer Verwertung des Grundstückes im Wege der Veräußerung oder der weiteren Belastung die Grundschuld eindeutig wertmindernd auswirkt (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.).

c) Vorliegend ist aber von den Ag. nicht dargetan worden, inwieweit zum jetzigen Zeitpunkt eine konkrete Inanspruchnahme aus der Bürgschaft aktuell droht. Die Behauptung, die Inanspruchnahme könne jederzeit erfolgen, ersetzt nicht die konkrete Darlegung von Umständen, die für eine solche Inanspruchnahme sprechen. Insbesondere wird von den Ag. nicht behauptet und ist auch sonst nicht ersichtlich, dass die Hauptschuldnerin ihre Darlehensverbindlichkeit nicht ordnungsgemäß tilgt. Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass

derzeit noch völlig ungeklärt ist, ob und wenn ja in welcher Höhe die Ag. als Bürgen in Anspruch genommen werden. In diesem Fall ist es aber nicht gerechtfertigt, die Bürgschaftsverpflichtung bei der Berechnung des Nachlasswertes als Verbindlichkeit in Ansatz zu bringen. Erfolgt eine Inanspruchnahme der Ag., haben sie gemäß § 2313 Abs. 1 S. 3 BGB Anspruch auf eine der veränderten Rechtslage entsprechende Ausgleichung gegen den Ast. Soweit das LG demgegenüber – gerade umgekehrt – auf die Möglichkeit des Ast. verweist, bei einer ausbleibenden Inanspruchnahme der Ag. gegen diese einen Ausgleichsanspruch geltend zu machen, stellt es die Bürgschaftsverbindlichkeit zu Unrecht einer auflösend bedingten Verbindlichkeit gemäß § 2313 Abs. 1 S. 2 BGB gleich.

2. Von dem sich rechnerisch hiernach ergebenden Nachlasswert in Höhe von 153 186,05 € kann der Ast. gemäß § 2303 BGB Abs. 1 S. 2 jedenfalls den mit der beabsichtigten Klage bezifferten Betrag von 12 659,40 € – nur insoweit hat er auch die Bewilligung von Prozesskostenhilfe beantragt – beanspruchen.

a) Allerdings beträgt die Pflichtteilsquote entgegen der Ansicht des Ast. bei isolierter Anwendung der §§ 2303 Abs. 1 S. 2, 1924 Abs. 1 und 4 BGB grundsätzlich nicht 1/8, sondern 1/10, weil insgesamt fünf Abkömmlinge zu berücksichtigen sind. Die von Frau E. B. – einer Tochter des Erblassers im Zusammenhang mit der Zahlung ihrer Eltern (des Erblassers und dessen Ehefrau) in Höhe von 50 000,- DM abgegebene Erklärung stellt mangels notarieller Beurkundung (vgl. § 2348 BGB) keinen formgültigen Erbverzicht i. S. des § 2346 Abs. 1 BGB dar, so dass auch die Vorschrift des § 2310 Abs. 1 S. 2 BGB nicht zur Anwendung kommt. Hiernach ist derjenige, der durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, bei der Bestimmung des Erbteils nicht mitzuzählen. Das LG hat jedoch zu Recht darauf hingewiesen, dass vorliegend wegen der Zahlung an die Tochter E. B. die §§ 2316, 2050 ff. BGB zu berücksichtigen sind. Da die Tochter infolge der ausgleichspflichtigen Zahlung bereits mehr als ihr gesetzliches Erbteil erhalten hat, bleibt ihr Erbteil gemäß § 2056 S. 2 BGB außer Ansatz. Bei gesetzlicher Erbfolge stünde dem Ast. deshalb eine Erbquote von 1/4 zu. Dies führt im Rahmen des § 2316 Abs. 1 BGB zu einer Pflichtteilsquote des Ast. von 1/8. Bei einem Nachlasswert von 153 186,05 € ergibt sich rechnerisch ein Pflichtteilsanspruch in Höhe von 19 148,26 €. (...)

6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zu den Voraussetzungen eines Gesellschafterausschlusses im Wege der Einziehung des Geschäftsanteils

(*BayObLG*, Beschluss vom 18. 3. 2003 – 3Z BR 246/02)

GmbHG §§ 34; 51 a

1. Sieht die Satzung einer GmbH vor, dass ein Gesellschafter bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auf Verlangen der übrigen Gesellschafter aus der Gesellschaft auszuschneiden hat, so müssen etwaige Ausschlussgründe im Wege der Ausschlussklage geltend gemacht werden.

2. Ein Ausschluss durch rechtsgestaltenden Gesellschafterbeschluss ist auch dann nicht möglich, wenn die Satzung die Gesellschaft ermächtigt, die Übertragung der Anteile eines ausscheidenden Gesellschafters durch Beschluss zu bewirken.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Die Ast. ist eine nach niederländischem Recht gegründete Kapitalgesellschaft, der durch notariellen Vertrag 39,6 % der Geschäftsanteile der Ag., einer deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, abgetreten wurden.

Die Satzung der Ag. enthält u. a. folgende Regelungen:

§ 12 Ausscheiden eines Gesellschafters

12.1 Wird über das Vermögen eines Gesellschafters das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet oder mangels Masse abgelehnt oder liegen in einer Person Gründe vor, die nach § 133 HGB zur Erhebung der Auflösungsklage berechtigen, so hat dieser Gesellschafter auf Verlangen der übrigen Gesellschafter aus der Gesellschaft auszuscheiden. (. . .)

§ 13 Folgen des Ausscheidens

13.1 Der ausscheidende Gesellschafter ist verpflichtet, nach Wahl der übrigen Gesellschafter, die darüber allein zu beschließen haben, seine Geschäftsanteile ganz oder geteilt an die Gesellschaft, an einen oder mehrere Gesellschafter oder an einen von den übrigen Gesellschaftern zu benennenden Dritten abzutreten oder ihre Einziehung zu dulden. Die Gesellschaft kann auch selbst die Übertragung der Anteile auf einen anderen Gesellschafter oder Dritte beschließen.

13.2 Die Einziehung sowie der Erwerb von Anteilen durch die Gesellschaft ist nur unter Beachtung von § 30 Abs. 1 GmbHG zulässig. (. . .)

Mit Gesellschafterbeschluss vom 14. 2. 2000 wurde die Ast. aufgefordert, zum 10. 3. 2000 aus der Ag. auszuscheiden und ihren Gesellschaftsanteil auf die verbleibenden Gesellschafter quotaal zu übertragen. Es wurde ferner beschlossen, eine Übertragungs- oder Einziehungsklage zu erheben, falls bis 10. 3. 2000 die geforderte Erklärung nicht vorliegen sollte. Am 10. 4. 2000 beschlossen die Gesellschafter der Ag., dass die Ast. gemäß § 12 der Satzung als Gesellschafter ausscheide. Die Ast. werde aufgefordert, ihre Geschäftsanteile geteilt an die übrigen Gesellschafter zu übertragen bzw. hilfsweise die Einziehung zu dulden. Am 15. 5. 2000 erfolgte schließlich per Gesellschafterbeschluss die Einziehung der Geschäftsanteile der Ast.

Die Ast. ist gegen die genannten Beschlüsse nicht im Klagewege vorgegangen. Sie stellte stattdessen mit Schriftsatz vom 10. 5. 2002 einen später noch geringfügig modifizierten Antrag auf Gestattung von Einsichtnahme in die Bücher der Ag. sowie auf Erteilung von Auskünften. Das LG hat die Anträge zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Ast.

Aus den Gründen:

II. Die sofortige Beschwerde ist zulässig und begründet.

1. Das Rechtsmittel ist statthaft (§ 51 b S. 1 GmbHG i. V. mit §§ 132 Abs. 3, 99 Abs. 3 S. 2 AktG), insbesondere auch vom LG in dem angefochtenen Beschluss zugelassen (§ 132 Abs. 3 S. 2 AktG). Aufgrund der vom Verfahrensbevollmächtigten der Ast. vorgelegten Unterlagen hat der Senat weder Zweifel an der Existenz der

Ast. noch an ihrer ordnungsgemäßen Vertretung. Die Ast. ist als nach niederländischem Recht gegründete Kapitalgesellschaft in Deutschland rechtsfähig und kann damit unabhängig vom Zeitpunkt einer Verlegung ihres Verwaltungssitzes nach Deutschland als Bet. im vorliegenden Verfahren agieren (vgl. EuGH ZIP 2002, 2037 = DNotZ 2003, 139, BayObLG GmbHR 2003, 299, 300 = DNotZ 2003, 295 = RNotZ 2003, 139). Die Verfahrensbevollmächtigten der Ast. haben ihre Bevollmächtigung entsprechend dem Verlangen der Ag. durch öffentlich beglaubigte Vollmacht nachgewiesen (§ 13 S. 3 FGG; § 129 Abs. 1 S. 1 BGB).

2. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. (. . .)

b) Nach § 51 a Abs. 1 GmbHG haben die Geschäftsführer einer GmbH jedem Gesellschafter auf Verlangen unverzüglich Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben und Einsicht der Bücher und Schriften zu gestatten. Lediglich unter besonderen Umständen sind die Geschäftsführer berechtigt, Auskunft und Einsicht zu verweigern (§ 51 a Abs. 2 GmbHG). Von diesen Vorschriften kann im Gesellschaftsvertrag nicht abgewichen werden (§ 51 a Abs. 3 GmbHG). „Rechtlicher Träger“ der Auskunftspflicht ist die Gesellschaft, gegen die der Anspruch auch gerichtlich geltend zu machen ist (vgl. Baumbach/Hueck, 17. Aufl., § 51 a GmbHG Rn. 8 m. w. N.).

c) Der Senat sieht die Voraussetzungen des Auskunfts- und Einsichtsrechtes im vorliegenden Fall als gegeben an.

aa) Wie im Ansatz auch das LG geht der Senat davon aus, dass die Ast. die Geschäftsanteile an der Ag. wirksam erworben hat. (...)

bb) Die Ast. hat ihre Beteiligung an der Ag. weder durch einen Ausschluss noch durch Amortisation verloren.

(1) Das GmbH-Gesetz enthält keine allgemeine Regelung des Ausschlusses von Gesellschaftern aus wichtigem Grund. Gleichwohl ist die Zulässigkeit eines solchen Ausschlusses auch ohne besondere Satzungsregelung im Grundsatz allgemein anerkannt (Baumbach/Hueck, Anh. § 34 GmbHG Rn. 2 m. w. N.). Im vorliegenden Falle ist ergänzend auf die Regelung in § 12.1 der Satzung zu verweisen. Hiernach hat der betroffene Gesellschafter bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auf Verlangen der übrigen Gesellschafter aus der Gesellschaft auszuscheiden.

Verfahrensrechtlich erfolgt der Ausschluss eines Gesellschafters durch Gestaltungsurteil aufgrund einer Ausschlussklage der Gesellschaft (Baumbach/Hueck, Anh. § 34 GmbHG Rn. 8 m. w. N.). Die Satzung der Gesellschaft kann darüber hinaus auch einen Ausschluss durch rechtsgestaltenden Gesellschafterbeschluss vorsehen (allg. vgl. Baumbach/Hueck, Anh. § 34 GmbHG Rn. 14 m. w. N.).

Im vorliegenden Falle enthält die Satzung der Betroffenen aber keine solche Ermächtigung. Dies belegt schon der Wortlaut der Satzung. Während § 13.1 der Satzung die Gesellschaft ausdrücklich ermächtigt, die Übertragung der Anteile eines ausscheidenden Gesellschafters durch Beschluss zu bewirken, enthält § 12.1 der

Satzung eine solche Befugnis nicht. Damit verbleibt es dabei, dass die Gesellschafter etwaige Ausschlussgründe im Wege einer Ausschlussklage der Gesellschaft geltend zu machen haben. Dies ist nach Aktenlage aber nicht geschehen. Dem Beschluss der Gesellschafter vom 10. 4. 2000, wonach die Ast. „gemäß § 12 als Gesellschafter ausscheidet“, kann vor diesem Hintergrund keine Ausschlusswirkung beigemessen werden; der Beschluss ist ersichtlich auch von den Bet. nicht so verstanden worden.

(2) Die Einziehung (Amortisation) von Geschäftsanteilen darf (nur) erfolgen, soweit sie im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist (§ 34 Abs. 1 GmbHG). Begrifflich ist die Einziehung auf Vernichtung eines Geschäftsanteils und der aus ihm fließenden Rechte gerichtet, zielt also primär auf eine Veränderung der Kapitalverhältnisse und nicht des Personenbestandes der Gesellschaft ab. Als Folgewirkung aber führt auch die (zwangsweise) Einziehung des Geschäftsanteils zum Ausschluss des betroffenen Gesellschafters (vgl. i. e. Scholz/Westermann, 9. Aufl., § 34 GmbHG Rn. 1). Danach ist die (Zwangs-) Einziehung des Geschäftsanteils mit dem Ausschluss des Gesellschafters rechtlich nicht identisch; die Ermächtigung zum Ausschluss enthält keine Befugnis zur Einziehung (vgl. BGH DStR 2001, 1898).

Im vorliegenden Fall regelt § 13 der Satzung der Betroffenen die „Folgen des Ausscheidens“ eines Gesellschafters. Die Regelung begründet zunächst eine Verpflichtung ausscheidender Gesellschafter zur Abtretung ihrer Geschäftsanteile. Alternativ hierzu haben die Gesellschafter deren Einziehung zu dulden. Die Gesellschaft kann selbst die Übertragung der Anteile auf andere Gesellschafter oder Dritte beschließen.

Es ist bereits fraglich, ob diese Klauseln grundsätzlich eine Einziehung des Geschäftsanteils durch Gesellschafterbeschluss (vgl. Baumbach/Hueck, § 34 GmbHG Rn. 12 m. w. N.) zulassen. Einen Beschluss sieht die Satzung ausdrücklich nur mit dem Ziel einer Übertragung der Geschäftsanteile auf andere, nicht aber mit dem Ziel der Einziehung vor. Insoweit spricht die Satzung, wie dargestellt, eher unscharf von einer „Duldungspflicht“ des Betroffenen, was wiederum den Gegenschluss zuließe, dass eine Einziehungskompetenz gerade nicht begründet werden sollte.

Unabhängig davon ist aber nach dem Wortlaut der Satzung eindeutig geregelt, dass eine etwaige Einziehungskompetenz der Gesellschafterversammlung nicht neben oder anstelle der Rechtsgestaltung der Gesellschafterbeziehungen durch eine Ausschließung steht, sondern – allenfalls – als Folge des Ausscheidens eines Gesellschafters in Betracht kommt. Die Amortisation eines Geschäftsanteils zum Zwecke des Ausschlusses eines Gesellschafters lässt die Satzung der Betroffenen nicht zu.

Da im vorliegenden Falle dem Einziehungsbeschluss keine Ausschließung der Ast. oder ihr Ausscheiden aus einem anderen Rechtsgrund voranging, fehlt dem Beschluss die nach § 34 Abs. 1 GmbHG nötige Verankerung in der Satzung. Der Beschluss ist satzungswidrig ergangen und damit nichtig (vgl. BGH GmbHR 1999, 1194, 1195; Scholz/Westermann § 34 GmbHG Rn. 45; Baum-

bach/Hueck, § 34 GmbHG Rn. 12). Einer Anfechtung bedurfte es nicht (vgl. Baumbach/Hueck, Anh. § 47 GmbHG Rn. 8).

Auf die Frage, ob eine Abfindung der Ast. durch die Ag. ohne Gefährdung von deren Stammkapital möglich gewesen wäre, und die sich daraus weiter ergebenden Rechtsfragen kommt es nicht mehr an.

cc) Die weiteren Voraussetzungen des Auskunfts- und Einsichtsrechtes nach § 51 a Abs. 1 GmbHG sind im vorliegenden Falle nach Aktenlage ohne weiteres zu bejahen.

Die Ast. hat von der Ag. Auskunft bzw. Einsicht in die Bücher gefordert. Das im Beschwerdeverfahren verfolgte Begehren ist nach Inhalt und Umfang von § 51 a Abs. 1 GmbHG gedeckt. Ein Verweigerungsrecht nach § 51 a Abs. 2 GmbHG wird von der Ag. nicht geltend gemacht.

Die Ast. ist schließlich auch nicht unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gehalten, die ihr zustehenden Informationsrechte nicht auszuüben. Soweit die Ag. in diesem Zusammenhang darauf verweist, dass materiell ein wichtiger Grund für eine Ausschließung der Ast. vorgelegen habe, bedarf dies hier keiner weiteren Erörterung. Ein wirksamer Ausschluss ist bisher nicht erfolgt. Sollte ein solcher Ausschluss noch erfolgen, ließe er die Rechtsstellung der Ast. bis zum Verlust des Geschäftsanteiles durch Abtretung oder Einziehung grundsätzlich unberührt (vgl. Baumbach/Hueck, Anh. § 34 GmbHG Rn. 13 m. w. N.). Bis zu diesem Zeitpunkt kann der Gesellschafter seine Rechte auch durchsetzen. Es gibt keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass nur derjenige Rechte geltend machen kann, der sich selbst rechtskonform verhalten hat (vgl. Palandt/Heinrichs, 62. Aufl., § 242 BGB Rn. 46 m. w. N.).

Auch im Übrigen ist ein treuwidriges Verhalten der Ast. nicht erkennbar. Insbesondere hat die Ast. ihre Informationsrechte nicht verwirkt. Ein Recht ist verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht hat und der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat bzw. sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde (Palandt/Heinrichs, § 242 BGB Rn. 87 m. w. N.). Nach Aktenlage fehlt dazu im vorliegenden Falle zumindest das „Umstandsmoment“ (Vertrauenstatbestand).

7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Keine Eintragung der Verschmelzung vor Ablauf der Klagefrist des § 14 Abs. 1 UmwG

(*OLG Hamburg*, Beschluss vom 20. 8. 2003 – 11 W 39/03)

FGG §§ 142; 144 Abs. 2

UmwG §§ 14 Abs. 1; 16 Abs. 2

ZPO § 167

1. Das Registergericht darf eine Verschmelzung nicht unmittelbar nach Ablauf der Klagefrist eintragen. Es hat vielmehr zu berücksichtigen, dass eine später zu-

gestellte Klage die Frist noch wahren kann, wenn sie innerhalb der Frist eingereicht war.

2. Mängel im registergerichtlichen Verfahren begründen keine Löschung der Eintragung von Amts wegen.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Die Ast. sind Aktionäre der X. AG. Diese Gesellschaft, die ursprünglich ihren Sitz in F. hatte, und die Y. AG, als übertragende Rechtsträger sollten gemäß Verschmelzungsvertrag vom 18. 7. 2003 auf die X. AG (NewCo) als übernehmenden Rechtsträger verschmolzen werden. Die Hauptversammlung der Y. AG stimmte der Übertragung am 18. 7. 2002 zu, die der X. AG (alt) am 16. 7. 2002. Gegen beide Hauptversammlungsbeschlüsse sind innerhalb der Monatsfrist nach § 14 Abs. 1 UmwG Anfechtungsklagen eingereicht worden. Am 19. 8. 2002 gab der Vorstand der X. AG (alt) die Negativklärung nach § 16 Abs. 2 UmwG beim AG F. ab. Die Verschmelzung wurde am 20. 8. 2002 durch notarielle Erklärung zum Handelsregister des AG H. angemeldet; der Anmeldung lag eine Negativklärung des Vorstandes der Y. AG vom 20. 8. 2002 bei. Am 20. 8. 2002, Eingang 20.57 Uhr, wurde das Handelsregister durch den Prozessbevollmächtigten der Aktionäre per Fax über die Erhebung der Anfechtungsklagen vor dem LG H. und F. informiert.

Die Ast. haben Löschung der Eintragung beantragt, weil sie unter Verstoß gegen § 16 Abs. 2 UmwG zustande gekommen sei. Sie halten die Löschung auch aus verfassungsrechtlichen Gründen für geboten, weil ihnen anderenfalls ein effektiver Rechtsschutz gegen die Verschmelzung versagt würde. Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Ast.

Aus den Gründen:

II. Die weitere Beschwerde ist nach § 27 FGG zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

1. Nach § 144 Abs. 2 FGG kann ein in das Handelsregister eingetragener Beschluss der Hauptversammlung einer AG gelöscht werden, wenn durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt und seine Beseitigung im öffentlichen Interesse erforderlich erscheint. Ein solches Vorgehen ist im Falle der Verschmelzung jedoch nicht möglich. Mit Recht und zutreffender Begründung hat das LG im angefochtenen Beschluss ausgeführt, dass eine Amtslöschung der Eintragung wegen Mängeln des Verschmelzungsvertrages oder anderer inhaltlicher Mängel der Verschmelzung in Hinblick auf § 20 Abs. 2 UmwG nicht in Betracht kommt; denn mit der Eintragung ist die Verschmelzung ungeachtet vorhandener Mängel wirksam geworden. Dieses Ergebnis entspricht der herrschenden Meinung, die eine Löschung von Amts wegen ausschließt (vgl. GroßKommAktG/K. Schmidt, § 241 AktG Rn. 87; Lutter/Grunewald, § 20 UmwG Rn. 70; MünchKomm/Hüffer, § 241 AktG Rn. 76).

Der Senat folgt dem LG auch darin, dass sich aus dem grundgesetzlichen Schutz des Eigentums kein Anspruch des Aktionärs auf eine Löschung von Amts wegen entnehmen lässt. Der Aktionär hat die Möglichkeit, die Fehlerhaftigkeit des Verschmelzungsbeschlusses im Zivilprozess geltend zu machen. Dem stehen die Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister und die damit verbundenen Wirkungen nach § 20 UmwG

nicht entgegen, wie die Vorschrift des § 16 Abs. 3 S. 6 UmwG zeigt.

2. Die Ast. können sich auch nicht mit Erfolg auf Fehler des Registergerichts im Eintragungsverfahren stützen.

a) Allerdings liegt ein fehlerhaftes Verfahren des Registergerichts vor. Denn das AG H. hätte den Beschluss nicht bereits am 20. 8. 2002, also zwei Tage nach Ablauf der Klagefrist des § 14 Abs. 1 UmwG, eintragen dürfen. Zu diesem Zeitpunkt durfte noch nicht davon ausgegangen werden, dass keine fristgerechte Klage gegen den Verschmelzungsbeschluss erhoben worden war oder erhoben werden würde. Tatsächlich sind sowohl vor dem LG H. als auch vor dem LG F. innerhalb der Frist Klagen eingereicht worden, die i. S. des § 167 ZPO „demnächst“ zugestellt wurden oder hätten zugestellt werden können, so dass die Klagefrist gewahrt war. Das Verfahren des Registergerichts ist auch nicht dadurch zu rechtfertigen, dass der Vorstand der beteiligten Gesellschaften ein Negativattest nach § 16 Abs. 2 UmwG abgegeben hatte. Denn zwar traf dessen Inhalt insoweit zu, als bis zum Datum der Erklärung noch keine Klage erhoben war; das schloss es aber keinesfalls aus, dass eine Klage rechtzeitig eingereicht war und nach der Vorschrift des § 167 ZPO demnächst zugestellt werden würde. Das Verfahren des Registerrichters, auf einen Eintragungsantrag vom 20. 8. 2002 bereits am gleichen Tage die Registereintragung zu veranlassen, erscheint unter diesen Umständen ausgesprochen ungewöhnlich. Auch die im Beschwerdeverfahren vom anmeldenden Notar abgegebene Äußerung, die Negativklärung sei „vollumfänglich richtig“ gewesen, weil keine Klage erhoben worden sei, geht am Kern des Problems vorbei; sie konnte nur die Situation im Zeitpunkt der Abgabe wiedergeben, aber über die allein interessierende Frage, ob die Beschlüsse rechtzeitig angefochten werden konnten, keine Aussage treffen; der Notar hätte aufgrund seines öffentlichen Amtes darauf achten müssen, diese Irreführung zu vermeiden. Zutreffend ist allerdings, dass die Verschmelzung unabhängig davon, ob eine Anfechtungsklage fristgerecht erhoben wurde, also innerhalb der Klagefrist nach § 14 Abs. 1 UmwG zur Eintragung angemeldet werden konnte (vgl. Lutter/Grunewald, § 16 UmwG Rn. 4 a. E.). In einem solchen Fall ist die Negativklärung nachzureichen und die Eintragung durch das Registergericht zurückzustellen (vgl. Dehmer, § 16 UmwG Rn. 21 a. E.). Daraus folgt aber nicht, dass die Negativklärung bereits einen Monat nach der Hauptversammlung, also ohne Abwarten eines Zeitraumes, der unter gewöhnlichen Umständen noch als demnächst i. S. des § 167 ZPO angesehen werden kann, abgegeben werden durfte. Hierauf hat sich auch das Registergericht einzustellen und mit der Eintragung bis zum Ablauf einer angemessenen Frist, die vielleicht zwei weitere Wochen betragen kann, abzuwarten.

Dieser Fehler des Registergerichts kann jedoch eine Löschung der Eintragung von Amts wegen nicht begründen. Ein fehlerhaftes Verfahren des Registergerichts erfüllt nicht die Voraussetzungen des § 144 Abs. 2 FGG (vgl. Hüffer, § 241 AktG Rn. 30). Denn dafür ist es erforderlich, dass der Beschluss seinem Inhalt nach zwingende gesetzliche Vorschriften verletzt. Das folgt aus dem Wortlaut der Vorschrift, die ausdrücklich auf den

Inhalt des Beschlusses abstellt, also die Berufung auf Mängel im registergerichtlichen Verfahren ausschließt.

b) Auch eine Löschung der Verschmelzung nach § 142 FGG kommt nicht in Betracht. Dabei kann offen bleiben, ob die Eintragung, wie § 142 Abs. 1 FGG voraussetzt, wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war. Denn § 144 Abs. 2 FGG schließt als *lex specialis* eine Löschung von Amts wegen nach § 142 FGG aus. Nach ganz herrschender Meinung, der sich der Senat anschließt, sollen Hauptversammlungsbeschlüsse der AG nur unter den engen Voraussetzungen des § 144 FGG gelöscht werden können (OLG Karlsruhe Rpfleger 2001, 498; OLG Hamm NJW-RR 1994, 548, 549; Keidel/Kuntze/Winkler, § 144 FGG Rn. 5; Bassenge/Herbst, § 144 FGG Rn. 1; Großkomm/K. Schmidt, § 241 AktG Rn. 78). Für diese Auffassung spricht, dass es aus Sicht der Aktionäre, die für die Verschmelzung gestimmt haben, schwer hinnehmbar wäre, wenn der Beschluss allein wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften gelöscht werden könnte. Nach anderer Ansicht (MünchKomm/Hüffer, § 241 AktG Rn. 81) gilt der Ausschluss zwar im Grundsatz, jedoch soll eine Löschung bei wesentlichen Mängeln im Registerverfahren (z. B. Fehlen einer Anmeldung, Anmeldung durch Unbefugte) nach § 142 FGG möglich sein. Auch nach dieser Ansicht wäre die Löschung ausgeschlossen, denn die Fehleinschätzung über die Reichweite einer Negativklärung ist mit den genannten Fehlern nicht gleichzustellen. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass das Registergericht über die Anfechtungsklage informiert war; denn die Eintragung erfolgte am 20. 8. 2002, während die Mitteilung des Prozessbevollmächtigten der klagenden Aktionäre erst am Abend des 20. 8. 2002, 20.27 Uhr, einging.

Der Ausschluss der Löschung nach § 142 FGG durch die Spezialregelung in § 144 Abs. 2 FGG verletzt die Ast. auch nicht in ihren Verfassungsrechten (vgl. OLG Karlsruhe Rpfleger 2001, 498). Ein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG liegt nicht vor; bei von der Hauptversammlung beschlossenen Strukturmaßnahmen muss es der Minderheitsaktionär hinnehmen, dass er sein Anteilsrecht gegen Abfindung in Aktien oder in Geld verliert. Soweit es um die Höhe der Entschädigung geht, steht ihm das Spruchverfahren zur Verfügung. Auch ein Verstoß gegen die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ist nicht gegeben; denn die Eintragung des Verschmelzungsbeschlusses und die sich daraus ergebenden Folgen hindern die Ast. nicht, die Fehlerhaftigkeit des Beschlusses durch Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage oder auch im Wege des Schadensersatzes geltend zu machen.

8. Notarrecht – Keine Aufklärungspflicht des Notars über Lasten von zur Zeit des Grundstückskaufs geplanten, aber noch nicht durchgeführten Erschließungsmaßnahmen

(*OLG Karlsruhe*, Urteil vom 3. 7. 2003 – 12 U 24/03)

BeurkG § 17 Abs. 1
BGB § 839

1. Die Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB greift auch dann ein, wenn der Geschädigte eine frü-

her vorhandene, anderweitige Ersatzmöglichkeit schuldhaft versäumt hat.

2. Der einen Grundstückskaufvertrag protokollierende Notar ist nicht verpflichtet, auf aus dem Bebauungsplan sich ergebende zukünftige, aber noch nicht umgesetzte Erschließungsmaßnahmen und die damit verbundenen Lasten hinzuweisen. Hierzu muss der Erwerber, der das Grundstück kauft „wie es steht und liegt“, grundsätzlich selbst die notwendigen Erkundigungen einholen.

Zum Sachverhalt:

Der Kl. verlangt von dem bekl. Land Schadensersatz wegen einer angeblichen Amtspflichtverletzung des Notars anlässlich der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages.

Der Kl. erwarb durch notariellen Kaufvertrag vom 27. 8. 1993 von X. das seit den 60er Jahren des vorigen Jahrhunderts mit einem Wohnhaus bebaute Grundstück in S. zu einem Kaufpreis von 500 000,- DM. Beurkundet wurde der Vertrag durch den Notar. In § 5 des Kaufvertrages wurde u. a. vereinbart, dass die Übergabe von Besitz und Nutzungen sofort erfolgt und der Kl. ab 1. 10. 1993 die öffentlichen Lasten und Abgaben trägt. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses waren die vorgesehenen Erschließungsmaßnahmen nur teilweise durchgeführt worden. Die am Grundstück vorbeiführende Straße war mit einer Teerschicht versehen, und es bestand eine Straßenbeleuchtung. Weitere Erschließungsmaßnahmen wie die Anlage von Gehwegen und die Verlegung der Kanalisation erfolgten im Jahr 1996. Die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhandenen Erschließungsanlagen waren durch die Gemeinde S. noch nicht gegenüber den Grundstückseigentümern abgerechnet worden, was der Verkäuferin X. bekannt war. Ebenso wusste sie, dass noch weitere Erschließungsmaßnahmen von der Gemeinde S. beabsichtigt waren. Hierüber wurde der Kl. von der Verkäuferin X. nicht aufgeklärt.

Am 10./11. 8. 1996 erfuhr der Kl. von einem Nachbarn, dass in nächster Zeit mit der Zustellung von Erschließungs- und Beitragsbescheiden zu rechnen sei. Der Kl. erhielt am 17. 9. 1997 von der Gemeinde S. einen Vorauszahlungsbescheid auf die Erschließungskosten in Höhe von 42 828,75 DM. Der hiergegen eingelegte Widerspruch blieb erfolglos. Von der gerichtlichen Überprüfung des Bescheids nahm der Kl. abstand, da er keine Erfolgsaussichten in einem solchen Vorgehen sah. Durch Beitragsbescheide wurde der Kl. zwischenzeitlich zu Erschließungskosten – seinem Vortrag in zweiter Instanz zufolge – von insgesamt 74 983,50 DM herangezogen.

Das LG hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass eine anderweitige Ersatzmöglichkeit – vorliegend gegenüber der Verkäuferin bzw. deren Erben – bestehe.

Hiergegen hat der Kl. Berufung eingelegt und wurde zunächst auf Antrag beider Parteien wegen des zwischenzeitlich anhängigen Rechtsstreits gegen die Erben der Verkäuferseite vor dem LG/OLG D. das Ruhen des Verfahrens angeordnet. Mit Urteil des OLG D. hat das OLG die Berufung des Kl. gegen das klageabweisende Urteil der Einzelrichterin beim LG D. im Verfahren des Kl. gegen die Erbin zurückgewiesen. Der Kl. hat daraufhin das hiesige Verfahren wieder anberufen. Der Senat hat mit Zwischenurteil erkannt, dass die Berufung des Kl. zulässig ist.

Aus den Gründen:

Die Berufung des Kl. ist zulässig, in der Sache hat sie keinen Erfolg.

I. Der Kl. hat keinen Anspruch gemäß § 839 BGB, Art. 34 GG. Soweit der Kl. Erstattung der Kosten für

Erschließungsmaßnahmen beansprucht, die erst weit nach Abschluss des Kaufvertrages ab dem Jahre 1996 durchgeführt worden sind, fehlt es an einem pflichtwidrigen Verhalten des Notars in Form einer Amtspflichtverletzung im Rahmen seiner Beurkundungspflichten bei Abschluss des notariellen Kaufvertrages am 27. 8. 1993. Soweit der Kl. meint, in den geltend gemachten Kosten für Erschließungsmaßnahmen seien auch solche enthalten, die bereits vor Abschluss des notariellen Kaufvertrages angefallen und durchgeführt worden seien, besteht nach Auffassung des Senats insoweit eine anderweitige Erstattungsmöglichkeit gegenüber den Erben der verstorbenen Verkäuferin X. Darüber hinaus wurden – wie unten auszuführen sein wird – solche Kosten schon nicht substantiiert und damit überprüfbar dargelegt.

1. Die Ansprüche des Kl. sind allerdings entgegen der Auffassung des bekl. Landes nicht verjährt. Denn die dreijährige Verjährungsfrist gemäß § 852 BGB a. F., der der Anspruch bis 31. 12. 2001 unterlag, setzt als Verjährungsbeginn die Kenntnis des Kl. von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen voraus sowie das Wissen, dass keine den Schaden vollständig deckende anderweitige Ersatzmöglichkeit vorhanden ist (BGHZ 102, 246 = DNotZ 1988, 388). Die Kenntnis des Kl. kann erst mit Erhalt des Erschließungskostenbescheids vom 17. 9. 1997 angenommen werden. Der Mahnbescheid wurde vor Ablauf der Verjährungsfrist am 30. 7. 1999 beantragt und dem bekl. Land am 16. 8. 1999 zugestellt. Die Verjährung des Anspruchs wurde damit in unverjährter Zeit (Verjährungsablauf: 17. 9. 2000) unterbrochen (§ 209 Abs. 2 Ziff. 1 BGB a. F.). Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts hat die Unterbrechung der Verjährung zum 31. 12. 2001 geendet und trat nach Art. 229 § 6 Abs. 2 EGBGB Hemmung von sechs Monaten ein, die mangels Betreibens des Verfahrens – mit Beschluss des Senats vom 24. 7. 2001 wurde das Ruhen des Verfahrens angeordnet – am 30. 6. 2002 (§ 204 Abs. 2 BGB in der Fassung ab 1. 1. 2002) endete. Ab 1. 7. 2002 begann die zum Zeitpunkt der Einleitung des gerichtlichen Mahnverfahrens gegen das bekl. Land noch nicht verstrichene Verjährungszeit wieder zu laufen. Das bedeutet, dass am 2. 8. 2003 die Verjährungsfrist (nicht verbrauchte Zeit der Unterbrechung ab Zustellung des Mahnbescheids am 16. 8. 1999 bis Ablauf der Drei-Jahres-Frist am 17. 9. 2000) abgelaufen gewesen wäre. Das Verfahren wurde rechtzeitig vor Ablauf der Verjährungsfrist bereits am 18. 2. 2003 vor dem Senat wieder angerufen.

2. Ein Anspruch auf Ersatz von Erschließungskosten, die bereits vor Abschluss des notariellen Kaufvertrages vom 27. 8. 1993 durchgeführt, aber von der Gemeinde S. noch nicht gegenüber der Verkäuferin X. abgerechnet waren, besteht aus zwei Gründen nicht. Zum einen scheidet ein Anspruch des Kl. daran, dass dem Kl. insoweit ein Anspruch aus vorvertraglicher Pflichtverletzung (c. i. c.) gegenüber der ehemaligen Verkäuferin zusteht und der Kl. es schuldhaft versäumt hat, eine früher vorhandene, anderweitige Ersatzmöglichkeit (§ 839 Abs. 1. S. 2 BGB) auszuschöpfen. Die Unmöglichkeit, anderweit Ersatz zu verlangen, bildet einen Teil des Tatbestandes, aus dem der Amtshaftungsanspruch hergeleitet wird. Dementsprechend hat der Verletzte das Vorliegen dieser zur

Klagebegründung gehörenden Voraussetzungen des Amtshaftungsanspruches darzulegen und im Streitfall zu beweisen (BGH NJW 2002, 1266; Staudinger, Kommentar zum BGB, 2002, § 839 BGB Rn. 301). Die bestehende Möglichkeit, auf andere Weise Ersatz zu erlangen, verhindert – anders ausgedrückt – materiellrechtlich die Entstehung eines Amtshaftungsanspruches. Solange noch eine realisierbare anderweitige Ersatzmöglichkeit besteht, ist der Beamte überhaupt nicht ersatzpflichtig mit der Folge, dass nicht nur eine Leistungs-, sondern auch eine Feststellungsklage unbegründet ist, solange der – unverschuldete (s. unten) – Ausfall nicht feststeht (Staudinger, a. a. O.). So liegt der Fall hier. Der Senat teilt die Auffassung des LG, dass die Veräußerin X. verpflichtet gewesen wäre, über bei Abschluss des notariellen Kaufvertrages im Jahre 1993 bereits durchgeführte, aber noch nicht abgerechnete Erschließungsmaßnahmen aufzuklären. Der Kl. hat in dem vor dem OLG D. gegen die Erben der Veräußerin geführten Rechtsstreit bereits bei Kaufvertragsabschluss durchgeführte, aber noch nicht abgerechnete Erschließungskosten nicht substantiiert und überprüfbar dargelegt, weshalb seine Berufung gegen das klagabweisende Urteil des LG D. durch Urteil des OLG D. mittlerweile rechtskräftig abgewiesen worden ist.

Der Kl. hat damit eine vorhandene, anderweitige Ersatzmöglichkeit nicht ausgeschöpft, indem er in dem gegen die Erben der Veräußerin geführten Rechtsstreit die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches für bereits durchgeführte Erschließungsmaßnahmen nicht substantiiert und überprüfbar dargestellt hat. Der Geschädigte kann sich nämlich der Verweisung (§ 839 Abs. 1 S. 2 BGB) nicht dadurch entziehen, dass er schuldhaft die anderweitige Ersatzmöglichkeit versäumt. Vielmehr greift die Subsidiaritätsklausel auch dann ein, wenn der Geschädigte eine früher vorhandene, anderweitige Ersatzmöglichkeit schuldhaft versäumt hat. Eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens findet nicht statt. Dies führt dazu, dass – im Extremfall schon die leicht fahrlässige – Versäumung zum Totalverlust des Amtshaftungsanspruches selbst bei grob fahrlässigen Amtspflichtverletzungen führt (Staudinger, a. a. O., § 839 BGB Rn. 299).

Zum anderen scheidet ein Anspruch auf Erstattung solcher Kosten aber auch daran, dass der Kl. auch im hiesigen Verfahren wie schon in dem bis zum OLG D. gegen die Erbin der Verkäuferin geführten Rechtsstreit die Kosten für Erschließungsmaßnahmen, die vor Kaufvertragsabschluss bereits durchgeführt, aber noch nicht abgerechnet waren, nicht nachvollziehbar und damit nicht überprüfbar dargestellt hat. Aus diesem Grund hat das OLG D. letztlich die Frage, ob die Verkäuferin über solche Kosten für Erschließungsmaßnahmen überhaupt aufzuklären hatte, offen gelassen.

Der Beitragsbescheid der Gemeinde S. über Erschließungsmaßnahmen (Vorauszahlung im engeren Sinne) über 42 828,75 DM vom 17. 9. 1997 hebt ausdrücklich hervor, dass es sich um Maßnahmen handelt, die 1996 begonnen wurden. Bezüglich dieses Betrags standen bei Abschluss des Kaufvertrages im Jahre 1993 mithin noch keine Erschließungskosten an. Für den beurkundenden Notar bestand deshalb – wie auch für die

ehemalige Grundstückseigentümerin und Verkäuferin keine irgendwie geartete Belehrungs- oder Mitteilungspflicht im Rahmen von § 17 Abs. 1 BeurkG.

Dass in diesem Bescheid dennoch der Aufwand früherer Maßnahmen (z.B. Straßenbau und Beleuchtung vor 1993) mit einbezogen sein müsste, hat der Kl. auch im Berufungsverfahren nicht nachvollziehbar dargestellt. Seine Ausführungen hierzu stellen eine reine, durch nichts belegte Vermutung dar.

Auch die übrigen Kosten für den Anschluss an den Schmutz- und Abwasserkanal in Höhe von 16 179,75 DM gemäß Bescheid vom 17. 9. 1997 sowie die als weiteren Aufwand bezeichneten 15 000,- DM und 975,- DM für die Verlegung der Stromversorgung stehen in keinem Zusammenhang mit Erschließungsmaßnahmen, die vor Abschluss des notariellen Kaufvertrages bereits durchgeführt waren. Das Grundstück entsorgte bis 1996 seine Abwässer in eine Sickergrube. Die Stromversorgung erfolgte über Überlandleitungen. Dies ist dem Kl. seit Abschluss des Kaufvertrages und Inbesitznahme des Grundstückes in 1993 auch bekannt gewesen. Der Kanal und die Stromleitungen wurden erst 1996/1997 verlegt, so dass über diese zukünftigen Erschließungsmaßnahmen als bereits erfolgt, aber noch nicht abgerechnet seitens des Notars auch nicht belehrt werden konnte.

3. Der Notar war – wie die Grundstückseigentümerin – auch nicht verpflichtet, auf aus den Bebauungsplänen der Gemeinde S. sich (noch) ergebende, aber bei Abschluss des notariellen Kaufvertrages noch nicht umgesetzte Erschließungsmaßnahmen hinzuweisen. Hierzu muss der Erwerber eines Grundstücks, der das Grundstück kauft „wie es steht und liegt“ und der wie hier die tatsächlich vorhandene Sickergrube und die Stromversorgung mit Überlandleitungen kannte, grundsätzlich selbst die notwendigen Erkundigungen einholen und sich bei den zuständigen Stellen der Gemeinde informieren.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG. Zwar muss der Notar gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG bei der Beurkundung eines Rechtsgeschäftes den Willen der Bet. erforschen, den Sachverhalt klären, die Bet. über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll er darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Bet. nicht benachteiligt werden. Die Vorschrift soll gewährleisten, dass der Notar eine rechtswirksame Urkunde errichtet, die den wahren Willen der Bet. vollständig und unzweideutig in der für das beabsichtigte Rechtsgeschäft richtigen Form wiedergibt. Daraus folgt, dass der Notar die Bet. insoweit befragen und belehren muss, als es notwendig ist, eine ihrem wahren Willen entsprechende rechtswirksame Urkunde zu errichten. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass der Notar sich nicht darauf beschränken darf, in der Urkunde nur die Hauptleistungspflichten der Bet. zu regeln. Er schuldet vielmehr eine umfassende, ausgewogene und interessengerechte Vertragsgestaltung. Eine regelungsbedürftige Frage, die der Notar nach den aufgezeigten Grundsätzen bei der Beurteilung eines Grundstücksvertrages von sich aus ansprechen muss, ist danach auch die Problematik der Erschließungskosten. Wenn der Vertrag keine Regelung dieser Frage vorsieht,

hat gemäß §§ 446, 103 BGB der Käufer die nach Übergabe des Grundstücks fällig werdenden Erschließungsbeiträge zu tragen. Das entspricht in aller Regel nicht dem wahren Willen der Bet., wenn die zugrundeliegenden Erschließungsmaßnahmen bereits vor Vertragsschluss ausgeführt waren. Durchschnittliche, im Grundstücksgeschäft nicht besonders erfahrene Vertragsparteien gehen in der Regel davon aus, dass der vereinbarte Kaufpreis das abschließende Entgelt für das Grundstück, wie es steht und liegt, darstellt. Sie sind mithin der Meinung, dass bei Kaufabschluss vorhandene Erschließungsmaßnahmen mit dem Kaufpreis abgegolten sind und nicht mehr nach Jahr und Tag dem Käufer hierfür noch oft nicht unbeträchtliche Kosten auferlegt werden können (BGH NJW 1992, 1287; NJW 1994, 2283 = DNotZ 1995, 403; Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl., Rn. 557, 558).

Der Notar ist danach im Umkehrschluss aber nicht verpflichtet, über erst nach dem Kaufvertrag und damit erst in der Zukunft in Betracht kommende und damit erst noch vorzunehmende Erschließungsmaßnahmen aufzuklären. Denn die Amtspflicht des Notars beschränkt sich aus den oben dargestellten Grundsätzen auf bereits vor Abschluss des Kaufvertrages durchgeführte, aber noch nicht abgerechnete Erschließungskosten, wobei der Notar keine Erkundigungen über die Höhe eventuell noch nicht abgerechneter Erschließungsbeiträge anstellen muss, sondern den Kl. nur allgemein auf die Problematik noch ausstehender Erschließungskosten hinweisen muss (BGH NJW 1994, 2283 = DNotZ 1995, 403). Dies gilt im vorliegenden Fall auch insbesondere deshalb, weil die Abwässer des Grundstückes unstrittig und dem Kl. auch bekannt in einer Sickergrube entsorgt wurden und die Stromversorgung über Überlandleitungen erfolgte. Der Kanal und die Stromleitungen, für die ein Anschlusszwang bestand, wurden aber erst 1996/1997 verlegt. Über diese zukünftigen Maßnahmen konnte der Notar 1993 nicht als bereits durchgeführte, aber noch nicht abgerechnete Erschließungsmaßnahmen belehren.

4. Darüber hinaus fehlt es auch an hinreichenden Ausführungen des Kl., dass eine etwaige Pflichtverletzung des Notars für den geltend gemachten Schaden kausal gewesen ist. Der Kl. führt hierzu nur aus, dass er das Grundstück nicht erworben hätte. Insoweit fehlt es an Ausführungen dazu, wie der Kl. bei Abschluss des Kaufvertrages in Erfahrung gebracht hätte, dass er noch ca. 38 000,- € Erschließungskosten würde zahlen müssen. Der Notar war bei pflichtgemäßem Verhalten zu einer derartigen Mitteilung nicht verpflichtet. Er brauchte – wie bereits oben ausgeführt – keine Erkundigungen über die Höhe eventuell noch nicht abgerechneter Erschließungsbeiträge anzustellen. Der Notar ist nur verpflichtet gewesen, allgemein auf die Problematik noch ausstehender Erschließungskosten hinzuweisen. Es ist dann Sache des Kl., welche Folgerungen er aus einem solchen Hinweis zog. Hierfür ist er ebenfalls darlegungs- und beweispflichtig (BGH NJW 1994, 2283 = DNotZ 1995, 403; NJW-RR 1996, 781).

5. Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus dem Schreiben vom 19. 11. 1964 – unterstellt, dass dieses dem Notar vor Abschluss des Kaufvertrages von der

ehemaligen Eigentümerin für die Vorbereitung des Kaufvertrages überlassen worden ist. Dort wird lediglich die damalige Rechtslage wiedergegeben, dass nämlich nach dem Ausbau der Straße die Kosten auf die Anlieger quotenmäßig umgelegt werden. Hieraus lässt sich keine weitere Aufklärungs- und Belehrungspflicht für das Jahr 1993 über noch ausstehende Erschließungsmaßnahmen ableiten.

II. Die Klage auf Freistellung von weiteren, zukünftigen Erschließungsbeitragskosten ist zulässig (§§ 523, 264 Nr. 2 ZPO a. F.). Sie ist ebenfalls unbegründet.

Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen noch nicht bezifferbarer Erschließungskosten für Maßnahmen vor Abschluss des Kaufvertrags besteht aus den oben dargelegten Gründen ebenfalls nicht. Das OLG D. hat die diesbezügliche Feststellungsklage des Kl. gegen die Erben rechtskräftig mangels konkreten Vortrags abgewiesen.

Über die Lasten erst danach begonnener Erschließungsmaßnahmen musste – wie oben ausgeführt – der Notar nicht belehren. Ihn trifft deshalb auch keine Verpflichtung, für die bei der endgültigen Herstellung und Abrechnung noch entstehenden Beiträge zu haften.

9. Notarrecht – Abgrenzung zwischen der notariellen und anwaltlichen Tätigkeit des Anwaltsnotars

(*OLG Frankfurt a. M.*, Urteil vom 17. 9. 2003 – 4 U 12/03 – mitgeteilt von Notar Thomas Wachter, Osterhofen)

BeurkG § 54 a

BNotO §§ 19 Abs. 1; 23; 24

1. Ein Rechtsanwalt und Notar wird immer dann als Notar tätig, wenn er Handlungen vornimmt, die dazu bestimmt sind, Amtsgeschäfte i. S. der §§ 20–23 BNotO bezeichneten Art vorzubereiten oder auszuführen. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist im Zweifel anzunehmen, er sei lediglich als Rechtsanwalt tätig geworden. Wenn jedoch nach den objektiven Umständen, insbesondere nach der Art der Tätigkeit, eine Aufgabe zu erfüllen war, die in den Bereich notarieller Amtstätigkeit fällt, bestehen solche Zweifel nicht.
2. Ein Notar darf nur dann als Treuhänder tätig werden, wenn ein objektives Sicherungsinteresse für die Anleger an der Verwahrung von Geld durch einen Notar besteht. Liegt der Treuhändertätigkeit ein Mittelverwendungs-Treuhandvertrag zugrunde, so kann dieser geeignet sein, einen ordnungsgemäßen Sicherungszweck zugunsten der Anleger zu erfüllen. Voraussetzung ist allerdings, dass der Notar ausreichenden Einfluss auf die Einhaltung des Mittelverwendungsplans hat.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Der Kl. verlangt von dem Bekl. in Höhe von 46 016,27 € Schadensersatz gemäß § 19 Abs. 1 BNotO wegen schuldhafter Verletzung von Amtspflichten aus einem Treuhandvertrag.

Gemäß § 2 des Mittelverwendungs-Treuhandvertrags hatte der Bekl. als Treuhänder über das Zeichnungskapital gemäß dem Mittelverwendungsplan für die Gesellschaft zu verfügen. Dabei hatte der Bekl. die Rechnungen eines Lieferanten oder Dienstleistungsunternehmens über erbrachte Leistungen zu prüfen, ferner dass bestimmte Mittel, deren Einsatz durch den Investitionsplan gedeckt sind, innerhalb der nächsten 10 bis 30 Tage zur Zahlung an Dritte zur Verfügung stehen müssen. Gemäß § 2 Ziff. 4 des Mittelverwendungs-Treuhandvertrags musste er allerdings die Mittel nicht proportional entsprechend der Aufstellung über die vorgesehene Mittelverwendung zur Auszahlung bringen, sondern einzelne Positionen des Investitionsplanes konnten entsprechend dem Geschäftsablauf früher als andere bedient werden. Nach § 2 Ziff. 5 des Vertrags hatte die Geschäftsführung der Gesellschaft gemäß den Angaben im Beteiligungsprospekt das Recht, die Erlöse aus der Platzierung neu zu verteilen, um auf Veränderungen des Marktes oder der Geschäftspolitik im Interesse der Anleger eingehen zu können. Die Geschäftsführung war lediglich verpflichtet, dem Treuhänder in geeigneter Weise die Plausibilität der Kostenverschiebung nachzuweisen.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Es hat ausgeführt, der Bekl. hafte dem Kl. gemäß § 19 Abs. 1 BNotO wegen schuldhafter Amtspflichtverletzung für einen durch die Auszahlung pflichtwidrig angenommener 90 000,- DM entstandenen Schaden. Dagegen wendet sich der Bekl. mit seiner Berufung.

Aus den Gründen:

II. Die form- und fristgerecht eingelegte und rechtzeitig begründete Berufung, über die gemäß § 249 Abs. 3 ZPO trotz der Unterbrechung zu entscheiden ist, ist zulässig, hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

Der Kl. hat gemäß § 19 Abs. 1 BNotO in Verbindung mit §§ 23, 24 BNotO gegen den Bekl. einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe der erstinstanzlich zugesprochenen 46 016,27 € (entsprechend 90 000,- DM) wegen schuldhafter Amtspflichtverletzung als Notar. Zutreffend ist das LG davon ausgegangen, dass der Bekl. als Notar tätig geworden ist, indem er das vom Kl. eingezahlte Geld verwahrt und später darüber verfügt hat. Nach § 24 Abs. 2 S. 1 BNotO ist anzunehmen, dass ein Rechtsanwalt und Notar immer dann als Notar tätig wird, wenn er Handlungen der in § 24 Abs. 1 BNotO bezeichneten Art vornimmt, die dazu bestimmt sind, Amtsgeschäfte der in §§ 20–23 BNotO bezeichneten Art vorzubereiten oder auszuführen. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist nach § 24 Abs. 2 S. 2 BNotO im Zweifel anzunehmen, dass er lediglich als Rechtsanwalt tätig geworden ist. Wenn jedoch nach den objektiven Umständen, insbesondere nach der Art der Tätigkeit, eine Aufgabe zu erfüllen ist, die in den Bereich notarieller Amtstätigkeit fällt, bestehen solche Zweifel nicht (BGH NJW-RR 2001, 1639, 1640; BGH, Urteil vom 21. 11. 1996, XIV ZR 192/95). Vorliegend hat der Bekl. den Eindruck erweckt, als habe er ein notarielles Verwahrungsgeschäft übernommen, in dem er als „Rechtsanwalt und Notar“ sowie als Treuhänder aufgetreten ist. Daran ändert nichts, dass der Bekl. diese Erklärungen nicht ausschließlich als „Notar“, sondern unter beiden Berufsbezeichnungen abgegeben hat (BGHZ 134, 100 f. unter II. 1. b = DNotZ 1997, 221). Entscheidend ist nämlich auf die Sicht des Empfängers der abgegebenen Erklärungen abzustellen (BGH a.a.O.), wobei es darauf ankommt, dass nicht eine einseitige Interessenwahrnehmung in Rede steht, sondern eine neutrale unpartei-

ische Berücksichtigung der Belange sämtlicher Bet. (BGH a.a.O.). Davon ist nach der Tätigkeit, die der Bekl. hier erbringen sollte, aus der Sicht der Anleger auszugehen, obwohl der Mittelverwendungsvertrag auf der Rückseite der Beitrittserklärung nur den „Rechtsanwalt – nachfolgend Treuhänder genannt“ erwähnt. Allerdings ist in dieser Erklärung der als Treuhänder fungierende Rechtsanwalt noch nicht namentlich genannt. Für die Anleger waren deswegen in erster Linie die Beitrittserklärungen selbst maßgeblich mit der darin enthaltenen Bezeichnung „Rechtsanwalt und Notar“. Als juristische Laien gehen die Anleger grundsätzlich davon aus, dass ein Rechtsanwalt und Notar ein so genanntes Treuhandkonto in seiner Funktion als Notar führen werde. Die Anleger durften davon ausgehen, dass der Bekl. nicht nur im Interesse der Verantwortlichen handelt, sondern auch in ihrem Interesse als Anleger und künftige stille Gesellschafter. Dies folgt auch daraus, dass der Bekl. in dem Prospekt über den Fonds in der Rubrik „weitere Vorteile“ nochmals als „Treuhänder (Rechtsanwalt und Notar)“ hervorgehoben wird (vgl. auch hierzu BGH NJW-RR 2001, 1639 f.) und dadurch belegt wird, dass er jedenfalls auch im Interesse der Anleger tätig wird. In dem seinerzeitigen Vertriebsvertrag ist unter Ziff. 3. sogar ausschließlich vom Notariat die Rede.

Der Senat folgt dem LG weiter darin, dass nach § 54 a Abs. 2 BeurkG in Verbindung mit § 14 Abs. 2 BNotO ein objektives Sicherheitsinteresse für die Anleger an der Verwahrung von Geld durch einen Notar bestehen muss und eine nicht bestehende Sicherheit nicht lediglich vortäuscht werden darf, um ein solches Verwahrungsgeschäft überhaupt durchführen zu dürfen (Eylmann/Vaasen, § 54 a BeurkG Rn. 22; Keidel/Winkler, 14. Aufl., § 54 a BeurkG Rn. 42). Insbesondere soll der Notar nicht lediglich als „Geldsammelstelle“ benutzt werden. So liegt es hier aber nicht. Denn eine Mittelverwendungskontrolle ist durchaus geeignet, einen ordnungsgemäßen Sicherungszweck zugunsten des Anlegers zu erfüllen. Die hier dem Bekl. übertragene Mittelverwendungskontrolle ist nach ihrer inhaltlichen Ausgestaltung dazu jedoch nicht in der Lage. Der Mittelverwendungs-Treuhandvertrag der Parteien auf der Rückseite der jeweiligen Beitrittserklärung enthält zwar Regelungen über die Annahme der Gelder, die Mittelverwendungskontrolle sowie die Voraussetzungen der Auszahlung. Diese Regelungen und Anweisungen für die Auszahlung der Gelder sind jedoch unzureichend und die Verwahrung damit von vornherein ungeeignet, dem angestrebten Zweck der Anleger zu dienen (vgl. hierzu OLG Frankfurt OLG Report 2003, 25 ff.). § 2 Ziff. 4 und 5 des Mittelverwendungs-Treuhandvertrags lassen nämlich nicht nur zu, dass der Bekl. die Gelder nicht proportional entsprechend der Aufstellung über die vorgesehene Mittelverwendung zur Auszahlung bringen muss, sondern die Geschäftsführung der Gesellschaft hatte gemäß den Angaben im Beteiligungsprospekt auch das Recht, die Erlöse aus der Platzierung neu zu verteilen; sie hatte „die freie Befugnis“, innerhalb des Plans „die Schwerpunkte zu setzen“. Mit diesen der Geschäftsführung zur Verfügung stehenden Änderungsbefugnissen des Mittelverwendungsplanes war dem Bekl. eine zuverlässige Wahrung der Sicherheitsinteressen der Anleger aber nicht möglich, weil er bei den von ihm vorgenommenen

Auszahlungen noch gar nicht zu übersehen vermochte, ob die Vorgaben des Mittelverwendungsplanes im Ergebnis erreicht werden. Tatsächlich betrug der Anteil der Produktions- und Vorkosten nach der dem Kl. erstmals unter dem 2. 1. 2001 übermittelten Mitteilung über den Stand der Ausgaben von mehr als 2 Millionen DM nach Abzug des Agios dann auch lediglich 59,52 % statt der vorgesehenen 70 %, während etwa 30 % auf Planung und Vertrieb sowie Fonds/Werbekosten entfielen, obwohl dafür nach dem Mittelverwendungsplan lediglich 15 % vorgesehen waren. Hinzu kommt, dass der Bekl. gemäß § 2 Nr. 1 b auszuzahlen hatte, wenn der Geschäftsführer durch die Vorlage von Verträgen oder Bestellungen den Nachweis erbringt, dass bestimmte Mittel, deren Einsatz durch den Investitionsplan gedeckt sind, innerhalb der nächsten zehn bis dreißig Tage zur Zahlung an Dritte zur Verfügung stehen müssen. Der Bekl. ist damit als Treuhänder zur Auszahlung zu einem Zeitpunkt verpflichtet, zu dem er noch nicht übersehen kann, welche Mittel insgesamt eingezahlt werden und ob die in dem Mittelverwendungsplan vorgesehene prozentuale Verteilung auf die einzelnen Zwecke erreicht werden kann.

Da das Vertragswerk die für den Anleger erforderliche Sicherheit nicht bot und Missbrauchsmöglichkeiten eröffnete, hätte der Bekl. entweder auf entsprechende Abänderung des Treuhandvertrags hinwirken müssen oder, falls die Gesellschaft dem nicht nachgekommen wäre, es ablehnen müssen, als Treuhänder tätig zu werden (OLG Frankfurt OLG Report 2003, 63 ff., 65). Die Amtspflichtverletzung des Bekl. besteht bereits darin, dass er sich den Anlegern überhaupt als Treuhänder zur Verfügung gestellt hat, obwohl eine ordnungsgemäße Mittelverwendungskontrolle nach dem Vertragswerk nicht gewährleistet war. Wie der Bekl. selbst vorträgt, sollte die Anlageverwaltung für die Anleger eine größere Sicherheit bieten. Eben dies war nicht erreichbar.

Ob der Bekl. Auszahlungen vorgenommen hat, bei denen die Voraussetzungen nach dem Mittelverwendungsvertrag nicht vollständig erfüllt waren oder er im Rahmen der ihm eingeräumten Möglichkeiten noch versucht hat, seiner Aufgabe gerecht zu werden, kann deswegen dahingestellt bleiben. Ebenso wenig braucht der Frage weiter nachgegangen zu werden, ob der Bekl. seiner jährlichen Rechenschaftspflicht gegenüber den Anlegern nachgekommen ist, nachdem der am 24. 11. 1998 beigetretene Kl. erstmals unter dem 2. 1. 2001 eine Mitteilung über den Stand der Ausgaben erhielt, die allerdings die Erfordernisse eines ordnungsgemäßen Rechenschaftsberichts nicht erfüllt.

Die Übernahme der Funktion als Treuhänder gegenüber den Anlegern trotz des nicht ausreichenden Einflusses auf die Einhaltung des Mittelverwendungsplans erfolgte schuldhaft. Der Bekl. handelte jedenfalls fahrlässig, denn er hätte erkennen können, dass er nach der Fassung des Mittelverwendungs-Treuhandvertrages den Anlegern keine größere Sicherheit zu bieten vermochte, weil er ohne ausreichenden Überblick über das Verhältnis zwischen den Verwaltungskosten und den Aufwendungen der Gesellschaft für etwa getätigte Geschäfte die Gelder der Anleger auszuzahlen hatte. Die in dem Treuhandvertrag enthaltene Beschränkung der Haftung des Bekl. auf Vor-

satz und grobe Fahrlässigkeit ist unwirksam. Eine solche Beschränkung der Notarhaftung ist auch im dispositiven Tätigkeitsbereich nach §§ 23, 24 BNotO unzulässig, weil sie mit der Übernahme einer Amtspflicht nicht vereinbar ist (Schippel/Haug, 7. Aufl., § 19 BNotO Rn. 78 u. 79).

Auf der mangelnden Möglichkeit einer ordnungsgemäßen Mittelverwendungskontrolle beruht der Schaden des Kl., der unter anderem dadurch zu der Anlage veranlasst worden ist, dass mit der Tätigkeit des Bekl. und der damit vorhandenen vermeintlichen Sicherheit für den Anleger geworben wurde. Nimmt man die erforderliche Prüfung vor, welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten des Bekl. genommen hätten und wie die Vermögenslage des Kl. dann wäre (vgl. hierzu BGH DNotZ 1990, 661 f. unter II. 2. a; BGH NJW 1996, 3343 ff. unter II. 1.), so ist festzustellen, dass der Kl. keine Einzahlung geleistet hätte, weil die Sicherheit durch einen Treuhänder fehlte. Tatsächlich hat der Kl. durch die Einzahlung und anschließende Auszahlung seines Geldes ohne eine ausreichend mögliche Mittelverwendungskontrolle durch den Bekl. das gesamte Kapital verloren, weil die Gesellschaft ihre vorgesehene Geschäftstätigkeit in der Musikbranche nie aufgenommen hat und inzwischen wegen Vermögenslosigkeit bereits gelöscht ist.

Ein Mitverschulden des Kl. ist aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung zu verneinen. Der Bekl. kann sich nicht darauf berufen, dass in dem Werbeprospekt der Gesellschaft auf das hohe wirtschaftliche Risiko der Anlage hingewiesen worden ist, weil es nach den vorliegenden Unterlagen nie zu der Aufnahme einer wirtschaftlichen Tätigkeit gekommen ist, sondern die eingenommenen Gelder im Wesentlichen unter beteiligten Firmen verteilt worden sind und dies auf der fehlenden Möglichkeit zur Überprüfung der Mittelverwendung seitens des Bekl. beruht. Das Risiko der Anlage selbst hatte mit dem Fehlverhalten des Bekl. nichts zu tun. Unerheblich ist auch, dass in dem Anlageprospekt erklärt wird, der Treuhänder übe nur eine sehr grobe Kontrolle aus. Ist dies der Fall, hätte der Bekl. aus den oben dargelegten Gründen die Treuhänderschaft nicht übernehmen dürfen, weil die in dem Treuhändervertrag vorgesehene Sicherheit eben nicht erreicht werden konnte.

Der Bekl. haftet hiernach für den aufgrund seiner schuldhaften Pflichtverletzung verursachten Schaden des Kl. ungeachtet anderweitiger Ersatzmöglichkeiten, weil die Einschränkungen der Notarhaftung aus § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO bei Amtsgeschäften der in §§ 23, 24 BNotO bezeichneten Art im Verhältnis zu dem Kl. als Auftraggeber nicht gelten.

10. Notarrecht – Hinweispflicht des Notars auf Nachabfindungsansprüche weichender Erben

(*OLG Celle*, Urteil vom 26. 9. 2003 – 3 U 158/03 – nicht rechtskräftig – AZ BGH III ZR 302/03)

BeurkG § 17

BNotO §§ 14 Abs. 1; 19 Abs. 1

HöfeO § 13

Bei Beurkundung eines Kaufvertrages über eine zu einem Hof i. S. der HöfeO gehörenden Hofstelle hat der

Notar den Verkäufer über Inhalt und Dauer der Nachabfindungspflicht zu belehren.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

I. Der Kl. nimmt den bekl. Notar wegen Amtspflichtverletzung gemäß § 19 Abs. 1 BNotO auf Schadensersatz in Anspruch. Er vertritt die Auffassung, der Bekl. hätte ihn anlässlich der Beurkundung eines Kaufvertrages, mit dem der Kl. eine zu einem Hof i. S. der Höfeordnung gehörende Hofstelle veräußert hat, auf die für Nachabfindungsansprüche der weichenden Erben maßgebliche 20-Jahresfrist des § 13 HöfeO hinweisen müssen. Nach dem Inhalt des notariell beurkundeten Vertrages war die Übergabe des Grundbesitzes nach Zahlung des vollen Kaufpreises zum 15. 10. 1998 vereinbart. Hiernach sollte die Auflassung erklärt und die Eigentumsumschreibung veranlasst werden, mit der nach Vorbringen des Bekl. bei reibungsloser Abwicklung noch im November 1998 zu rechnen gewesen wäre, die sich jedoch aus vom Kl. zu vertretenen Gründen verzögerte und erst am 10. 2. 1999 erfolgte. Die Frist für Nachabfindungsansprüche nach § 13 HöfeO lief am 27. 2. 1999 ab. In der Folgezeit hat der Kl. aufgrund gerichtlicher Inanspruchnahme Nachabfindungen in Höhe von 20 000,- € geleistet; weitergehende Ansprüche sind geltend gemacht.

Das LG hat den Bekl. antragsgemäß verurteilt.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Bekl.

Aus den Gründen:

II. Die zulässige Berufung des Bekl. ist nicht begründet; sein Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Allerdings fällt dem Bekl. kein Verstoß gegen die sich aus § 17 BeurkG ergebende Belehrungspflicht zur Last. Gemäß § 17 BeurkG soll der Notar den Willen der Bet. erforschen, den Sachverhalt klären, die Bet. über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. § 17 BeurkG soll gewährleisten, dass der Notar eine rechtswirksame Urkunde über den wahren Willen der Bet. errichtet (BGH DNotZ 1987, 157 f.). Die Pflicht zur Rechtsbelehrung geht deshalb nur soweit, wie eine Belehrung für das Zustandekommen der rechtswirksamen, dem Willen der Bet. entsprechenden Urkunde erforderlich ist (BGH, a.a.O., 158; Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl., Rn. 465; Winkler, 15. Aufl., § 17 BeurkG Rn. 224; Lerch/Sandkühler, 4. Aufl., § 14 BNotO Rn. 123). Die Belehrung über die rechtliche Tragweite i. S. des § 17 BeurkG umfasst daher hinsichtlich der Rechtswirkungen nur die unmittelbaren, also erstrebten Folgen des Rechtsgeschäfts. Um solche handelt es sich hier nicht. Der Ergänzungsanspruch nach § 13 Abs. 1 HöfeO ist eine mittelbare Folge des Kaufvertrages, die zwar unmittelbar mit der Durchführung des zu beurkundenden Vertrages entsteht, die sich jedoch aus der Rechtsbeziehung des Klägers zu einem Dritten ergibt und nicht Regelungsgegenstand des Kaufvertrages ist.

2 a) Über die sich aus § 17 BeurkG hinaus ergebende Verpflichtung zur Errichtung einer rechtswirksamen, dem Willen der Parteien entsprechenden Urkunde hinaus ist jedoch der Notar aufgrund der erweiterten Belehrungspflicht aus Betreuungsverpflichtung gemäß § 14 Abs. 1 BNotO zur Aufklärung und Belehrung verpflich-

tet. Er darf es nicht zulassen, dass Bet., die über die rechtlichen Folgen ihrer Erklärung falsche Vorstellungen haben, durch die Abgabe der Erklärung ihre Vermögensinteressen vermeidbar gefährden (BGH, a.a.O., S. 159; Lerch/Sandkühler, a.a.O., § 14 BNotO Rn. 182). Die betreuende Belehrungspflicht des Notars besteht, wenn dieser aufgrund besonderer Umstände des Falles Anlass zu der Vermutung haben muss, einem der Bet. drohe ein Schaden vor allem deshalb, weil er sich wegen mangelnder Kenntnis der Rechtslage dieser Gefahr nicht bewusst ist.

b) Gegen diese sich aus § 14 Abs. 1 BNotO ergebende Pflicht zur behelrenden Betreuung hat der Bekl. verstoßen. Der Bekl. hätte den Kl. auf die Regelung des § 13 Abs. 1 HöfeO und die sich hieraus für diesen ergebende Gefahr, bei einer Eintragung der Käufer vor Ablauf der 20-Jahresfrist Nachabfindungsansprüchen der weichen Erben ausgesetzt zu sein, hinweisen müssen. Dem Bekl. musste aufgrund des von ihm erforderlichen und im Zeitpunkt der Beurkundung vorliegenden Grundbuchsatzugs bewusst sein, dass es sich bei dem zu übertragenden Grundstück um den Teil eines Hofes i. S. der Höfeordnung handelte. Dies ergab sich bereits unmittelbar aus dem ihm vorliegenden Bestandsverzeichnis, in dem eine Vollhöfnerstelle mit einer Fläche von mehr als 40 ha eingetragen ist. Der Bekl. hat in der mündlichen Verhandlung selbst erklärt, er habe gesehen, dass es sich um eine Resthofstelle gehandelt habe. Darauf, ob diese – wie von ihm behauptet – seit langem nicht mehr bewirtschaftet wurde, kommt es für das Entstehen von Nachabfindungsansprüchen ebenso wenig an wie auf die Frage, ob es sich bei dem Hof im Zeitpunkt der Beurkundung noch um einen Hof i. S. der Höfeordnung handelte. Auf die zutreffenden, von der Berufung insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des landgerichtlichen Urteils verweist der Senat.

c) Auf die genannten Umstände und die damit für den Kl. verbundene Gefahr, bei einer Eigentumsumschreibung vor dem 27. 2. 1999 von den weichen Erben wegen möglicher Nachabfindungsansprüche gemäß § 13 Abs. 1 HöfeO in Anspruch genommen zu werden, hätte der Bekl. hinweisen müssen. Denn dem Bekl. musste es sich schon wegen der unmittelbaren zeitlichen Nähe zwischen beabsichtigter Eigentumsumschreibung – voraussichtlich November 1998 – und Ablauf der 20-Jahresfrist nach § 13 Abs. 1 HöfeO am 27. 2. 1999 – aufdrängen, dass sich der Kl. über diese Rechtsfolge des Kaufvertrages und die damit verbundene Gefährdung seiner wirtschaftlichen Interessen nicht bewusst war. Die Auffassung des Bekl., ein entsprechender Hinweis sei nicht geschuldet, der Sachverhalt sei nicht anders zu bewerten als die Fälle, in denen sich durch den beurkundeten Vertrag steuerliche Folgen, etwa die Verpflichtung zur Zahlung von Spekulationssteuern ergeben, trifft nicht zu. Dabei kann dahinstehen, ob der Notar bei Kenntnis davon, dass bei Veräußerung eines Grundstücks mit dem Anfall von Spekulationssteuern zu rechnen ist, tatsächlich keinen Hinweis schuldet. Der BGH hat insoweit lediglich eine Pflicht des Notars verneint, von sich aus die tatsächlichen Umstände zu ermitteln, aus denen sich der Anlass zur betreuenden Belehrung erst ergibt (vgl. BGH WM 1995, 1502 ff. = DNotZ 1996, 116; WM 1981, 942 ff. = DNotZ 1981, 775).

Mit dem hier zu beurteilenden Sachverhalt ist dies weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht zu vergleichen; denn abgesehen davon, dass der Notar wegen der Maßgeblichkeit des Datums des Kaufvertrages für den Anfall von Spekulationssteuern (vgl. §§ 22, 23 Abs. 1 S. 1, Nr. 1 EStG; Schmidt/Heinicke, 24. Aufl. § 23 EStG Rn. 36) im Regelfall durch die bloße Grundbucheinsicht weder erkennen kann, ob eine Veräußerung innerhalb der für Spekulationssteuern auslösenden Fristen erfolgt noch sich aus der Grundbucheinsicht selbst ergibt, ob ein steuerpflichtiger Gewinn überhaupt erzielt worden ist, besteht für jeden an der Beurkundung Bet. die Möglichkeit, sich über mögliche steuerliche Folgen durch einen Steuerberater als Sonderfachmann beraten und aufklären zu lassen (so auch BGH WM 1995, 1502 f. = DNotZ 1996, 116). Die Vergütung des Notars deckt eine steuerliche Belehrung und die damit verbundenen Haftungsrisiken nicht ab (BGH WM 1995, 1502 f. = DNotZ 1996, 116). Dies sowie der Umstand, dass die Steuerpflicht im Allgemeinen keine wirtschaftliche Gefahr oder Schädigung darstellt, sondern eine nach der Steuergesetzgebung auferlegte Last, die nicht mit notariellen Belehrungspflichten zum Gegenstand von Spekulationen gemacht werden sollen (vgl. Haug, a.a.O., Rn. 559 m. w. N.), rechtfertigen es, vom Notar keine Aufklärung über steuerliche Wirkungen des zu beurkundenden Geschäfts zu verlangen. Hier hingegen betraf der – gebotene – Hinweis des Notars wirtschaftliche Folgen des Kaufvertrages, die auf einer rechtlichen Regelung beruhen, die dem Kl. nicht bekannt war. Auf solche wirtschaftlichen Gefahren aufgrund rechtlicher Regelungen muss der Notar hinweisen (vgl. etwa BGH MDR 1968, 1002 für die Haftung des Erwerbers einer Eigentumswohnung für Nachforderungen aus Abrechnungen früherer Jahre; ebenso Haug, a.a.O., Rn. 551).

d) Durch den erforderlichen Hinweis auf die Regelung des § 13 Abs. 1 HöfeO hätte der Notar auch seine Neutralitätspflicht nicht verletzt. Zwar bestand das Gebot der Unparteilichkeit für den Notar nicht nur gegenüber den Käufern, sondern auch im Verhältnis zu den weichen Erben als sachlich Bet., da durch den Inhalt der notariellen Amtstätigkeit deren Nachabfindungsansprüche unmittelbar begründet wurden (vgl. Lerch/Sandkühler, a.a.O., § 14 BNotO Rn. 43). Der bloße Hinweis des Notars auf eine bestehende Rechtslage und die bei Abschluss des Vertrages eintretenden Rechtsfolgen stellt aber noch keine parteiische Beratung dar und verstößt nicht gegen das Gebot der Unparteilichkeit (vgl. Haug, a.a.O., Rn. 423).

3. Durch die Pflichtverletzung des Bekl. ist dem Kl. ein Schaden in dem mit der Klage geltend gemachten Umfang entstanden.

a) Unstreitig hat der Kl. an seinen Bruder aufgrund eines gerichtlichen Vergleichs den Betrag von 20 000,- € gezahlt; weitere Zahlungsverpflichtungen sind nicht auszuschließen, da der weichende Erbe den Vergleich, auf dessen Grundlage die Zahlung von 20 000,- € erfolgt ist, wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage angefochten hat: Beide Parteien sind bei Abschluss des Vergleichs davon ausgegangen, der Kl. sei auch einem weiteren Bruder zur Zahlung einer Nachabfindung verpflichtet, was tatsächlich nicht der Fall ist.

b) Aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme steht fest, dass die Erwerber des Grundstücks, die Eheleute, mit einer Grundbucheintragung erst nach dem 27. 2. 1999 einverstanden gewesen wären, ohne dass hierüber hinausgehende Änderungen des Grundstückskaufvertrages hätten vorgenommen oder vom Kl. akzeptiert werden müssen. Die dies bestätigenden, eindeutigen Bekundungen beider Zeugen sind nachvollziehbar und glaubwürdig. Aus der insoweit für die Beurteilung maßgeblichen Sicht der Erwerber im Zeitpunkt der notariellen Beurkundung hätte die Grundbucheintragung um ca. drei Monate verschoben werden müssen: Die Eintragung wäre statt nach der für den 15. 10. 1998 vereinbarten Kaufpreiszahlung und nachfolgenden Auflassung – also voraussichtlich im November 1998 – dann nicht vor dem 27. 2. 1999 erfolgt. Wirtschaftlich war dies für die Käufer ohne Bedeutung, da das Grundstück am 15. 10. 1998 zu übergeben war und ihnen die Nutzung des Kaufobjekts mit Ausnahme des Wohnhauses ohnehin bereits ab Vertragsschluss zustand, ohne dass hierfür eine Nutzungsentschädigung zu entrichten war. Rechtlich waren die Erwerber durch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung gesichert. Aus welchem Grund sich – wie der Bekl. in der mündlichen Verhandlung darzustellen versucht hat – die Finanzierung des Kaufobjekts durch die Käufer bei einer Verschiebung des Eintragungszeitpunkts erschwert hätte, erschließt sich dem Senat schon deshalb nicht, weil nach dem unstrittigen Vorbringen der Parteien die zu Lasten des Verkäufers in Abteilung III des Grundbuchs eingetragenen Belastungen schon im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages nicht mehr valutierten, mithin Löschungsbewilligungen der Gläubiger zu erlangen und die erstrangige Eintragung von Sicherheiten für die den Kaufpreis für die Erwerber finanzierenden Banken problemlos zu sichern war. Soweit der Bekl. in der mündlichen Verhandlung unter Hinweis auf die Anfrage der Eheleute behauptet hat, diesen sei es auf eine möglichst umgehende Grundbucheintragung angekommen, haben diese erklärt, sie hätten vom Notar lediglich Aufklärung über die weitere Abwicklung des Grundstückskaufvertrages erwartet. Für die Richtigkeit dieser Erklärung und die Unkenntnis der Käufer darüber, wie der weitere Vollzug sich gestalten würde, spricht, dass die Anfrage zu einem Zeitpunkt erfolgt ist, zu dem schon nach dem Inhalt des tatsächlich geschlossenen notariellen Vertrages mit einer Grundbucheintragung noch für mehrere Monate nicht zu rechnen war. Anlass anzunehmen, die Richtigkeit der Bekundungen der Zeugen seien zweifelhaft, tatsächlich sei es ihnen auf eine möglichst zügige Grundbucheintragung angekommen, gibt der Inhalt dieses Schreibens nicht.

c) Auch aus Sicht des Kl. hätte einer Verschiebung des Eintragungszeitpunkts nichts entgegen gestanden. Nach den Bekundungen der Käufer wäre hiermit eine Verschiebung des Zeitpunkts für die Zahlung des Kaufpreises nicht verbunden worden. In Schwierigkeiten mit der Finanzierung seines eigenen Bauvorhabens wäre der Kl. hierdurch mithin nicht gekommen. Den Abschluss jenes Vertrages hat der Kl. im Übrigen, wie durch Vorlage des Bauvertrages nachgewiesen, erst nach Beurkundung des Kaufvertrages geschlossen. Ob, wie der Bekl. behauptet hat, schon zu einem früheren Zeitpunkt alle Einzelheiten jenes Vertrages ausgehandelt waren, ist

ohne Bedeutung: Da fraglos eine schriftliche Fixierung des Werkvertrags beabsichtigt war, galt dieser ungeachtet einer möglichen inhaltlichen Einigung der Parteien bis zur schriftlichen Niederlegung als nicht geschlossen, § 154 Abs. 2 BGB.

III. Der Senat hat die Revision nach § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zugelassen, da die für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits erhebliche Frage, wie weit die Aufklärungs- und Betreuungspflicht des Notars im Hinblick auf die Rechtsfolgen des § 13 Abs. 1 HöfeO reicht, bislang nicht entschieden ist und dieser Frage über den Einzelfall hinaus Bedeutung zukommt.

11. Steuerrecht – Steuerliche Anerkennung eines Zuwendungsnießbrauchs

(*FG Münster*, Urteil vom 14. 1. 2003 – 7 K 2638/00 E)

AO § 39 Abs. 2

BGB §§ 1030; 1068

ESTG §§ 2 Abs. 1; 20 Abs. 1 und 2 a

1. Wendet der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft einem Dritten den Nießbrauch an seinem Gesellschaftsanteil zu, verbleiben mangels eindeutiger abweichender Vereinbarung die organschaftlichen Mitverwaltungsrechte aber im Wesentlichen beim Gesellschafter, sind die Erträge einkommensteuerlich diesem zuzurechnen.

2. Die einkommensteuerliche Zurechnung der Erträge zum Nießbraucher kann gerechtfertigt sein, wenn der Gesellschafter ausdrücklich Mitverwaltungsrechte auf den Nießbraucher überträgt.

(**Leitsätze nicht amtlich**)

Zum Sachverhalt:

Streitig ist, ob die aufgrund eines lebenslänglichen unentgeltlichen Nießbrauchs an einem Geschäftsanteil einer GmbH gezahlten Ausschüttungen dem Nießbrauchsbesteller oder dem Nießbraucher als Einkünfte aus Kapitalvermögen zuzurechnen sind.

Der Kl. ist Gesellschafter der K N Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). Zweck der Gesellschaft ist der Erwerb und die Verwaltung von Beteiligungen an anderen Unternehmen. Das Stammkapital der GmbH betrug im Jahr 1993 insgesamt 5,- DM. Es ist unterteilt in Geschäftsanteile über 1,- DM, 2,- DM, 3,- DM und einen Geschäftsanteil über 4,- DM. Lediglich der Geschäftsanteil von 1,- DM, über den der Kl. allein noch verfügt, ist mit Stimmrechten verbunden (§ 7 des Gesellschaftsvertrages in den Fassungen vom 28. 6. 1991 und vom 16. 9. 1993). Nach § 10 (1) des Vertrages vom 28. 6. 1991 beschließt die Gesellschafterversammlung über die Gewinnverwendung mit einfacher Mehrheit. Gewinne sind nur dann und insoweit auszuschütten, als nach Bildung von erforderlichen Rücklagen die Liquidität und wirtschaftliche Lage der Gesellschaft selbst und der Beteiligungsgesellschaft CAG dies erlauben. Dem gegenüber haben nach der späteren Fassung die Gesellschafter Anspruch auf den Jahresüberschuss zzgl. eines Gewinnvortrags und abzüglich eines Verlustvortrags. Die Gesellschaft darf jedoch jährlich maximal 20 % der ihr von der AG und der S N GmbH zufließenden Bardividenden in eine Rücklage einstellen, bis eine Liquiditätsreserve gebildet worden ist, die so hoch ist, wie die in den letzten drei Jahren zugeflossenen Bardividenden. Am Liquidationserlös sind nach § 10 Abs. 2 beider Fassungen alle

Geschäftsanteile im Verhältnis zu einander beteiligt, der Geschäftsanteil über 1,- DM jedoch nur mit einem Betrag, der höchstens das 10-fache seines Nominalwertes erreicht. Als weitere wesentliche Änderung wurde die in § 9 der alten Fassung vorgesehene Verpflichtung der GmbH, nach dem Tode des Kl. den Anteil über 2,- DM auf Verlangen des Inhabers nach bestimmten Bewertungskriterien zu erwerben, ersatzlos gestrichen. Hinsichtlich der Übertragung der Geschäfte ist in beiden Fassungen des Gesellschaftsvertrages vorgesehen, dass dieses – bis auf den 1,- DM-Anteil – nur mit vorheriger Einwilligung des Kl. oder nach dessen Ableben, der Gesellschaft mbH, erfolgen kann (§ 8 Abs. 1).

Mit notariellem Vertrag bestellte der Kl. seiner Ehefrau F. N. an dem Geschäftsanteil im Nennbetrag von 2,- DM den lebenslänglichen unentgeltlichen Nießbrauch.

Nach § 3 des notariellen Vertrages ist die Nießbraucherin berechtigt, sämtliche Nutzungen aus dem Vertragsgegenstand zu ziehen. Ihr stehen sämtliche mit dem Geschäftsanteil verbundenen Gesellschafterrechte, insbesondere das Gewinnbezugsrecht zu. Der Kl. verpflichtet sich, alles zu unterlassen, was den Nießbrauch an dem Geschäftsanteil beeinträchtigen oder vereiteln könnte. Er trägt sämtliche, den vorgenannten Geschäftsanteil betreffenden Lasten und Steuern.

In § 5 des Vertrages war vorgesehen, dass der Notar die Bestellung des Nießbrauchs an dem Geschäftsanteil nach § 16 GmbHG bei der Gesellschaft anzeigt. Dies ist geschehen.

Auf den Geschäftsanteil von 2,- DM entfielen in den Streitjahren 1993 bis 1997 Ausschüttungen und anrechenbare Steuern.

Für die Jahre 1993 – 1996 folgte das örtlich zuständige Finanzamt X. (FA) den Erklärungen des Kl. und dessen Ehefrau und berücksichtigte diese Beträge bei der ESt der Ehefrau. Die Veranlagungen erfolgten jeweils unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gemäß § 164 Abs. 1 AO. Später änderte das FA die Rechtsauffassung hinsichtlich der Zurechnung der streitigen Einkünfte und rechnete mit geänderten ESt-Bescheiden die Ausschüttungen und die darauf entfallenden anrechenbaren Steuern dem Kl. zu. Hinsichtlich des Jahres 1997 wurden die Ausschüttungen bereits im Erstbescheid dem Kl. zugerechnet.

Aus den Gründen:

Die Klage ist unbegründet.

Die auf den Geschäftsanteil von 2,- DM entfallende Ausschüttung der GmbH sowie die anrechenbare KSt sind in den Streitjahren 1993 bis 1997 bei dem Kl. als Einkünfte aus Kapitalvermögen zu berücksichtigen.

1. Nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 HS 2 EStG gehören zu den Einkünften aus Kapitalvermögen u. a. auch Gewinnanteile (Dividenden), Ausbeuten und sonstige Bezüge aus Anteilen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung sowie nach § 20 Abs. 1 Nr. 3 EStG die nach § 36 Abs. 2 Nr. 3 EStG anzurechnende KSt.

Einkünfte sind demjenigen zuzurechnen, der den Tatbestand der Einkunftserzielung erfüllt (§ 2 Abs. 1 S. 1 EStG). Den Tatbestand der Erzielung von Einkünften aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 EStG erfüllt nach ständiger Rechtsprechung des BFH, wer Kapitalvermögen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung gegen Entgelt zur Nutzung überlässt (vgl. z. B. BFH/NV 2001, 1251). Dies ist derjenige, der die rechtliche und tatsächliche Macht hat, das in § 20 Abs. 1 Nrn. 1–7 EStG genannte Kapitalvermögen entgeltlich auf Zeit zur Nutzung zu überlassen. Soweit die Einkünfte aus Kapitalvermögen aus der Beteiligung an einer Kapitalgesell-

schaft erzielt werden, hat der BFH diese allgemeine Aussage allerdings dahin präzisiert, dass der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft dieser kein Kapital auf Zeit zur Nutzung überlässt, sondern eine Bar- bzw. Sacheinlage zu leisten hat, mit der zivilrechtlich und wirtschaftlich ein endgültiger Vermögensübergang in der Vermögenssubstanz vollzogen wird, mit dem der Gesellschafter alle Rechte am übertragenen Vermögen verliert. Als Gegenleistung erhält der Steuerpflichtige ein Mitgliedschaftsrecht an der Kapitalgesellschaft, das in der Regel frei übertragbar ist und das Vermögensrecht mit umfasst, an Gewinnausschüttungen und an der Verteilung des Liquidationsvermögens beteiligt zu werden (vgl. BFHE 170, 354 = BStBl. II 1993, 399). Einkünfte aus Kapitalvermögen bezieht nicht nur derjenige, der ursprünglich Kapitalvermögen gegen Entgelt zur Nutzung überlassen hat, sondern auch ein Nachfolger in ein solches Rechtsverhältnis, soweit die Einnahmen aus Kapitalvermögen nunmehr ihm gebühren (BFHE 164, 357 = BStBl. II 1991, 574).

2. Die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ein Nießbrauch an Kapitalvermögen, bei Beteiligung an einer GmbH mit steuerlicher Wirkung anerkannt werden kann, ist umstritten und höchstrichterlich noch nicht entschieden.

a) Nach Auffassung der Finanzverwaltung laut BMF-Schreiben in BStBl. I 1983, 508, Tz. 57 und in EStG-Kartei NRW § 20 Fach 3 Nr. 8 ist zwar der Vorbehaltsnießbrauch grundsätzlich steuerlich anzuerkennen; beim hier streitigen unentgeltlichen Zuwendungsnießbrauch sind die Einnahmen und die anrechenbare Steuer jedoch grundsätzlich dem Nießbrauchsbesteller zuzurechnen. Die Finanzverwaltung bezieht sich zur Begründung auf das Urteil in BFHE 121, 53 = BStBl. II 1977, 115 = MittRhNotK 1977, 23. Danach ändert ein unentgeltlicher Nießbrauch an Wertpapieren die Zurechnung der Wertpapiererträge als Einkünfte des Wertpapierinhabers aus Kapitalvermögen nicht. Der BFH hat damit die in BFHE 119, 63 = BStBl. II 1976, 592 = MittRhNotK 1976, 475 geäußerte Auffassung bekräftigt, wonach der Nießbrauch am Gewinnstammrecht eines Anteils an einer Personengesellschaft seinem zivilrechtlichen und wirtschaftlichen Gehalt nach einer Vorausabtretung der künftigen Gewinnansprüche so nahe kommt, dass er einkommensteuerrechtlich als eine solche Vorausabtretung zu werten ist, durch die die steuerliche Leistungsfähigkeit nicht berührt wird.

b) Die Auffassung der Finanzverwaltung und die oben dargestellte ältere BFH-Rechtsprechung, auf die sich die Verwaltung stützt, werden allgemein als zu restriktiv angesehen (vgl. Schön, StbJb. 1996/97, S. 45, 76; Janssen/Nickel, Unternehmensnießbrauch, 1998, S. 87, Milatz/Sonneborn, Deutsches Steuerrecht – DStR – 1999, 137, 141). Der BFH selbst hält es für noch nicht entschieden, ob die Kapitalerträge beim Nießbrauch am GmbH-Anteil dem Nießbraucher einkommensteuerrechtlich zugerechnet werden können (BFG/NV 2001, 1393).

c) Nach Auffassung des Senats sind die Erträge aus einer Kapitalanlage nur dann steuerlich einem Dritten zuzurechnen, der nicht Inhaber der Forderung bzw. des Geschäftsanteils ist, wenn diesem eine Dispositionsbefugnis über die Einkunftsquelle eingeräumt ist und die Position

über das bloße Empfangen der Einkünfte hinaus geht. Nur wer in die Lage versetzt wird, Marktchancen zu nutzen, das Vermögen zu verwalten, die Modalitäten der Kapitalanlage zu verändern oder die Leistung durch Zurückziehung des Kapitals zu verweigern, erzielt selbst Einkünfte aus Kapitalvermögen (BFH/NV 2001, 1251 unter Hinweis auf Wassermeyer, StuW 1979, 209, Schmidt/Heinicke, § 20 EStG Rn. 21, Blümich/Stuhrmann, § 20 EStG Rn. 43). Dementsprechend stellen auch Janssen/Nickel a.a.O., S. 90 bei der Zurechnung von Ausschüttungen von Kapitalgesellschaften darauf ab, ob der Nießbraucher einen – theoretischen – eigenen Einfluss auf den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens nehmen konnte, insbesondere ob ihm die Mitverwaltungsrechte übertragen worden sind oder ob er auf diese kraft der vertraglichen Vereinbarungen mit dem Nießbrauchsbesteller entscheidenden Einfluss ausüben konnte. In diesem Fall stellen sich die dem Nießbraucher zufließenden Erträge aus der Beteiligung als das Ergebnis der wirtschaftlichen Beteiligung am Markt dar (vgl. Janssen/Nickel a.a.O., S. 90, 91, im Ergebnis ebenso Milatz/Sonneborn, DStR 1999, 137, 142). Der Senat schließt sich dem an.

Der Nießbrauch am Anteil an einer Kapitalgesellschaft kann nach Auffassung des Senats nur eingeschränkt, bei Übergang der Mitverwaltungsrechte, steuerlich anerkannt werden, da nach §§ 1068 Abs. 2, 1030 (BGB) i. V. mit §§ 99 Abs. 2, 100, 2. Alt. BGB der Besteller des Nießbrauchs nur ein dingliches Nutzungsrecht mit dem Inhalt einräumt, alle Erträge, Früchte und Vorteile zu ziehen, die das Recht seiner Bestimmung gemäß gewährt. Selbst wird der Nießbraucher nicht Gesellschafter (BGH DStR 1999, 246 = DNotZ 1999, 607 = MittRhNotK 1999, 250 betreffend den Nießbrauch am Anteil an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts – GbR –). Entsprechend stehen grundsätzlich die Mitgliedschaftsrechte wie das Stimmrecht und der Anteil an den stillen Reserven weiterhin dem Gesellschafter zu. Die Gesellschafterrechte bleiben auch bestehen, soweit Kapitalerhöhungen nicht nur aus Gesellschaftsmitteln durchgeführt werden (vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, 17. Aufl. 2000, § 15 GmbHG Rn. 52 f.). Entsprechend besteht auch keine Steuerpflicht des Nießbrauchers hinsichtlich einer verdeckten Gewinnausschüttung (BFHE 167, 90 = BStBl. II 1992, 605), da sich das Recht des Nießbrauchers auf den gemäß Gewinnverwendungsbeschluss auszuschüttenden Gewinnanteil beschränkt, sofern der Nießbraucher nicht als wirtschaftlicher Eigentümer der Anteile anzusehen ist. Steht dem Nießbraucher mangels eindeutiger anderweitiger konkreter Zuweisung weiterer Gesellschaftsrechte im Wesentlichen nur das Gewinnbezugsrecht zu und bleibt ihm insbesondere das wichtige Recht zur Mitwirkung an der Erzielung von Kapitalvermögen, das Stimmrecht, verwehrt, stellt sich der Nießbrauch am Geschäftsanteil lediglich als Vorausabtretung der Kapitalerträge dar. In diesem Fall gebühren dem Anteilseigner als Gesellschafter weiterhin die Einkünfte, auch wenn er vorab durch die Bestellung des Nießbrauchs darüber verfügt hat. Eine Nachfolge im Rechtsverhältnis zur Gesellschaft (BFHE 164, 357 = BStBl. II 1991, 574) ist damit nicht verbunden.

3. a) Bei Anwendung dieser Grundsätze sind die streitigen Ausschüttungen in den Jahren 1993–1997 wie bisher

dem Kl. zuzurechnen. Dieser ist weiterhin Inhaber des Geschäftsanteils von 2,– DM. Zwar kann auch der Kl. in Bezug auf diesen Geschäftsanteil kein Stimmrecht ausüben, da dieses stimmrechtslos ist, andererseits gehen auf die Beigeladene keine nennenswerten Mitwirkungsrechte über, die ihr eine noch so schwache Dispositionsbefugnis über die Einkunftsquelle einräumen. Zwar ist in § 3 des Nießbrauchsbestellungsvertrages bestimmt, dass der Ehefrau sämtliche mit dem Geschäftsanteil verbundenen Gesellschaftsrechte zustehen. Dabei bleibt aber offen, um welche Rechte, ausgenommen das besonders erwähnte Gewinnbezugsrecht, es sich dabei handeln soll, z. B. wie bei Kapitalerhöhungen zu verfahren ist. Die Einräumung des Nießbrauchs erweist sich daher letztlich als Vorausabtretung der Ausschüttungen nach dem Gewinnverwendungsbeschluss, auf den die Beigeladene keinen Einfluss hat. Dass tatsächlich keinerlei Einflussmöglichkeit besteht, zeigt sich daran, dass der Gesellschaftsvertrag im Jahr 1993 allein aufgrund des dem Kl. zustehenden GmbH-Anteils, der mit einem Stimmrecht versehen ist, geändert werden konnte. Die Tatsache, dass der GmbH die Nießbrauchsbestellung in entsprechender Anwendung von § 16 GmbHG mitgeteilt worden ist, reicht für die einkommensteuerrechtliche Zurechnung der Ausschüttungen auf die Beigeladene nicht aus. § 16 GmbHG, dessen Anwendung auf die Bestellung des Nießbrauchs streitig ist (vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, § 16 GmbHG Rn. 2), kann dem Nießbraucher keine Gesellschaftsrechte vermitteln, da sich die Anmeldung der Nießbrauchsbestellung bei der Gesellschaft nur auf diesen Tatbestand beziehen kann. Die dadurch erzeugte rechtliche Wirkung beschränkt sich deshalb darauf, dass die Gesellschaft nunmehr direkt an den Nießbraucher mit befreiender Wirkung zu leisten hat.

b) Eine Zurechnung des Anteils nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO und dem folgend die daraus resultierenden Einkünfte auf die Beigeladene kommt nicht in Betracht. Danach ist das Wirtschaftsgut einem anderen als dem Eigentümer zuzurechnen, wenn dieser die tatsächliche Herrschaft über das Wirtschaftsgut in der Weise ausübt, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann. Davon kann im Streitfall nicht ausgegangen werden. Das Nießbrauchsrecht ist auf Lebenszeit der Beigeladenen bestellt und damit beschränkt. Während der vorgesehenen Dauer erschöpft sich der Wert des Wirtschaftsguts nicht. Die langfristige Werthaltigkeit des GmbH-Anteils mit Ausschüttungen, die den Nominalwert um ein vielfaches übersteigen, bleibt auch ungeachtet der Nießbrauchsbelastung bestehen. Der Anteil behält einen erheblichen Wert für den jeweiligen Eigentümer und dürfte wegen der Begrenzung auf die Lebenszeit der Nießbraucherin auch mit dieser Belastung veräußerbar sein. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass dem Kl., wie bereits ausgeführt, die Teilnahme an Kapitalerhöhungen, soweit diese nicht aus Gesellschaftsmitteln durchgeführt werden, verbleibt. Keine Bedeutung in diesem Zusammenhang hat die Heranziehung zur Schenkungsteuer. Insofern besteht keine Abhängigkeit der ertragsteuerlichen Beurteilung von der schenkungsteuerlichen. Es bedarf daher keiner näheren Prüfung der Frage, ob diese Festsetzung zutreffend ist.

c) Aus § 20 Abs. 2 a EStG in der Fassung des Standort-sicherungsgesetzes (StOG), das erstmals in den Fällen anzuwenden ist, in denen die Trennung zwischen Stammrecht und Dividendenanspruch nach dem 31. 12. 1993 erfolgt (§ 52 Abs. 20 S. 3 EStG) ergibt sich für den Streitfall nichts anderes, selbst wenn man – wie das FA – diese Vorschrift für den mit Wirkung vom 15. 2. 1993 bestellten Nießbrauch für anwendbar hält. Danach werden Einkünfte aus Kapitalvermögen i. S. des Abs. 1 Nr. 1–3 vom Anteilseigner erzielt. Das ist derjenige, dem nach § 39 AO die Anteile an dem Kapitalvermögen im Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses zuzurechnen sind. Sind die Einnahmen einem Nießbraucher zuzurechnen, gilt er als Anteilseigner. Diese gesetzliche Regelung besagt jedoch nicht, dass dem Nießbraucher diese Einnahmen zuzurechnen sind, sondern regelt nur die Rechtsfolgen, die sich ergeben, wenn dieses der Fall ist (vgl. BFHE 162, 263 = BStBl. II 1991, 38 für die insoweit vergleichbare Vorschrift § 20 Abs. 2 Nr. 2 S. 3 EStG). Dass kein wirtschaftliches Eigentum am Gesellschaftsanteil besteht, ergibt sich aus den Ausführungen unter 3 a).

12. Steuerrecht – Zur Minderung der Bereicherung infolge eigener Arbeitsleistungen am Gebäude beim nachfolgenden Erwerb

(FG Rheinland-Pfalz, Gerichtsbescheid vom 31. 7. 2003 – 4 K 1046/03)

ErbStG § 10 Abs. 5 Nr. 3

Leistungen zugunsten eines Erblassers, die vertraglich nicht geschuldet sind und lediglich in Erwartung einer letztwilligen Zuwendung erbracht werden, sind trotz einer kausalen Verknüpfung mit dem nachfolgenden Erwerb nicht als Nachlassverbindlichkeit i. S. des § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG zu berücksichtigen.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Bet. streiten darüber, ob eigene Arbeitsleistungen, die mit Baumaßnahmen an einem zum Nachlass gehörenden Grundstück zusammenhängen, vom Erben bereicherungsmindernd abgezogen werden können.

Der Kl. ist der alleinige Erbe seiner Mutter. Zum Nachlass gehörte auch ein Grundstück, auf dem ab 1954 ein Wohnhaus errichtet wurde. Der Bedarfswert für dieses Grundstück ist durch Bescheid auf 370 000,- DM festgestellt worden.

Durch Erbschaftsteuerbescheid setzte der Bekl. gegen den Kl. Erbschaftsteuer von 6 853,- DM unter Ansatz eines Reinnachlasswertes von 497 937,- DM fest. Der Bescheid erging unter dem Vorbehalt der Nachprüfung. 2002 erging ein nach § 164 Abs. 2 der Abgabenordnung (AO) geänderter Erbschaftsteuerbescheid, mit dem die Erbschaftsteuer unter Berücksichtigung von Vorerwerben von insgesamt 446 725,- DM auf 39 522,86 € (77 300,- DM) erhöht wurde. Der hiergegen eingelegte Einspruch, mit dem der Kl. Eigenleistungen bei der Errichtung des Wohnhauses als Nachlassverbindlichkeiten geltend machte, blieb erfolglos.

Mit der Klage begehrt der Kl. einen Abzug der von ihm auf 5 400,- DM bezifferten Eigenleistungen als Nachlassverbindlichkeit.

Aus den Gründen:

Die Klage ist unbegründet.

Der angefochtene Erbschaftsteuerbescheid ist nicht zu beanstanden. Der Bekl. hat bei der Ermittlung der Bereicherung (§ 10 Abs. 1 S. 2 ErbStG) die eigenen Arbeitsleistungen des Kl. bei der Errichtung des Wohnhauses auf dem zum Nachlass gehörenden Grundstück zu Recht nicht als Nachlassverbindlichkeit berücksichtigt.

Nachlassverbindlichkeiten können neben Erblasser- und Erbfallsschulden (§ 10 Abs. 5 Nr. 1 u. 2 ErbStG) auch Kosten i. S. des § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG sein. Zu diesen Kosten können neben den Aufwendungen, die erst nach dem Erbfall anfallen (wie z. B. die Kosten für die Bestattung, das Grabdenkmal und die Grabpflege), auch solche gehören, die dem Erwerber bereits vor dem Erbfall entstanden sind und der Erlangung des Erwerbs von Todes wegen dienen. Soweit solche Kosten dem Erwerber durch Leistungen erwachsen sind, die er mit Rücksicht auf eine letztwillige Zuwendung gegenüber dem Erblasser erbracht hat, stellen sie Vorausleistungen dar, die aus der Sicht des Erwerbers durch den nachfolgenden Erwerb von Todes wegen abgegolten werden. Solche Vorausleistungen sind aber nur eingeschränkt als Erwerbsaufwand i. S. des § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG abzugsfähig.

Sind die Vorausleistungen Ausfluss eines gegenseitigen Vertrages, der sowohl den künftigen Erwerber als auch den Erblasser zu Leistungen verpflichtete, so kann ein am Todestag zu Lasten des Erblassers bestehender Erfüllungsrückstand als Erblasserschuld (§ 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG) berücksichtigt werden. Ein solcher Erfüllungsrückstand kann allerdings nicht bestehen, wenn der Erblasser zwar eigene Leistungen oder ein Entgelt für die Leistungen des Vertragspartners zu erbringen hatte, aber auch eine letztwillige Verfügung (Erbeinsetzung oder Vermächtnis) zu Gunsten des Vertragspartners von vornherein als mögliche Vergütungsform in Aussicht genommen war (vgl. zu einem solchen Vergütungsausgleich im Erbwege BAG NJW 1978, 444). Bei einer derartigen Vereinbarung, die mangels einer verbindlichen Festlegung auf diese Vergütungsform nicht an § 2302 BGB scheitert, wird der vertragliche Vergütungs- oder Entgeltsanspruch des Erwerbers durch den Erwerb von Todes wegen befriedigt, so dass kein Erfüllungsrückstand verbleibt. Die Vorausleistungen können dann aber gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG als Erwerbsaufwand abgezogen werden (Senatsurteil ZEV 1997, 81). Das Gleiche gilt bei Vorausleistungen, die aufgrund eines „entgeltlichen“ Erbvertrages im Hinblick auf eine letztwillige Zuwendung erbracht werden, die in einer vertragsmäßigen Verfügung von Todes wegen vorgesehen ist. Auch die mit solchen Vorausleistungen zusammenhängenden Aufwendungen sind als Kosten zur Erlangung des Erwerbs nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG zu berücksichtigen (BFH BStBl. II 1984, 37).

Anders liegen die Dinge hingegen bei Vorausleistungen, die nicht vertraglich geschuldet wurden, sondern lediglich in der Erwartung einer letztwilligen Zuwendung erbracht wurden. War diese Erwartung auch für den Erblasser als Leistungsempfänger erkennbar, können diese

Vorausleistungen freilich mit dem nachfolgenden Erwerb von Todes wegen kausal – d. h. durch Setzung eines Rechtszweckes – verknüpft sein, so dass dem Leistenden, wenn seine Erwartung enttäuscht wird, ein Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 S. 2 BGB zustehen kann. Eine solche kausale Verknüpfung kann deshalb geeignet sein, sowohl die Unentgeltlichkeit der Vorausleistungen als auch die Unentgeltlichkeit der Zuwendung auszuschließen. Dem gemäß können Baumaßnahmen an einem Grundstück, dessen nachfolgende lebzeitige Zuwendung erkennbar erwartet wird, als Gegenleistungen des Zuwendungsempfängers zu werten sein, wobei auch die eigenen Arbeitsleistungen bereicherungsmindernd zu berücksichtigen sind (Senatsurteil vom 17. 4. 2003 4 K 1172/03). Für Erwerbe von Todes wegen i. S. des § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG kann dies aber nicht gelten. Für ihre Besteuerung ist eine kausale Verknüpfung mit Vorleistungen des Erwerbers nicht von Belang. Da die objektive Unentgeltlichkeit kein tatbestandliches Merkmal dieser Erwerbe von Todes wegen ist, können die mit Vorleistungen verbundenen Kosten bei solchen Erwerbsvorgängen nur im Rahmen des § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG abgezogen werden. Danach muss es sich aber um vertraglich geschuldete Leistungen des künftigen Erwerbers handeln. Dies macht auch die Regelung des § 13 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG deutlich, die bei Pflege- und Unterhaltsleistungen, für die der Erblasser kein oder kein ausreichendes Entgelt geleistet hat, nur einen Freibetrag zugesteht. Diese Regelung geht ersichtlich davon aus, dass es bei Pflege- und Unterhaltsleistungen, für die der Erblasser keine angemessene Vergütung zu zahlen hatte, eines Ausgleichs durch eine partielle Steuerbefreiung

bedarf. Diese Begünstigung wäre aber nicht gerechtfertigt, wenn solche Leistungen auch unabhängig von einer vertraglichen Entgeltsregelung allein aufgrund der Erwartung des Erwerbers, eine letztwillige Zuwendung zu erhalten, als abzugsfähiger Erwerbserwerb zu behandeln wären.

Dass die Arbeitsleistungen des Kl. u. U. den Wert des Nachlassvermögens erhöht haben, rechtfertigt ebenfalls nicht ihren Abzug bei der Ermittlung der steuerlichen Bereicherung. Die Arbeitsleistungen sind zunächst den Eltern als Grundstückseigentümer zugute gekommen, deren Vermögen erst anschließend im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den Kl. übergegangen ist. Gegenstand eines Erwerbs durch Erbanfall ist aber das übergegangene Vermögen mit seinem Wert am Todestag, der in die steuerliche Bemessungsgrundlage unabhängig davon eingeht, wie und von wem der Erblasser seinerseits dieses Vermögen erworben hatte. Der Übergang von Nachlassgegenständen, die aufgrund von Leistungen des Erwerbers in das Vermögen des Erblassers gelangt waren, ist nur in den gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefällen – z. B. beim Rückfall von Vermögen an Eltern und Vor-Eltern (§ 13 Abs. 1 Nr. 10 ErbStG) – von der Besteuerung ausgenommen. Ein solcher Ausnahmefall liegt hier aber nicht vor. Auch ein – zu einem Abzug nach § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG führender – Bereicherungsanspruch des Kl. hätte nur entstehen können, wenn er einen nachfolgenden Erwerb des Grundstücks von vornherein erwartet hätte und diese Erwartung enttäuscht worden wäre. Letzteres ist aber, da das Vermögen der Mutter durch Erbanfall auf den Kl. übergegangen ist, nicht der Fall.

Mitteilungen

1. Steuerrecht – Grunderwerbsteuer; Aufeinanderfolge der Tatbestände der §§ 1 Abs. 1 Nr. 1 (Nr. 2) und 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG bei Umwandlungen und Anwachsungen unter Einbeziehung verschiedener Rechtsträger – Erlass vom 26. 9. 1994 – S 4520 – 1 – VA 2

(FinMin Nordrhein-Westfalen, Erlass vom 30. 9. 2003 – S 4520 – 1 – VA 2)

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG unterliegt der Grunderwerbsteuer der Übergang des Eigentums an einem inländischen Grundstück, wenn kein den Anspruch auf Übereignung begründendes Rechtsgeschäft vorausgegangen ist und es auch keiner Auflassung bedarf. Erwerbsvorgänge in diesem Sinne werden im Rahmen von Umwandlungen und Anwachsungen verwirklicht.

Die Steuerpflicht aus § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG besteht nach der Rechtsprechung des BFH auch für solche Grundstücke, die vor Wirksamkeit einer Umwandlung (Verschmelzung) durch den bisherigen Eigentümer oder seinen Rechtsnachfolger schuldrechtlich veräußert waren. Der Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG knüpft ausschließlich an die sachenrechtliche Eigentumsänderung an, die durch eine grunderwerbsteuerrechtliche

Zuordnung weder negativ ausgeschlossen noch positiv bewirkt werden kann. Der BFH hielt es allerdings für denkbar, dass bei einer derartigen schuldrechtlichen Veräußerung durch den übertragenden Rechtsträger im Ergebnis keine Grunderwerbsteuer anfällt (vgl. BStBl II, 866).

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung ist im Bezugserrlass auf der Grundlage des damals geltenden Grunderwerbsteuerrechts ausgeführt, dass in entsprechenden Fällen der auf diese Grundstücke entfallende Teil der Gesamtgegenleistung mit 0 DM (jetzt 0 €) zu bewerten ist. Inzwischen ist § 8 GrEStG jedoch durch Art. 7 Nr. 3 des Jahressteuergesetzes 1997 vom 20. 12. 1996 (BStBl I, 1523, 1536) neu gefasst und durch Art. 15 Nr. 4 des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 vom 24. 3. 1999 (BStBl I, 304, 397) geändert worden. Nach § 8 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG n. F. bemisst sich die Grunderwerbsteuer bei Umwandlungen aufgrund eines Bundes- und Landesgesetzes, bei Einbringungen sowie bei anderen Erwerbsvorgängen auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage nicht mehr nach dem Wert der Gegenleistung, sondern nach den Werten i. S. des § 138 Abs. 2 oder 3 BewG (Grundbesitzwert). Die Anweisungen des Bezugserrlasses gehen daher seit dem In-

Kraft-Treten des § 8 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG n. F. am 1. 1. 1997 (Art. 32 Abs. 3 JStG 1997) ins Leere.

Allerdings erscheint es auch nach In-Kraft-Treten des § 8 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG n. F. nicht gerechtfertigt, Grunderwerbsteuer für solche Grundstücke festzusetzen bzw. zu erheben, die bereits vor Wirksamkeit der Umwandlung oder Anwachsung durch den bisherigen Eigentümer schuldrechtlich an Dritte veräußert waren. Der Gesetzgeber hat mit der Neufassung der genannten Vorschrift lediglich eine Steuervereinfachung herbeiführen wollen; eine Ausdehnung des Steueranspruchs war hiermit nicht beabsichtigt. Ich bitte daher, in den einschlägigen Fällen die Grunderwerbsteuer aus sachlichen Billigkeitsgründen nicht festzusetzen bzw. nicht zu erheben. Maßgebend ist der Zeitpunkt, in dem sich der Veräußerer und Erwerber durch rechtsgeschäftliche Erklärungen im Innenverhältnis gegenseitig gebunden haben.

Steht bei der Veräußerung durch den bisherigen Eigentümer (übertragender Rechtsträger) im Zeitpunkt der Verwirklichung des Erwerbsvorgangs nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG eine erforderliche Genehmigung des Kaufvertrages noch aus, ist die Steuer für den Eigentumsübergang im Rahmen der Umwandlung oder Anwachsung in der Regel unter Berücksichtigung eines Wertansatzes für den veräußerten Grundbesitz in Höhe von 0 € gemäß § 165 Abs. 1 S. 1 AO vorläufig festzusetzen.

Die Festsetzung der Grunderwerbsteuer ist gemäß § 165 Abs. 1 S. 4 AO ohne Sicherheitsleistung auszusetzen, wenn außer den bereits veräußerten Grundstücken keine weiteren Grundstücke vorhanden sind. Die Steuerfestsetzung ist zu ändern bzw. nachzuholen, wenn die Genehmigung endgültig versagt wird.

Dieser Erlass ergeht im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder und tritt an die Stelle des Bezugserrlasses.

2. Steuerrecht – Grunderwerbsteuer; Berücksichtigung des Kapitalnutzungsvorteils des Veräußerers bei Vorleistungspflicht des Erwerbers als sonstige Leistung
(*FinMin Nordrhein-Westfalen*, Erlass vom 1. 10. 2003 – S 4521 – 22 – VA 2)

Verzichtet der Käufer eines Grundstücks im Kaufvertrag auf das ihm durch die §§ 320, 322 BGB gewährte Recht, den Kaufpreis erst im Zuge der Erfüllung der Sachleistungsverpflichtung (Übereignung und Übergabe des Grundstücks) erbringen zu müssen, indem er sich einer Vorleistungspflicht unterwirft, so gewährt er dem Verkäufer einen als sonstige Leistung i. S. des § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG anzusehenden geldwerten Vorteil in Gestalt der vorzeitigen Kapitalnutzungsmöglichkeit. Der Jahreswert der Nutzung ist gemäß § 15 Abs. 1 BewG mit 5,5 v. H. des Kaufpreises anzusetzen (BFH BStBl II 1995, 69 = Mitt-RhNotK 1995, 152).

Bei Teilzahlungsbeträgen, die bei Werkverträgen als Abschlagszahlungen nach der MaBV vereinbart werden, kommt dagegen der Ansatz einer sonstigen Leistung in

Gestalt der Überlassung der Kapitalnutzungsmöglichkeit an den Unternehmer nicht in Betracht (BFH/NV 2002, 1612).

Etwas anderes gilt nach dem Urteil des FG Berlin vom 30. 3. 2000 1 K 1374/99 (EFG 2000, 1027) für den Fall, dass der Erwerber unter Verzicht auf sein Recht nach der MaBV, den Kaufpreis nach Baufortschritt in Teilbeträgen zahlen zu können, den Kaufpreis – unter Gewährung eines Preisnachlasses in einem Betrag als Vorauszahlung leistet. In einem solchen Fall sei eine sonstige Leistung in Gestalt der Überlassung der Kapitalnutzungsmöglichkeit zu bejahen und mit dem Zinssatz von 5,5 v. H., in Anlehnung an § 3 Abs. 2 MaBV bezogen auf die einzelnen Baufortschritte/Fertigstellungszeitpunkte (z. B. für Erdarbeiten, Rohbaufertigstellung etc.), zu ermitteln.

Die Anwendung dieser Berechnungsmethode würde jedoch in der Praxis zu einem unverhältnismäßig hohen Ermittlungs- und Zeitaufwand führen. Ich bin daher im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder grundsätzlich damit einverstanden, dass in Fällen mit derartiger Kaufpreisvereinbarung aus Vereinfachungsgründen der Kapitalnutzungsvorteil in Höhe des im Kaufvertrag vereinbarten Preisnachlasses als sonstige Leistung angesetzt wird. Lediglich in den Fällen, in denen diese Handhabung zu einer offensichtlich zu niedrigen Grunderwerbsteuer führt (z. B. bei sehr hoher Gegenleistung und einem Preisnachlass, der einer deutlich unter dem gesetzlichen Zinssatz von 5,5 v. H. liegenden Verzinsung entspricht), bitte ich, die Besteuerung entsprechend der angeführten Entscheidung des FG Berlin durchzuführen.

3. Anpassung des Basiszinssatzes zum 1. Januar 2004
(*Deutsche Bundesbank*, 30. 12. 2003)

Gemäß § 247 Abs. 2 BGB ist die Deutsche Bundesbank verpflichtet, den aktuellen Stand des Basiszinssatzes im Bundesanzeiger zu veröffentlichen.

Der Basiszinssatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs verändert sich zum 1. Januar und 1. Juli eines jeden Jahres um die Prozentpunkte, um welche seine Bezugsgröße seit der letzten Veränderung des Basiszinssatzes gestiegen oder gefallen ist. Bezugsgröße ist hierbei der Zinssatz für die jüngste Hauptrefinanzierungsoperation der Europäischen Zentralbank vor dem ersten Kalendertag des betreffenden Halbjahres.

Da der marginale Zinssatz für die jüngste Hauptrefinanzierungsoperation der Europäischen Zentralbank am 30. Dezember 2003 2,02 % beträgt, ist er seit dem für die letzte Änderung des Basiszinssatzes maßgeblichen Zeitpunkt am 1. Juli 2003 um 0,08 Prozent gefallen (der marginale Zinssatz für die letzte Hauptrefinanzierungsoperation im Juni 2003 hat 2,10 % betragen). Hieraus errechnet sich mit dem Beginn des 1. Januar 2004 ein Basiszinssatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1,14 %.

Die neuen Sätze werden in der Ausgabe des Bundesanzeigers vom 6. Januar 2004 (Nr. 2) bekannt gegeben.

Buchbesprechungen

1. Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Kommentar in 3 Bänden, 2002/2003, 495,- Euro, 2903 Seiten, (Verlag C. H. Beck, München)

Der Beck-Verlag hat als vierten BGB – Kommentar im eigenen Hause überraschend und innerhalb kürzester Zeit eine Neuerscheinung vorgelegt, die auf Praktiker ausgerichtet sein soll und sich – unausgesprochen – als Konkurrenz zum Erman positioniert. Die Herausgabe des *Bamberger/Roth* wurde mit dem Dritten Band Ende 2002 eröffnet und wenige Tage nach Ostern 2003 mit Erscheinen des Ersten Bandes abgeschlossen. Der dreibändige Kommentar soll (wie die Neubearbeitung des Staudinger) online aktualisiert werden und ist für Bezieher der Print-Ausgabe zu einem Vorzugspreis in der online-Version nutzbar. Der Bezieher kann aber auch wahlweise jeweils die gedruckte Ausgabe oder die online-Version erwerben.

Die äußere Fassung des Kommentars ist gelungen. Satz und Layout entsprechen der beim Beck-Verlag gewohnten Qualität. Gliederungen und Überschriften sind übersichtlich, Fett- und Kursivdruck sparsam genug eingesetzt, so dass die Lesbarkeit nicht leidet. Der Kommentar ist im Übrigen gut handhabbar. Schrifttumsnachweise sind den jeweiligen §§ von den Autoren in unterschiedlichem Umfang in alphabetischer Reihenfolge vorangestellt. Zitate sind in Fußnotenform wiedergegeben. Das Stichwortverzeichnis ermöglicht ein sicheres Auffinden.

Alle Bände werden nach dem Bearbeiterverzeichnis, mit einem Vorwort der Herausgeber, dem Inhaltsverzeichnis, einem umfangreichen Abkürzungsverzeichnis und der erste Band mit einem alphabetischen Stichwortverzeichnis eingeleitet. Das Abkürzungsverzeichnis könnte besser im ersten Band zusammengefasst werden.

Inhaltlich behandelt die Neuerscheinung als erster mehrbändiger Kommentar das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts mit seinen Änderungen vor allem in den Bereichen Verjährungsrecht, Leistungsstörungsrecht, Kauf- und Darlehnsrecht, die Mietrechtsreform, das zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften und das OLG-Vertretungsänderungsgesetz. Die Kommentierung berücksichtigt das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 15. 7. 2002. Neben allen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches sind die Erbbaurechtsverordnung, das Wohnungseigentumsgesetz, das Gesetz zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich (VAHRG), das Versorgungsausgleichs-Überleitungsgesetz (VAÜG), die Barwerte-Verordnung, wie Hausratsverordnung, das Sozialgesetzbuch VIII (Kinder- und Jugendhilfe), das EGBGB, das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG) und das Beurkundungsgesetz mitkommentiert, wodurch der Wert des Kommentars für Notare zusätzlich gesteigert wird.

Heinz Georg Bamberger, Präsident des Oberlandesgerichts Koblenz und Mitherausgeber, hat die §§ 1–12 BGB selbst kommentiert. Die sehr wichtige Kommen-

tierung des § 1 BGB bezieht die modernen Medizintechniken sowohl im vorgeburtlichen Stadium als auch beim Tod eines Menschen in die Diskussion ein. Noch Fragen lassen die Kommentierungen zu §§ 13, 14 BGB (Verbraucher, Unternehmer) für den Praktiker offen. Insbesondere Notare sind auf eine klare Abgrenzung zwischen Unternehmer und Verbraucher bei der Beurkundung von Verbraucherverträgen angewiesen. So fehlt z. B. für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, an der sowohl Verbraucher als auch Unternehmer beteiligt sein können, ein dogmatischer Abgrenzungsversuch. Problematisch werden diejenigen Fälle bleiben, in denen die Zuordnung der einzelnen Mitglieder einer Gesamthandsgemeinschaft unterschiedlich erfolgt. Das gilt insbesondere für die BGB-Gesellschaft, die entgegen *Schmidt/Räntsch* (§ 14 BGB Rz. 4) nicht in allen Fällen zu den rechtsfähigen Personengesellschaften zählt, sondern nur als BGB-Außengesellschaft mit Gesamthandsvermögen.

Sehr fundiert ist der Titel „Juristische Personen“ (§§ 21–89 BGB) von *Schwarz* abgehandelt. Seine sorgfältige Kommentierung beinhaltet auch die Reform des Stiftungsrechts. Ausführlich wird von *Schwarz* die Binnenorganisation des Vereins mit den umstrittenen und problematischen Fragen des Vereinsstrafrechts erläutert. Weiterführend sind vor allem seine Ausführungen zur Rechtssubjektivität und Vermögensordnung beim nicht rechtsfähigen Verein. Hier verbindet *Schwarz* die neuere Lehre und Rechtsprechung zum Gesamthandsvermögen mit der dogmatischen Einordnung des nicht rechtsfähigen Vereins, der selbst Zuordnungsobjekt von Rechten und Pflichten sein kann. Dies ist folgerichtig und entspricht der von *Karsten Schmidt* schon sehr früh aufgestellten These, auch der nicht rechtsfähige Verein könne rechtsfähig sein.

Im zweiten Band werden die §§ 611–1296 BGB, die Erbbaurechtsverordnung und das Wohnungseigentumsgesetz erläutert. Die Kommentierung der §§ 611–630 BGB zum Dienstvertrag berücksichtigt die Auswirkungen der zahlreichen arbeitsrechtlichen Nebengesetze (z. B. Kündigungsschutzgesetz oder Teilzeit- und Befristungsgesetz) sowie der Novellierung der Gewerbeordnung (§§ 105 ff. GewO) auf das Arbeitsvertragsrecht. Die umfassende Rechtsprechung zum Reiserecht ist ausgewertet. Ergänzend sind die §§ 4–11 der BGB-Informationspflichtenverordnung abgedruckt und in Grundzügen erläutert. Durch das Überweisungsgesetz aus dem Jahre 1999 hat der Gesetzgeber verschiedene Bereiche des Bankrechts, nämlich den Überweisungs-, Zahlungs- und Girovertrag im BGB geregelt (§§ 676 a–676 h BGB), die ebenfalls im *Bamberger/Roth* neu mitkommentiert werden.

In der im Übrigen sehr gründlichen Bearbeitung der §§ 631 ff. BGB durch *Wolfgang Voit* werden die Besonderheiten des Bauträgervertrages für die notarielle Praxis zu knapp dargestellt. Die §§ 705 ff. BGB sind von zwei herausragend ausgewiesenen Gesellschaftsrechtlern kommentiert, nämlich *Wolfram Timm* und *Torsten Schöne*. Insbesondere die Ausführungen zur Rechtsnatur

der BGB-Gesellschaft sind überzeugend dargestellt, während die zu knapp geratene Behandlung des Zusammenfallens der Gesellschaftsbeteiligungen (Rz. 51) nicht dem neuesten Stand der Dogmatik entspricht (vgl. dagegen MünchKomm/Ulmer, 4. Aufl., § 705 BGB Rz. 63). Die Frage ist für die notarielle Gestaltungspraxis beim Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen von erheblicher Bedeutung.

Die Auswertung der Literatur erfolgt in einigen Teilen des Kommentars für wissenschaftliche Fragestellungen nicht mit der gewünschten Tiefe. So wird in den Erläuterungen zu § 779 BGB die wichtigste Monographie zum Vergleich, nämlich *Bork* (Der Vergleich, 1988) überhaupt nicht erwähnt. Ähnliche Literaturdefizite weisen die §§ 780 ff. BGB auf. Dort wird die Literatur nur bis 1995 (unvollständig) erfasst. Die eigenen, wenig tief schürfenden Ausführungen des Autors in den Juristischen Arbeitsblättern (1995) werden zwar zitiert, nicht aber neuere kritische Abhandlungen. Auch wenn der Verlag als Ziel dieser Neukommentierung vorgegeben hat, sich auf Meinungen zu konzentrieren, die von den Gerichten vertreten werden, muss in jeder Kommentierung eine dogmatisch-kritische Hinterfragung stattfinden. Eine solche fehlt in der Abhandlung zu den §§ 780, 781 BGB. Der Autor setzt sich mit dogmatischer Kritik zum kausalen Schuldanerkenntnis, das sich mangels Verkehrsschutzes bei der Abtretung von Forderungen vom abstrakten Schuldanerkenntnis gar nicht abgrenzen lässt, nicht auseinander. Das deutsch-rechtliche Abstraktionsprinzip wirkt sich bei Forderungen bzw. Verbindlichkeiten nicht aus. Ebenso fehlt eine kritische Auseinandersetzung mit dem Feststellungsvertrag, dem *Röwer* (DNotZ 1999, 1018) wohl viel zu früh den endgültigen Garaus prophezeit hatte. Jedenfalls kann – trotz *Röwer* – unter die „Diskussion“ zu den Feststellungsverträgen keineswegs ein definitiver Schlussstrich gezogen werden, weil einer Diskussion ausgewichen wird und Autoren wie *Gehrlein* verschweigen, dass der Gesetzgeber nach langer Diskussion den Feststellungsvertrag bewusst nicht in das BGB aufgenommen hatte (Prot. II. S. 499). Diese Fundstelle wird übrigens auch von dem „Erfinder“ des „kausalen Schuldanerkenntnisses als Feststellungsvertrag“ *Peter Marburger* in seinen *Staudinger*-Kommentierungen nicht ausgewertet, an dessen in sich widersprüchlichen Ausführungen die Kommentierung *Gehrleins* sichtbar angelehnt ist. Die Gesetzesmaterialien sind in *Marburgers* Dissertation bei seiner „Erfindung“ schlicht übersehen worden, weil sie sich an versteckter Stelle im Allgemeinen Teil befinden. Werden festgefahrene Meinungen – selbst wenn sie dogmatisch nicht haltbar sind – nur unkritisch wiederholt, so verlieren neue Kommentare ihre Berechtigung. Auch Praktiker, insbesondere Rechtsanwälte, sind auf Hinweise angewiesen, den dogmatischen Hebel gegen Gerichtsurteile dort ansetzen zu können, wo eine sogar gefestigte Rechtsprechung angegriffen werden oder sogar ausgehebelt werden kann.

Die Kritik an den Ausführungen *Gehrleins* wird durch die sehr gute Kommentierung von *Wendehorst* im Bereicherungsrecht bestätigt. Zu Recht weist *Wendehorst* darauf hin, dass Rechtsgrund des Schuldanerkenntnisses nicht die anerkannte Schuld sein kann, sondern die

Rechtsgrundabrede sein muss (§ 812 BGB Rz. 26). Deshalb liegt einem abstrakten Schuldanerkenntnis genauso wie einem kausalen Schuldanerkenntnis eine kausale Rechtsgrundabrede zugrunde. Unterschiedliche Rechtsfolgen gibt es nicht, da die Rückabwicklung über das Bereicherungsrecht bei Forderungen nicht zu Besonderheiten führt, insbesondere keinen guten Glaubenserwerb auslösen kann.

Im Deliktsrecht sind von *Spindler* nicht nur die in § 823 Abs. 1 BGB genannten absoluten Rechte sehr sorgfältig kommentiert, sondern auch die Schutzgesetzverletzungen des Abs. 2 behandelt, die aufgrund der Komplexität der heutigen Rechtswirklichkeit inzwischen eine solche Vielfalt aufweisen, dass darunter so heterogene Rechtsgebiete wie das Medizinrecht, E-Commerce, UWG und Kartellrecht oder das Sozialversicherungsrecht fallen. Auch die Verkehrssicherungspflichten für Gebäude, Straßen, Veranstaltungen, Freizeit- und Sporthaftung, Berufshaftung, Straßenverkehr und Transport, die Produkthaftung, Umwelthaftung und Arzthaftung nehmen wichtige Teile der deliktsrechtlichen Kommentierung ein. Im von *Bamberger* kommentierten Anhang zu § 823 BGB ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfassend dargestellt, das in der neueren Rechtsprechung zunehmende Bedeutung gewonnen hat.

In der Kommentierung des § 839 BGB von *Reinert* finden sich auch Ausführungen zur Notarhaftung. Dort wird unter Rz. 30, 31 behauptet, dass der Staat subsidiär für Notarfehler aus § 839 BGB, Art. 34 GG hafte. Da sich die Haftung des Notars nicht aus § 839 BGB, sondern aus § 19 BNotO ergibt, kann eine Staatshaftung nicht unmittelbar für Notarfehler, sondern nur für Fehler der Aufsichtsbehörden über die Notarämter entstehen, etwa aufgrund von Organisationsfehlern der Landesjustizverwaltungen (z. B. bei Besetzung von Notarstellen mit völlig ungeeigneten Bewerbern; die Problematik kann für die jeweiligen Landesjustizverwaltungen dann Bedeutung gewinnen, wenn Notarstellen mit Seitenbewerbern besetzt werden, deren Qualifikation sie naturgemäß nicht hinreichend beurteilen können; oder z. B. für schuldhaftes Unterlassen der Wahrnehmung von Dienstaufsichtsmaßnahmen: Der Aufsichtsbehörde wird bspw. bekannt, dass ein Notar die bei ihm beurkundeten Verträge nicht abwickelt. Trotz Anzeige der Notarkammer bleibt die Aufsichtsbehörde untätig).

Die Kommentierungen zum Sachenrecht beziehen auch die für die notarielle Praxis auftretenden Fragestellungen mit ein. So weist *Beate Grün*, Rechtsanwältin in Fürth und Privatdozentin an der Universität Erlangen, zutreffend darauf hin, dass die ausschließliche Kompetenz eines deutschen Rechtspflegeorgans bei der Auflassung zur Sicherung des Normzwecks des § 925 BGB zwingend geboten ist.

Die Kommentierung zum Wohnungseigentumsgesetz von *Stefan Hügel*, Notar und Professor an der Bauhausuniversität Weimar, ist solide und von dem Autor fehlerfrei auf das Wesentliche konzentriert und mit umfangreichen Nachweisen und Fundstellen versehen. Um die Attraktivität des Kommentars für die notarielle Praxis zu erhöhen, sollten dem Autor aber mehr Seitenzahlen zur Verfügung gestellt werden, damit er der Bedeutung die-

ser Rechtsmaterie entsprechend, eine in der Praxis brauchbare Kommentierung anbieten kann. Ähnliches gilt für die vom Notarkollegen *Eckart Maaß* bearbeitete Erbbaurechtsverordnung, obwohl diese für die Praxis nicht den Stellenwert des WEG hat.

Der dritte Band erläutert das Familien- und Erbrecht sowie mit dem EGBGB das Internationale Privatrecht. Die Kommentierung zum CISG rundet die Ausführungen zum Internationalen Recht ab. Mitbehandelt werden eine Reihe von Nebengesetzen wie das Gesetz zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich (VAHRG), das Versorgungsausgleichüberleitungsgesetz (VAÜG), die Barwert-Verordnung, die Hausratsverordnung sowie SGB VIII: Kinder und Jugendhilfe. Der Verlag wirbt damit (NJW 2003 Heft 15 XXXVII), dass der *Bamberger/Roth* im Familienrecht Kommentierungen liefere, die sich in der täglichen Arbeit eines Notars besonders effektiv verwerten lassen. Soweit dies die Kommentierung zum Unterhaltrecht angeht, kann dem nur sehr eingeschränkt zugestimmt werden.

Die unterhaltsrechtliche Kommentierung insgesamt und vor allem die für Notare wichtige Kommentierung zu § 1585 c BGB ist mit nur einer Seite viel zu kurz geraten. Die in der neueren Diskussion auftretenden Probleme aufgrund der Urteile des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2001 werden mit einem einzigen Satz lediglich angedeutet und hierzu allein die erste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zitiert. Es fehlt eine für die Praxis notwendige kritische Auseinandersetzung mit den Bundesverfassungsgerichtsurteilen und den umfangreichen Folgeentscheidungen, auf die überhaupt nicht eingegangen wird. Das Schrifttum ist von *Beutler* rudimentär bis 2001 ausgewertet, die Rechtsprechung ebenfalls äußerst lückenhaft. In § 1586 b BGB ist das Schrifttum gar nur bis 1992 ausgewertet; die letzte zitierte BGH-Entscheidung datiert aus 1988. Neueste BGH-Urteile zu § 1586 b BGB (NJW 2001, 828; 2003, 1769) werden nicht erwähnt.

Im Erbrecht stellt der Kommentar den Anspruch, einen Hauptschwerpunkt auf das Vermögensrecht zu legen, der in herkömmlichen Kommentaren oft zu kurz komme. Deshalb will der Kommentar laut Werbeanündigung des Beck-Verlages bei Erbvertrag und Testament auf praxisrelevante Klauseln und Gestaltungsfragen eingehen. Diese Werbeaussage kann falsche Erwartungen erwecken, weil es sich um eine Textkommentierung handelt, aber keine Gestaltungsmuster angeboten werden. Tatsächlich weist der Kommentar im Erbrecht durchgängig eine solide und gute Qualität auf, wobei die Kommentierungen von *Jörg Mayer*, der inzwischen in deutschen Kommentaren das Erbrecht wohl nahezu vollständig durchgearbeitet haben dürfte, wegen ihrer Qualität, eine Hervorhebung verdienen. Mit Recht weist *Litzenburger* in § 2301 BGB (Rz. 13) darauf hin, dass ein Schenkungsversprechen von Todes wegen mit Eintragung einer Vormerkung und erklärter Auflassung vollzogen ist, weil der Veräußerer alles zur Durchführung des Vertrages Erforderliche getan hat und der öffentliche Amtsträger Notar selbständig den Vollzug herbeiführen kann und muss, während der Veräußerer den Eigentumsübergang nicht mehr verhindern kann (fehlerhaft insoweit die Entscheidung des OLG Hamm

NJW-RR 2000, 1389, 1390). Auch im Erbrechtsteil lassen sich kleinere Unstimmigkeiten nachweisen, die wohl mit dem Zeitdruck der schnellen Veröffentlichung (dieser Band erschien als erster) zu erklären sind. So wird z. B. in § 2260 (Rz. 3) noch auf die bundeseinheitliche Bekanntmachung von 1964 verwiesen, statt auf die gültige vom 2. 1. 2001.

Im Anschluss an § 2233 BGB sind von *Litzenburger* die Vorschriften des Beurkundungsgesetzes kommentiert schon mit den Änderungen der Behindertenbeteiligungsvorschriften. Mit der Kurzfristigkeit der Herausgabe ist zu entschuldigen, dass nicht überall die Terminologie an den Gesetzestext (z. B. Hörbehinderung statt Taubheit) angepasst ist, was in den Ausführungen zu § 24 BeurkG auch für den mit der Novellierung abgeschafften Terminus „Vertrauensperson“ gilt.

Der Vorzug eines Online-Systems ist, dass hier angesprochene Kritikpunkte – soweit Herausgeber oder Autoren sie als berechtigt empfinden – sofort behoben werden können.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass es dem Beck-Verlag gelungen ist, innerhalb kürzester Zeit mit einem aus bekannten Praktikern und angesehenen Wissenschaftlern zusammengestellten Autorenteam einen in der Gesamtschau guten BGB-Kommentar vorzulegen. Die Kommentarteile weisen je nach Autor in ihrer wissenschaftlichen Durchdringung sehr unterschiedliche Qualitäten auf, was mit den Vorgaben des Verlages erklärt werden mag. Jeder Kommentar muss jedoch die Rechtsprechung kritisch begleiten und auch dogmatisch weiterführende Abhandlungen und Monographien berücksichtigen, um dem interessierten Praktiker die Möglichkeit einer erfolgreichen Auseinandersetzung mit Gerichtsentscheidungen zu bieten. Dazu kann es nicht ausreichen, auf Literaturstimmen nur in Fußnoten hinzuweisen, sondern es sollte zumindest eine reduzierte Darstellung – wie in Kommentaren üblich – erfolgen. Damit kann das Ziel der Praxisbezogenheit eines Kommentars verbunden werden. Würde sich ein neuer Kommentar nur in der Wiedergabe von Rechtsprechungsmeinungen erschöpfen, könnte man seine Berechtigung angesichts der heutigen technischen Zugriffsmöglichkeiten auf Urteile in Frage stellen. Bei der heutigen Literaturflut kann hingegen gerade die unterschiedliche Auswertung von Literaturstimmen in verschiedenen Kommentaren einen weiteren BGB-Kommentar rechtfertigen.

Der Verlag sollte seine Position überdenken. Nicht alle Autoren haben sich an zu enge Vorgaben gehalten, sondern vielfach dogmatisch fundierte Kommentierungen abgeliefert; das gilt gerade auch für die beiden Herausgeber. Weder positiv erwähnte noch kritisierte Autoren mögen dem Rezensenten verzeihen, dass er stichprobenartige Schwerpunkte setzen musste.

Der Kommentar wird bei dem gestiegenen Beratungsbedarf seinen Platz finden und sich behaupten können. Der Kauf des *Bamberger/Roth* kann Notaren empfohlen werden.

Notar Dr. Wolfgang Baumann, Wuppertal

2. Rotax, Praxis des Familienrechts, 2. Auflage 2003, 1828 Seiten, 128,- € (ZAP Verlag für Rechts- und Anwaltspraxis, Recklinghausen)

Wie viele andere Rechtsgebiete hat auch das Familienrecht gerade in der jüngeren Vergangenheit in der juristischen Praxis erheblich an Bedeutung gewonnen und zugleich an Umfang und Komplexität zugenommen. Die Gründe hierfür dürften sowohl auf der tatsächlichen als auch unmittelbar auf der juristischen Ebene zu suchen sein: So ist die Scheidungsrate in den letzten Jahren drastisch angestiegen. Alleine dieser Umstand hat nicht nur zu einer stark gestiegenen Zahl von – vornehmlich in den Tätigkeitsbereich des Rechtsanwalts fallenden – Scheidungsverfahren geführt, sondern konfrontiert sowohl den forensisch als auch den gestaltend tätigen Juristen vermehrt mit Fragestellungen des Ehegattenunterhalts und angesichts der Tatsache, dass in mehr als der Hälfte der Fälle minderjährige Kinder von der Scheidung betroffen sind, auch mit Problemen des Kindesunterhalts.

Insbesondere in dem letztgenannten Bereich des Unterhaltsrechts erfährt das Familienrecht derzeit eine starke Akzentuierung auch auf der juristischen Ebene. Erinnert sei in diesem Zusammenhang nur an die beiden grundlegenden Entscheidungen des BVerfG vom 6. 2. 2001 (RNotZ 2001, 215) und vom 29. 3. 2001 (NJW 2001, 2248), in deren Folge ungewiss ist, unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall noch von der de lege lata gegebenen Vertragsfreiheit in Bezug auf Scheidungsfolgenvereinbarungen und dabei insbesondere auf Unterhaltsvereinbarungen Gebrauch gemacht werden kann.

In dieser Situation der wachsenden Bedeutung des Familienrechts ist nunmehr die zweite Auflage des vom Richter am Amtsgericht Hamburg *Horst-Heiner Rotax* herausgegebenen Buches „Praxis des Familienrechts“ erschienen. Wie der Titel des Buches bereits vermuten lässt, soll das Werk keine wissenschaftlichen Zwecken dienende Bearbeitung des 4. Buchs des BGB beinhalten, sondern vielmehr den Bedürfnissen des Praktikers nach einer zügigen und zuverlässigen Lösung von „im täglichen juristischen Leben“ auftretenden familienrechtlichen Fragestellungen gerecht werden. Um diesem Anspruch zu genügen, hat der Herausgeber ein Autorenteam von 18 Mitgliedern gewonnen, die nahezu ausschließlich in der forensischen Praxis zu Hause sind.

Die Erstauflage des Buches ist dabei Anfang 2001 in der Reihe „BRAK-Arbeitsbuch“ erschienen; die Herausgabe der Folgeauflage in dieser Form war indes auf Grund konkreter wettbewerbsrechtlicher Diskussionen derzeit nicht möglich. Jedenfalls verdeutlichen die ursprüngliche Erscheinungsform und auch das Autorenteam die Zielgruppe, die auch von der Neuauflage angesprochen werden soll: es sind dies in erster Linie Rechtsanwälte und Familienrichter; das Werk soll nach dem Willen des Herausgebers vornehmlich „ein an der effizienten anwaltlichen Mandatsbearbeitung orientiertes Handbuch“ darstellen.

Die vorgenannte Schwerpunktsetzung beim Adressatenkreis spiegelt sich bereits in der Inhaltsübersicht wider: Von den insgesamt 13 Teilen, in die das Werk sich aufgliedert, dürften einige Kapitel (so etwa Teil 1: Familienrechtliches Mandat; Teil 7: Verfahrensfragen im Unter-

haltsrecht; Teil 8: Auflösung der Ehe) weitgehend nur bei Rechtsanwälten und Familienrichtern besondere Beachtung finden. Nichtsdestotrotz sind aber die übrigen Teile (Teil 2: Ehe; Teil 4: Eltern/Kinder; Teil 5: Verwandtenunterhalt; Teil 6: Familien- und Ehegattenunterhalt; Teil 9: Versorgungsausgleich; Teil 10: Steuerrecht; Teil 11: Lebenspartnerschaft; Teil 12: Nichteheleiche Lebensgemeinschaft; Teil 13: Internationales Familien- und Verfahrensrecht) für jeden mit dem Familienrecht befassten Juristen von Interesse, wobei Teil 3 (Eheliches Vermögen und Eheverträge) sich sogar – wenn auch im Vergleich zu spezieller notarrechtlicher Literatur eher kursorisch – mit einem Kernbereich kautelarjuristischer Tätigkeit befasst.

Wendet man sich dem Aufbau und Inhalt des Handbuchs zu, so gefällt dieses zunächst uneingeschränkt auf Grund seiner durchdachten Systematik. Jedem der genannten 13 Kapitel ist ein detailliertes und gut verständliches Inhaltsverzeichnis vorangestellt. Auch die äußere Gestalt der anschließenden textlichen Ausführungen ist sehr gut gelungen: Das Schriftbild ist zwar recht klein, aber dennoch gut lesbar. In besonderer Weise trägt aber zur ansprechenden Präsentation des Textes bei, dass die Überschriften im richtigen Maß Verwendung finden und die jeweils bedeutsamen Schlüsselwörter im fließenden Text durch Fettdruck hervorgehoben sind. Diese Gestaltung macht zusammen mit dem sehr umfangreichen Stichwortverzeichnis das Auffinden einer gesuchten Textstelle sehr einfach. Recht originell und sicherlich auch für eine schlagwortartige Suche hilfreich ist im Übrigen die Aufnahme eines „Rechtssprechungslexikons“, das sich bei den meisten Kapiteln im Anschluss an die systematischen Ausführungen findet. Hier werden in alphabetischer Reihenfolge bedeutsame Stichwörter des vorangegangenen Kapitels genannt und diese mit Kernaussagen einschlägiger Entscheidungen unterfüttert. Jeder Teil schließt sodann mit diversen Arbeitshilfen ab, die mitunter auch auf der mitgelieferten CD-ROM enthalten sind und durch ihre Aktualität und Praxisorientiertheit bestechen (vgl. nur die Tabellen zur Kindergeldanrechnung gemäß § 1612 b Abs. 5 BGB in Teil 5, Rn. 705 ff.).

In inhaltlicher Hinsicht ist erfreulich, dass die einzelnen juristischen Fragestellungen bei aller sprachlichen Stringenz, die diesem Praxishandbuch innewohnt, mit der richtigen Schwerpunktsetzung und sehr zuverlässig auf der Basis einer breiten und äußerst aktuellen Literatur- und Rechtsprechungsschau bearbeitet werden. Exemplarisch sei hier angeführt, dass der Themenkreis der Unterhaltspflicht von Kindern gegenüber ihren Eltern unter Berücksichtigung des zum 1. 1. 2003 in Kraft getretenen Gesetzes über die bedarfsorientierte Grundversicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (GSiG) anschaulich auf 9 Seiten behandelt wird (Teil 5, Rn. 647 ff.). Auch finden sich kurze Hinweise auf die Änderungen durch das Kinderrechteverbesserungsgesetz vom 9. 4. 2002 (Teil 4, Rn. 9, 161) und eine pointierte Darstellung zum Problemkreis der Gleichwertigkeit von Haushalts- und Erwerbstätigkeit bei der Bemessung nachehelichen Unterhalts im Anschluss an den Beschluss des BVerfG vom 5. 2. 2002 (RNotZ 2002, 179; Teil 6, Rn. 166 ff.). Demgegenüber macht die Art der Darstellung der für den Kautelarjuristen derzeit sehr spannenden Frage nach dem Maß der Vertragsfreiheit

bei Scheidungsfolgenvereinbarungen deutlich, dass die „Praxis des Familienrechts“ eben nicht primär an den gestaltenden Rechtsanwender adressiert ist: Die aktuelle Rechtsentwicklung seit dem Urteil des BVerfG vom 6. 2. 2001 wird auf ca. 1 Seite eher cursorisch behandelt, ohne dass eine dezidierte inhaltliche Beschäftigung mit dem Urteil und den möglichen sich hieraus ergebenden Konsequenzen erfolgt.

Als Resumee bleibt festzuhalten, dass die „Praxis des Familienrechts“ entsprechend der beabsichtigten Ziel-

richtung primär auf den anwaltlichen Bedarf zugeschnitten ist. Das Buch bietet jedoch ohne Zweifel auch dem Kautelarjuristen wertvolle Hilfestellungen, indem es zum einen ein zügiges Einarbeiten in sämtliche praxisrelevanten Themenkreise des Familienrechts erlaubt und zum anderen die schnelle und praxisorientierte, dabei aber stets zuverlässige und aktuelle Lösung konkreter familienrechtlicher Fragestellungen ermöglicht.

Notarassessor Dr. Hagen Monath, Kreuzau