

# Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Standesinternes Mitteilungsblatt (Teil 1)  
Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 50667 Köln

Nr. 10

MittRhNotK

Oktober 1994

## Die verdeckte Sacheinlage und ihre Heilung

(von Notarassessor Dr. Thomas Breiken, Köln)

- A. Einleitung
- B. Bar- und Sacheinlage bei Gründung und Kapitalerhöhung

- I. Aktiengesellschaft
1. Gründung
    - a) Bargründung
    - b) Sachgründung
  2. Kapitalerhöhung
    - a) Barkapitalerhöhung
    - b) Sachkapitalerhöhung

- II. GmbH
1. Gründung
    - a) Bargründung
    - b) Sachgründung
  2. Kapitalerhöhung
    - a) Barkapitalerhöhung
    - b) Sachkapitalerhöhung

- C. Merkmale der verdeckten Sacheinlage

- I. Sachlicher Zusammenhang, Fallgruppen
1. Einbringung eines Unternehmens
  2. Vorschuß oder Rückgewähr
    - a) Kreditgewährung an Gesellschafter
    - b) Ausschüttungs-Rückhol-Verfahren
    - c) Darlehensforderungen von Gesellschaftern
  3. Umsatzgeschäfte
  4. Vorfinanzierung
  5. Leistung an Dritte
  6. Zwischenschaltung Dritter, Konzerne

- II. Zeitlicher Zusammenhang

- III. Umgehungsabsicht

- D. Folgen der verdeckten Sacheinlage

- I. Folgen für den einzelnen Gesellschafter, die Gesellschaft und deren Leitungsorgan

1. Aktienrecht
  - a) Einlageverpflichtung
  - b) Verkehrsgeschäft
  - c) Europarecht
2. GmbH-Recht
  - a) Einlageverpflichtung
  - b) Verkehrsgeschäft
3. Anmeldungen zum Handelsregister

- II. Folgen für die Berater und den Notar

- E. Heilung und Vermeidung der verdeckten Sacheinlage

- I. Heilung
1. Vollwertigkeitsprüfung
  2. Nachgründung
  3. Befristung des Gläubigerschutzes
  4. Umwidmung
  5. Einzahlung auf die Bareinlage und Kapitalerhöhung bzw. Kapitalherabsetzung
    - a) Bargründung
    - b) Barkapitalerhöhung

- II. Vermeidung der verdeckten Sacheinlage

1. Mittelbare Sacheinlage
2. Offene Sacheinlage
  - a) Erkennen der Sacheinlage
  - b) Offenlegung der Sacheinlage

- F. Zusammenfassung

### A. Einleitung

Das Problem der verdeckten Sacheinlage ist in den letzten Jahren in der Rechtsprechung und Literatur verstärkt erörtert worden. Es entsteht im Zusammenhang mit der Gründung von AGs und GmbHs und der Erhöhung des Kapitals solcher Gesellschaften. Ein Beispiel einer verdeckten Sacheinlage bei Gründung einer GmbH ist der Fall, daß ein Unternehmer eine Bargründung beurkunden läßt und auf die Stammeinlage zunächst auch bar einzahlt. Er führt das bisherige Einzelunternehmen in Form der GmbH weiter und erhält für das Zurverfügungstellen von Sachmitteln und Geschäftsbeziehungen von der GmbH ein Entgelt, das dazu führt, daß er die eingezahlte Bareinlage zurückgezahlt bekommt. Die GmbH erhält damit letztlich das bisherige Unternehmen als Einlage. Eine verdeckte Sacheinlage liegt bei einer beurkundeten Barkapitalerhöhung z. B. dann vor, wenn ein Gesellschafter zunächst auf die übernommene Stammeinlage bar einzahlt. Er erhält aus dem eingezahlten Betrag in unmittelbarem Anschluß seinen Anteil an dem bereits vor der Kapitalerhöhung festgestellten und zur Auszahlung bestimmten Gewinn. Die Gesellschaft erhält im Ergebnis lediglich die Befreiung von einer Forderung.

Solange die Gesellschaften finanziell gut ausgestattet sind, bereiten verdeckte Sacheinlagen regelmäßig keine Probleme, weil sich niemand darum kümmert. In der Krise der Gesellschaft suchen dagegen der Konkursverwalter und die Gläubiger der Gesellschaft nach realisierbaren Ansprüchen. Dementsprechend handelte es sich bei den in der Vergangenheit entschiedenen Fällen nahezu ausschließlich um Klagen von Konkursverwaltern gegen Gesellschafter oder ehemalige Gesellschafter von Kapitalgesellschaften. Die Klagen waren jeweils nach dem folgenden Muster begründet: Der beklagte Gesellschafter habe, obwohl er Aktien gezeichnet oder Stammkapital für eine Bareinlage übernommen habe, lediglich eine Sacheinlage auf seine Verpflichtung geleistet (bei der die Vorschriften über die Leistung von Sacheinlagen nicht eingehalten worden seien). Er sei daher verpflichtet, die Bareinlage (noch einmal, und zwar in die Konkursmasse) zu leisten.

Diese Fragestellung beschäftigte die Tagespresse und die Literatur auf Grund des Ausmaßes der geltend gemachten Ansprüche zunächst bezüglich der AGs<sup>1</sup>. Nach Zahl und absoluter Bedeutung dürfte aber feststehen, daß in erster Linie die GmbH-Gesellschafter betroffen sind und daß eine hohe Dunkelziffer von Fällen der verdeckten Sacheinlage besteht<sup>2</sup>. Folglich steht im Schrifttum nunmehr die verdeckte Sacheinlage und ihre Heilung bei der GmbH im Vordergrund<sup>3</sup>.

1 Joost, ZIP 1990, 549; Wiedemann, ZIP 1991, 1257; Loos, AG 1989, 381; ders., BB 1989, 2147; Meilicke, Die verschleierte Sacheinlage, 1989; ders., DB 1989, 1067.

2 Joost, ZIP 1990, 549, 561.

3 Butzke, ZHR 154 (1990), 357; v. Gerkan, GmbHR 1992, 165; Kiethe/Imbeck, DStR 1994, 209; Knobbe-Keuk, ZIP 1986, 885; Priester, DB 1990, 1753; Roth, DNotZ 1989, 3; Schneider, MittRhNotK 1992, 165; Sernetz, ZIP 1993, 1685.

In Rechtsprechung und Literatur besteht weitgehend Einigkeit darüber, daß bei Übernahme einer Bareinlage und der späteren Qualifizierung der geleisteten Einlage als verdeckte Sacheinlage die Verpflichtung zur Leistung der Bareinlage bestehen bleibt<sup>4</sup>, wobei dieses Ergebnis unterschiedlich begründet wird<sup>5</sup>.

## B.

### Bar- und Sacheinlage bei Gründung und Kapitalerhöhung

Hintergrund der Lehre von der verdeckten Sacheinlage ist die strenge Differenzierung zwischen Bar- und Sachgründungen und -kapitalerhöhungen. Die Unterscheidung zwischen der Bar- und der Sacheinlage ist damit zwingende Voraussetzung für das Verständnis der Probleme bei der Gründung und Kapitalerhöhung von Kapitalgesellschaften. Daher wird im folgenden unter Ausrichtung auf die Frage der verdeckten Sacheinlage ein kurzer Überblick über die Voraussetzungen und Möglichkeiten der Gründung und Kapitalerhöhung bei AG und GmbH gegeben, wobei der Bareinlage jeweils die Sacheinlage gegenübergestellt wird.

#### I. Aktiengesellschaft

##### 1. Gründung

###### a) Bargründung

Auf die Feststellung der Satzung, die Übernahme der Aktien durch die Gründer gem. §§ 2, 23 Abs. 3, 29 AktG und den Gründungsbericht gem. § 32 AktG folgt die Einzahlungspflicht der Gründer nach §§ 54 Abs. 1 und 2, 36 a Abs. 1 AktG. Erst wenn die Gründer den erforderlichen Betrag – mindestens ein Viertel des Nennbetrages der Aktien oder eines höheren Ausgabebetrages – zur freien Verfügung des Vorstandes eingezahlt haben, darf die Anmeldung zum Handelsregister erfolgen, § 36 Abs. 1 und 2 AktG. Der Vorstand muß bei der Anmeldung erklären, daß der eingezahlte Betrag endgültig zu seiner freien Verfügung steht. Dies ist im Falle von Einzahlungen auf ein Konto der AG bei der Bundesbank oder bei einem Kreditinstitut durch schriftliche Bestätigung des Instituts nachzuweisen, § 37 Abs. 1 S. 1 und 2 AktG.

###### b) Sachgründung

Bei der Feststellung der Satzung gem. §§ 23 Abs. 1, 26 Abs. 1, 27 Abs. 1 AktG ist die Sacheinlage aufzunehmen. Festzusetzen sind nach § 27 Abs. 1 AktG der Gegenstand der Sacheinlage, die Person, von der die Gesellschaft den Gegenstand erwirbt, und der Nennbetrag der bei der Sacheinlage zu gewährenden Aktien. Gegenstand der Sacheinlage können nach § 27 Abs. 2 AktG nur Vermögensgegenstände sein, deren wirtschaftlicher Wert feststellbar ist. Nach § 33 Abs. 2 Nr. 4 AktG ist eine besondere Gründungsprüfung erforderlich, an der Gründungsprüfer teilnehmen und anläßlich derer insbesondere der Wert der vereinbarten Sacheinlage überprüft wird. Dieser muß nach § 36 a Abs. 2 S. 3 AktG dem Nennbetrag und bei Ausgabe der Aktien für einen höheren Betrag auch dem Mehrbetrag entsprechen. Der Anmeldung ist nach § 37 Abs. 4 Nr. 4 AktG der Sachgründungsbericht beizufügen. Die Festsetzungen, die gem. § 27 AktG über Sacheinlagen in die Satzung aufzunehmen sind, sind ebenfalls in die Bekanntmachung der Registereintragung aufzunehmen, § 40 AktG, und werden so publik. Sie werden „als nicht eingetragen noch veröffentlicht“.

#### 2. Kapitalerhöhung

##### a) Barkapitalerhöhung

Auf den nach § 182 AktG mit  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit gefaßten Erhöhungsbeschuß folgt nach § 185 AktG die Zeichnung der neuen

Aktien. Aus dieser Zeichnung resultiert die Einzahlungspflicht des Zeichners nach § 188 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 36 Abs. 2, 54 Abs. 3 AktG. Auch hier ist die ordnungsgemäße Einzahlung zur freien Verfügung des Vorstandes Voraussetzung der Anmeldung zum Handelsregister, die eine Versicherung des Vorstandes darüber enthalten muß.

##### b) Sachkapitalerhöhung

Wie bei der Sachgründung, so sind auch bei der Kapitalerhöhung die Sacheinlage nach § 183 Abs. 1 AktG im Erhöhungsbeschuß festzusetzen und eine Prüfung gem. § 183 Abs. 3 AktG vor der Anmeldung zum Handelsregister vorzunehmen. Der Prüfungsbericht ist der Anmeldung beizufügen, § 188 Abs. 3 Nr. 3 AktG, ein „Sacherhöhungsbericht“ ist nicht erforderlich. Auch bei der Kapitalerhöhung werden die Festsetzungen über die Sacheinlagen durch Aufnahme in die Bekanntmachung der Registereintragung publik, §§ 190, 203 Abs. 1 AktG. Hier ist abweichend von der Sachgründung eine Bezugnahme auf die bei Gericht eingereichten Urkunden ausreichend, § 190 S. 2 AktG, so daß gegebenenfalls eine Einsicht in die Registerakten erforderlich ist.

#### II. GmbH

##### 1. Gründung

###### a) Bargründung

Aus dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages, der nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG den Betrag der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistenden Einlage enthalten muß, resultiert die Einzahlungspflicht des einzelnen Gesellschafters nach § 19 GmbHG. Die Geschäftsführer müssen bei der Anmeldung zum Handelsregister versichern, daß mindestens ein Viertel auf jede Stammeinlage und mindestens insgesamt 25.000,- DM zur freien Verfügung der Geschäftsführer eingezahlt sind, §§ 8 Abs. 2 S. 1, 7 Abs. 2 und 3 GmbHG. Zu den Besonderheiten der Einmann-Gründung vgl. § 7 Abs. 2 S. 3 GmbHG.

###### b) Sachgründung

Nach § 5 Abs. 4 S. 1 GmbHG sind im Gesellschaftsvertrag anzugeben der Gegenstand der Sacheinlage und der Betrag der Stammeinlage, auf die sich die Sacheinlage bezieht. Sacheinlagen sind gem. § 7 Abs. 3 GmbHG vor der Anmeldung zum Handelsregister voll zu leisten. Die Geschäftsführer haben bei der Anmeldung gem. § 8 Abs. 2 S. 1 GmbHG zu versichern, daß die vereinbarten Leistungen bewirkt sind, und der Gegenstand der Leistung sich endgültig zu ihrer freien Verfügung befindet. Zusätzlich sind nach §§ 8 Abs. 1 Nr. 5, 5 Abs. 4 S. 2 GmbHG in einem Sachgründungsbericht Unterlagen über den Wert der Sacheinlagen einzureichen, aus denen sich ergibt, daß der Wert den Betrag der dafür übernommenen Stammeinlagen erreicht. Damit ist in der Regel ein Wertgutachten eines Sachverständigen oder Wirtschaftsprüfers verbunden<sup>6</sup>, bei neu angeschafften Gegenständen ist die Vorlage der Rechnung ausreichend. Gem. § 5 Abs. 4 S. 1 GmbHG in der Satzung enthaltene Festsetzungen sind nach § 10 Abs. 3 GmbHG in die Veröffentlichung, durch welche die Handelsregistereintragung bekanntgegeben wird, aufzunehmen und werden so bekannt.

#### 2. Kapitalerhöhung

##### a) Barkapitalerhöhung

Die Kapitalerhöhung erfolgt durch notariell beurkundeten Beschuß der Gesellschafter mit  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit gem. § 53 Abs. 2 GmbHG, regelmäßig verbunden mit Übernahmeerklärungen

4 BGH AG 1990, 298; MittRhNot 1991, 218; DNotZ 1993, 616 = MittRhNotK 1992, 247; v. Gerkan, GmbHR 1992, 433; Joost, JfSt 1988/89, 160 ff.; ders., ZIP 1990, 549, 560; Kiethe/Imbeck, DStR 1994, 209; Knobbe-Keuk, ZIP 1986, 885, 886; Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1446; Priester, DB 1990, 1753,

1754; ders., ZIP 1991, 345; ders., DStR 1990, 770, 772.

5 Vgl. unten Teil C.

6 Priester, DStR 1990, 770, 771.

der Gesellschafter nach § 55 Abs. 1 GmbHG. Nach § 56 a GmbHG findet auf das weitere Verfahren § 7 Abs. 2 S. 1 und 2 GmbHG entsprechende Anwendung. Die Anmeldung zum Handelsregister erfolgt gem. § 57 GmbHG unter Versicherung der Einzahlung zur freien Verfügung der Geschäftsführer.

#### b) Sachkapitalerhöhung

Die Sachkapitalerhöhung erfordert gem. § 56 Abs. 1 GmbHG die Festsetzung der Sacheinlage im Erhöhungsbeschluß und die Übernahme der Festsetzung in die Übernahmeerklärung. Nach §§ 56 a, 7 Abs. 3 GmbHG ist die Sacheinlage vor der Anmeldung zum Handelsregister voll zu leisten. Der Anmeldung sind gem. § 57 Abs. 3 Nr. 3 GmbHG die Verträge, die den Festsetzungen der Sacheinlage zugrunde liegen oder zu ihrer Ausführung geschlossen worden sind, beizufügen. Ein „Sach-erhöhungsbericht“ und eine Prüfung sind entbehrlich<sup>7</sup>, aber die Festsetzungen werden nach § 57 b S. 1 GmbHG mit der Veröffentlichung der Registereintragung bekanntgemacht, wobei wie bei der AG auch hier die Bezugnahme auf die beim Gericht eingereichten Urkunden ausreicht, § 57 b S. 2 GmbHG.

### C.

#### Merkmale der verdeckten Sacheinlage

Entgegen der klaren Differenzierung zwischen den Bar- und den Sacheinlagevorschriften, die das AktG und das GmbHG vorsehen, wird bei der verdeckten Sacheinlage eine Verpflichtung zur Erbringung einer Bareinlage begründet und zunächst auch eine Barzahlung getätigt. Dann aber wird ein Geschäft mit der Gesellschaft, das Verkehrsgeschäft, abgeschlossen, das letztlich zum Rückfluß des Geldes an den Gesellschafter führt. Die Vorgänge können sich mit demselben Ergebnis auch in umgekehrter Reihenfolge ereignen. Rechtsprechung und herrschende Lehre haben dazu folgende Formel entwickelt: Eine verdeckte Sacheinlage ist anzunehmen, wenn ein Vorgang der Leistung auf das Gesellschaftskapital in sachlicher und zeitlicher Nähe zu einer Leistung der Gesellschaft an den Gesellschafter oder einen diesem nahestehenden Dritten steht, wobei eine Absicht der Umgehung der Vorschriften über die Sacheinlage nicht festgestellt werden muß<sup>8</sup>. Diese „Formel“ erfaßt die verschiedensten Vorgänge und wird in der Literatur als wenig griffig und daher ausfüllungsbedürftig angesehen<sup>9</sup>. Sie wird von verschiedenen Ansatzpunkten her zu erklären versucht. Dabei steht fest, daß die verdeckte Sacheinlage die Einbringung eines Vermögenswertes voraussetzt, der Gegenstand einer Sacheinlage sein kann, und daß eine objektive Kapitalunterdeckung nicht vorzuliegen braucht<sup>10</sup>.

Während überwiegend der allgemeine Grundsatz der realen Kapitalaufbringung als Ansatzpunkt genommen wird<sup>11</sup> und die Lehre von der verdeckten Sacheinlage insoweit als Unterpunkt erscheint und z. T. sogar als überflüssig angesehen wird<sup>12</sup>, wird sie andererseits mit der freien Verfügung des Leitungsorgans über die einzuzahlenden Barmittel in Verbindung gebracht<sup>13</sup>.

Auch der BGH bedient sich der verschiedenen Aspekte und Begründungsansätze zur Erzielung seiner Ergebnisse: In einer Entscheidung begründete er die Annahme einer verdeckten Sacheinlage bei der anstelle einer Barzahlung tatsächlich vorgenommenen Umwandlung einer Darlehensforderung in eine

Einlage damit, daß sich die Wertigkeit der eingebrachten Darlehensforderung an der Leistungsfähigkeit der Gesellschaft bemesse. Potentielle Gläubiger würden in ihrer Erwartung enttäuscht, der Gesellschaft werde neues Kapital zugeführt<sup>14</sup>. In einer Entscheidung zum sogenannten Ausschüttungs-Rückhol-Verfahren<sup>15</sup> begründete der BGH die Annahme einer verdeckten Sacheinlage ausdrücklich mit der Verletzung des Grundsatzes der realen Kapitalaufbringung<sup>16</sup>. Ob die Zahlung einer Einlage auf ein debitorisches Konto der Gesellschaft als Sacheinlage anzusehen war, machte der BGH davon abhängig, ob die Einlage – etwa in Form eines an den Geschäftsführer gegebenen Schecks – zur freien Verfügung des Geschäftsführers gelangte<sup>17</sup>. In einem Fall, in dem der künftige Gesellschafter noch vor Abschluß des Gesellschaftsvertrages einen Betrag zahlte, der der später übernommenen Bareinlage entsprach, und schon vor der Beurkundung der Satzung Geschäfte aufgenommen wurden, nahm der BGH ohne Rückgriff auf einen der vorgenannten Grundsätze an, es handele sich um eine verdeckte Sacheinlage. Der Gesellschafter habe vor Beurkundung der Satzung ein Unternehmen betrieben und dieses in die dann gegründete Gesellschaft eingebracht<sup>18</sup>.

#### I. Sachlicher Zusammenhang, Fallgruppen

Das Merkmal des sachlichen Zusammenhangs zwischen der Bareinzahlung des Gesellschafters auf das Gesellschaftskapital und der Leistung der Gesellschaft an den Gesellschafter ist die Kernfrage der verdeckten Sacheinlage. Die sich bereits aus den wenigen Beispielen ergebende Vielfalt der tatsächlichen Konstellationen und die dargelegten verschiedenen Begründungsansätze lassen es für die Praxis geboten erscheinen, Fallgruppen zu bilden<sup>19</sup>, unter die die einzelnen Konstellationen zu subsumieren sind.

##### 1. Einbringung eines Unternehmens

Diese Fallgruppe betrifft regelmäßig die Gründung von GmbHs. Ihr liegt zugrunde, daß eine Bargründung beurkundet, tatsächlich aber ein bereits bestehendes Unternehmen eingebracht wird. Dies dürfte bei fehlender Information des Notars durch den Klienten insbesondere bei der Gründung kleinerer GmbHs nicht selten sein<sup>20</sup>. Hauptursache dürfte der Wille des künftigen Alleingeschafters bzw. der Gesellschafter sein, möglichst schnell die Geschäfte aufzunehmen. Dazu folgendes Beispiel: Ein künftiger Gesellschafter zahlt einen Betrag auf ein Konto ein, der seiner später übernommenen Bareinlage entspricht. Die Geschäfte werden aufgenommen, und dann erst kommt es zur Beurkundung des Gesellschaftsvertrages der GmbH. Wird ein Handelsgewerbe betrieben, so entsteht ein einzelkaufmännisches Unternehmen oder eine OHG, die eingebracht wird. Die Einbringung solcher Unternehmen als Einlage ist möglich, aber nur als Sacheinlage unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 4 GmbHG<sup>21</sup>. Im Ergebnis gleichgelagert sind die Fälle, in denen ein Klient, der bereits seit längerem ein einzelkaufmännisches Unternehmen betreibt, dieses in eine GmbH „umwandeln“ möchte<sup>22</sup> bzw. eine schon seit längerem betriebene Personenhandels-gesellschaft als GmbH weitergeführt werden soll<sup>23</sup>. Hier mag eine verdeckte Sachgründung erfolgen, um die von Steuerberatern oft als langwierig und kostenintensiv beschriebene offene Einbringung von Sacheinlagen zu vermeiden.

7 Joost, ZIP 1990, 549, 552.

8 Vgl. nur BGH AG 1990, 298; MittRhNotK 1991, 218; 1992, 247; 1992, 316; Groß, AG 1991, 217, 219 f.; Joost, ZIP 1990, 549, 557 ff.; Priester, ZIP 1991, 345, 349 ff.

9 Vgl. nur Priester, ZIP 1991, 345 f.

10 Joost, ZIP 1990, 549, 557.

11 Bergman/Schürrie, DNotZ 1992, 145, 146; Butzke, ZHR 154 (1990), 357, 364 ff.; Groß, AG 1991, 217, 218; Joost, ZIP 1990, 549, 553 f.; Kiethe/Imbeck, DSSt 1994, 209, 210; Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1446; Priester, ZIP 1991, 345, 347; Ulmer, ZHR 154 (1990), 128, 131.

12 Wiedemann, ZIP 1991, 1257, 1259.

13 Hommelhoff/Kleindieck, ZIP 1987, 477, 488 ff.

14 BGH AG 1990, 298, 301.

15 Dazu vgl. oben den einleitenden Fall der Befreiung von einer Verbindlichkeit Teil A und unten Teil C I 2.

16 BGH MittRhNotK 1991, 218, 219.

17 BGH MittRhNotK 1991, 115, 116.

18 BGH DNotZ 1993, 616, 617 f.

19 Vgl. Priester, ZIP 1991, 345, 352; Wiedemann, ZIP 1991, 1257, 1263 ff.

20 Ein typisches Beispiel bietet die Entscheidung BGH MittRhNotK 1992, 247; vgl. auch BGH DNotZ 1993, 616; OLG Hamm GmbHR 1992, 750.

21 Vgl. BGH DNotZ 1993, 616, 617.

22 Knobbe-Keuk, ZIP 1986, 885.

23 Vgl. dazu §§ 46–49 UmwG – Personenhandels-gesellschaft – bzw. §§ 56 a bis 56 f UmwG – einzelkaufmännisches Unternehmen.

## 2. Vorschuß oder Rückgewähr

### a) Kreditgewährung an Gesellschafter

In diese Kategorie sind die Fälle einzuordnen, in denen die Gesellschaft dem Gesellschafter einen Kredit gewährt, für ein von einem Gesellschafter bei einem Dritten aufgenommenes Darlehen die Schuld übernimmt oder bürgt. Der Gesellschafter erbringt dann mit den so erhaltenen Kreditmitteln seine Einlage. Die Vorgänge können auch in umgekehrter Reihenfolge ablaufen: Der Gesellschafter erhält von der Gesellschaft unmittelbar nach Einzahlung seiner Einlage ein Darlehen<sup>24</sup>.

### b) Ausschüttungs-Rückhol-Verfahren

Insbesondere fallen unter die Fallgruppe des Vorschusses oder der Rückgewähr die von Steuerberatern häufig empfohlenen „Ausschüttungs-Rückhol-Verfahren“, auch „Schüttaus-, Holzurück-Verfahren“ genannt. Dabei wird eine Gewinnausschüttung mit einer Kapitalerhöhung verknüpft, d. h., die beschlossene Gewinnausschüttung wird nur steuerlich als ausgezahlt behandelt, tatsächlich aber bis zur Höhe der neuen Einlagen verrechnet. Hintergrund dieses Verfahrens ist die unterschiedliche Besteuerung ausgezahlter Gewinne (36 % Körperschaftsteuer) und einbehaltener Gewinne (50 % Körperschaftsteuer)<sup>25</sup>. Zur Umgehung etwa des GmbH-rechtlichen Aufrechnungsverbot, § 19 Abs. 2 GmbHG<sup>26</sup>, erfolgt das Ausschüttungs-Rückhol-Verfahren durch bloßes Hin- und Herzahlen, d. h., der Gesellschafter zahlt bar ein und die Gesellschaft zahlt den auf ihn entfallenden Gewinn aus<sup>27</sup>.

Nach der Rechtsprechung spielt es für die Einordnung dieses Verfahrens als verdeckte Sacheinlage keine Rolle, ob der Kapitalerhöhungsbeschluß vor oder nach dem Beschluß über die Gewinnausschüttung gefaßt wird<sup>28</sup>. Die Rechtsprechung sieht dieses Verfahren als verdeckte Sacheinlage an, da tatsächlich ein Gewinnausschüttungsanspruch eingebracht werde und nicht, wie nach außen durch den Barkapitalerhöhungsbeschluß suggeriert, die Gesellschaft zusätzliche flüssige Mittel erhalte. Die Einbringung des Anspruchs des Gesellschafters zum Zwecke der Kapitalerhöhung sei möglich, aber eben nur als offengelegte Sacheinlage<sup>29</sup>.

In der Literatur wird das Ausschüttungs-Rückhol-Verfahren demgegenüber differenzierter behandelt.

Teilweise wird der Rechtsprechung zum Ausschüttungs-Rückhol-Verfahren Bedeutung nur für die GmbH beigemessen, da das Verfahren für Gesellschafter einer AG nicht interessant und praktikabel sei<sup>30</sup>, teilweise wird die Rechtsprechung auf die AG übertragen, auch wenn, soweit ersichtlich, darüber noch keine Entscheidungen vorliegen<sup>31</sup>.

Über den Anwendungsbereich der Rechtsprechung hinaus wird diskutiert, welche Entschlüsse zur Durchführung des Ausschüttungs-Rückhol-Verfahrens und welche „reinvestierte“ Gewinne zu einer Einordnung als verdeckte Sacheinlage führen:

Wird eine Kapitalerhöhung beschlossen und sollen zu diesem Zeitpunkt bereits entstandene feststehende Gewinne eingebracht werden, so ist dies nach allgemeiner Ansicht nur im Wege der offenen Sacheinlage möglich<sup>32</sup>.

Sollen künftige Gewinne aufgrund einer bereits vor ihrer Feststellung getroffenen Abrede eingebracht werden, so wird dies unterschiedlich gewertet.

Teilweise wird angenommen, auch solche Gewinne könnten nur als offene Sacheinlage eingebracht werden<sup>33</sup>. Auch im Falle der Bargründung einer Gesellschaft mit gleichzeitiger Vereinbarung der Gesellschafter, das zunächst nicht voll in bar ein-

gezahlte Kapital aus „stehengelassenen Gewinnen“ zu tilgen, sei Vorsicht geboten<sup>34</sup>.

Die Gegenansicht steht auf dem Standpunkt, künftige Gewinne, zu denen auch die – noch nicht festgestellten – Gewinne des Jahres gehörten, in welchem die Kapitalerhöhung beschlossen werde, könnten als Bareinlagen eingebracht werden. Dies solle aber im Erhöhungsbeschluß und in der Anmeldung angekündigt werden<sup>35</sup>.

Geht man davon aus, daß mit dem Gewinnauszahlungsanspruch eine Forderung eingebracht wird, so spricht dies dafür, eine – ggfs. verdeckte – Sacheinlage anzunehmen. Insbesondere wenn eine Bargründung beurkundet wird, das Stammkapital zur Hälfte in bar eingezahlt wird und die restliche Stammeinlage abredgemäß aus Gewinnen erbracht werden soll, ist fraglich, ob nicht von Anfang an eine Gründung mit gemischten Einlagen, nämlich Bar- und Sacheinlage, geplant ist. Dann stellt sich das weitere Problem, daß Sacheinlagen vor der Anmeldung zum Handelsregister voll zu leisten sind und eine Bewertung erfordern. Im Gründungsstadium ist aber nicht einmal sicher, ob die Gesellschaft überhaupt Gewinne erwirtschaften wird. Eine tatsächliche Lösung könnte darin liegen, daß zwar dem Gesellschafter nach § 9 Abs. 2 S. 2 GmbHG die Aufrechnung verboten ist, nicht aber der GmbH, wenn die Forderung des Gesellschafters liquide, fällig und vollwertig ist<sup>36</sup>. Durch die Aufrechnung seitens der Gesellschaft wird dasselbe Ergebnis erzielt wie bei der verabredungsgemäßen Einbringung erwirtschafteter Gewinne. Ob eine solche Vorgehensweise, wenn sie bereits bei der Gründung verabredet wird, ebenfalls als verdeckte Sacheinlage anzusehen ist, ist von der Rechtsprechung, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden, liegt aber nicht fern. Sofern nicht eine entsprechende Vereinbarung in die Gründungsurkunde oder gar in die Satzung aufgenommen wird, wird ein Nachweis jedenfalls schwerfallen. Dies mag auch ein Grund für fehlende Rechtsprechung sein.

Ungeklärt ist auch die Frage, ob und inwieweit früher ausgezahlte Gewinne als Bareinlage eingebracht werden können. So ist umstritten, ob die Finanzierung einer Kapitalerhöhung durch Einbringung von Gewinnen, die vor mehr als einem halben Jahr oder bereits vor einem Jahr ausgeschüttet wurden, noch unter die verdeckte Sacheinlage fällt<sup>37</sup>. Hier stellt sich die Frage insbesondere unter dem Gesichtspunkt des zeitlichen Zusammenhangs<sup>38</sup>. Die Annahme einer verdeckten Sacheinlage führte bei einer Gesellschaft, die regelmäßig Gewinne erwirtschaftet und ausschüttet, zu dem Ergebnis, daß Barkapitalerhöhungen nahezu unmöglich wären. Interessanterweise ist zu diesem Bereich ebenfalls keine Rechtsprechung ersichtlich. Es ist zu vermuten, daß die Ursache nicht etwa in der mangelnden Phantasie der Konkursverwalter liegt, sondern darin, daß sich im Anschluß an eine Auszahlung von Gewinnen das ausgezahlte (Buch-)Geld mit sonstigem Geld der Auszahlungsempfänger vermischt. Der Verbleib gerade dieses Geldes und ein Zusammenhang mit der späteren Kapitalerhöhung lassen sich nur äußerst schwer nachweisen. Es besteht deshalb die Versuchung, die Einbringung bereits vor geraumer Zeit ausgezahlter Gewinne zum Zwecke der Barkapitalerhöhung für die Praxis als Scheinproblem zu bezeichnen. Vorsichtshalber sollte dennoch ebenso wie mit noch nicht oder in kurzem zeitlichem Abstand ausgeschütteten Gewinnen verfahren werden:

Die Einbringung noch nicht oder erst kurz vor der Kapitalerhöhung ausgezahlter erwirtschafteter Gewinne im Ausschüttungs-Rückhol-Verfahren ist die für die Praxis im Vordergrund stehende Frage. Zur Verfolgung des sichersten Weges bis zu

24 OLG Hamm GmbHR 1992, 749.

25 Zu den steuerrechtlichen Aspekten vgl. Becker-Berke, DNotZ 1992, 701; Crezelius, ZIP 1991, 499 f.

26 Für die AG ergibt sich das Aufrechnungsverbot aus § 66 Abs. 1 S. 1 AktG.

27 Vgl. oben den zweiten Eingangsfall Teil A.

28 BGH MittRfHNotK 1991, 218, 220.

29 BGH MittRfHNotK 1991, 218, 219; OLG Köln MittRfHNotK 1991, 26, 27.

30 Crezelius, ZIP 1991, 499, 500; Priester, ZIP 1991, 345, 354.

31 Vgl. auch Becker-Berke, DNotZ 1992, 701, 702.

32 Bergmann/Schürle, DNotZ 1992, 145, 150; Sernetz, ZIP 1993, 1685, 1688.

33 Bergmann/Schürle, DNotZ 1992, 145, 151.

34 Bergmann/Schürle, DNotZ 1992, 145, 151.

35 Sernetz, ZIP 1993, 1685, 1689.

36 BGH DNotZ 1955, 87; 1987, 490; MittRfHNotK 1994, 180.

37 Eine verdeckte Sacheinlage annehmend Priester, ZIP 1991, 345, 350; Roth, NJW 1991, 1913, 1914; a. A. Henze, ZHR 154 (1990), 113; Joost, ZIP 1990, 549, 558.

38 Vgl. unten Teil CII.

einer erweiterten, differenzierenden Rechtsprechung muß angenommen werden, daß die oben dargestellte Rechtsprechung auch auf die AG anzuwenden ist und auch die Einbringung sowohl erwirtschafteter als auch künftiger Gewinne im Wege der Barkapitalerhöhung als verdeckte Sacheinlage gewertet wird. Soll also aus steuerlichen Gründen der festgestellte Gewinn ausbezahlt werden und soll aus diesen Mitteln das Kapital erhöht werden, so ist die Beurkundung einer Sachkapitalerhöhung geboten. Daneben ist zu überlegen, ob nicht eine Einstellung der zur Kapitalerhöhung vorgesehenen Gewinne in Rücklagen und die spätere Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln einen Lösungsweg bieten.

#### c) Darlehensforderungen von Gesellschaftern

Schließlich fallen unter die Fallgruppe „Vorschuß oder Rückgewähr“ die verdeckten Einbringungen von Darlehensrückzahlungsansprüchen gegenüber der Gesellschaft. Hierbei kann es sich um Geldforderungen der Gläubiger/Gesellschafter aus einer früheren Kreditvergabe handeln oder um eine „mittelbare Geldforderung“ oder ein „Vereinbarungsdarlehen“ nach § 607 Abs. 2 BGB.

Zur Aufrechnung mit einer sogenannten Altforderung, d. h. einer vor Beurkundung des Kapitalerhebungsbeschlusses bereits einem Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft zustehenden Darlehensforderung, nahm der BGH an, es handle sich um eine verdeckte Sacheinlage, da lediglich eine Forderung eingebracht werde<sup>39</sup>.

Die Frage, ob die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage anzuwenden sind, wenn mit der in bar gezahlten Summe in engem zeitlichen Zusammenhang eine nach der Einlageforderung entstandene Darlehensforderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft getilgt wird, ließ der BGH dagegen ausdrücklich unbeantwortet. Sie wird in der Literatur ganz überwiegend mit der Begründung verneint, der Schutzzweck des § 19 Abs. 5 GmbHG sei nicht betroffen und die Gesellschaft erhalte tatsächlich, wie im Barkapitalerhebungsbeschuß vorgesehen, Geld. Dies gelte jedenfalls, soweit die Darlehensforderung fällig, liquide und vollwertig sei<sup>40</sup>.

In einer neueren Entscheidung warf der BGH die weitere Frage auf, ob die im unmittelbaren Anschluß an die Bareinzahlung des Gesellschafters erfolgende Darlehensrückzahlung als verdeckte Sacheinlage zu werten sei, wenn diese Handhabung bereits bei der Gründung oder Kapitalerhöhung abgesprochen sei und lediglich eine Resteinlageschuld getilgt werden solle. Der BGH brauchte die Frage aber letztlich nicht zu entscheiden. Er führte dazu aus, dies könne dahinstehen, wenn die nach dem Kapitalerhebungsbeschuß entstandene Darlehensforderung aus der Umbuchung einer bereits vorher vorhandenen Kaufpreisforderung des Gesellschafters in eine Darlehensforderung resultiere. Dann könne von einem Vereinbarungsdarlehen i.S.d. § 607 Abs. 2 BGB ausgegangen werden, und die Darlehensverbindlichkeit gelte als Altforderung mit der Folge, daß eine verdeckte Sacheinlage anzunehmen sei<sup>41</sup>. Ein Beispiel für ein Vereinbarungsdarlehen bzw. für eine mittelbare Darlehensforderung bietet auch die folgende Entscheidung des OLG Frankfurt am Main: Ein Einzelunternehmen wurde zunächst als Sacheinlage eingebracht. Später wurde „die Einbringung des Einzelunternehmens in ein Darlehen umgewandelt“ und mit einer bereits bestehenden Bareinzahlungsforderung der Gesellschafter durch „Hin- und Herzahlen“ verrechnet<sup>42</sup>.

### 3. Umsatzgeschäfte

Diese Fallgruppe erfaßt die Abwicklung von Umsatzgeschäften zwischen der Gesellschaft und Gesellschaftern, die, würden sie

mit Dritten ohne Verbindung zur Gesellschaft oder zu Gesellschaftern abgewickelt, keiner Erwähnung bedürften, z. B. der Kauf von Waren durch die Gesellschaft. Der von der Rechtsprechung geforderte sachliche (und zeitliche) Zusammenhang wird in den folgenden Fällen offenbar: Ein Gesellschafter verkaufte in vier kurz aufeinanderfolgenden Fällen Waren an die Gesellschaft und zahlte jeweils unmittelbar nach Erhalt der Kaufpreise in derselben Höhe auf seine übernommene Stammeinlage ein<sup>43</sup>. Oder: Der Gesellschafter zahlte auf seine Stammeinlage in Höhe von 50.000,- DM voll in bar ein. Zwei Tage später erwarb die GmbH von ihm für 49.000,- DM ihre Erstausrüstung mit Ware<sup>44</sup>. Die Rechtsprechung nahm hier jeweils verdeckte Sacheinlagen an und verurteilte die Gesellschafter zur nochmaligen Zahlung auf die Stammeinlage.

Die Entscheidung des OLG Karlsruhe, die eine verdeckte Sacheinlage in einem Fall verneinte, in dem der so an die GmbH geleistete Gegenstand bereits vor der Einbringung durch einen Gesellschafter von der GmbH mit Gewinn weiterverkauft worden war<sup>45</sup>, ist insoweit eine vereinzelt gebliebene Entscheidung. Sie basierte ersichtlich darauf, daß von vornherein aus dem „Gesamtgeschäft“ ein Gewinn der Gesellschaft und ein Zufluß von Bargeld (durch den Käufer) abzusehen war. Der Gesellschafter hätte das Geschäft auch selbst mit dem Dritten abschließen und den Erlös – sogar nur einen Teil davon – auf die übernommene Stammeinlage zahlen können. Es muß vermutet werden, daß im Falle der Nichtrealisierung des Gewinns bei einem Scheitern des Verkaufs eine verdeckte Sacheinlage angenommen worden wäre.

Dagegen ist die Entscheidung des BGH vom 22. 6. 1992<sup>46</sup> in ihrem zweiten, bislang hier noch nicht erwähnten Teil zur Abgrenzung geeignet: Die Gesellschafter einer GmbH wollten für ihre GmbH eine Beteiligung an einer weiteren GmbH erwerben. Zur Aufbringung der dazu benötigten Mittel beschlossen sie eine Kapitalerhöhung und kauften die Anteile mit den neu eingebrachten Einlagen der Gesellschafter. Der BGH qualifizierte dies nicht als verdeckte Sacheinlage, sondern führte aus, schuldrechtliche Absprachen seien unschädlich, wenn sie lediglich der Erreichung bestimmter geschäftlicher Zwecke dienten und nicht dazu bestimmt seien, die eingezahlten Mittel wieder an den Gesellschafter zurückfließen zu lassen<sup>47</sup>. Eine verdeckte Sacheinlage wäre aber anzunehmen gewesen, wenn ein Gesellschafter an der GmbH, deren Anteile erworben werden sollten, maßgeblich beteiligt gewesen wäre<sup>48</sup>.

### 4. Vorfinanzierung

Unter dem Begriff der Vorfinanzierung ist die Vorausleistung auf eine künftige Einlageschuld zu verstehen. Sie kann nach der Rechtsprechung des BGH bei der Gründung einer GmbH erfolgen, indem bereits im Stadium der Vor-GmbH eine über die Pflichteinlage gem. § 7 Abs. 2 GmbHG hinausgehende Zahlung mit der Zweckbestimmung geleistet wird, es handle sich um eine Leistung auf die später von der GmbH noch einzufordernde Resteinlage<sup>49</sup>.

Demgegenüber geht die Vorfinanzierung als verdeckte Sacheinlage typischerweise mit einer Krise der bereits entstandenen Gesellschaft einher, in der die Gesellschaft neue Mittel benötigt. Ein Gesellschafter führt der Gesellschaft vor Beurkundung der Kapitalerhöhung und vor der Zeichnung neuer Aktien oder der Übernahme neuer Stammeinlagen darlehensweise Geldmittel zu. Die geleistete Zahlung erhält er nach Beurkundung der Kapitalerhöhung auf seine Einlageverpflichtung angerechnet. So hatte der BGH einen Fall zu entscheiden, indem eine Bank als Gesellschafterin einer AG dieser einen Kredit gewährte. Danach wurde eine Kapitalerhöhung beschlossen, und

39 BGHZ 113, 335, 341; zuletzt BGH MittRhNotK 1994, 180, 183.  
40 Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl., § 19, Rd.-Nr. 97 f.; Henze, ZHR 154 (1990), 105, 123; Scholz/Winter, GmbHG, 8. Aufl., § 5, Rd.-Nr. 78; gegen die Differenzierung in Alt- und Neuforderung Bergmann, Die verschleierte Sacheinlage bei AG und GmbH, 1987, 50 f.  
41 BGH Urt. v. 21. 2. 1994 – II ZR 60/93 – I.3.a) der Gründe (Leitsatz in DNotl-Report 9/1994, S. 8).  
42 OLG Frankfurt a.M. MittRhNotK 1983, 157.

43 OLG Karlsruhe GmbHR 1992, 113.  
44 Hans-OLG MittRhNotK 1988, 105.  
45 OLG Karlsruhe GmbHR 1991, 199 f.  
46 BGH DNotZ 1993, 616.  
47 Vgl. auch BGH ZIP 1990, 1400.  
48 Vgl. dazu unten Teil C I 6.  
49 BGH DNotZ 1989, 516, 517; vgl. zur Abgrenzung BGH DNotZ 1993, 616.

die auf die neu ausgegebenen Aktien entfallenden Beträge wurden zunächst zur Kreditrückführung verwandt<sup>50</sup>. Der BGH nahm an, bei Vorliegen einer zwingenden Pflicht der AG zur Rückführung der Kredite mit dem für die Aktien erhaltenen Bargeld liege eine verdeckte Sacheinlage vor, „weil die Einlagen nicht in der Zuführung von Barmitteln, sondern in der Befreiung der AG von den Verbindlichkeiten aus den Vorfinanzierungskrediten bestanden hätten“<sup>51</sup>. Die Umwandlung eines Darlehens in eine Bareinlage ist also nicht möglich.

An diesem Beispiel zeigen sich zwei Aspekte der verdeckten Sacheinlage:

Das Geschäft wäre problemlos gewesen, wenn die vorfinanzierende Bank nicht selbst Gesellschafterin gewesen wäre. Dann wäre die Kreditrückführung ein „normales“ Verkehrsgeschäft gewesen. Daraus folgt gleichzeitig, daß eine Darlehensforderung, die aus einer Vorfinanzierung entsteht, als offene Sacheinlage – mit allen Bewertungsrisiken, also in der Krise der Gesellschaft nicht mit dem Nennwert der Forderung – einzubringen ist.

Der zweite Aspekt ist, daß diese Rechtsprechung die Sanierung einer in der Krise befindlichen Gesellschaft erschwert. Ein Gesellschafter wird bei dieser Rechtsprechung wenig Neigung verspüren, der Gesellschaft Geldmittel im Darlehenswege vorzuschießen.

Daher wird überwiegend von den Instanzgerichten und der Literatur die Zulässigkeit der Vorfinanzierung einer Kapitalerhöhung bei der in der Krise befindlichen GmbH durch Vorausleistungen auf die künftige Einlagenschuld im Rahmen einer Barkapitalerhöhung angenommen, indem die Rechtsprechung des BGH zur Gründung auch auf die Fälle der Kapitalerhöhung erstreckt wird<sup>52</sup>. Dies setze aber voraus, daß nicht etwa der Gesellschaft zunächst ein Darlehen gewährt werde oder Geld ohne jegliche Zweckbestimmung zugewandt werde. Vielmehr sei erforderlich, daß bei einer Zahlung der Gesellschafter wie bei der Vorfinanzierung im Gründungsstadium eine eindeutige Zweckbestimmung dahingehend getroffen werde, daß die Leistung auf die aus der künftigen Kapitalerhöhung und Übernahme der Stammeinlage folgende Bareinlageverpflichtung erfolge<sup>53</sup>. Neben einer Krisensituation und einer eindeutigen Leistungsbestimmung wird ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der Vorauszahlung und dem Gesellschafterbeschuß über die Kapitalerhöhung gefordert<sup>54</sup> und weiter verlangt, daß die Mittel jedenfalls zum Zeitpunkt der Beschlußfassung über die Kapitalerhöhung noch unverbraucht zur Verfügung stehen<sup>55</sup>. Das OLG Stuttgart verlangt darüber hinaus, daß bereits bei der Leistung der Vorauszahlung eine der Form des § 55 GmbHG entsprechende Vorvereinbarung über die Vorauszahlung zwischen der GmbH und dem Übernehmer der neuen Stammeinlage bestehe<sup>56</sup>.

Die Zulässigkeit der Vorausleistung auf die künftige Einlageverpflichtung wird demgegenüber teilweise bereits im Grundsatz bestritten<sup>57</sup>.

Die Gegner der Vorausleistung verkennen das dahingehende Bedürfnis gerade größerer in der Krise befindlicher GmbHs und deren Gläubiger, um einen drohenden Konkurs abzuwenden. Während in kleineren Gesellschaften ein größeres Maß an Flexibilität anzutreffen sein dürfte und die vorherige Beurkundung

des Kapitalerhebungsbeschlusses möglich sein müßte, bereitet dies bei vielgliedrigen GmbHs mehr Schwierigkeiten. Über die Voraussetzungen der Vorfinanzierung läßt sich allerdings streiten:

Ob die Zulässigkeit von einer Krisensituation abhängig gemacht werden muß, ist fraglich. Davon ausgehend, daß die GmbH tatsächlich die volle Leistung erhält, ist dies jedenfalls nicht aus Gründen des Gläubigerschutzes erforderlich. Wenn aber die Beschlußfassung vor Einzahlung der Regelfall bleiben soll, der dem gesetzlichen Leitbild entspricht, ist das Erfordernis nicht zu beanstanden.

Größere Schwierigkeiten bereitet die Voraussetzung, daß die Mittel bei Beurkundung des Kapitalerhebungsbeschlusses noch unverbraucht zur Verfügung stehen müssen. Gerade bei der in der Krise befindlichen GmbH wird es regelmäßig so sein, daß das voreingezahlte Kapital benötigt und verwandt wird, um die drückendsten finanziellen Engpässe zu überwinden. Hier läuft der vorfinanzierende Gesellschafter Gefahr, daß ohne seinen Einfluß – sei es durch Ausgabe der Mittel durch die Gesellschaft, sei es durch Pfändung seitens der Gläubiger oder durch Saldoverrechnung der Bank – die Mittel bei Beschlußfassung bereits verbraucht sind. Daß dieses Risiko von Gesellschaftern bewußt in Kauf genommen wird, muß bezweifelt werden. Hier ist zu überlegen, ob die Voraussetzungen zu lockern sind.

Die Forderung nach einer umfassenden Vereinbarung zwischen der GmbH und dem Übernehmer der neuen Stammeinlage, verbunden mit einer notariell beurkundeten oder beglaubigten Übernahmeerklärung vor Durchführung der Vorauszahlung ist zurückzuweisen. Kanzleiters Argument, es bestehe kein Bedürfnis für eine solche Vereinbarung, die sich notfalls auch durch Auslegung ermitteln lasse<sup>58</sup>, ist noch hinzuzufügen, daß diese Forderung die Beteiligten gerade des Vorteils der Vorfinanzierung, schnell und ohne großen Aufwand Kapital zuzuführen und die Leistung erst später durch Gesellschafterbeschuß abzusichern, beraubt. Eine notarielle Erklärung kostet Zeit und Geld, und beides ist gerade in der Krise knapp.

Der BGH hat die Frage, ob eine Vorfinanzierung durch Vorauszahlung auf die künftige Einlagenschuld möglich sei, bislang ausdrücklich offengelassen<sup>59</sup>.

Zur Verfolgung des sichersten Weges ist daher bis zu einer höchstrichterlichen Entscheidung Vorsicht geboten. Zwar spricht alles dafür, daß sich der BGH der überwiegenden Ansicht anschließt, nach der Vorausleistungen unter den dargestellten Voraussetzungen zulässig sind und mit einer Barkapitalerhöhung zu verbinden sind. Die Beteiligten sollten aber auf die insoweit nicht abschließend geklärte Rechtslage hingewiesen werden. Wenn nicht, wie dies jedenfalls bei kleineren GmbHs möglich sein dürfte, erst der Beschluß zur Kapitalerhöhung beurkundet wird, bevor die Geldzahlung erfolgt, wird der vorsichtige Notar die Vorfinanzierung zunächst noch nach den Grundsätzen über die Sacheinlage behandeln.

Mit der Vorfinanzierung – allerdings nicht unbedingt in der Krise – verbunden ist die Zeichnung des gesamten Emissionsbetrages durch ein Kreditinstitut/Konsortium nach § 186 Abs. 5 AktG. Einprägsam ist das von Lutter/Gehling<sup>60</sup> gebildete Bei-

50 BGH DNotZ 1986, 268.

51 BGH DNotZ 1986, 268; AG 1990, 298; vgl. auch OLG Koblenz GmbHR 1988, 439; OLG Köln ZIP 1992, 1478.

52 OLG Hamm ZIP 1986, 1321; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1990, 83, 84; OLG Köln ZIP 1991, 928, 929; OLG Stuttgart DNotZ 1994, 695, 696 f.; Henze, ZHR 154 (1990), 105, 124 f.; Lutter/Hommelhoff/Timm, BB 1980, 737, 747; Scholz/Priester, GmbHG, 7. Aufl., § 56 a, Rd.-Nr. 14.

53 Diese Kriterien waren nicht erfüllt in den Fällen OLG Hamm ZIP 1986, 1321; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1990, 83, 84; OLG Stuttgart DNotZ 1994, 695; diese Kriterien waren erfüllt im Fall OLG Köln ZIP 1991, 928, 929.

54 OLG Köln ZIP 1991, 928, 929 m.w.N.; OLG Stuttgart DNotZ 1994, 695, 697.

55 OLG Köln ZIP 1991, 928, 929; OLG Stuttgart DNotZ 1994, 695, 697 jeweils m.w.N.

56 OLG Stuttgart DNotZ 1994, 695, 697, insoweit Wegmann, DStR 1992, 1620, 1622 ff. Folgend; dagegen Kanzleiter, DNotZ 1994, 700 f.

57 LG Düsseldorf ZIP 1986, 1251, 1253; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 15. Aufl., § 56 a, Rd.-Nr. 5; Hachenburg/Ulmer, § 56 a GmbHG, Rd.-Nr. 18; Schneider/Verhoeven, ZIP 1982, 644, 646.

58 Kanzleiter, DNotZ 1994, 700 f.

59 BGHZ 96, 231, 242; ZIP 1986, 14, 18; Kanzleiter, DNotZ 1994, 700, 701 meint, der BGH gehe von der Zulässigkeit von Vorauszahlungen auf die Stammeinlage als selbstverständlich aus.

60 Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1447.

spiel, daß eine AG von einem Kreditinstitut eine Beteiligung an einer dritten Gesellschaft erwerben und diese mit einer Barkapitalerhöhung finanzieren will. Das Kreditinstitut zeichnet die neuen Aktien treuhänderisch zur Weiterleitung an die Altaktionäre gem. § 186 Abs. 5 AktG. Es wird dann eine Zeichnung durch die Altaktionäre angenommen mit der Folge, daß keine verdeckte Sacheinlage vorliegt, weil nicht die Aktionäre der AG die Beteiligung an der dritten Gesellschaft verkaufen, sondern das Kreditinstitut. Verpflichtet sich das Kreditinstitut, die von den Altaktionären nicht gezeichneten Aktien nach Maßgabe des Vorstandes der AG zu verwerten, gilt dieses Ergebnis in bezug auf die Bareinlage auch, wenn nicht alle Aktien von den bisherigen Aktionären bezogen werden<sup>61</sup>.

## 5. Leistung an Dritte

Die Fallgruppe der Leistung an Dritte ist vielfach ebenfalls mit der Frage der Vorfinanzierung und der Krise der Gesellschaft verbunden. Während der Zeichner von Aktien nach § 54 Abs. 3 AktG seine Zahlungsverpflichtung lediglich durch einen von der Deutschen Bundesbank bestätigten Scheck, durch Gutschrift auf ein Konto im Inland bei der Deutschen Bundesbank oder einem Kreditinstitut oder auf ein Postscheckkonto der Gesellschaft erfüllen kann, ist es dem Gesellschafter der GmbH bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen gestattet, seine Bareinlageverpflichtung auch durch unmittelbare Zahlung an einen Gesellschaftsgläubiger zu erbringen, wenn dies ausschließlich der Abkürzung eines sinnlosen Zahlungsumweges über die Gesellschaft dient. Die Gesellschaft, vertreten durch den Geschäftsführer, kann den Gesellschafter gem. § 362 Abs. 2 BGB zur unmittelbaren Zahlung an deren Gläubiger ermächtigen, wenn und solange es sich nicht um die gem. § 7 Abs. 2 GmbHG vor der Anmeldung zu erbringende Mindesteinlage handelt und die Forderung des Gläubigers vollwertig, liquide und fällig ist<sup>62</sup>. Im Zusammenhang mit der Problematik der verdeckten Sacheinlage geht es regelmäßig darum, daß ein Gesellschafter zur Erfüllung seiner Einlageverpflichtung Mittel aufwendet, um ein im Soll stehendes Konto der Gesellschaft bei einem Dritten auszugleichen, was mit erheblichen Risiken verbunden ist. Instrukтив, weil die Alternative aufzeigend, sind die folgenden Entscheidungen:

Einer Entscheidung des BGH<sup>63</sup> lag eine Situation zugrunde, in der eine in der Krise befindliche AG Schulden bei einer Bank hatte. Ein Aktionär zahlte nach einem Kapitalerhebungsbeschuß und der Zeichnung der neuen Aktien zur Erbringung seiner Einlage auf das im Soll stehende Konto der AG bei der Gläubigerin. Für den BGH war zur Annahme einer verdeckten Sacheinlage, nämlich Befreiung von einer Verbindlichkeit der AG gegenüber der Bank, unerheblich, ob es sich lediglich um ein Kreditabwicklungskonto oder aber um ein noch als Kontokorrentkonto geführtes Konto handelte. Habe es sich um ein bloßes Kreditabwicklungskonto gehandelt, sei keine Bareinlage anzunehmen, weil die Regelung der §§ 36 Abs. 2, 54 Abs. 3 AktG zwingend die Zahlung auf ein Gesellschaftskonto zur freien Verfügung des Vorstandes vorsehe, und eine Auszahlung von dem Kreditabwicklungskonto unmöglich gewesen sei. Der Vorstand habe also nicht frei über die Einlage verfügen können. Habe es sich um ein Kontokorrentkonto gehandelt, sei die Gutschrift sofort mit dem Schuldsaldo verrechnet worden, so daß der Vorstand ebenfalls zu keiner Zeit freie Verfügung über den eingegangenen Betrag gehabt habe. Die AG habe lediglich Befreiung von einer Verbindlichkeit und damit eine verdeckte Sacheinlage erhalten<sup>64</sup>. Der Aktionär wurde zur nochmaligen Zahlung auf die gezeichneten Aktien verurteilt.

Kann dagegen die Gesellschaft aufgrund einer ihr eingeräumten Kreditlinie über den eingezahlten Betrag verfügen, so ist

die Abhebung des Geldes vom Konto für das Leitungsorgan der Gesellschaft noch möglich. Folglich soll dies nach einer anderen Entscheidung des BGH die Befreiung von der Einlage-schuld durch Zahlung auf das debitorische Konto ermöglichen<sup>65</sup>, so daß der Gesellschafter keinem weiteren Zahlungsanspruch ausgesetzt ist. Ob diese Rechtsprechung einem Gesellschafter wirklich einen Ausweg bietet, ist indes zweifelhaft. Der betroffene Gesellschafter muß die Differenzierung kennen und über hinreichende sichere Informationen betreffend das Verhältnis der Gesellschaft zur Bank verfügen. Eine für den auf seine Bareinlage einzahlenden Gesellschafter sicherere Möglichkeit ergibt sich aus einer weiteren Entscheidung des BGH<sup>66</sup>. Der Gesellschafter gab dem Geschäftsführer der im Soll stehenden Gesellschaft einen Scheck, den dieser auf Grund einer schuldrechtlichen Verwendungsabsprache zur Gutschrift auf dem Debetkonto einreichte. Der BGH nahm eine Bareinlage an und führte aus, die Verwendung zur Kreditrückführung bei Dritten stehe dem nicht entgegen. Der Geschäftsführer habe – jedenfalls theoretisch – die Möglichkeit gehabt, den Scheck auch anderweitig zu verwenden. Schuldrechtliche Verwendungsabsprachen schadeten nicht, denn der Betrag sei dem Gesellschafter nicht wieder zugeflossen. Der für die GmbH entschiedene Fall dürfte bei Übergabe eines von der Deutschen Bundesbank bestätigten Schecks an den Vorstand der AG auf die AG übertragbar sein.

## 6. Zwischenschaltung Dritter, Konzerne

Die Frage nach einer verdeckten Sacheinlage stellt sich nicht nur, wenn das mit der Zahlung der Einlage in Zusammenhang stehende Geschäft mit einem Gesellschafter abgeschlossen wird. Auch die Mitwirkung Dritter, die zu dem Gesellschafter in einem gewissen Näheverhältnis stehen, kann zur Annahme einer verdeckten Sacheinlage führen.

Ein plastisches Beispiel der verdeckten Sacheinlage im Ausschüttungs-Rückhol-Verfahren unter Einschaltung eines Familienangehörigen stellt der folgende vom BGH entschiedene Fall dar: Die Gesellschafter einer GmbH hatten Gewinnausschüttungs- und Darlehensrückzahlungsansprüche und beschlossen eine Kapitalerhöhung. Der Sohn einer Gesellschafterin übernahm eine neue Stammeinlage. Diese wurde dadurch finanziert, daß die Einlage zunächst von einem Konto der Mutter voll in bar eingezahlt wurde. Der Mutter wurden dann auf dieses Konto ihre Ansprüche gegen die Gesellschaft in gleicher Höhe erfüllt. Nach Ansicht des BGH änderte die Einschaltung eines Familienangehörigen nichts an der Wertung als Sacheinlage in Gestalt der Einbringung der gegen die GmbH gerichteten Forderung der Mutter<sup>67</sup>.

Ein Beispiel der verdeckten Sacheinlage durch Rückgewähr unter Einschaltung eines Tochterunternehmens ist der IBH-Konkurs: Die IBH-AG konnte Darlehen nicht selbst zurückzahlen. Der Darlehensgeber war bereit, über einen zwischengeschalteten Treuhänder, eine 100 %ige Tochtergesellschaft des Darlehensgebers, eine Beteiligung zu übernehmen. Nach Beurkundung des Barkapitalerhebungsbeschlusses zahlte der Treuhänder zunächst bar auf die Einlage ein. Die IBH-AG beglich damit ihre Schulden bei dem Darlehensgeber, der wiederum dem Treuhänder das Geld zurückerstattete. Das OLG Koblenz und der BGH stimmten in der Bewertung überein, es brauche zwischen dem Zeichner der Aktien und dem Darlehensgläubiger zur Annahme einer verdeckten Sacheinlage keine Personenidentität bestehen. Ausreichend für den sachlichen Zusammenhang sei ein Geschäft zugunsten einer dem Zeichner nahestehenden Person, wobei ein Treuhandverhältnis und eine 100 %ige Beteiligung genügen<sup>68</sup>.

61 BGH MittRhNotK 1992, 316, 319 f.; Groß, AG 1991, 217, 225 f.; Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1447; Ulmer, ZHR 154 (1990), 128, 142; a.A. Priester, ZIP 1991, 345, 354.

62 BGH DNotZ 1986, 371; OLG Köln ZIP 1989, 238, 239; vgl. dazu Schneider, MittRhNotK 1992, 165, 171 m.w.N., Fn. 76.

63 BGH MittRhNotK 1992, 322.

64 BGH MittRhNotK 1992, 322; kritisch Wiedemann, ZIP 1991, 1257, 1264, der Erfüllung annimmt.

65 BGH GmbHR 1990, 554, 555; 1991, 152 f.

66 BGH MittRhNotK 1991, 115.

67 BGH MittRhNotK 1991, 218.

68 BGH AG 1990, 298, 302; OLG Koblenz GmbHR 1988, 439.

Diese Fallgruppe erfaßt keine neuen Konstellationen im eigentlichen Sinne, sondern kann quasi als Zusammenfassung der vorherigen unter Einschaltung dritter natürlicher oder juristischer Personen angesehen werden. Der Anwendungsbereich der Lehre von der verdeckten Sacheinlage ist diesbezüglich allerdings noch nicht endgültig geklärt. Bei den bisher von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen der Mitwirkung anderer Gesellschaften an einer verdeckten Sacheinlage handelte es sich jeweils um maßgebliche Beteiligungen. Ob auch bei einer Minderheitsbeteiligung eine verdeckte Sacheinlage anzunehmen wäre und, wenn ja, bei welcher Beteiligungsquote, ist ungewiß. Rechtsprechung gibt es dazu, soweit ersichtlich, noch nicht.

## II. Zeitlicher Zusammenhang

Während der sachliche Zusammenhang anhand von Fallgruppen noch relativ gut verständlich ist, bereitet der zeitliche Zusammenhang erhebliche Schwierigkeiten<sup>69</sup>. Als gesichert kann gelten, daß ein zeitlicher Zusammenhang besteht, wenn die Leistung der Gesellschaft und die Begründung oder Erfüllung der Bareinlagepflicht zusammenfallen oder unmittelbar vor oder nacheinander bzw. im Abstand weniger Wochen abgewickelt werden. Fraglich ist dagegen, ob eine Höchstgrenze festgelegt werden kann, bei deren Überschreiten ein zeitlicher Zusammenhang nicht mehr anzunehmen ist. Hier werden Zeiträume von sechs Monaten<sup>70</sup>, einem Jahr<sup>71</sup> und zwei Jahren<sup>72</sup> genannt<sup>73</sup>. Diese Grenzen hätten, wären sie von der Rechtsprechung anerkannt, den Vorteil der sicheren Abgrenzung und der Praktikabilität. Sie böten aber gleichzeitig Umgehungsmöglichkeiten: Die Gesellschafter müßten nur den entsprechenden Zeitraum überbrücken, d. h. abwarten, und könnten dann die in sachlicher Hinsicht als verdeckte Sacheinlagen anzusehenden Leistungen auf Grund von Barkapitalerhöhungsbeschlüssen oder Bargründungen erbringen<sup>74</sup>. Daß dies nicht im Interesse der Gläubiger sein kann und nicht mit dem Gesichtspunkt der Einzelfallprüfung, der im Vordergrund der Rechtsprechung steht, vereinbar ist, liegt auf der Hand<sup>75</sup>.

Die von der Rechtsprechung bislang als verdeckte Sacheinlagen gewerteten Leistungen der Gesellschafter wurden aber, soweit ersichtlich, jeweils im zeitlichen Zusammenhang von bis zu einigen Monaten mit dem Verkehrsgeschäft erbracht<sup>76</sup>. Wenn dies auch seine Ursache darin haben mag, daß sich bei einem längeren zeitlichen Zwischenraum ein sachlicher Zusammenhang schlecht nachweisen läßt, spricht doch eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür, daß jedenfalls nach Ablauf von zwei Jahren eine verdeckte Sacheinlage in zeitlicher Hinsicht nicht mehr angenommen werden würde, wenn sich nicht ein von Anfang an als Umgehung der Sachgründungsvorschriften geplantes Vorgehen feststellen läßt. Auf eine bestimmte Frist kann sich aber kein Gesellschafter und Berater verlassen<sup>77</sup>.

## III. Umgehungsabsicht

Das dritte Merkmal dient der Negativabgrenzung. Eine Umgehungsabsicht, also ein bewußtes und gewolltes Umgehen der Sachgründungsvorschriften, ist von der Rechtsprechung bislang nicht gefordert worden. Die Rechtsprechung hat diese Fragestellung mehrfach angeschnitten und dabei das Vorliegen einer Umgehungsabsicht, obwohl nicht ausdrücklich bejaht, als naheliegend bezeichnet. Sie hat dann aber betont, daß eine solche Absicht nicht Voraussetzung zur Annahme einer ver-

deckten Sacheinlage sei<sup>78</sup>, was auch der h. M. in der Literatur entspricht<sup>79</sup>. Dies führt dazu, daß auch derjenige Gesellschafter, der nicht bewußt die Bargründung bzw. -kapitalerhöhung als für ihn vermeintlich einfacheren Weg beurkunden läßt, sondern der guten Glaubens von einer Bareinlage ausgeht, die Folgen der verdeckten Sacheinlage tragen muß.

## D.

### Folgen der verdeckten Sacheinlage

Die Folgen verdeckter Sacheinlagen sind vielfältiger als bei der üblichen Konstellation, der Geltendmachung einer Einlageverpflichtung durch einen Konkursverwalter, anzunehmen wäre. Sie treten nicht nur bei dem Gesellschafter ein, der die verdeckte Sacheinlage erbracht hat, sondern können daneben auch die Mitgesellschafter, die Gesellschaft als solche, deren Leitungsorgane sowie deren Berater und den Notar betreffen. Die Konsequenzen für die Gesellschafter und die Gesellschaft werden wegen der unterschiedlichen Gesetzeslage für das Aktienrecht und das Recht der GmbH im folgenden getrennt behandelt.

### I. Folgen für den einzelnen Gesellschafter, die Gesellschaft und deren Leitungsorgan

#### 1. Aktienrecht

##### a) Einlageverpflichtung

Leistet ein Gesellschafter auf seine Verpflichtung zur Bareinlage lediglich eine verdeckte Sacheinlage, so bleibt die Verpflichtung zur Bareinlage bestehen. Das ergibt sich aus § 27 Abs. 3 S. 3 AktG für die Gründung und aus § 183 Abs. 2 S. 3 AktG für die Kapitalerhöhung<sup>80</sup>. Wird dieser Zahlungsanspruch von der Gesellschaft oder deren Konkursverwalter erst in der Krise geltend gemacht, so ist für den Gesellschafter absehbar, daß die Bareinlage, zu deren Leistung er verpflichtet ist, verloren sein wird<sup>81</sup>.

##### b) Verkehrsgeschäft

Gem. § 27 Abs. 1 AktG (Gründung) und § 183 Abs. 2 S. 1 AktG (Kapitalerhöhung) sind auch die Verkehrsgeschäfte inklusive der Rechtshandlungen zur Ausführung der Verträge über Sacheinlagen, z. B. die Übereignung von Sachen, aber auch die „Tilgung“ von Darlehnsforderungen, unwirksam, und zwar in schuldrechtlicher wie in sachenrechtlicher Hinsicht.

Der Gesellschafter hat dann, wenn der von ihm verkaufte Gegenstand bei der Gesellschaft noch vorhanden ist, den Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB, im Konkurs die Möglichkeit der Aussonderung nach § 43 KO. Hat die Gesellschaft schon verfügt, bleibt dem Gesellschafter ein Anspruch nach § 816 Abs. 1 S. 1 BGB, im Konkurs die Ersatzaussonderung nach § 46 KO, solange die Gegenleistung aus der Veräußerung der Sache noch aussteht. Da im Regelfall die Sache von der Gesellschaft weiterveräußert wurde und die Gegenleistung bereits vor Konkurseröffnung vom Erwerber erbracht wurde, bleibt dem Gesellschafter regelmäßig lediglich ein Bereicherungsanspruch gerichtet auf Wertersatz, der mit der Konkursquote erfüllt wird. Ein als verdeckte Sacheinlage eingebrachter Darlehensrückzahlungsanspruch des Gesellschafters besteht weiterhin<sup>82</sup>. Er wird ebenfalls mit der Konkursquote erfüllt, sofern nicht ein eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen an-

69 Vgl. Joost, ZIP 1990, 541, 558, der dieses Kriterium für überflüssig hält; Semetz, ZIP 1993, 1685, 1693.

70 Authenrieth, DSIZ 1988, 252, 253; Priester, ZIP 1991, 345, 350; Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1447.

71 Roth, NJW 1991, 1913, 1914.

72 D. Mayer, NJW 1990, 2593, 2598.

73 Zusammenfassend Becker-Berke, DNotZ 1992, 701, 704 f.

74 v. Gerkan, GmbHR 1992, 433, 435; Joost, ZIP 1990, 549, 558.

75 Vgl. auch Groß, AG 1991, 217, 219, Fn. 28; Henze, ZHR 154 (1990), 105, 113; Joost, ZIP 1990, 549, 558.

76 So auch v. Gerkan, GmbHR 1992, 433, 435, der den Zeitfaktor nur im Zusam-

menhang mit den sonstigen Umständen des Falles würdigen will.

77 Authenrieth, DSIZ 1988, 252, 253; Priester, DSIR 1990, 770, 772.

78 BGH AG 1990, 298; MittRhNotK 1991, 218, 220; 1992, 316, 318; HansOLG MittRhNotK 1988, 105, 106; OLG Karlsruhe GmbHR 1992, 113, 115.

79 v. Gerkan, GmbHR 1992, 433, 434; Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1447; Priester, ZIP 1991, 345, 351; Joost, ZIP 1990, 549, 560.

80 Wiedemann, ZIP 1991, 1257, 1267 stützt dasselbe Ergebnis auf § 66 Abs. 1 AktG.

81 Joost, ZIP 1990, 549; Kiethe/Imbeck, DSIR 1994, 209, 210; Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1446.

82 Priester, DSIR 1990, 770, 773.

genommen wird und der Gesellschafter aus diesem Grunde völlig leer ausgeht.

### c) Europarecht

Die beschriebenen Folgen für die Verpflichtung zur Zahlung der Bareinlage und zum Bestand des im Zusammenhang mit der Bargründung bzw. -kapitalerhöhung durchgeführten Geschäfts sind jedoch nicht unbestritten. Die Gegner der Lehre von der verdeckten Sacheinlage halten die Lehre und ihre Folgen für unvereinbar mit EG-Recht<sup>83</sup>. Die Rechtsprechung verstoße gegen die 2. Richtlinie zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts vom 13. 12. 1976<sup>84</sup>.

Diese Richtlinie dient der Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedsstaaten i.S.d. Art. 58 Abs. 2 des EWG-Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der AG sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Eigenkapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten. Von Bedeutung für die Behandlung der Einlagen, die nicht Bareinlagen sind, bzw. die Einordnung als „Nichtbareinlage“ sind die Artt. 7, 10, 11 und 27 Abs. 2 der Richtlinie. nach Art. 7 darf das gezeichnete Kapital nur aus Vermögensgegenständen bestehen, deren wirtschaftlicher Wert feststellbar ist. Art. 10 bestimmt, daß Einlagen, die nicht Bareinlagen sind, mit einem von einem oder mehreren von der Gesellschaft unabhängigen Sachverständigen erstellten Bericht einhergehen müssen. Der Bericht muß enthalten die Gegenstände, die Bewertungsverfahren und die Angabe, ob der Wert der Einlagen dem Wert der ausgegebenen Aktien entspricht. Der Bericht ist zu veröffentlichen. Gem. Art. 11 Abs. 1 erfolgt dieselbe Wertprüfung und Berichtsabfassung beim Erwerb von Gegenständen, die den Gründern der Gesellschaft gehören, wenn sie mit mindestens  $\frac{1}{10}$  des gezeichneten Kapitals bewertet werden und der Erwerb innerhalb von zwei Jahren nach der Gründung der Gesellschaft erfolgt. Die Regelung ist nicht anwendbar auf den Erwerb im Rahmen laufender Geschäfte der Gesellschaft. Nach Art. 27 Abs. 2 gelten die Regeln entsprechend für die Kapitalerhöhung der AG.

Gegen die Anwendung der Lehre von der verdeckten Sacheinlage wird angeführt, die 2. Richtlinie sei abschließend und die weitergreifenden Regelungen, die von der nationalen Rechtsprechung entwickelt worden seien, deshalb unzulässig.

Der BGH sah in der IBH-Entscheidung<sup>85</sup> ebenso wie die Vorinstanz, das OLG Koblenz<sup>86</sup>, dagegen die 2. Richtlinie lediglich als Mindestschutz an, der einen weitergehenden Schutz durch die nationale Rechtsordnung nicht hindere<sup>87</sup>. Der BGH lehnte eine Vorlage an den EuGH zur Überprüfung der Vereinbarkeit seiner Rechtsprechung mit der 2. Richtlinie ab, da dieses Verhältnis hinreichend feststehe<sup>88</sup>. Die dagegen erhobene Verfassungsbeschwerde bliebe erfolglos<sup>89</sup>.

Das LG Hannover legte dem EuGH dagegen in einem anderen Fall die Frage der Vereinbarkeit der Lehre von der verdeckten Sacheinlage mit der 2. Richtlinie vor<sup>90</sup>. Zur Vorbereitung der Entscheidung führte der italienische Generalanwalt beim EuGH aus, die Bestimmungen der 2. Richtlinie seien nicht lediglich Schutzbestimmungen, sondern abschließende Regelungen. Die Begriffe Bar- und Sacheinlage seien nicht durch nationales Recht, sondern durch EG-Recht, d. h. notfalls durch den EuGH, zu bestimmen. Danach sei die Einbringung einer liquiden und fälligen Forderung des Gesellschafters, der die Einlage

zeichne, Bareinlage. EG-Recht lasse nationale Vorschriften über die Umgehung gesetzlicher Bestimmungen unberührt, wenn die Umgehung nachgewiesen werde. Dies gelte insbesondere, wenn eine Umgehungsabsicht der Beteiligten feststehe<sup>91</sup>. Der EuGH brauchte zwar in der Sache nicht zu entscheiden, da er die Vorlage letztlich für unzulässig hielt, weil nicht feststand, ob die Voraussetzungen zur Anwendung der Lehre von der verdeckten Sacheinlage nach nationalem Recht überhaupt vorlagen<sup>92</sup>. Für die Zukunft ist aber mit einer Entscheidung des EuGH zu rechnen. Möglicherweise rückt dann die bislang nicht geforderte Umgehungsabsicht in den Vordergrund der Rechtsprechung der deutschen Gerichte.

Gegenwärtig ist als sicherster Weg die Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH zur Lehre von der verdeckten Sacheinlage zu empfehlen.

## 2. GmbH-Recht

### a) Einlageverpflichtung

Inhaltlich kann auf das Recht der AG verwiesen werden. Die dort geschilderten Folgen sind für die GmbH nicht gesetzlich geregelt, entsprechen aber ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre<sup>93</sup>. Neben dem Gesellschafter, der die verdeckte Sacheinlage eingebracht hat, haften die Mitgesellschafter unter den Voraussetzungen des § 24 GmbHG.

### b) Verkehrsgeschäft

Im GmbH-Recht gibt es keine den §§ 27 Abs. 3, 183 Abs. 2 AktG entsprechenden gesetzlichen Regelungen. Während Rechtsprechung zu den Folgen für die Verkehrsgeschäfte nicht ersichtlich ist, werden in der Literatur drei unterschiedliche Ansichten zur Wirksamkeit des Verkehrsgeschäfts vertreten. Diese Ansichten können sich auch auf die noch zu beantwortende Frage nach der Heilung verdeckter Sacheinlagen auswirken.

Das mit der Bareinlage im Zusammenhang stehende Geschäft, etwa der Kauf und die Übereignung von Waren, wird teilweise sowohl in schuldrechtlicher wie in sachenrechtlicher Hinsicht als wirksam angesehen<sup>94</sup>. § 27 Abs. 3 AktG sei auch nicht entsprechend anwendbar, und die Anwendung des § 139 BGB ergebe i.d.R. keine Unwirksamkeit<sup>95</sup>. Unter Zugrundelegung dieser Auffassung kann der Gesellschafter bei einem Umsatzgeschäft seine Leistung nicht kondizieren. Bei Einbringung einer Forderung gegen die Gesellschaft wäre die Tilgung demnach ebenso wirksam, der Gesellschafter könnte aber wegen Zweckverfehlung – keine Befreiung von der Einlagepflicht – nach § 812 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. BGB die Wiederherstellung der Forderung verlangen. Die weiteren Rechte des Gesellschafters stünden dann allerdings unter dem Vorbehalt, daß nicht ein eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen angenommen würde.

Nach wohl herrschender Meinung ist das Verkehrsgeschäft demgegenüber zwar schuldrechtlich unwirksam, sachenrechtlich aber wirksam<sup>96</sup>. Insoweit wäre der Gesellschafter auf eine Kondition verwiesen. Er könnte also Rückübereignung einer eingebrachten Sache verlangen, sofern die Gesellschaft noch Eigentümerin wäre. Wäre dies nicht der Fall, wäre er auf Wertersatz angewiesen. Bei Einbringung einer Forderung könnte der Gesellschafter deren Wiederherstellung verlangen. Auch

83 LG Hannover ZIP 1991, 369; Knobbe-Keuk, DB 1990, 2573, 2582 ff.; Meilicke, DB 1989, 1068 ff. und 1119 ff.

84 77/91 EWG, ABL 1977 L 26, S. 1.

85 BGH AG 1990, 298, 303.

86 OLG Koblenz GmbHR 1988, 439, 442.

87 Zustimmung Joost, ZIP 1990, 549, 565; Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1459; Wiedemann, ZIP 1991, 1257, 1268; a.A. Joost, ZIP 1990, 549, 564 ff.; Knobbe-Keuk, DB 1990, 2573, 2583.

88 BGH AG 1990, 298, 303; zustimmend Groß, AG 1991, 217, 221 f.; Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1459.

89 BVerfG ZIP 1991, 1283.

90 LG Hannover ZIP 1991, 369.

91 ZIP 1992, 1033, 1036.

92 EuGH ZIP 1992, 1076.

93 Vgl. Fn. 3.

94 Crezilius, DB 1990, 2458; 2459; Knobbe-Keuk, ZIP 1986, 885, 886 f.; Priester, DB 1990, 1753, 1755; Scholz/Winter, § 5 GmbHG, Rd.-Nr. 80 c.

95 Knobbe-Keuk, ZIP 1986, 885, 889.

96 Baumbach/Hueck, § 5 GmbHG, Rd.-Nr. 19; Butzke, ZHR 154 (1990), 357, 365; Hachenburg/Ulmer, § 5 GmbHG, Rd.-Nr. 148; Henze, ZHR 154 (1990), 104, 118; Lutter/Hommelhoff, § 5 GmbHG, Rd.-Nr. 43 f. und § 19, Rd.-Nr. 37; D. Mayer, NJW 1990, 2593, 2600; Schneider, MittRhNotK 1992, 165, 176; Wegmann, BB 1991, 1006, 1007.

hier wären die Grundsätze des eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehens zu beachten.

Eine dritte Ansicht wendet § 27 Abs. 3 AktG analog an und hält das schuldrechtliche wie das Erfüllungsgeschäft für nichtig<sup>97</sup>. Die Folgen wären dann mit den für die AG beschriebenen identisch.

Alle Ansichten führen im Konkurs der Gesellschaft wirtschaftlich mehr oder weniger zu demselben Ergebnis: Wurde eine Forderung eingebracht, so ist diese mit der Konkursquote zu erfüllen, wenn nicht sogar ein eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen angenommen würde.

Wurde eine Sache eingebracht, über die die Gesellschaft bereits weiterverfügt hat, und hat die Gesellschaft die Gegenleistung des Verfügungsempfängers bereits erhalten, so bleibt es bei angenommener Wirksamkeit des Kaufvertrages dabei. Bei schuldrechtlicher oder voller Unwirksamkeit erhält der Gesellschafter auf seinen Bereicherungsanspruch die Konkursquote, durchschnittlich 3,5 %<sup>98</sup>.

### 3. Anmeldungen zum Handelsregister

Der Vorstand der AG und der oder die Geschäftsführer der GmbH müssen die Gründung oder Kapitalerhöhung als Bargründung bzw. -kapitalerhöhung zum Handelsregister anmelden. Sie versichern dabei, daß die Bareinlage eingezahlt ist und zur freien Verfügung des Leitungsorgans steht. Inwieweit der Inhalt der gem. §§ 36, 37 AktG, 7, 8 GmbHG abzugebenden Versicherungen objektiv<sup>99</sup> unrichtig ist, hängt von den Voraussetzungen der Tatbestandsmerkmale „Leistung der versprochenen Einlage zur endgültigen freien Verfügung“ ab.

Der BGH hat in einer Entscheidung zum Ausschüttungs-Rückhol-Verfahren ausgeführt, die Versicherung, daß die Leistungen auf die Stammeinlage bewirkt seien, beziehe sich gerade auf die Leistung der versprochenen Bareinlage<sup>100</sup>. Zu versichern sei die Erfüllung der Bareinlagepflicht und dann weiter, daß die bewirkte Bareinlage zur freien Verfügung des Leitungsorgans stehe. Die Erbringung der verdeckten Sacheinlage, in diesem Fall ein Gewinnauszahlungsanspruch, führe zu einer falschen Versicherung über die Erbringung der geschuldeten Bareinlage. Es könne auch für die rechtliche Betrachtung der Versicherung keinen Unterschied machen, ob erst die Einlage geleistet und dann die Gesellschafterforderung getilgt werde oder in umgekehrter Reihenfolge<sup>101</sup>. Ebenso sei die Versicherung falsch, daß die Bareinlage zur freien Verfügung des Leitungsorgans stehe, wenn die Rückführung an einen Gesellschafter verabredet sei.

Die bei der Handelsregisteranmeldung abzugebende Versicherung ist nicht nur in bezug auf die verdeckte Sacheinlage allein von Bedeutung, sondern allgemein für die Kapitalaufbringung der Gesellschaft. Dies führt zu den Fragen nach dem Zeitpunkt, zu dem die Einlage dem Leitungsorgan der Gesellschaft zur freien Verfügung stehen muß, nach dem materiellen Gegenstand der Versicherung sowie nach der Frage, in welchem Personenverhältnis es sich um eine freie Verfügbarkeit der Gesellschaft handeln muß<sup>102</sup>.

Umstritten ist bereits, zu welchem Zeitpunkt der eingezahlte Betrag bzw. Gegenwert im Gesellschaftsvermögen vorhanden sein muß. Nach einer in der Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung muß der Geldbetrag als solcher noch bei

Abgabe der Anmeldung im Gesellschaftsvermögen vorhanden sein<sup>103</sup>. Nach der Rechtsprechung des BGH zu Fällen der Kapitalerhöhung<sup>104</sup>, die die Literatur teilweise auch für die Fälle der Gründung heranzieht<sup>105</sup>, darf das Leitungsorgan vor der Anmeldung über die erhaltene Bareinlage bereits verfügen, wobei teilweise gefordert wird, daß die Einlageleistung zum Zeitpunkt der Anmeldung noch wertmäßig vorhanden sein muß, nach einer noch weitergehenden Ansicht kommt es nicht einmal mehr auf die Werthaltigkeit zur Zeit der Anmeldung an<sup>106</sup>.

Geht man für die Praxis mit der herrschenden Meinung davon aus, daß der Wert der Bareinlage zum Zeitpunkt der Anmeldung zum Handelsregister dem Leitungsorgan zur freien Verfügung stehen muß, so stellt sich weiter die Frage, ob die freie Verfügbarkeit im Verhältnis zum leistenden Gesellschafter oder auch zu Dritten feststehen muß, die mit dem Gesellschafter in keiner Weise verbunden sind. Die Antwort läßt sich aus einer Gegenüberstellung der folgenden Entscheidungen erschließen:

Der BGH differenziert für die Frage der freien Verfügbarkeit ebenso wie bei der Bewertung, ob eine verdeckte Sacheinlage vorliegt: Während er annahm, die Versicherung sei unrichtig, weil der Gesellschafter unmittelbar auf ein debitorisches Konto der AG einzahlte<sup>107</sup>, lehnte er dies für den Fall der Hingabe des Schecks an den Geschäftsführer einer GmbH ab, obwohl hier von vornherein schuldrechtlich vereinbart war, den Betrag auf ein debitorisches Konto der Gesellschaft einzuziehen<sup>108</sup>. Der BGH stellte auch nicht die Frage, ob der Scheckbetrag bei Anmeldung der Kapitalerhöhung bereits zur Einziehung auf das debitorische Konto eingereicht war oder nicht<sup>109</sup>. Eine freie Verfügbarkeit bestand tatsächlich jedenfalls dann nicht mehr, wenn der Scheck bereits zur Einziehung auf das debitorische Konto eingereicht worden war, als die Anmeldung zum Handelsregister erfolgte und der Gesellschaft keine Kreditlinie zur Verfügung stand, mittels derer der Betrag von dem Konto hätte abgebucht werden können. Daraus läßt sich nur die Folgerung ziehen, daß es für die Richtigkeit der mit der Anmeldung zum Handelsregister verbundenen Versicherung darauf ankommt, ob die Einlage zum Zeitpunkt ihrer Einbringung dem Leitungsorgan im Verhältnis zu den Gesellschaftern zur freien Verfügung steht, nicht aber im Verhältnis zu Dritten<sup>110</sup>.

Gleiches gilt für die Einzahlung auf ein Sonderkonto. Wird von diesem Konto ein Kredit der Gesellschaft zurückgeführt, so ist die Versicherung des Vorstandes, die Einlage stehe zu seiner freien Verfügung, falsch, wenn an einen Gesellschafter zu zahlen ist. Die Versicherung ist dagegen nicht zu beanstanden, wenn an einen außenstehenden Dritten gezahlt wird<sup>111</sup>.

Geben das Leitungsorgan oder Gesellschafter falsche Versicherungen bei der Anmeldung zum Handelsregister ab, so können daraus zivil- wie strafrechtliche Folgen erwachsen. Eine Schadensersatzpflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft besteht bei falschen Angaben zur Gründung, §§ 46 Abs. 1 AktG, 9 a Abs. 1 GmbHG. Eine Schadensersatzpflicht des Leitungsorgans gegenüber der Gesellschaft besteht bei falschen Angaben zur Gründung, §§ 48 AktG, 9 a Abs. 1 GmbHG oder zur Kapitalerhöhung, §§ 93 AktG, 57 Abs. 4, 9 a Abs. 1 GmbHG.

Die strafrechtlichen Folgen ergeben sich aus § 399 Abs. 1 Nr. 1, 4 AktG (Strafbarkeit der Gründer und der Mitglieder des Vorstandes sowie des Aufsichtsrates bei Gründung), § 399 Abs. 2 AktG (Strafbarkeit der Mitglieder des Vorstandes und

97 Mülbart, ZHR 154 (1990), 144, 178 f. und 195.

98 Vgl. Kuhn/Uhlenbruck, KO, 10. Aufl. 1986, Vorbem. Rd.-Nr. 3 a.

99 Schneider, MittRhNotK 1992, 165, 180.

100 BGH MittRhNotK 1991, 218, 222.

101 BGH MittRhNotK 1991, 218, 222; ebenso LG Koblenz ZIP 1991, 1284, 1285.

102 Vgl. DNotf-Report 11/1994, 3 f.

103 BayObLG DNotZ 1989, 34 (Darlehensvergabe vor Anmeldung); OLG Köln DNotZ 1989, 39 (Erfüllung von Verbindlichkeiten während des Stadiums der Vor-GmbH); OLG Hamm MittRhNotK 1993, 259; LG Düsseldorf ZIP 1986, 1251, 1253 (zur Kapitalerhöhung der BuM AG); Schneider/Verhoeven, ZIP 1982, 644, 647; Godin/Wilhelmi, AktG, 4. Aufl., § 188, Anm. 3; Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kopff/Bungeroth, AktG, 12. Lfg., § 188, Rd.-Nr. 16.

104 BGH NJW 1992, 3300 (Kapitalerhöhung der AG); 1991, 1754, 1757; MittRh-

NotK 1991, 218, 221 (Kapitalerhöhung der GmbH, aber inhaltlich nicht gegenüber der Gründung differenzierend).

105 Frey, Einlagen in Kapitalgesellschaften 1990, 189 f.; Hachenburg/Ulmer, § 7 GmbHG, Rd.-Nr. 25; Lutter/Hommelhoff § 7 GmbHG, Rd.-Nr. 15; Schneider, MittRhNotK 1992, 165, 167.

106 Klevemann, AG 1993, 273, 275 ff.; Lutter, NJW 1989, 2649, 2653 ff.; Karsten Schmidt, AG 1986, 106, 114.

107 BGH MittRhNotK 1992, 322.

108 BGH MittRhNotK 1991, 115.

109 Eine solche Frage ist der Entscheidung jedenfalls nicht zu entnehmen.

110 Vgl. v. Gerkan, GmbHR 1992, 433, 437; Wiedemann, ZIP 1991, 1257, 1262.

111 BGH DNotZ 1986, 368, 370.

des Aufsichtsrates bei Kapitalerhöhung), § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG (Strafbarkeit der Gesellschafter und der Geschäftsführer bei Gründung) und § 82 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG (Strafbarkeit der Geschäftsführer bei Kapitalerhöhung).

## II. Folgen für die Berater und den Notar

Die Folgen für die Berater der Kapitalgesellschaft und der Gesellschafter, deren Rechtsanwälte und Steuerberater und für den Notar, der die Gesellschafterbeschlüsse entwirft und beurkundet sowie die Handelsregisteranmeldungen beglaubigt, richten sich grundsätzlich nach den Folgen für die Gesellschaft und die Gesellschafter.

Die Berater und der Notar sehen sich möglicherweise der Geldtendmachung von Schadensersatzansprüchen ausgesetzt. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß ein Gesellschafter, der im Konkurs der Gesellschaft die Bareinlage (aus seiner Sicht erneut) erbringen muß, den Berater und den Notar an seinem Schaden zu beteiligen versucht<sup>112</sup>. Seine Erfolgchancen hängen, wie meist in den Fällen der Schäden auf Grund behaupteter Pflichtverletzungen, von der Beweislage ab. Es kommt insbesondere darauf an, ob der Berater oder der Notar die Gesellschaft ständig betreuen und die Interna kennen, ob die Absicht sach- und zeitnaher Geschäfte im Zusammenhang mit der Gründung oder Kapitalerhöhung bekannt war. Der Nachweis ist gegenüber dem Steuerberater, der ein Ausschüttungs-Rückhol-Verfahren und dabei die Beurkundung einer Barkapitalerhöhung vorschlägt, leichter zu führen<sup>113</sup> als gegenüber dem Notar, der lediglich den Auftrag zur Beurkundung einer Bargründung oder -kapitalerhöhung erhält. Der Notar hat zwar nach § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG den Willen der Beteiligten zu erforschen. Er muß auch nach naheliegenden rechtserheblichen Umständen ausdrücklich fragen<sup>114</sup>. Falsch wäre es aber, anzunehmen, daß alle Geschäfte der Gesellschaft und Beschlüsse der Gesellschafter in einem sachlichen Zusammenhang nach den Grundsätzen der verdeckten Sacheinlage stünden. Daher ist der Notar nicht verpflichtet, ohne besonderen Anlaß einen Gesellschafter zu fragen, ob und wie er die von ihm zu erbringende Bareinlage finanziert<sup>115</sup>. Ein Anhaltspunkt zur Nachfrage mag demgegenüber gegeben sein, wenn der Notar Kenntnis von einem vorher in kurzem zeitlichen Abstand gefaßten Gewinnauszahlungsbeschuß erhält, oder er kurz nach der von ihm beurkundeten Gründung bzw. Kapitalerhöhung der Gesellschaft mit der Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages beauftragt wird, durch den die Gesellschaft von einem Gesellschafter ein Grundstück erwirbt. Erkennt der Notar, daß eine verdeckte Sacheinlage vorliegt oder auch nur angenommen werden könnte, wird er – auch im eigenen Interesse – von der Beurkundung einer Bargründung oder -kapitalerhöhung und der Beglaubigung einer entsprechenden Anmeldung absehen und den Beteiligten die offene Einbringung einer Sacheinlage nahelegen. Notfalls sollte er die Beurkundung der Bargründung oder -kapitalerhöhung ablehnen.

Neben zivilrechtlichen Folgen drohen auch strafrechtliche Konsequenzen. Der Berater einer Gesellschaft läuft bei Vorliegen einer verdeckten Sacheinlage Gefahr, als Teilnehmer in bezug auf falsche Angaben zum Zwecke der Eintragung der Gesellschaft oder der Kapitalerhöhung belangt zu werden<sup>116</sup>. Im IBH-Fall ist der Notar wegen Beihilfe zur Falschanmeldung der Kapitalerhöhungen, zur Untreue und zur Falschbilanzierung vor dem LG Koblenz angeklagt worden. Der Notar war zwar davon ausgegangen, daß die Annahme einer verdeckten Sacheinlage auf Grund der rechtlichen Selbständigkeit des am Verkehrsgeschäft beteiligten Tochterunternehmens des IBH-Gesell-

schafers zu verneinen sei. Er hatte vor Beurkundung und Anmeldung der Kapitalerhöhungen aber die Möglichkeit einer abweichenden Wertung, nämlich der Annahme verdeckter Sacheinlagen und falscher Anmeldungen zum Handelsregister erkannt und den Vorstand darüber informiert, daß ein entsprechendes Risiko bestehe. Der Notar wurde freigesprochen, weil das LG annahm, seine Ansicht im Hinblick auf die rechtliche Selbständigkeit der Konzerntochter sei zum damaligen Zeitpunkt vertretbar gewesen<sup>117</sup>.

Die drohenden Folgen der Beurkundung verdeckter Sacheinlagen als Bareinlagen für Gesellschafter und Gesellschaft sowie Berater und Notare zeigen eindrucksvoll das Bedürfnis nach einer Strategie zur Heilung bereits erfolgter verdeckter Sacheinlagen und zur Vermeidung weiterer verdeckter Sacheinlagen.

## E.

### Heilung und Vermeidung verdeckter Sacheinlagen

#### I. Heilung

In der wissenschaftlichen Diskussion steht die Heilung verdeckter Sacheinlagen im Vordergrund<sup>118</sup>. Dabei werden die verschiedensten Lösungsansätze vertreten, die sich grob in zwei Kategorien gliedern lassen, nämlich Lösungen ohne die (erneute) Erbringung der beurkundeten Bareinlagen und Lösungen in Verbindung mit erneuter Barzahlung.

#### 1. Vollwertigkeitsprüfung

In der Handhabung scheinbar am einfachsten und daher vom Grundgedanken her für den Praktiker verführerisch ist der Vorschlag, der Gesellschafter, der eine verdeckte Sacheinlage erbracht habe, müsse lediglich beweisen, daß der Vermögensgegenstand vollwertig sei, d. h. der beurkundeten Höhe der Bareinlage im Wert entspreche<sup>119</sup>.

Im Ergebnis wird mit diesem Lösungsansatz aber die Differenzierung zwischen der Bar- und der Sacheinlage insgesamt aufgeweicht, die Lehre von der verdeckten Sacheinlage letztlich aufgegeben. Es bestünde für den Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft kein Anreiz mehr, die formalen Sacheinlagevorschriften zu beachten<sup>120</sup>. Zu befürchten ist, daß dieser Lösungsansatz dazu führen würde, in Zukunft nur noch Bargründungen bzw. -kapitalerhöhungen zu beurkunden und dann später festzustellen, ob eine verdeckte Sacheinlage vorliegt, die zudem geheilt ist. Diese Lösungsmöglichkeit hat die Rechtsprechung dementsprechend schon früh verworfen<sup>121</sup> und verwirft sie letztlich weiter mit jeder Entscheidung zur verdeckten Sacheinlage, in der nicht eine Heilung auf Grund Vollwertigkeit der Einlage geprüft wird.

#### 2. Nachgründung

Ein weiterer Vorschlag, im Recht der AG auf § 52 AktG basierend, im Recht der GmbH teilweise als Analogie zu §§ 52 AktG<sup>122</sup>, teilweise als Rechtsfortbildung der Regelung des Kapitalaufbringungsrechts in Anlehnung an § 52 AktG<sup>123</sup> bezeichnet, geht dahin, durch einen qualifizierten Mehrheitsbeschuß, eine Wertgarantie des Zeichners und Übermittlung einer Aufzeichnung des Gesamtvorgangs zu den Registerakten eine Heilung zu ermöglichen<sup>124</sup>. Teilweise wird darüber hinaus zur Publizitätswirkung die Registereintragung bzw. Bekanntmachung verlangt<sup>125</sup>. Diese Möglichkeit soll bei der Gründung

112 Vgl. OLG ZIP 1990, 717; Authenrieth, DSIZ 1988, 252, 254 f.; Knobbe-Keuk, ZIP 1986, 885, 889; Priester, DSIR 1990, 770, 773 f.

113 Vgl. Authenrieth, DSIZ 1988, 252, 254 f.

114 Huhn/v. Schuckmann, § 17 BeurkG, Rd.-Nr. 21.

115 Bergmann/Schürrie, DNotZ 1992, 145, 150.

116 Priester, DSIR 1990, 770, 774; Scholz/Riedemann, § 82 GmbHG, Rd.-Nr. 25.

117 LG Koblenz ZIP 1991, 1284.

118 Vgl. Joost, ZIP 1990, 549, 561 ff.; Kiethel/Imbeck, DSIR 1994, 209; Kleve-  
mann, AG 1993, 273; Schneider, MittRhNotK 1992, 165, 176 f.; Wiedemann,

ZIP 1991, 1257.

119 Roth, NJW 1991, 1913, 1917; Wilhelm, ZHR 152 (1988), 333, 361 f.; wohl  
auch Kiethel/Imbeck, DSIR 1994, 209, 211.

120 Vgl. Joost, ZIP 1990, 549, 560.

121 OLG Köln ZIP 1984, 834, 836.

122 Bergmann/Schürrie, DNotZ 1992, 145, 152.

123 Frey, ZIP 1990, 288, 290; Joost, ZIP 1990, 549, 562.

124 Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1455; Ulmer, ZHR 154 (1990), 128, 143.

125 Joost, ZIP 1990, 549, 562.

und Kapitalerhöhung der AG ebenso wie bei der GmbH bestehen<sup>126</sup>. Gegen diesen Vorschlag wird aber zu Recht eingewandt, schon für seinen unmittelbaren Geltungsbereich enthalte § 52 AktG keine eigentliche Heilungsvorschrift für die Frage der Erbringung der Bareinlage, § 52 AktG erlaube vielmehr lediglich die Wiederholung des unwirksamen Verkehrsgeschäfts. Die Bareinlagenschuld bleibe bestehen<sup>127</sup>.

### 3. Befristung des Gläubigerschutzes

Für die GmbH wird vorgeschlagen, den Gläubigerschutz zu befristen. Die Anwendung des § 19 Abs. 5 GmbHG sei zeitlich auf die Dauer von 2 Jahren von der Erbringung der verdeckten Sacheinlage an zu beschränken<sup>128</sup>. Der Gründer oder Übernehmer der Einlage solle seine Bareinlage erbringen, die Gesellschaft die früher empfangene Leistung nach §§ 812 ff. BGB zurückgeben, ggfs. Wertersatz leisten, ohne daß dies ein Verstoß gegen § 19 Abs. 5 GmbHG sei, der zur erneuten Annahme einer verdeckten Sacheinlage führen müßte. Dieser Vorschlag würde im Ergebnis zu einer Umgehung der Sacheinlagevorschriften führen, indem erneut eine verdeckte Sacheinlage eingebracht würde, nämlich der Bereicherungsanspruch des Gesellschafters, und ist deshalb auf Ablehnung gestoßen<sup>129</sup>.

### 4. Umwidmung

Weiter wird vorgeschlagen, durch notariell beurkundeten Satzungsänderungsbeschluß solle die Bareinlage in eine Sacheinlage der Bereicherungsforderung, die aus der fehlgeschlagenen Einlageleistung resultiere, umgewidmet werden<sup>130</sup>. Es solle damit verbunden ein Sachgründungs- oder Sachkapitalerhöhungsbericht erstattet werden und der Wert der Forderung durch eine von einem Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater bescheinigte Bilanz nachgewiesen werden. Schließlich müsse das Leitungsorgan die Änderung zum Handelsregister anmelden und dabei versichern, daß sich die Sacheinlage zu seiner endgültigen freien Verfügung befinde. Die Änderung sei in das Handelsregister einzutragen und zu veröffentlichen.

Dieser Vorschlag wurde von der Rechtsprechung ebenfalls schon früh abgelehnt<sup>131</sup>. Die Befassung der Rechtsprechung mit diesem Vorschlag liegt jedoch schon einige Zeit zurück – sie stammt aus dem Jahre 1977 –, und in der jüngeren Vergangenheit werden zwei Fälle aus dem Bereich der GmbH berichtet, in denen Registergerichte die Umwidmung zugelassen haben<sup>132</sup>.

In der Literatur wird überwiegend zwischen der Umwidmung vor Eintragung der Bargründung bzw. -kapitalerhöhung in das Handelsregister und der Umwidmung für den Zeitraum danach unterschieden. Während ganz überwiegend die Umwidmung vor Eintragung in das Handelsregister, also vor Satzung eines Vertrauenstatbestandes für Dritte, als zulässig erachtet wird<sup>133</sup>, soll dies für die Zeit nach der Eintragung nicht mehr möglich sein<sup>134</sup>. Für die Zulässigkeit einer Umwidmung vor Eintragung der neu gegründeten Gesellschaft in das Handelsregister spricht, daß zu diesem Zeitpunkt tatsächlich noch kein Vertrauenstatbestand für Gläubiger in bezug auf die Zuführung von Barmitteln gesetzt ist. In diesem Stadium besteht auch noch die Haftung des Handelndem gem. §§ 41 AktG, 11 Abs. 2 GmbHG. Jedenfalls das Argument des noch nicht gesetzten Vertrauens-

tatbestandes gilt auch für die Kapitalerhöhung vor deren Eintragung in das Handelsregister.

Auch nach Eintragung der Kapitalgesellschaft bzw. der Kapitalerhöhung in das Handelsregister wäre die Zulässigkeit einer Umwidmung aus notarieller Sicht wegen der relativen Einfachheit und der zeitlichen Kürze des Verfahrens wünschenswert. Gegen die Zulässigkeit scheint jedoch im Falle der Gründung einer AG § 27 Abs. 4 AktG zu sprechen, wonach nach Eintragung in das Handelsregister die Unwirksamkeit von Verträgen über Sacheinlagen nicht durch Satzungsänderung geheilt werden kann. § 66 Abs. 1 S. 1 AktG verbietet zudem die Befreiung der Aktionäre von ihren Leistungspflichten. § 66 Abs. 3 AktG läßt eine Ausnahme lediglich für den Fall der Kapitalherabsetzung zu. Für die GmbH verbieten § 19 Abs. 2 und 5 GmbHG die Befreiung von der übernommenen Einlageverpflichtung. Eine Umwidmung nach Eintragung in das Handelsregister dürfte damit voraussetzen, daß die Begriffe „Leistungspflicht“ oder „übernommene Einlageverpflichtung“ teleologisch reduziert werden.

Ob sich der Lösungsweg der Umwidmung zukünftig in der Rechtspraxis durchsetzen wird, bleibt abzuwarten. Er wird als risikobehaftet beschrieben<sup>135</sup>, und diese Charakterisierung dürfte zur Zeit noch für die Umwidmung sowohl vor als auch nach Eintragung in das Handelsregister zutreffen. Die Anerkennung der Umwidmung durch Registergerichte bindet weder Konkursverwalter noch die Gerichte, vor denen Konkursverwalter in der Zukunft die Leistung der Bareinlage einklagen werden. Deshalb kann zur Zeit die Umwidmung dem vorsichtigen Notar noch nicht als Heilungsmöglichkeit empfohlen werden<sup>136</sup>.

### 5. Einzahlung auf die Bareinlage und Kapitalerhöhung bzw. Kapitalherabsetzung

Als gesicherter, wenn auch umständlichster Weg gilt derjenige, der von der Folge der verdeckten Sacheinlage ausgeht, die die Rechtsprechung entwickelt hat, nämlich von dem Fortbestand der Verpflichtung zur Zahlung der Bareinlage.

#### a) Bargründung

Der Gesellschafter hat seine versprochene Bareinlage zu erbringen. Daran führt im Falle der Bargründung einer Kapitalgesellschaft mit Grundkapital von 100.000,- DM bzw. Stammkapital von 50.000,- DM auf Grund der Mindestkapitalvorschriften der §§ 6 AktG, 5 Abs. 1 GmbHG ohnehin kein Weg vorbei<sup>137</sup>.

Für die weitere Vorgehensweise kommt es dann darauf an, ob die Gesellschaft nach dem Willen der Gesellschafter die verdeckte Sacheinlage zusätzlich erhalten soll.

Ist dies der Fall, wird ein Beschluß zur Sachkapitalerhöhung gefaßt, der sich auf die bereits eingebrachte Sacheinlage bzw. den daraus folgenden Bereicherungsanspruch bezieht.

Soll die Gesellschaft am Ende lediglich die versprochene Bareinlage erhalten, kann der Gesellschafter die bei den Folgen der verdeckten Sacheinlage beschriebenen Ansprüche geltend machen<sup>138</sup>. Danach steht dem Aktionär wegen der vollständigen Unwirksamkeit des Verkehrsgeschäfts der Herausgabeananspruch zu oder – das dürfte der Regelfall sein – ein Berei-

126 Butzke, ZHR 154 (1990), 357, 365 f.; Hachenburg/Ulmer, § 19 GmbHG, Rd.-Nr. 117; Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1455 f.; Schneider, MittRhNotK 1992, 165, 176 f.; a.A. Knobbe-Keuk, ZIP 1986, 885, 889.

127 Wiedemann, ZIP 1991, 1257, 1268.

128 Knobbe-Keuk, ZIP 1986, 885, 889.

129 Vgl. Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1454 f.

130 Priester, DB 1990, 1753, 1758 ff.; ders., DSiR 1990, 770, 775; Kiethel/Imbeck, DSiR 1994, 209, 212; wohl auch Rasner, AnwBl 1993, 490, 494 f.

131 BayObLG DB 1978, 337 f.

132 AG Osnabrück und AG Berlin-Charlottenburg, zitiert nach Rasner, AnwBl 1993, 490, 494; ders., NJW 1993, 186.

133 Bergmann/Schürle, DNotZ 1992, 145, 151; Hachenburg/Ulmer, § 5 GmbHG,

Rd.-Nr. 27; Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1454; Priester, DB 1990, 1753, 1758; Rowedder/Rittner, § 5 GmbHG, Rd.-Nr. 23; Schneider, MittRhNotK 1992, 165, 176; Sernetz, ZIP 1993, 1685, 1687.

134 Dagegen Hachenburg/Ulmer, § 5 GmbHG, Rd.-Nr. 27; Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1454; Rowedder/Rittner, § 5 GmbHG, Rd.-Nr. 23; Scholz/Winter, § 5 GmbHG, Rd.-Nr. 106.

135 Sernetz, ZIP 1993, 1685, 1687.

136 A. A. offenbar Priester, DSiR 1990, 770, 775 „Man sollte sich nicht scheuen, den Instanzenweg zu gehen und höheren Orten auf bessere Einsichten zu hoffen“.

137 Priester, DB 1990, 1753, 1758.

138 Vgl. oben Teil D I.

cherungsanspruch. Bei der GmbH ist unter Zugrundelegung der h. M. das Verkehrsgeschäft rückabzuwickeln, ggfs. Wertersatz zu leisten. Dies gilt jedenfalls dann, wenn nicht in der Zwischenzeit die Gesellschaft in eine Krise geraten ist, so daß bzgl. etwaiger Ansprüche ein eigenkapitalersetzendes Gesellschafterdarlehen anzunehmen wäre<sup>139</sup>. Bei der Rückabwicklung der geleisteten verdeckten Sacheinlage muß darauf geachtet werden, daß es nicht wieder zu einem sachlichen und zeitlichen Zusammenhang kommt, der zur Annahme einer erneuten verdeckten Sacheinlage führen müßte<sup>140</sup>. Es ist also sicherzustellen, daß die auf die Bareinlageverpflichtung geleistete Zahlung zur endgültigen freien Verfügung des Leitungsorgans erfolgt, und es sollte ein nicht unerheblicher zeitlicher Abstand gewahrt werden, wenn der Gesellschafter von der Gesellschaft nicht die geleistete Sache herausgegeben erhält, sondern eine Geldzahlung.

Eine noch sicherere, aber mit größerem Aufwand durchzuführende Möglichkeit besteht darin, zunächst das Kapital durch eine Sachkapitalerhöhung zu erhöhen. Der Sachkapitalerhebungsbeschluß bezieht sich auf die Übereignung der bereits unwirksam eingelegten Sache, auf die Bereicherungsforderung des Gesellschafters aus der fehlgeschlagenen verdeckten Sacheinlage oder auf die Darlehensforderung des Gesellschafters. Gleichzeitig wird eine Kapitalherabsetzung um die Summe der ursprünglich versprochenen Bareinlage beurkundet, um dem betroffenen Gesellschafter seine Bareinlageverpflichtung erlassen zu können. Dabei ist unbedingt darauf zu achten, daß die Mindestkapitalvorschriften berücksichtigt werden. Es ist dazu der Wert der Sacheinlagen genau zu bestimmen. Die einzubringende Forderung des Gesellschafters muß vollwertig sein. Ist dies nicht der Fall, so müssen entweder zusätzliche Sacheinlagen erbracht werden oder dem Gesellschafter darf nicht seine volle Bareinlageverpflichtung erlassen werden. Beide Beschlüsse, derjenige zur Sachkapitalerhöhung und derjenige zur Kapitalherabsetzung sollten gleichzeitig zum Handelsregister angemeldet werden, und zwar bei der GmbH nach Ablauf des Sperrjahres. Dies verhindert eine Irreführung des Rechtsverkehrs, der bei der isolierten Anmeldung der Sachkapitalerhöhung annehmen müßte, der Gesellschaft werde weiteres Kapital zugeführt<sup>141</sup>.

#### b) Barkapitalerhöhung

Ist eine Barkapitalerhöhung beurkundet, jedoch nur eine verdeckte Sacheinlage erbracht worden, so besteht ebenfalls die Möglichkeit der Verbindung einer Kapitalherabsetzung um die Summe der zunächst beurkundeten Barkapitalerhöhung mit einem Erlaß der Bareinlageverpflichtung und mit einer Sachkapitalerhöhung um die verdeckte Sacheinlage bzw. die Bereicherungsforderung. Auch hier ist die Sacheinlage des Gesellschafters zu bewerten, und es sollten Kapitalherabsetzung und Sachkapitalerhöhung gleichzeitig zum Handelsregister angemeldet werden. Die Möglichkeit eines solchen Vorgehens ist allgemein anerkannt<sup>142</sup>. Es kann auch in umgekehrter Reihenfolge vorangegangen werden und erst der Sachkapitalerhebungsbeschluß gefaßt werden<sup>143</sup>.

Auf die mit dem geschilderten Verfahren sowohl bei der Gründung als auch bei der Kapitalerhöhung verbundenen Umständlichkeiten und den Zeitfaktor weisen die Kritiker dieser Regelung hin: Der Erlaß der Bareinlageschuld des Gesellschafters ist erst nach Eintragung in das Handelsregister wirksam und die Eintragung erfolgt bei der GmbH nach § 58 GmbHG erst nach Ablauf eines Jahres, gerechnet von der dritten Bekannt-

machung des Herabsetzungsbeschlusses<sup>144</sup>. Bei der AG kann die ordentliche Kapitalherabsetzung zwar sofort eingetragen werden. Der Erlaß der Einlageverpflichtung darf aber erst ein halbes Jahr nach Bekanntmachung erfolgen. Während dieser Fristen ist der Gesellschafter der „erneuten“ Inanspruchnahme durch Geltendmachung der Bareinlageschuld ausgesetzt. Der Vorteil dieses Verfahrens ist jedoch, daß es den strengen Sacheinlagevorschriften entspricht, deutlich zwischen Bar- und Sacheinlagen differenziert und auf Grund der gesetzlich geregelten Publizitätspflichten auch für Dritte aus den Registerakten ersichtlich ist. Das Verfahren ist zwar umständlich, sichert aber die Gläubiger und dürfte die leichtfertige Umgehung der Sachgründungs- und -kapitalerhöhungsvorschriften verhindern.

Die Verbindung von Kapitalerhöhung und -herabsetzung ist also zur Verfolgung des sichersten Weges in der notariellen Praxis zu empfehlen. Dies gilt jedenfalls solange, bis die Umwidmung der Bareinlage in eine Sacheinlage von der Rechtsprechung auch in Verfahren, die von Konkursverwaltern gegen Gesellschafter betrieben werden, anerkannt ist.

## II. Vermeidung der verdeckten Sacheinlage

Die Schwierigkeiten der Heilung einer verdeckten Sacheinlage und die Haftungsrisiken für alle Beteiligten sollten dazu veranlassen, das Hauptaugenmerk auf eine Strategie der Vermeidung solcher Vorfälle zu richten. Dazu sind zunächst einmal die Ursachen der Einbringung verdeckter Sacheinlagen zu erforschen. Als Ursachen werden die Umständlichkeiten und die Kosten des Sachgründungsverfahrens genannt<sup>145</sup>, weiter die Befürchtung, die Sacheinlage könnte nicht werthaltig genug sein<sup>146</sup>, oder aber der Wille, die Veröffentlichung der Sacheinlage und ihrer Bewertung zu vermeiden<sup>147</sup>. Mindestens ebenso häufig dürfte aber den Gesellschaftern nicht klar sein, daß ihre Vorgehensweise als Einbringung einer verdeckten Sacheinlage zu werten ist. Da ja i.d.R. im Zusammenhang mit der verdeckten Sacheinlage tatsächlich zunächst Barzahlungen erbracht werden, gehen die Gesellschafter vielfach gutgläubig davon aus, ihre Pflicht erfüllt zu haben<sup>148</sup>. Insbesondere zum Schutz dieser Einleger gilt es, verdeckte Sacheinlagen in Zukunft zu vermeiden. Es lassen sich im wesentlichen zwei mögliche Ausgangspunkte festhalten:

### 1. „Mittelbare Sacheinlage“

Unter dem Stichwort „mittelbare Sacheinlage“ gibt es den Vorschlag, die Festlegung, ob es sich um eine Bar- oder um eine Sacheinlage handele, bei Beurkundung der Gründung oder Kapitalerhöhung und bei der Anmeldung zum Handelsregister zu vermeiden. Die gesamten tatsächlichen Umstände sollten dem Handelsregister mitgeteilt werden. Dann werde abgewartet, ob das Registergericht etwa einen Sachgründungsbericht bzw. ein Gutachten zur Wertigkeit der Sacheinlage einfordere<sup>149</sup>.

Gegen diesen Vorschlag wird angeführt, daß er die Schwierigkeiten lediglich vom notariellen Bereich in die Sphäre des Registergerichts verlagere<sup>150</sup>. Fraglich ist auch, ob sich das jeweilige Registergericht die Verantwortung aufbürden ließe oder vielmehr die Anmeldung als nicht ordnungsgemäß ansehen würde, da AktG und GmbHG ja deutlich die Formalien der Bar- und der Sacheinlage trennen. Gegen die mittelbare Sacheinlage spricht zudem das Zeitargument. Es wäre zu erwarten, daß sich die Eintragungsverfahren erheblich verzögerten. Käme das Registergericht zu dem Ergebnis, es handele sich

139 Priester, DB 1990, 1853, 1757.

140 Bergmann/Schürrie, DNotZ 1992, 145, 152; Joost, ZIP 1990, 549, 563; Kiethe/Imbeck, DSiR 1994, 209, 211; Priester, DB 1990, 1753, 1757.

141 Priester, DB 1990, 1753, 1758.

142 Hachenburg/Ulmer, § 5 GmbHG, Rd.-Nr. 27; Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1454; Priester, DB 1990, 1753, 1757; Roth, NJW 1991, 1913, 1918; Scholz/Winter, § 5 GmbHG, Rd.-Nr. 107; Serentz, ZIP 1993, 1685, 1689.

143 Priester, DB 1990, 1753, 1757.

144 Knobbe-Keuk, ZIP 1986, 885, 889; Lutter/Gehling, WM 1989, 1445, 1454; Priester, DB 1990, 1753, 1758; Rasner, AnwBI 1993, 490, 494.

145 Groß, AG 1991, 217, 218; Kiethe/Imbeck, DSiR 1994, 209, 210; Knobbe-Keuk, ZIP 1986, 885; Lutter/Gehling, WM 1989, 1445; Priester, DB 1990, 1753; ders., DSiR 1990, 770, 771; Schneider, MittRhNotK 1992, 165, 173 f.

146 Groß, AG 1991, 217, 218; Priester, DB 1990, 1753; ders., ZIP 1991, 345, 347; Schneider, MittRhNotK 1992, 165, 173 f.

147 Priester, ZIP 1991, 345, 347; Schneider, MittRhNotK 1992, 165, 173 f.

148 Vgl. Rasner, AnwBI 1993, 490, 492.

149 Maier-Reimer, FS Nirk 1992, 639, 647 f.; Rasner, AnwBI 1993, 490, 493.

150 Semetz, ZIP 1993, 1685, 1699, Fn. 100.

um eine Sacheinlage, und teilte es dies erst Wochen nach der Anmeldung mit, so würden ein Wertgutachten und ein Sachgründungsbericht erst mit erheblicher Verspätung erstellt, wenn dies nicht vorher bereits quasi „auf Verdacht“ erfolgte. Diese Vorgehensweise könnte dazu führen, daß der Antrag auf Eintragung in das Handelsregister erst nach Monaten endgültig beschieden wird. Denkbar ist auch, daß das erst spät in Auftrag gegebene Gutachten zur Werthaltigkeit der Sacheinlage nicht den Wert der gezeichneten Aktien bzw. der übernommenen Stammeinlagen ergibt. Es käme u. U. vermehrt zur Anwendung der Differenzhaftung nach § 9 Abs. 1 GmbHG. Wird das erforderliche Kapital nicht erreicht, ist die Korrektur problematisch und mit Kosten verbunden. Möglicherweise wird die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister abgelehnt. Wird demgegenüber von Beginn an eine Sachgründung oder -kapitalerhöhung beurkundet und angemeldet, so werden die erforderlichen Unterlagen unmittelbar dem Handelsregister mit der Anmeldung eingereicht. Die Anmeldung mit einer im Wert zu geringen Sacheinlage und die damit verbundenen Schwierigkeiten werden bei einem korrekten Wertgutachten bereits im Vorfeld vermieden.

Der Weg der „mittelbaren Sacheinlage“ sollte daher allenfalls in den wenigen Ausnahmefällen begangen werden, in denen sich nicht zweifelsfrei klären läßt, ob sie zur Annahme einer verdeckten Sacheinlage führen, z. B. das Ausschüttungs-Rückhol-Verfahren bei bereits vorher ausgeschüttetem Gewinn, die Mitwirkung eines Unternehmers, an dem ein Gesellschafter nicht maßgeblich beteiligt ist, oder bei Vorfinanzierung einer Kapitalerhöhung einer in der Krise befindlichen Gesellschaft sowie in den Fällen, in denen sich nicht klären läßt, ob noch ein zeitlicher Zusammenhang anzunehmen ist<sup>151</sup>. Solche Zweifelsfälle lassen sich i.d.R. aber auch lösen, indem aus Gründen äußerster Vorsicht eine Sacheinlage angenommen wird und der Anmeldung zum Handelsregister entsprechende Unterlagen beigefügt werden.

## 2. Offene Sacheinlage

Die gesetzlichen Regelungen gehen davon aus, daß Sacheinlagen als solche zu kennzeichnen und anzumelden sind. Die Vermeidung von verdeckten Sacheinlagen hat damit zwei Grundlagen, das Erkennen der Sacheinlage und das Offenlegen der Sacheinlage.

### a) Erkennen der Sacheinlage

Der Notar, der einen Einzelkaufmann bei der Anmeldung des Unternehmens und ggfs. einer erteilten Prokura betreut hat, wird, wenn er beauftragt wird, die Gründung einer GmbH mit gleichem Geschäftsgegenstand zu beurkunden, leicht erkennen, daß das Einzelkaufmännische Unternehmen als Sacheinlage entweder im Wege der Sachgründung oder der Umwandlung einzubringen ist. Der Notar dagegen, der von einem ihm bislang unbekanntem Klienten gebeten wird, die Bargründung einer GmbH zu beurkunden und eine entsprechende Handelsregisteranmeldung zu beglaubigen, wird die Hintergründe nicht ohne weiteres sehen können. Dasselbe gilt für eine Barkapitalerhöhung, die er beurkunden soll, und führt zu der Frage, ob dem Notar, auch wenn er ohne erkennbaren Anlaß nicht dazu verpflichtet ist<sup>152</sup>, doch jedenfalls zu empfehlen ist, bei jeder Bargründung oder -kapitalerhöhung die Hintergründe im einzelnen zu erfragen. Er geht damit das Risiko ein, in dem Klienten den Eindruck zu erwecken, er mißtraue ihm. Zudem würde dies eine nicht gerechtfertigte Ausweitung der Verantwortlichkeit des Notars bedeuten. In der Literatur wird daher auch, soweit ersichtlich, eine solche Empfehlung nicht vertreten.

Teilweise wird dem Notar jedoch empfohlen, bei jeder Beurkundung einer Barkapitalgründung oder -erhöhung zur Information der Klienten und zur eigenen Absicherung einen Hinweis in die Urkunde aufzunehmen<sup>153</sup>. Die Aufnahme in die Urkunde hat den unbestreitbaren Vorteil, daß damit ein Hinweis dokumentiert ist und sich dieser Hinweis in jedem Fall auch nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist für die Nebenakten von sieben Jahren auffinden und im Streitfalle präsentieren läßt. Die gleiche Funktion erfüllt jedoch auch ein Hinweis, den sich der Notar zum Zeichen der Kenntnisnahme von den Beteiligten vor der Beurkundung unterzeichnen läßt. Damit erzeugt die Urkunde auch nicht den geringsten Anschein des Mißtrauens nach außen. Der Hinweis sollte aber über die Frist von sieben Jahren hinaus, etwa an die Urschrift geheftet, aufbewahrt werden. Die – noch geringe – Erfahrung mit einem solchen Hinweis zeigt bereits, daß der gutgläubige Klient den Notar zur Erläuterung des Inhalts auffordert und er dann, wenn ihm die Voraussetzungen der verdeckten Sacheinlage und ihre Folgen kurz geschildert werden, die insoweit relevanten Umstände der Gründung oder Kapitalerhöhung offenlegt<sup>154</sup>. Der Klient, der die Sachgründungsvorschriften bewußt umgehen will, etwa, weil seine Sacheinlage nicht genügend werthaltig ist, oder er einfach nur Kosten für ein Wertgutachten sparen möchte, muß sich in Zukunft dann an seiner Kenntnis festhalten lassen. Die Arbeit mit einem entsprechenden Hinweis dürfte die einfachste und sicherste Möglichkeit sein, mit Hilfe derer der Notar dokumentieren kann, seiner Pflicht zur Erforschung des wahren Willens der Beteiligten nachgekommen zu sein.

Formulierungsvorschlag für die Aufnahme eines Hinweises in die Urkunde:

*„Der Notar hat die Erschienenen darauf hingewiesen, daß durch zeitlich naheliegende Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und den an den Bareinlagen beteiligten Gesellschaftern oder einzelnen von ihnen die Einbringung der in der Urkunde beschlossenen Bareinlagen als verdeckte Sacheinlagen gewertet werden könnte, und daß dann die Bareinlagen später, ggfs. erst im Konkurs der Gesellschaft, noch einmal erbracht werden müssen.“*

Formulierungsvorschlag für einen selbständigen Hinweis:

*„Wir sind von dem Notar vor Beurkundung des Gesellschaftsvertrages/des Beschlusses zur Kapitalerhöhung, UR.Nr. . . . des Notars . . . , darauf hingewiesen worden, daß durch zeitlich naheliegende Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und den an den Bareinlagen beteiligten Gesellschaftern oder einzelnen von ihnen die Einbringung der in der Urkunde beschlossenen Bareinlagen als verdeckte Sacheinlage gewertet werden könnte, und daß dann die Bareinlagen später, ggfs. erst im Konkurs der Gesellschaft, noch einmal erbracht werden müssen.“*

Eine Möglichkeit, den Klienten in einem noch früheren Stadium zu informieren, stellt ein entsprechender Hinweis an den Klienten anläßlich einer Vorbesprechung dar. Diese Vorgehensweise bietet den Vorteil, daß nicht eine begonnene Beurkundung einer Bargründung oder -kapitalerhöhung abgebrochen werden muß, sondern daß gegebenenfalls eine Sachgründung oder -kapitalerhöhung rechtzeitig, ggfs. in Absprache mit dem Steuerberater, vorbereitet werden kann. Dies setzt natürlich voraus, daß der Notar die Besprechung entweder selbst durchführt oder über geschulte Mitarbeiter verfügt, die auf die entsprechenden Fragen antworten können.

### b) Offenlegung der Sacheinlage

Nachdem die erste Voraussetzung der Information erfüllt ist, können alle als verdeckte Sacheinlagen erkannten Einlagen er-

151 Vgl. Rasner, AnwBl 1993, 490, 492.

152 Vgl. Teil DII.

153 Rasner, AnwBl 1993, 490, 485, empfiehlt folgende Formulierung: „Der Notar hat die Erschienenen darauf hingewiesen, daß sich durch zeitlich naheliegende Rechtsgeschäfte zwischen der Gesellschaft und den an den Bareinlagen beteiligten Gesellschaftern oder einzelnen von ihnen die Beurteilung der

Gründung/Kapitalerhöhung als verdeckte Sacheinlage ergeben könnte mit der Gefahr, daß die in dieser Urkunde beschlossenen Bareinlagen rechtlich unwirksam sind und, ggfs. erst im Konkurs der Gesellschaft, noch einmal erbracht werden müssen.“

154 Rasner, AnwBl 1993, 490, 495.

bracht werden, sofern sie nur einen feststellbaren Wert haben und die speziellen Regularien der Einbringung von Sacheinlagen beachtet werden<sup>155</sup>. Priester drückt das mit dem Satz aus: „Es lebe die offene Sacheinlage“<sup>156</sup>. Hier ist das Bedürfnis nach Aufklärung und Begleitung des gutgläubigen Klienten bei der Gründung und Kapitalerhöhung besonders hoch. Der Notar, der dem Klienten in Kenntnis der tatsächlichen Umstände den Weg der Sacheinlage erklärt, ihm etwa eine Liste der beizubringenden Unterlagen (Gutachten, Rechnungen etc.) erstellt und ggfs. Rückfragen des Steuerberaters beantwortet, dürfte am ehesten dazu beitragen, verdeckte Sacheinlagen zu vermeiden und das Vorurteil vom langwierigen und kostenintensiven Sachgründungsverfahren zu beseitigen.

## Rechtsprechung

### 1. Allgemeines/WEG – Vollmacht für den Bauträger zur Abänderung der Teilungserklärung

(BayObLG, Beschluß vom 25. 8. 1994 – 2Z BR 80/94 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

BGB § 133

WEG § 10 Abs. 1

GBO § 19

**Eine Vollmacht in einem Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung, durch die der Erwerber den Veräußerer (Bauträger) ermächtigt, die Teilungserklärung zu ändern, „soweit das Sondereigentum des Käufers nicht unmittelbar betroffen ist“, ist ausreichend bestimmt. Die Auslegung ergibt, daß der Bauträger nur zu solchen Änderungen nicht ermächtigt ist, durch welche die im Sondereigentum stehenden Räume in ihrer Lage und Größe verändert werden (Abgrenzung zu BayObLGZ 1993, 259 = DNotZ 1994, 233 = MittRhNotK 1993, 286)**

#### Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1), eine Bauträgerin, verkaufte zu notarieller Urkunde vom 16. 11. 1993 an die Bet. zu 2) und 3) ein Wohnungseigentum und ein Teileigentum mit einem Sondernutzungsrecht. In der Urkunde änderte die Bet. zu 1) im eigenen Namen und namens der Berechtigten von Auflassungsvormerkungen an anderen Wohnungseigentumsrechten aufgrund der ihr in den Kaufverträgen von diesen erteilten Vollmacht die Teilungserklärung dahin ab, daß den Bet. zu 2) und 3) ein weiteres Sondernutzungsrecht eingeräumt wird. In den Kaufverträgen ist die Beteiligte bevollmächtigt, die „Teilungserklärung zu ändern, soweit das Sondereigentum des Käufers nicht unmittelbar betroffen ist“.

Den Antrag auf grundbuchamtlichen Vollzug der Urkunde hat das GBA durch Zwischenverfügung vom 21. 1. 1994 beanstandet, weil die Vollmachten in den Kaufverträgen nicht ausreichend bestimmt und deshalb die Bewilligungen der Vormerkungsberechtigten erforderlich seien. Die Erinnerung/Beschwerde hiergegen hat das LG durch Beschluß vom 25. 5. 1994 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

#### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat Erfolg; es führt zur Aufhebung der Entscheidung des LG und der Zwischenverfügung des GBA.

1. Das LG hat ausgeführt: Zu einer Änderung der Teilungserklärung durch den Bauträger durch Einräumung eines Sondernutzungsrechts sei die Zustimmung der Berechtigten von Auflassungsvormerkungen notwendig. Die von diesen in den Kaufverträgen erteilten Vollmachten entsprächen nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz. Es sei nicht klar, wann das Sondereigentum „betroffen“ sei, ob nur bei einem Eingriff in den rechtlichen Bestand oder schon bei einer erheblichen wirtschaftlichen Beeinträchtigung. Außerdem sei die Auslegung denkbar, daß für das Sondereigentum keine über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinausgehende Beeinträchtigung erwachsen dürfe. Die Vollmacht verlange außerdem im Hinblick auf das Wort „unmittelbar“ eine Wertung. Eine solche könne vom GBA ohne Beweisaufnahme, die nicht zulässig sei, nicht vorgenommen werden.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht

## F. Zusammenfassung

Die Untersuchung hat gezeigt, daß auf Grund der Vielzahl der Fallgestaltungen die Problematik der verdeckten Sacheinlage von großer Bedeutung ist und in der Praxis leicht übersehen werden kann. Die Heilung einer verdeckten Sacheinlage ist mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden und im Konkurs der Gesellschaft nahezu unmöglich. Das Gewicht der Diskussion sollte daher auf die Entwicklung von Strategien zur Vermeidung verdeckter Sacheinlagen verlagert werden. Dabei dürfte ein Hinweis des Notars an seine Klienten im Vorfeld der Beurkundung, spätestens aber während der Beurkundung, von hohem Nutzen sein.

stand. Die Vorinstanzen haben die Anforderungen an die erforderliche Bestimmtheit einer Vollmacht überspannt.

a) Der Senat hat am 24. 6. 1993 (BayObLGZ 1993, 259 = DNotZ 1994, 233 = MittRhNotK 1993, 286) mit näherer Begründung entschieden, daß der Bauträger, der noch als Eigentümer aller Wohnungen im Grundbuch eingetragen ist, die Befugnis zur einseitigen Änderung der Teilungserklärung verliert, sobald für einen Erwerber eines Wohnungseigentums eine Auflassungsvormerkung eingetragen ist; dann ist dessen Zustimmung zu einer Änderung erforderlich. Die grundbuchrechtlich notwendige Bewilligung des Auflassungsvormerkungsberechtigten kann auch vom Bauträger aufgrund einer ihm erteilten Vollmacht erklärt werden. Die Vollmacht muß im Hinblick auf den das Grundbuchrecht beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz eindeutig sein; sie muß mindestens im Weg der Auslegung zu einem eindeutigen Ergebnis führen. Bei der Auslegung ist auf Wortlaut und Sinn der Vollmacht abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt. Diese Grundsätze werden, soweit ersichtlich, nicht in Zweifel gezogen; der Senat hält an ihnen fest.

b) In der Entscheidung vom 24. 6. 1993 hat der Senat eine Vollmacht, die den Bauträger ermächtigt, die Teilungserklärung zu ändern, solange „dem Käufer keine zusätzlichen Verpflichtungen auferlegt werden, sein Sondereigentum unangetastet bleibt und die Benutzung des Gemeinschaftseigentums nicht eingeschränkt wird“, nicht für ausreichend bestimmt angesehen. Insoweit ist die Entscheidung auf Kritik gestoßen (Röll, DNotZ 1994, 237). Auch insoweit hält der Senat an seiner Entscheidung fest. Die in dem damals entschiedenen Fall vorliegende Vollmacht war in ihrer Gesamtheit zu beurteilen. Dabei konnten die in der Vollmacht verwendeten unbestimmten Begriffe nur durch eine Wertung unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände ausgefüllt werden; eine solche Wertung kann vom GBA aber in aller Regel in dem auf den Urkundenbeweis beschränkten Eintragungsantragsverfahren, das eine Beweisaufnahme nicht zuläßt, nicht vorgenommen werden (BayObLGZ 1993, 259, 264 = MittRhNotK 1993, 286, 288; insoweit in DNotZ 1994, 233, 237 nicht vollständig abgedruckt). Ausgangspunkt der Kritik von Röll ist die Behauptung, dem Bauträger müsse ein Freiraum zur nachträglichen Änderung der Teilungserklärung eingeräumt werden, damit er seine Aufgabe erfüllen könne. Ob ein anerkanntes Bedürfnis für die Einräumung solcher Freiräume besteht, ist in Zweifel zu ziehen, wengleich die Beantwortung der Frage für das grundbuchrechtliche Verfahren ohne Bedeutung ist, weil die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Vollmacht nicht davon abhängig gemacht werden können. In aller Regel dient die vorbehaltene Abänderungsmöglichkeit nur dazu, dem Bauträger den Verkauf der übrigen Wohnungen durch die Möglichkeit zu erleichtern, den Käufern Zugeständnisse machen zu können, z. B. wie hier durch die Einräumung eines weiteren Sondernutzungsrechts oder wie in dem vom Senat im Jahr 1993 entschiedenen Fall durch die Erlaubnis, einen Wintergarten errichten zu dürfen. Solche Zugeständnisse sind grundsätzlich nur zu Lasten derjenigen möglich, die bereits Wohnungen gekauft haben. Durch die ihnen in den Kaufverträgen abverlangte Voll-

155 Vgl. nur BGH MittRhNotK 1991, 218, 220.

156 Priester, DSiR 1990, 770, 776.

macht wird ihnen zugemutet, Wohnungseigentum zu erwerben, dessen rechtliche Ausgestaltung nachträglich vom Bauträger ohne ihre Mitwirkung zu ihren Ungunsten verändert werden kann.

c) Die Entscheidung des Senats vom Jahr 1993 entbindet nicht davon, in jedem Einzelfall zu prüfen, ob eine dem Bauträger erteilte Vollmacht zur Änderung der Teilungserklärung die Anforderungen an die notwendige Bestimmtheit erfüllt. Im vorliegenden Fall erschöpft sich die Vollmacht darin, daß eine Änderung zulässig ist, soweit das Sondereigentum des Erwerbers nicht unmittelbar betroffen wird. Eine ähnliche Bestimmung war Teil der Vollmacht in dem im Jahr 1993 entschiedenen Fall. Sie war dort aber in andere Bestimmungen eingebettet und mußte im Zusammenhang mit diesen ausgelegt werden. Die hier vorliegende Vollmacht erscheint dem Senat ausreichend bestimmt. Die Auslegung ergibt als nächstliegende Bedeutung, daß alle Änderungen der Teilungserklärung vorgenommen werden können, sofern dadurch nicht die im Sondereigentum stehenden Räume in ihrer Lage und Größe verändert werden. Die Vollmacht ermächtigt damit zu außerordentlich weitreichenden Änderungen der Teilungserklärung, die von der Schaffung weiterer Wohnungseigentumsrechte in einem auf dem gemeinschaftlichen Grundstück zu errichtenden Gebäude bis zu einer Änderung des Kostenteilungsschlüssels reichen. Gleichwohl liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß die aufgrund der Vollmacht erklärte Eintragungsbewilligung wegen Verstoßes gegen § 138 oder § 242 BGB nichtig oder unwirksam wäre (vgl. Horber/Demharter, 20. Aufl., Anhang zu § 3 GBO, Rd.-Nr. 20). Der weite Umfang berührt die Frage der Bestimmtheit der Vollmacht nicht. Die Wertung, ob Lage und Größe der im Sondereigentum stehenden Räume durch die beabsichtigte Änderung der Teilungserklärung verändert werden, kann das GBA anhand der urkundlichen Eintragungsunterlagen abschließend vornehmen. Weil die Vorinstanzen bei der Auslegung die rechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit überspannt haben, ist der Senat zu einer eigenen Auslegung berechtigt (vgl. Horber/Demharter, § 78 GBO, Rd.-Nr. 18 m.w.N.).

## **2. Schuldrecht/Insolvenzrecht – Rechtswirksamkeit und Anfechtbarkeit einer Vereinbarung, die einem Beteiligten für den Fall seiner Insolvenz Vermögensnachteile auferlegt (BGH, Urteil vom 11. 11. 1993 – IX ZR 257/92)**

**BGB §§ 138; 161 Abs. 1  
KO §§ 31 Nr. 1; 37 Abs. 1**

- 1. Ein umfassender Vertrag, durch den einem Beteiligten für den Fall seiner Insolvenz Vermögensnachteile auferlegt werden, die über die gesetzlichen Folgen hinausgehen und nicht zur Erreichung des Vertragszwecks geboten sind, kann insoweit konkursrechtlich anfechtbar sein.**
- 2. Ist ein Vertrag nur wegen einer einzelnen, gläubigerbenachteiligenden Klausel anfechtbar, so kann Rückgewähr auch so zu leisten sein, wie wenn er ohne die Klausel abgeschlossen worden wäre.**

### **Zum Sachverhalt:**

Am 13. 6. 1989 schlossen die P. mbH (im folgenden: Gemeinschuldnerin) und die beklagte Stadt einen Vertrag, in dem diese der späteren Gemeinschuldnerin gestattete, öffentliche Verkehrsflächen unterirdisch zum Errichten und Betreiben einer Breitbandverteilanlage für Ton- und Fernseh-Rundfunkversorgung (BVA) zu nutzen, während die Gemeinschuldnerin sich verpflichtete, die Anlage binnen dreier Jahre ab Vertragsschluß fertigzustellen und interessierten Einwohnern des Vertragsgebietes Kabelanschlüsse anzubieten (fortan: Gestattungsvertrag). Die Empfangsstation sollte auf zwei von der Bekl. zur Verfügung zu stellenden Grundstücken errichtet werden. Der Vertrag wurde auf 15 Jahre abgeschlossen, mit einer Verlängerungsoption zugunsten der späteren Gemeinschuldnerin von zweimal fünf Jahren. Hinsichtlich der Abwicklung nach Vertragsende war bestimmt:

„3.1.2 Will die Firma den Vertrag nicht fortsetzen, so geht die BVA entschädigungslos in das Eigentum der Stadt über. Die Firma hat auf Ver-

langen der Stadt die Empfangsanlage der BVA und alle anderen oberirdischen Anlagen zu beseitigen . . .

3.1.3 Will die Stadt den Vertrag nicht fortsetzen und die Anlage selbst oder durch Dritte binnen fünf Jahren nach Ablauf dieses Vertrages in Betrieb nehmen, so geht die BVA ebenfalls in das Eigentum der Stadt über. Die Stadt wird dann jedoch eine angemessene am Verkehrswert orientierte Entschädigung an die Firma entrichten.

Für den Fall, daß die Stadt die Anlage nicht selbst oder durch Dritte nicht in Betrieb nehmen will, gilt 3.1.2 entsprechend.

### **3.3 Außerordentliche Kündigung**

Beiden Parteien steht das Recht zur fristlosen Kündigung des Vertrages aus wichtigem Grund zu. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor,

- wenn eine der Parteien ihre Verpflichtungen aus diesem Vertrag trotz Mahnung mit angemessener Fristsetzung nicht erfüllt,
- wenn über das Vermögen der Firma ein Konkursverfahren eröffnet wird oder sie selbst ein Vergleichsverfahren beantragt,
- wenn in das Vermögen der Firma existenzbedrohende Zwangsvollstreckungen vorgenommen werden,
- wenn die Firma grob und nachhaltig ihre vertraglichen Verpflichtungen gegenüber den angeschlossenen Benutzern verletzt,
- wenn ein einzelner Benutzer zur Kündigung seines mit der Firma abgeschlossenen Vertrages aufgrund einer Erhöhung der monatlichen Entgelte um mehr als 10 % berechtigt wäre . . .

Wird der Vertrag von der Stadt aus wichtigem Grund gekündigt, so gilt 3.1.2 entsprechend.

..“

Gem. Nr. 3.4 war die Gemeinschuldnerin berechtigt, mit Zustimmung der Bekl. die Rechte und Pflichten aus dem Gestattungsvertrag auf einen Dritten zu übertragen; die Zustimmung war zu erteilen, wenn die Gemeinschuldnerin die Leistungsfähigkeit des Dritten in finanzieller und technischer Hinsicht nachwies.

Die Anlage sollte insgesamt rund 13 Mio. DM kosten. Die spätere Gemeinschuldnerin begann mit den Arbeiten. Unter anderem wurde die Empfangsanlage auf zwei zugunsten der Gemeinschuldnerin mit persönlichen Dienstbarkeiten belasteten Grundstücken der Bekl. errichtet und mit der Verlegung des unterirdischen Kabelnetzes begonnen.

Etwa zu Beginn des Jahres 1990 beantragte die Gemeinschuldnerin die Eröffnung des Vergleichsverfahrens. Am 2. 4. 1990 wurde das Anschlußkonkursverfahren über ihr Vermögen eröffnet und der Kl. zum Konkursverwalter bestellt. Am 22. 8. 1990 kündigte die Bekl. den Vertrag gem. dessen Nr. 3.3 fristlos und übernahm die vorhandenen Teile der Anlage unter Hinweis auf Nr. 3.1.2 des Gestattungsvertrages. Inzwischen wurde die Anlage von einer anderen Gesellschaft unter Verwertung der vorhandenen Teile fertiggestellt.

Mit seiner am 2. 4. 1991 bei Gericht eingegangenen und am 10. 4. 1991 zugestellten Klage verlangt der Kl. Erstattung des behaupteten Wertes der Anlage in Höhe von 1.476.417,99 DM, hilfsweise Rückgewähr der Anlage selbst, weiter hilfsweise Abtretung von Herausgabeansprüchen der Bekl. gegen die neue Betreiberin, äußerst hilfsweise Fortsetzung des Gestattungsvertrages. Die Klage blieb in beiden Vorinstanzen erfolglos. Mit seiner Revision verfolgt der Kl. die bisher gestellten Anträge weiter.

### **Aus den Gründen:**

Die Revision hat schon mit dem Hauptantrag Erfolg.

A. 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: . . .

B. Nach den bisherigen tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Kl. den Gestattungsvertrag vom 13. 6. 1989 jedenfalls gem. § 31 Nr. 1 KO wirksam angefochten.

I. Der Vertrag benachteiligte die Konkursgläubiger der Gemeinschuldnerin durch die Bestimmung in Nr. 3.1.2, derzufolge die Anlage „entschädigungslos“ in das Eigentum der Bekl. übergehen sollte. Diese Benachteiligung ist anfechtungsrechtlich erheblich aufgrund der Regelung in Nr. 3.3, Abs. 1 und 2 des Vertrages; danach durfte die Stadt den Vertrag schon allein wegen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Herstellerin kündigen und damit die Folgen der Nr. 3.1.2 des Vertrages auslösen.

Die Konkursgläubiger werden benachteiligt, wenn die Konkursmasse durch die anfechtbare Handlung verkürzt worden ist, wenn sich also die Befriedigungsmöglichkeiten der Konkursgläubiger ohne die fragliche Handlung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise günstiger gestaltet hätten (BGH, WM 1960,

377, 379; BGH ZIP 1989, 785, 786 m.w.N.). Bei § 31 Nr. 1 KO genügt eine bloß mittelbare Benachteiligung, das heißt eine solche, bei welcher der Nachteil erst nach Abschluß der Rechtshandlung durch das Hinzutreten weiterer Umstände – etwa den Ausspruch der Kündigung durch die Bekl. – tatsächlich eintritt (für alle vgl. Kilger, 15. Aufl., § 31 KO, Anm. 6).

1. Ohne die hier fragliche Klausel hätte im Falle einer von der Stadt ausgesprochenen Kündigung Nr. 3.1.3 des Vertrages gegolten, das heißt, die Gemeinschuldnerin hätte von der Bekl. eine angemessene, am Verkehrswert ausgerichtete Entschädigung für die Anlage fordern können.

a) Die Ausnahme des Abs. 2 der Bestimmung – derzufolge eine Entschädigung auch dann entfällt (Nr. 3.1.2), falls die Stadt die Anlage nicht selbst oder durch Dritte in Betrieb nehmen will – liegt nicht vor. Die Bekl. hat die Anlage i.S. dieser Bestimmung durch eine andere Gesellschaft in Betrieb nehmen lassen. Darunter ist jede Inbetriebnahme durch einen anderen Unternehmer im Einvernehmen mit der Bekl. zu verstehen, der die von der Gemeinschuldnerin erstellte Anlage oder deren Teile für den eigenen Gebrauch ausnutzt. Entgegen der Auffassung der Bekl. ist es nicht erforderlich, daß der Dritte auf ihre Rechnung oder nach ihren Weisungen handelt. Das ergibt eine Auslegung der Vertragsbestimmung, zu welcher der Senat selbst befugt ist, weil die Tatsachengerichte insoweit von einer eigenen Auslegung abgesehen haben. Maßgebend ist der innere Zusammenhang der vertraglichen Regeln. Während Nr. 3.1.2 den Fall behandelt, daß der betreibende Unternehmer (hier: Gemeinschuldnerin) den Vertrag nicht fortsetzen, also von der Anlage keinen Gebrauch machen will, stellt dem Nr. 3.1.3 den Fall gegenüber, daß die Unternehmerin die Nutzung ohne ihren Willen aufgeben muß. Dann soll ihr ein angemessener Ausgleich zustehen, soweit die von ihr geleisteten Vorarbeiten weiter zum Betrieb einer Breitbandverteilanlage ausgenutzt werden. Darauf, ob die Gemeinde selbst unmittelbar oder mittelbar neue Betreiberin wird, kommt es hierfür nicht entscheidend an. Es genügt, daß der von ihr mit dem Vertrag verfolgte Zweck – nämlich die Versorgung der ortsansässigen Bevölkerung mit erweitertem Rundfunkempfang – mit ihrer Zustimmung unter Ausnutzung der von der Gemeinschuldnerin verlegten Teile erreicht wird. Ein nennenswertes wirtschaftliches Risiko muß die Bekl. bei dieser Auslegung nicht treffen, weil die von ihr zu entrichtende „angemessene“ Entschädigung nicht etwa den Baukosten entspricht, sondern nach dem Verkehrswert zu bemessen ist, den die Anlage gerade für den sie übernehmenden Dritten objektiv hat und von diesem billigerweise an die Gemeinde zu erstatten wäre. Die gegenteilige Auslegung der Bekl. würde demgegenüber dazu führen, daß Nr. 3.1.3, 1. Abs. des Vertrages praktisch nie anwendbar würde, weil die Bekl. nach ihren eigenen Angaben nicht beabsichtigt, die Verteilanlage in eigener Regie zu errichten und zu betreiben. Eine solche Auslegung verstößt gegen § 157 BGB.

b) Ohne die hier maßgebliche Klausel (Nr. 3.3, Kündigungsgrund 2) hätte der Bekl. das ausgeübte Kündigungsrecht nicht zugestanden. Sie hat nicht abgewartet, bis die Gemeinschuldnerin ihre Vertragspflichten in rechtserheblicher Weise nicht erfüllte. Der Eintritt dieser Voraussetzung war angesichts der vorgegebenen Bauzeit von drei Jahren auch noch nicht mit Sicherheit abzusehen. Entweder hätte der Konkursverwalter selbst erwägen können, die Arbeiten fortzusetzen, oder er hätte von der in Nr. 3.4 des Vertrages vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch machen können, die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag ebenso auf einen Dritten zu übertragen, wie die Bekl. dies später bewirkt hat. Allein der Umstand, daß dem Kl. dies nicht schon innerhalb der ersten Monate nach Konkurseröffnung gelungen war, ist demgegenüber unerheblich.

Ferner hätte der Bekl., anders als sie meint, kein Anspruch auf Beseitigung der Anlage zugestanden, welcher den Entschädigungsanspruch der Gemeinschuldnerin entwertet hätte. Hinsichtlich der unterirdischen Teile bestand ein Beseitigungsanspruch ohnehin nicht. Der in Nr. 3.1.2, S. 2 des Vertrages ins Ermessen der Bekl. gestellte Beseitigungsanspruch für die

oberirdischen Teile galt gerade nicht für den Fall, daß die Bekl. selbst den Vertrag nicht fortsetzen wollte (Nr. 3.1.3, 1. Abs.), aber dennoch die Anlage durch einen Dritten betreiben ließ (Nr. 3.1.3, 2. Abs.).

c) Das Berufungsgericht unterstellt gem. der Behauptung des Kl., daß die von der Gemeinschuldnerin erbrachten Leistungen jedenfalls irgendeinen wirtschaftlichen Wert für den nachfolgenden Betreiber besaßen. Davon ist für das Revisionsverfahren auszugehen.

Auf die Frage, ob die Bekl. ohne die hier fragliche Klausel oder bei zutreffender Erkenntnis der Rechtslage die Kündigung möglicherweise nicht ausgesprochen hätte, kommt es nicht entscheidend an. Tatsächlich hat sie eine gläubigerbenachteiligende Klausel mit vereinbart und ausgenutzt. Die Kausalität dieser realen Ursache kann durch nur gedachte Geschehensabläufe nicht beseitigt werden (vgl. BGHZ 104, 355, 360; BGH WM 1993, 476, 479, z.V.b. in BGHZ 121, 179; BGH WM 1993, 1729, 1732, z.V.b. in BGHZ). Deshalb ist es – entgegen der Ansicht der Bekl. – auch unerheblich, ob die Gemeinschuldnerin aus dem Gestattungsvertrag bei dessen ungestörter Durchführung wirtschaftliche Vorteile erzielt hätte.

2. Um denjenigen Betrag, den die Bekl. der Gemeinschuldnerin gem. Nr. 3.1.3 des Vertrages geschuldet hätte, sind die Konkursgläubiger benachteiligt. Die Kündigung der Bekl. führte nämlich zum Wegfall ihrer Zahlungspflicht (Nr. 3.1.2 des Vertrages).

a) Auf die Eigentumsverhältnisse an der Anlage kommt es in diesem Zusammenhang nicht entscheidend an:

Waren die über- und/oder unterirdisch verlegten Teile nach § 946 BGB schon mit dem Einbau in das Eigentum der Bekl. übergegangen, so bedeutete Nr. 3.1.2 des Vertrages einen – grundsätzlich zulässigen (vgl. BGH NJW 1967, 1223, 1224) – Verzicht der Gemeinschuldnerin auf eine Entschädigung gem. § 951 BGB.

Soweit andererseits im Hinblick auf § 95 Abs. 1 BGB eingebaute Sachen zunächst noch im Eigentum der Gemeinschuldnerin verblieben wären, sollten die verlegten Teile bei Vertragsende doch ebenfalls in das Eigentum der Bekl. fallen. Nur hinsichtlich der oberirdischen Teile hätte die Bekl. diese Folge abwenden können, indem sie die Beseitigung verlangt hätte; von dieser Möglichkeit hat sie keinen Gebrauch gemacht. Die Gemeinschuldnerin ihrerseits hatte keinesfalls eine eigene Forderung auf Wegnahme der Anlage, welche die Gläubigerbenachteiligung ganz oder teilweise ausgleichen könnte. Ihrem denkbaren Herausgabeanspruch aus § 985 BGB stand von Anfang an und dauerhaft mindestens ein Besitzrecht der Bekl. nach § 986 BGB entgegen. Gerade der sofortige oder spätere Eigentumsverlust sollte durch Nr. 3.1.3, 1. Abs. des Vertrages unter den dort genannten Voraussetzungen ausgeglichen werden. Der Verlust dieses Entschädigungsanspruchs benachteiligt die Konkursgläubiger, weil sie ein denkbare Eigentum der Gemeinschuldnerin nicht verwerten dürfen.

b) Allerdings entfielen eine Benachteiligung, wenn Nr. 3.3, Abs. 2 i.V.m. Nr. 3.1.2 des Vertrages aus anderen Gründen rechtsunwirksam wäre. Das ist jedoch nach geltendem Recht (anders § 137 Abs. 2 S. 1 E-InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 30) nicht der Fall. Die Klausel ist nicht an § 9 AGBG zu messen, weil sie keine Allgemeine Geschäftsbedingung darstellt. Vielmehr ist sie auf Verlangen der Bekl. nur für diesen Einzelfall ergänzend in ein sonst vorgegebenes Vertragsmuster eingefügt worden.

Aus § 161 Abs. 1 S. 2 BGB läßt sich – entgegen der Ansicht von Tintelnot (Vereinbarungen für den Konkursfall, S. 40 f., 46 ff., 116 ff.) – kein allgemeiner Rechtssatz ableiten, daß alle konkursbezogenen Bedingungen ohne weiteres nichtig sind, wenn nicht die „angenähert vollwertige Erfassung des wirtschaftlichen Vermögens beider Seiten“ gewährleistet bleibe.

Die Vertragsbestimmung verstößt auch nicht gegen § 138 Abs. 1 BGB:

Für sich allein drückt Nr. 3.1.2 des Vertrages aus, daß die Anlage nach Ablauf der Vertragszeit (Nr. 3.1.1) wirtschaftlich weitgehend abgeschrieben und wertlos geworden ist, falls das betreibende Unternehmen selbst keinen Wert auf die Fortsetzung des Vertrages legt. Dann soll die Stadt als Gegenleistung für die Überlassung ihrer Grundstücke die Anlage unentgeltlich übernehmen dürfen, sei es, um damit die Versorgung der Bevölkerung mit qualifizierter Rundfunkversorgung fortzusetzen oder einen Ausgleich für die Belästigung durch eine nutzlos werdende, zurückgelassene Anlage zu erhalten. Das ist rechtlich unbedenklich.

Anders verhält es sich mit der in Nr. 3.3 Abs. 2 vorgesehenen Anwendung der Nr. 3.1.2 auf Fälle der vorzeitigen Vertragsbeendigung durch die Stadt. Dann kann die Betreiberin den vertraglich vorgesehenen Nutzen aus der Anlage nicht vollziehen. Soweit ein Kündigungsrecht aus ihren eigenen Vertragsverletzungen hergeleitet wird, stellt der Verlust der Entschädigung sachlich eine Vertragsstrafe dar und ist vorrangig an den §§ 339 ff. BGB zu messen. Die Einräumung eines zum Rechtsverlust führenden Kündigungsrechts allein wegen eines existenzbedrohenden Vermögensverfalls der Betreiberin hat zwar nicht einmal eine solche Rechtfertigung für sich. Die darin liegende Ausnutzung gerade einer wirtschaftlich schlechten Lage der Betreiberin soll vielmehr nach den Vorstellungen der Bekl. die fortdauernde Versorgung der Bevölkerung mit Fernseh- und Ton-Rundfunk durch ein Ersatzunternehmen erleichtern. Dieser Gesichtspunkt der Daseinsvorsorge schließt im Verhältnis zur ersten Betreiberin – trotz der von dieser zusätzlich zu stellenden Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % der Baukosten (Nr. 1.1.4 des Vertrages) – das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit aus. Die Bekl. hat nicht etwa gehandelt, um der Gemeinschuldnerin in einer schwierigen wirtschaftlichen Lage zusätzlich Schaden zuzufügen oder aus dieser Lage im eigenen Interesse unberechtigte wirtschaftliche Vorteile zu ziehen. Ihr Beweggrund, die Rundfunkversorgung der örtlichen Bevölkerung – zu der die Gemeinschuldnerin sich verpflichtet hatte – sicherzustellen, ist sittlich nicht zu mißbilligen. Die Gemeinschuldnerin ist durch die Klausel auch nicht geknebelt worden, sondern hat sie freiwillig hingenommen, um den Auftrag zu erhalten. Ob die Ausnutzung der Gestaltungsmöglichkeit im Einzelfalle sittenwidrig wäre, wenn dadurch erst der Zusammenbruch eines noch sanierungsfähigen Betreibers herbeigeführt würde, kann hier offenbleiben, weil die Bekl. die Kündigung erst nach der Konkurseröffnung ausgesprochen hat.

Im Verhältnis zu den Konkursgläubigern gehen andererseits die Anfechtungstatbestände der Konkursordnung vor (vgl. BGH ZIP 1993, 521, 522 m.w.N.), weil darüber hinausgehende besondere, erschwerende Umstände, die für eine Sittenwidrigkeit sprechen könnten (§ 138 Abs. 1 BGB), hier nicht gegeben sind.

Der Senat braucht deshalb nicht zu entscheiden, ob nichtige Rechtsgeschäfte insolvenzrechtlich angefochten werden können (zum Meinungsstand vgl. BGHZ 117, 374, 380).

c) Auch § 15 S. 1 KO hinderte den Rechtsverlust zu Lasten der Gemeinschuldnerin nicht. Zwar hat die Bekl. die Kündigung erst nach Konkurseröffnung ausgesprochen. Auflösend bedingte Forderungen oder solche, deren Untergang im voraus unter einer aufschiebenden Bedingung festgelegt ist, gehören aber bereits bei einer späteren Konkurseröffnung nur noch unter diesen Bedingungen zur Konkursmasse (§ 1 Abs. 1 KO). § 15 KO ist nicht anwendbar, wenn die Bedingung eintritt (vgl. RG HRR 1937, Nr. 550; Jaeger/Henckel, 9. Aufl., § 15 KO, Rd.-Nr. 60).

Im vorliegenden Falle war der Erlaß der Entschädigungsforderung doppelt bedingt: Zum einen genügte es, daß die Gemeinschuldnerin einen Vergleichsantrag stellte; dieser Zeitpunkt lag vor demjenigen der Konkurseröffnung (§ 15 S. 1 KO) oder den vom Vergleichsgericht möglicherweise angeordneten Verfügungsbeschränkungen (§ 103 VerglO). Zweitens hing die Ausübung des Rücktrittsrechts vom alleinigen Ermessen der Bekl. ab. Insoweit hatte sie bereits eine gesicherte Anwartschaft erlangt, die ihr nicht mehr gem. § 15 S. 1 KO entzogen werden konnte.

d) Ob eine aus § 35 Abs. 1 S. 1 GWB herzuleitende Schadensersatzpflicht der Bekl. oder die Möglichkeit eines Unterlassungsgebots gem. § 37 a Abs. 2 GWB gegen jene allgemein geeignet wäre, die Gläubigerbenachteiligung auszuräumen, braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn die fragliche Klausel verstößt nicht gegen § 26 Abs. 2 GWB.

Die Bekl. hatte keine marktbeherrschende Stellung gegenüber der Kl. Abzustellen ist im vorliegenden Zusammenhang auf den Markt für „Breitbandverteilanlagen für Ton- und Fernseh-Rundfunkversorgung“; es ging der Gemeinschuldnerin darum, entsprechende Anlagen zu installieren und zu nutzen. Örtlich relevanter Markt ist nicht, wie die Revision annimmt, das Stadtgebiet der Bekl., sondern das gesamte Bundesgebiet. Bei der Beurteilung der Nachfragemacht ist grundsätzlich auf die Sicht der Marktgegenseite – hier also der Gemeinschuldnerin – abzustellen (BGH NJW-RR 1988, 1069, 1070 „Sonderungsverfahren“; Bechthold, § 22 GWB, Rd.-Nrn. 4, 13; Immenga/Mestmäcker/Möschel, 2. Aufl., § 22 GWB, Rd.-Nr. 40). Die Gemeinschuldnerin war bundesweit tätig. Daß sie auf die Bekl. angewiesen gewesen wäre oder nicht auf die Nachfrage anderer Gemeinden hätte ausweichen können, ist weder vortragen noch ersichtlich. Da insoweit keine ernsthaften kartellrechtlichen Zweifel bestehen, braucht der Senat keine Vorabentscheidung der Kartellgerichte gem. § 96 Abs. 2 GWB abzuwarten (vgl. BGHZ 64, 342, 346).

e) Eine objektive Gläubigerbenachteiligung wäre allerdings nicht durch die Vertragsbestimmung verursacht, wenn die Bekl. unabhängig von der Regelung der Nr. 3.3, Abs. 2 des Vertrages schon kraft Gesetzes einen Anspruch auf Herbeiführung derselben Rechtslage hätte (wie in BGHZ 86, 349, 355). Das trifft hier jedoch ebenfalls nicht zu.

Konkursrechtlich unbedenklich wäre zwar die Begründung eines Gestaltungsrechts – insbesondere i.S.v. § 326 BGB –, das an das wirtschaftliche Unvermögen des Schuldners anknüpft, die von ihm geschuldete Leistung zu erbringen. Insbesondere erscheint es regelmäßig nicht anfechtbar, soweit hier in Nr. 3.3 des Vertrages wegen erheblicher Vertragsverletzungen der Gemeinschuldnerin gegenüber der Bekl. oder angeschlossenen Benutzern gekündigt werden darf, mit der Folge des Rechtsverlusts nach Nr. 3.1.2. Um diesen Teil der Klausel geht es hier aber gerade nicht.

3. § 29 KO setzt allerdings voraus, daß die anzufechtende einheitliche Rechtshandlung – hier also der Gestattungsvertrag – als Ganzes die Konkursgläubiger benachteiligt (vgl. RG JW 1898, 51, 52). Das schließt aber die Anfechtung nicht aus, wenn ein umfassender Vertrag allgemein in sich ausgewogen ist und gleichwertige Gegenleistungen vorsieht, wenn er aber gerade für den Fall der Insolvenz eines Teils für diesen nicht unerhebliche nachteilige Ausnahmen festschreibt, die auch bei einer Gesamtbetrachtung aller Umstände zur Erreichung des Vertragszwecks nicht vorrangig geboten sind.

a) So liegt der Fall hier. Eine Zahlungsunfähigkeit der Gemeinschuldnerin begründete für die Bekl. objektiv nur die Gefahr, daß sich die verbesserte Versorgung der Bevölkerung mit Rundfunk möglicherweise verzögerte. Dieses allgemeine Risiko rechtfertigt es nicht, den Konkursgläubigern einseitig schwerwiegende wirtschaftliche Nachteile unabhängig davon aufzuerlegen, ob im Einzelfall überhaupt eine Verzögerung eintritt.

Wirtschaftliche Nachteile drohten der Bekl. hingegen nicht. Sie hätte nur abwarten müssen, ob die Gemeinschuldnerin die Anlage fristgerecht herstellte, um verneinendenfalls den Vertrag aus diesem Grunde zu kündigen, ohne eine Entschädigungspflicht auszulösen (siehe oben 2.e). Alternativ hätte sie dem späteren Betreiber die vorzeitige Übernahme der Anlage nur gegen Zahlung einer angemessenen, am Verkehrswert ausgerichteten Entschädigung (Nr. 3.1.3, Abs. 1 des Gestattungsvertrages) zu erlauben und den so erlangten Betrag an die Gemeinschuldnerin weiterzuleiten brauchen.

Eine vergleichbare Verfallklausel sieht auch der Mustervertrag des Hessischen Städtetages nicht vor, den die Bekl. eingereicht hat.

b) Unerheblich ist der Hinweis der Bekl. auf eine Gegenleistung, die sie in ihrer Gestattung sieht, daß die Gemeinschuldnerin die städtischen Grundstücke zur Verlegung der Anlage nutzen durfte. Die von der Bekl. mit verwirklichte Gläubigerbenachteiligung entfällt auch nicht nach den schadensersatzrechtlichen Grundsätzen der Vorteilsausgleichung; diese sind im Anfechtungsrecht nicht anzuwenden (BGHZ 97, 87, 95 f. m.w.N.).

Im übrigen hat die Bekl. den Gestattungsvertrag nach 14 Monaten gekündigt, noch bevor die Anlage überhaupt fertiggestellt worden war. Von einer der Konkursmasse verbliebenen „Gegenleistung“ der Bekl. läßt sich angesichts dessen nicht sprechen.

II. Der Senat hat aufgrund des eigenen Vorbringens der Bekl. davon auszugehen, daß die Gemeinschuldnerin Nr. 3.3, Abs. 2 des Vertrages jedenfalls i.V.m. der Einräumung des außerordentlichen Kündigungsrechts für den Konkursfall in der Absicht abgeschlossen hat, ihre Gläubiger zu benachteiligen.

1. § 31 Nr. 1 KO setzt nicht voraus, daß die Benachteiligung der Gläubiger Zweck oder Beweggrund des Handelns des Schuldners war. Es genügt, daß der Schuldner die Benachteiligung der Gläubiger als Erfolg seines Handelns gewollt oder als mutmaßliche Folge seines Handelns erkannt und gebilligt hat (BGH ZIP 1993, 521, 522 m.w.N.). Das angefochtene Urteil läßt nicht erkennen, daß das Berufungsgericht hiervon ausgegangen wäre.

2. Ob eine Benachteiligungsabsicht im Einzelfall vorliegt, hat zwar grundsätzlich der Tatrichter aufgrund des Gesamtergebnisses der Verhandlung und einer etwaigen Beweisaufnahme zu entscheiden. Sein Urteil muß jedoch erkennen lassen, daß der Begriff der Benachteiligungsabsicht zutreffend verwandt sowie die entscheidungserheblichen Umstände erschöpfend berücksichtigt und gewürdigt worden sind (BGH ZIP 1991, 807, 809; BGH ZIP 1993, 276, 278). Diesen Anforderungen genügt das angefochtene Urteil nicht.

Die gläubigerbenachteiligende Vereinbarung ist hier gezielt für den Konkursausfall abgeschlossen worden. Die Gemeinschuldnerin hat also der Bekl. gerade für diesen Fall einseitig einen Sondervorteil eingeräumt, der zwangsläufig die Rechte der anderen Gläubiger schmälern mußte. Das trägt nach allgemeiner Erfahrung den Schluß auf einen entsprechenden Willen, solange – wie hier – keine erheblichen gegenteiligen Umstände dargetan sind (vgl. RG HRR 1937 Nr. 834; BGH WM 1960, 546, 547). Der Wille war für den Eintritt des Insolvenzfalles unbedingt. Einem Abschlußzwang unterlag die Gemeinschuldnerin insoweit nicht. Entschloß sie sich, den Vertrag mit der Bekl. einzugehen, so hat sie nach der Lebenserfahrung die Folgen der – einzeln ausgehandelten (siehe oben I 2 b) – Klausel bedacht.

Unerheblich ist demgegenüber, daß das Kündigungsrecht ohne Entschädigungspflicht für den Fall des Konkurses unstreitig auf Betreiben der Bekl. in den Vertrag aufgenommen wurde, weil sie sich subjektiv gegen das Risiko absichern wollte, im Falle eines wirtschaftlichen Zusammenbruchs der Gemeinschuldnerin die Anlage selbst finanzieren zu müssen. Das ändert nichts daran, daß die Gemeinschuldnerin – die sich mit der Vertragsbestimmung letztlich einverstanden erklärt hat – gezielt im Falle ihres Konkurses eine wirtschaftliche Einbuße erleiden sollte.

Der Senat schließt damit nicht allgemein aus, daß bei schuldrechtlichen Vereinbarungen der vorliegenden Art trotz Herbeiführung einer objektiven Gläubigerbenachteiligung (vgl. oben I) ein darauf gerichteter Wille fehlen kann. Das mag insbesondere dann der Fall sein, wenn die Bet. den Insolvenzfall im jeweils maßgeblichen Zeitpunkt nicht konkret erwogen haben oder wenn der spätere Gemeinschuldner davon überzeugt war, daß dieser Fall nicht eintreten werde. Die Bekl. behauptet hier weder das eine noch das andere in substantiiertem Form.

III. Danach hat die Bekl. zugleich die Benachteiligungsabsicht der Gemeinschuldnerin für den Konkursfall als unvermeidlich gekannt. Ihr Beweggrund, sich und dem an der Rundfunkversorgung interessierten Publikum Vorteile zu sichern, schloß bei der konkreten Vertragsgestaltung die korrespondierende Benachteiligung der Konkursgläubiger zwangsläufig mit ein.

Unerheblich ist, daß die Bekl. dieses Ziel nicht ihrerseits bezweckt haben mag. § 31 Nr. 1 KO setzt nicht voraus, daß der Leistungsempfänger selbst mit Benachteiligungsvorsatz handelt (vgl. BGH LM, § 3 AnfG, Nr. 26).

IV. Der Kl. hat den Gestattungsvertrag vom 13. 6. 1989 einschließlich seiner gläubigerbenachteiligenden Bestimmungen (Nr. 3.3, Abs. 1 und 2 i.V.m. Nr. 3.1.2) rechtzeitig und wirksam angefochten, §§ 36, 41 KO.

Entgegen der Ansicht der Bekl. ist es unschädlich, daß der Kl. ausdrücklich nur die Anfechtung „der unter der Ziff. 3.3 i.V.m. 3.1.2 (des Gestattungsvertrages) getroffenen Vereinbarung“ erklärt hat. Zwar kann grundsätzlich ein Rechtsgeschäft nur insgesamt angefochten werden; die Anfechtung einzelner Bestimmungen eines Vertrages ist ausgeschlossen (RGZ 114, 206, 210; RG SeuffA Bd. 44, Nr. 183, S. 300; BGH WM 1971, 908, 909; Kilger, a.a.O., § 29 KO, Anm. 11). Das Gericht kann die entsprechenden Erklärungen des Kl. jedoch – wie diejenigen in jeder Klage – auslegen. Es genügt, daß Klageantrag und -begründung zusammen die richtigerweise anzufechtende Rechtshandlung ergeben. Die Anfechtungsklage muß die anfechtbare Rechtshandlung nicht zutreffend bezeichnen (vgl. BGHZ 117, 374, 380 f.).

Hier ergaben sich aus dem Zusammenhang der Klageschrift der Gegenstand der Anfechtung – nämlich der (gesamte) Gestattungsvertrag – sowie diejenigen Tatsachen, aus denen der Kl. seine Anfechtungsberechtigung herleiten will. Das reicht aus.

V. Daher braucht der Senat nicht zu prüfen, ob neben § 31 Nr. 1 KO möglicherweise auch § 30 Nr. 1, 2. Fall oder § 32 Nr. 1 KO erfüllt sind. Alle genannten Vorschriften schließen sich nicht gegenseitig aus.

C. Das angefochtene Urteil beruht danach auf einem Rechtsfehler und ist aufzuheben, § 564 Abs. 1 ZPO. Weil zur Höhe des Anspruchs und möglicherweise zum Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung (oben B I 1 c) weitere Feststellungen erforderlich sind, wird die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, § 565 Abs. 1 S. 1 ZPO.

Für das weitere Verfahren zeigt der Senat die Grundsätze zur Bemessung eines Anspruchs des Kl. aus § 37 KO auf. Gem. dieser Vorschrift hat die Bekl. das, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen der Gemeinschuldnerin abgegeben wurde, zur Konkursmasse zurückzugewähren (BGH ZIP 1988, 725, 727). Die Konkursmasse ist in die Lage zu versetzen, in welcher sie sich befunden hätte, wenn das anfechtbare Verhalten unterblieben wäre (Kilger, § 37 KO, Anm. 2; Kuhn/Uhlenbruck, 10. Aufl., § 37 KO, Rd.-Nr. 1 m.w.N.).

Anfechtbare Rechtshandlung ist hier der Gestattungsvertrag. Dieser kann zwar, wie ausgeführt (oben B IV), grundsätzlich nur insgesamt angefochten werden. Das schließt aber nicht aus, daß die Anfechtung unter Umständen lediglich die Wirkung einer Teilanfechtung hat (BGHZ 30, 238, 241). Hiervon ist insbesondere auszugehen, wenn die anfechtbare Handlung das Schuldnervermögen nur in begrenztem Maße geschmälert hat und das Rechtsgeschäft insoweit teilbar ist (RGZ 21, 95, 99 f.; 114, 206, 210; RG JW 1912, S. 1063, Nr. 7; WarnR 1934, Nr. 198; BGHZ 77, 250, 255; BGH WM 1975, 534, 536). Dabei ist die Teilbarkeit nicht allein in einem rein zahlenmäßigen Sinne zu verstehen oder ausschließlich auf den Leistungsinhalt zu beziehen. Teilbar im hier maßgeblichen Sinne ist auch ein allgemein ausgewogener Vertrag, der – wie der vorliegende (s.o. B I 3) – lediglich und gezielt für den Fall der Insolvenz den späteren Gemeinschuldner einseitig und unangemessen be-

nachteiligt. Die Konkursanfechtung soll nämlich bewirken, daß etwa die zum Vertragsschluß führende Annahmeerklärung beiseite gerückt würde. Vielmehr begrenzt hier ebenfalls das Ausmaß der Benachteiligung den Umfang der Anfechtungswirkung, so daß für die Rückabwicklung allein die benachteiligende Klausel entfällt. Demgegenüber kann sich der Gläubiger, der an der Gläubigerbenachteiligung wesentlich mitgewirkt hat, bei wertender Betrachtungsweise jedenfalls dann, wenn der Vertrag in Vollzug gesetzt worden ist, nicht darauf berufen, er hätte den Vertrag ohne die Klausel nicht abgeschlossen. Ein solches Wahlrecht hat er nach Vertragsschluß nicht mehr. Soweit der Vertrag faktisch vollzogen ist, kann er es auch nicht im Rahmen der Konkursanfechtung zu Lasten der Konkursgläubiger verwirklichen.

1. Im vorliegenden Falle führt das dazu, daß der Anspruch aus § 37 KO in der Höhe des der Gemeinschuldnerin tatsächlich entgangenen vertraglichen Entschädigungsanspruchs (Nr. 3.1.3 des Vertrages; dazu oben B I 1 a) zu bemessen ist. Denn durch den Wegfall dieses Anspruchs ist die Gemeinschuldnerin benachteiligt.

2. Andererseits kann der Kl. nicht die Kosten für die Herstellung der Anlage erstattet erhalten. Sinn der Anfechtung nach § 29 ff. KO ist es nicht, den Konkursgläubigern unberechtigte Vorteile zu verschaffen (BGHZ 77, 250, 255). Das würde jedoch geschehen, wollte man die Masse vom wirtschaftlichen Risiko der Vertragsdurchführung entlasten. Im vorliegenden Falle hat die Gemeinschuldnerin die Anlage nicht im Wege eines Leistungsaustauschs für die Bekl. errichtet, sondern für ihre eigene, allerdings längerfristige Nutzung. Die Bekl. wollte und sollte gerade nicht selbst eine Kabelanlage betreiben, sondern diese durch die Kl. in eigener Verantwortung betreiben lassen. Erstattung der Baukosten hätte die Gemeinschuldnerin deshalb weder mit noch ohne Vertrag je von der Bekl. beanspruchen können. Statt dessen ist Rückgewähr – wie ausgeführt – insoweit zu leisten, als die Konkursmasse tatsächlich verkürzt worden ist. Der Wert des der Gemeinschuldnerin entgangenen vertraglichen Entschädigungsanspruchs begrenzt damit die anfechtungsrechtliche Rückgewähr zugleich nach oben.

### **3. Liegenschaftsrecht/WEG – Aufteilung eines überdimensionalen Miteigentumsanteils bei Errichtung einer Mehrhausanlage**

(BayObLG, Beschluß vom 18. 8. 1994 – 2Z BR 30/94 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

#### **WEG § 4 Abs. 1 BGB §§ 876; 877**

- 1. Neue Wohnungseigentumsrechte können dadurch gebildet werden, daß das Sondereigentum eines bestehenden Wohnungseigentums in Gemeinschaftseigentum umgewandelt, der Miteigentumsanteil aufgespalten und mit jedem Teil Sondereigentum verbunden wird, das durch Umwandlung von Gemeinschaftseigentum geschaffen wird (Errichtung eines weiteren Gebäudes). Dieser Vorgang beinhaltet die Aufhebung des betroffenen Wohnungseigentums mit der Folge, daß die daran bestehenden dinglichen Rechte erlöschen, und eine Inhaltsänderung der übrigen Wohnungseigentümer. Hierzu ist die Mitwirkung aller Wohnungseigentümer und die Zustimmung der dinglich Berechtigten erforderlich.**
- 2. Haben die dinglich Berechtigten zugestimmt und wird das Sondereigentum einzelner neu zu schaffender Wohnungseigentumsrechte aufgrund einer nachträglichen Planänderung durch die Wohnungseigentümer kleiner, so ist eine erneute Zustimmung der dinglich Berechtigten nicht erforderlich, weil ihre Rechtsstellung nicht nachteilig berührt wird.**

#### **Zum Sachverhalt:**

Die Bet. ist Eigentümerin eines Teileigentums, das aus einem 448,52/1000-Miteigentumsanteil, verbunden mit dem Sondereigentum an einem Kellerraum, besteht. Dieses und die übrigen Wohnungs- und Teileigentumsrechte sind durch notarielle Urkunde vom 25. 3. 1988 begründet worden. Sie sind mit Rechten Dritter belastet. Der Beteiligten ist in der notariellen Urkunde das Recht vorbehalten, auf dem Grundstück ein zweites Wohngebäude (Haus B) zu errichten, den Miteigentumsanteil ihres Teileigentums aufzuspalten und mit jedem Teil das Sondereigentum an einer im Haus B gelegenen Wohnung zu verbinden.

Durch notarielle Urkunde vom 31. 1. 1991 teilte die Beteiligte ihren 448,52/1000-Miteigentumsanteil in fünf Teile auf und verband jeden mit Sondereigentum an einer Wohnung und einem Keller im Haus B; das bisherige Sondereigentum der Bet. an dem Kellerraum wurde in gemeinschaftliches Eigentum umgewandelt. Die der notariellen Urkunde beigefügten Pläne decken sich nicht mit den der Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 11. 3. 1991 zugrundeliegenden Plänen. Sie weisen bei den im ersten und zweiten Stock gelegenen Wohnungen Wintergärten aus, die etwa 1,50 m über die Gebäudegrundfläche hinausragen, während dies nach den der Abgeschlossenheitsbescheinigung zugrundeliegenden Plänen, nach denen das Gebäude erstellt wurde, nur hinsichtlich 0,75 m der Fall ist.

Das GBA hat den Antrag auf Vollzug der Urkunde vom 31. 1. 1991 durch Zwischenverfügung vom 16. 8. 1993 in Buchst. d wie folgt beanstandet: Es seien Nachtragsklärungen aller Wohnungs- und Teileigentümer sowie aller dinglich Berechtigten vorzulegen, sofern für die Aufteilung die der Abgeschlossenheitsbescheinigung zugrundeliegenden Pläne maßgebend sein sollten; denn diese Pläne enthielten bei den Wintergärten Abweichungen gegenüber den der notariellen Urkunde beigefügten Plänen.

Die Bet. hat Zustimmungserklärungen aller Wohnungs- und Teileigentümer sowie der dinglich Berechtigten zu der notariellen Urkunde vom 31. 1. 1991 vorgelegt. Ferner haben die Wohnungs- und Teileigentümer durch notarielle Nachtragsurkunde vom 20. 9. 1993 erklärt, sie seien sich darüber einig, daß die der Abgeschlossenheitsbescheinigung beigefügten Pläne für die Aufteilung maßgebend seien. Nach Vorlage dieser Urkunde und einiger Zustimmungserklärungen dinglich Berechtigter zu ihr hat das GBA mitgeteilt, dem Vollzug stehe weiterhin die fehlende Zustimmung der Berechtigten der übrigen in Abt. III eingetragenen dinglichen Rechte zu den Planabweichungen entgegen.

Hiergegen hat sich die Bet. mit der Erinnerung/Beschwerde gewandt, die das LG durch Beschluß vom 31. 1. 1994 zurückgewiesen hat. Daraufhin hat das GBA am 28. 2. 1994 den Antrag auf Vollzug der Urkunde vom 31. 1. 1991 zurückgewiesen.

Die Bet. beantragt mit der weiteren Beschwerde die Aufhebung des landgerichtlichen Beschlusses und der Zwischenverfügung des GBA sowie des Beschlusses des GBA vom 28. 2. 1994.

#### **Aus den Gründen:**

Das eingelegte Rechtsmittel ist nur teilweise zulässig. Der Zulässigkeit der weiteren Beschwerde gegen die Zwischenverfügung steht nicht entgegen, daß das GBA am 28. 2. 1994 den Antrag auf grundbuchamtlichen Vollzug zurückgewiesen hat; denn diese Entscheidung ist ausschließlich aus den Gründen der vom LG bestätigten Zwischenverfügung vom 16. 8. 1993 ergangen. Das GBA hat den Zurückweisungsbeschluß vom 28. 2. 1994 wegen mangels Rechtsgrundlage aufzuheben, wenn die weitere Beschwerde Erfolg hat (BayObLGZ 1992, 131, 134 f.; Horber/Demharter, 20. Aufl., § 78 GBO, Rd.-Nr. 6). Mit der weiteren Beschwerde kann dies jedoch nicht verlangt werden. Insoweit ist die weitere Beschwerde als unzulässig zu verwerfen. Eine weitere Beschwerde gegen den Beschluß des GBA vom 28. 2. 1994 unter Übergehung des LG ist nämlich nicht statthaft (BayObLGZ 1993, 228, 232 = DNotZ 1993, 743).

Soweit das Rechtsmittel zulässig ist, ist es auch begründet. Es führt zur Aufhebung der landgerichtlichen Entscheidung und von Buchst. d der Zwischenverfügung des GBA.

1. Das LG hat ausgeführt: Der Inhalt der Teilungserklärung könne nicht eindeutig bestimmt werden, da zwei voneinander abweichende Pläne vorgelegt worden seien. Das Maß für die Aufteilung des Grundstücks sowie die Lage und Größe der im Sondereigentum stehenden Gebäudeteile lasse sich nicht ermitteln.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Gegenstand der notariellen Urkunde vom 31. 1. 1991 ist die Aufhebung des Teileigentums der Bet. und die Begründung neuer Wohnungseigentumsrechte. Das Teileigentum der Beteiligten wird in seine Bestandteile (Miteigentumsanteil und Sondereigentum) zerlegt. Das Sondereigentum wird in Gemeinschaftseigentum umgewandelt. Der Miteigentumsanteil wird in mehrere Teile aufgespalten; jeder Teil wird mit Sondereigentum verbunden, das durch Umwandlung des gemeinschaftlichen Eigentums an dem neu zu errichtenden Gebäude entsteht; dadurch werden neue Wohnungseigentumsrechte geschaffen. Bei diesem komplexen Vorgang handelt es sich um eine Aufhebung des Teileigentums der Bet. und eine Inhaltsänderung der übrigen Wohnungs- und Teileigentumsrechte.

(1) Erforderlich für diese Umgestaltung ist die Einigung aller Wohnungs- und Teileigentümer in der Form der Auflassung gem. § 4 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 WEG, weil sowohl Sondereigentum aufgehoben als auch neues Sondereigentum eingeräumt wird; ferner ist die Eintragung in das Grundbuch notwendig (zur Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum: BayObLGZ 1987, 390, 394 = DNotZ 1988, 316 = MittRhNotK 1988, 14; zur Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum: BayObLGZ 1991, 313, 316 f. = MittRhNotK 1991, 287; zur Schaffung neuer Wohnungseigentumsrechte: BayObLGZ 1976, 227 = DNotZ 1976, 743; 1992, 40, 42 = DNotZ 1992, 426 = MittRhNotK 1992, 119; vgl. zum Ganzen Horber/Demharter, Anhang zu § 3 GBO, Rd.-Nm. 58, 65, 66).

(2) Zur Aufhebung des Teileigentums der Bet. ist außerdem die Zustimmung der dinglich Berechtigten an diesem Teileigentum gem. §§ 875, 876 BGB und grundbuchrechtlich ihre Bewilligung gem. § 19 GBO erforderlich; durch die Aufhebung des Teileigentums gehen die daran bestehenden dinglichen Rechte unter. Im Hinblick auf die Inhaltsänderung der übrigen Wohnungs- und Teileigentumsrechte ist ferner die Zustimmung und Bewilligung der dinglichen Berechtigten an diesen Rechten erforderlich (§§ 876, 877 BGB), weil deren Pfandobjekt verändert wird. Erforderlich ist eine Zustimmung dinglich Berechtigter aber nur mit der Einschränkung, daß ihre Rechtsstellung rechtlich und nicht bloß wirtschaftlich nachteilig berührt wird (BGHZ 91, 343 ff. = DNotZ 1984, 695; BayObLGZ 1989, 28, 31 = DNotZ 1989, 133 = MittRhNotK 1990, 42; Horber/Demharter, Anhang zu § 3 GBO, Rd.-Nr. 59).

b) Was die Bildung neuer Wohnungseigentumsrechte angeht, sollen nach den Erklärungen der Wohnungs- und Teileigentümer in der Urkunde vom 31. 1. 1991 i.V.m. der Nachtragsurkunde vom 20. 9. 1993 für den Umfang des Sondereigentums die der Abgeschlossenheitsbescheinigung zugrundeliegenden Pläne maßgebend sein. Die Einigung der Wohnungs- und Teileigentümer über die Aufhebung des Teileigentums der Bet. und die Begründung neuer Wohnungseigentumsrechte nach Maßgabe der genannten notariellen Urkunden liegt in der vorgeschriebenen Form vor. Beanstandet wird vom GBA in der Zwischenverfügung, soweit sie Gegenstand des Verfahrens ist, auch nur die fehlende Zustimmung (Bewilligung) der dinglich Berechtigten.

(1) Die dinglich Berechtigten haben der Aufhebung des Teileigentums der Beteiligten und der Schaffung neuer Wohnungseigentumsrechte nach Maßgabe der notariellen Urkunde vom 31. 1. 1991 zugestimmt. Maßgebend sollen aber, was den Umfang des Sondereigentums der neu zu schaffenden Wohnungseigentumsrechte angeht, nach der Nachtragsurkunde vom 20. 9. 1993 nicht die der Urkunde vom 31. 1. 1991 zugrundeliegenden Pläne sein, sondern die der Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 11. 3. 1991 beigefügten Pläne, nach denen das Sondereigentum einzelner künftiger Wohnungen geringfügig kleiner ist.

(2) Die Zustimmung der dinglich Berechtigten zu der Urkunde vom 31. 1. 1991 würde dann nicht ausreichen, wenn deren Rechtsstellung dadurch nachteilig berührt würde, daß das Sondereigentum an einzelnen Wohnungen der neu zu schaffenden Wohnungseigentumsrechte einen geringeren Umfang hat. Dies ist aber nicht der Fall.

Die Rechte dinglich Berechtigter an dem Teileigentum der Beteiligten gehen unabhängig davon unter, wie groß das Sondereigentum an den neu geschaffenen Wohnungseigentumsrechten ist; sie sind damit insoweit nicht nachteilig berührt. Das Teileigentum der Beteiligten wird insgesamt aufgehoben. Das Sondereigentum geht durch Umwandlung in Gemeinschaftseigentum unter; der Miteigentumsanteil wird gespalten, die einzelnen Teile werden Bestandteile neuer Wohnungseigentumsrechte. Für die entsprechende Anwendung des § 1132 BGB ist damit kein Raum.

Der Haftungsgegenstand der dinglich Berechtigten an den übrigen Wohnungs- und Teileigentumsrechten wird durch die Schaffung neuer Wohnungseigentumsrechte insoweit nachteilig betroffen, als das zu diesen Rechten gehörende Sondereigentum durch Umwandlung von Gemeinschaftseigentum geschaffen wird. Der Miteigentumsanteil der übrigen Wohnungs- und Teileigentumsrechte erfaßt das gemeinschaftliche Eigentum, insbesondere am Grundstück. Durch dessen Schmälerung werden die bisher vorhandenen Wohnungs- und Teileigentumsrechte als Pfandobjekt der dinglichen Rechte an ihnen und damit deren Berechtigte nachteilig betroffen. Einer solchen Schmälerung gem. notarieller Urkunde vom 31. 1. 1991 haben die dinglich Berechtigten zugestimmt. Diese Zustimmung reicht aus. Dadurch, daß die der Abgeschlossenheitsbescheinigung beigefügten Pläne zugrunde gelegt werden und nicht die der Urkunde vom 31. 1. 1991 beigefügten Pläne, verringert sich das Sondereigentum einzelner neu zu schaffender Wohnungseigentumsrechte; dies hat zur Folge, daß die Schmälerung des gemeinschaftlichen Eigentums, der die dinglich Berechtigten zugestimmt haben, geringer wird. Damit ist eine erneute Zustimmung nicht erforderlich, weil die dinglich Berechtigten durch die Änderung gem. der Nachtragsurkunde vom 20. 9. 1993 in ihrer Rechtsstellung nicht nachteilig berührt werden.

Dies gilt jedoch nicht für die erforderliche Zustimmung derjenigen dinglich Berechtigten, für die nach der Zurückweisung des Vollzugsantrags durch Beschluß des GBA vom 28. 2. 1994 Rechte eingetragen wurden.

#### **4. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Fortbestand einer Grunddienstbarkeit bei Teilflächenverkauf**

(LG Köln, Beschluß vom 13. 9. 1994 – 11 T 194/94 – mitgeteilt von Notar Bernd Rebach, Gummersbach)

#### **BGB § 1026 GBO §§ 22; 29**

- 1. Wird aus einem mit einer Grunddienstbarkeit belasteten Grundstück eine Teilfläche veräußert, ohne daß ein Löschungsantrag bezüglich der Grunddienstbarkeit gestellt wird, so ist der Grundstücksteil mit der Belastung abzuschreiben. Das GBA kann von den Beteiligten keinen Nachweis darüber verlangen, ob die Grunddienstbarkeit auf der veräußerten Teilfläche gem. § 1026 BGB fortbesteht oder nicht.**
- 2. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz kommt lediglich dann in Betracht, wenn zweifelsfrei feststeht, daß die Voraussetzungen des § 1026 BGB hinsichtlich des veräußerten Teilstücks gegeben sind, so daß der Fortbestand der Grunddienstbarkeit zur Unrichtigkeit des Grundbuchs führen würde.**

(Leitsätze nicht amtlich)

#### **Zum Sachverhalt:**

Die Stadtgemeinde G., die durch den Bet. zu 1) vertreten wird, verkaufte gem. notariellem Kaufvertrag vom 11. 12. 1992 an die Bet. zu 2) eine Teilfläche aus einem mit mehreren Dienstbarkeiten belasteten Grundstück.

Die Bet. zu 2) ist Eigentümerin von Grundbesitz, zu dessen Lasten die Grunddienstbarkeiten ebenfalls eingetragen sind.

Der Notar hat als Bevollmächtigter der Bet. beantragt,

a) die Umschreibung zunächst mit Übernahme der eingetragenen Rechte

b) die Vereinigung gem. Anlage 1 zu seiner Urkunde vorzunehmen.

Das GBA wies darauf hin, daß das zu teilende Grundstück mit mehreren Dienstbarkeiten belastet sei. Die Rechte würden bei Teilung an den Grundstücksteilen erlöschen, die von der Ausübung nicht berührt seien. Daher dürften die Rechte in keinem Falle auf ein anderes Blatt mit übertragen werden, selbst dann nicht, wenn dies – wie hier – beantragt sein sollte. Es müsse daher vor der Teilung erklärt werden, inwieweit die Rechte nach Teilung weiter bestünden oder nicht, unter entsprechender Darlegung in der Form des § 29 GBO. Das Grundbuch wäre dann entsprechend zu berichtigen.

Im Erinnerungsverfahren hat der Notar vorgetragen, die Auffassung des Rechtspflegers sei rechtswidrig. Die Löschung einer nach § 1026 BGB an Grundstücksteilen erloschenen Grunddienstbarkeit erfordere stets entweder die Löschungsbewilligung des Eigentümers des herrschenden Grundstücks, welche hier seitens der Bundesrepublik Deutschland verweigert werde, oder Unrichtigkeitsnachweis, welcher hier deshalb nicht erbracht werden könne, weil der Verlauf der Leitung nicht mehr bekannt sei. In beiden Fällen sei ferner ein Löschantrag erforderlich, den das Gericht nicht indirekt dadurch erzwingen könne, daß es die beantragte Eigentumsumschreibung verweigere. Vielmehr habe das Gericht, wenn ein Löschantrag nicht gestellt werde, die Grundstücksteile mit der Belastung abzuschreiben und könne alsdann ein Lösungsverfahren wegen Gegenstandslosigkeit einleiten. Alternativ hierzu möge das GBA die Grunddienstbarkeit auf den Grundstücksteil, der frei geworden sei, nicht mitübertragen, was jedoch nur möglich sei, wenn feststehe, daß dieses Grundstück außerhalb des Bereichs der Dienstbarkeit liege. Letzteres könne aber gerade nicht festgestellt werden.

#### Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde der Bet. (§§ 18, 71 GBO) hat auch in der Sache Erfolg. Zu Unrecht hat das GBA die mit der Zwischenverfügung angegebenen Eintragungshindernisse angenommen.

Im vorliegenden Antragsverfahren können die Bet. nicht gezwungen werden aufzuklären, ob die vorgenannten eingetragenen Grunddienstbarkeiten auf dem veräußerten Grundstücksteil noch bestehen. Zwar ist richtig, daß gem. § 1026 BGB bei Teilung des dienenden Grundstücks, wenn die Ausübung der Grunddienstbarkeit auf einen bestimmten Teil des belasteten Grundstücks beschränkt ist, die Teile, welche außerhalb des Bereichs der Ausübung liegen, von der Dienstbarkeit frei werden. Diese kraft Gesetzes eintretende Löschung hat aber nicht zur Folge, daß bei Teilung des dienenden Grundstücks von Amts wegen aufzuklären wäre, ob die Voraussetzungen des § 1026 BGB vorliegen. Der Grundsatz ist nämlich, daß nach Teilung des belasteten Grundstücks jedes Grundstück mit einer Grunddienstbarkeit belastet ist (vgl. Palandt/Bassenge, 52. Aufl., § 1026 BGB, Rd.-Nr. 1). Hiervon hat auch das GBA auszugehen, wenn ein Teil des mit einer Dienstbarkeit belasteten Grundstücks abgeschrieben wird. Dem steht nicht entgegen, daß möglicherweise das Grundbuch dann wegen § 1026 BGB unrichtig würde. Das GBA darf nur nicht sehenden Auges eine unrichtige Eintragung vornehmen.

So bemerken die Motive zu dem Entwurf des BGB in Bd. 3 auf S. 488 zur Ausnahmeregelung des § 1026 BGB: „Es würde ein unnötiger und mit Kosten verbundener Umweg sein, wenn man bei einer solchen Abtrennung das bisherige Rechtsverhältnis fortauern lassen und nur dem Eigentümer des dienenden Grundstücks einen Anspruch auf Befreiung geben wollte. Indem der Entwurf den kürzeren Weg geht, ist nicht zu übersehen, daß hierbei der Berechtigte unter Umständen die Folge der Verkleinerung des dienenden Grundstücks bei Umwandlung seines Servitutanspruchs in einen Anspruch auf einen Teil des Erlöses aus dem Grundstück im Falle der Zwangsversteigerung Abbruch erleiden kann. Da indessen solche Fälle der Umwandlung äußerst selten sind und eine hypothekarische Sicherung nicht im ursprünglichen Zwecke der Servitut liegt, so glaubt der Entwurf sich über dieses Bedenken hinwegsetzen zu sollen.“

Für die Anwendung des § 1026 BGB kommt es demnach allein darauf an, daß die räumliche Beschränkung der Ausübung der Dienstbarkeit *feststeht*. Ist dieses der Fall, so wird das von der Ausübung nicht betroffene Trennstück bei seiner Abschreibung

so behandelt, wie wenn es nicht belastet wäre. Die Folge ist, daß es unbelastet abzuschreiben, die Dienstbarkeit also nicht mitzuübertragen ist. Würde die Dienstbarkeit auf das neue Grundbuchblatt des Zuflurstücks mitübertragen, so würde das Grundbuch unrichtig werden; denn die Dienstbarkeit erlischt nicht erst durch die Löschung oder durch die ihr verfahrensrechtlich gleichkommende Nichtübertragung, sondern kraft Gesetzes durch die Teilung des dienenden Grundstücks. Ihre Löschung bzw. Nichtmitübertragung ist bloße Grundbuchberichtigung (vgl. BayOblGZ 1954, 286, 290, 291 m.w.N.). Entscheidend ist aber, was vorliegend nicht der Fall ist, daß die räumliche Beschränkung der Ausübung der Dienstbarkeit feststeht, insoweit braucht vorliegend nicht geklärt zu werden, ob hinsichtlich der grundbuchmäßigen Behandlung in solchen Fällen der weitergehenden Ansicht zu folgen ist, daß das GBA die Dienstbarkeit trotzdem auf das Trennstück mit zu übertragen habe, wenn die Bet. nicht ihre Löschung beantragt. Diese Ansicht wird damit begründet, daß das GBA von Amts wegen nur eine Eintragung löschen dürfe, die sich nach ihrem Inhalt als unzulässig erweise (§ 53 Abs. 1 GBO). Selbst wenn man nämlich diese Ansicht mit den beachtenswerten Gründen des BayObLG (vgl. BayObLGZ 1954, 286, 291, 292) ablehnt, wonach diese Ansicht nicht genügend berücksichtige, daß das GBA bei Naturalteilung des belasteten Grundstücks gar nicht in erster Linie eine Löschung, sondern eine Weg- und Zumessung sowie deren rechtliche Darstellung, meist i.V.m. einem Eigentumswechsel, einzutragen habe und nicht selbst erst dazu mitwirken dürfe, das Grundbuch unrichtig zu machen, indem es die – an dem Zuflurstück gar nicht mehr bestehende – Dienstbarkeit auf das neue Grundbuchblatt des Zuflurstücks mit übertragen würde, wäre jedenfalls zu fordern, daß die tatsächlichen Voraussetzungen der Ausnahmeregelung des § 1026 BGB feststünden. Erst in diesem Falle bedarf es nach § 22 GBO auch gar nicht der Berichtigungsbewilligung der Dienstbarkeitsberechtigten – zu deren Erteilung diese übrigens nach § 894 BGB verpflichtet wären –, weil die Voraussetzungen für das Erlöschen der Mitbelastung des Zuflurstücks dem GBA ohnehin genügend nachgewiesen sind (vgl. BayObLGZ a.a.O., 292). Damit ist aber Voraussetzung für die Nichtübertragung, daß es gem. § 22 GBO nachgewiesen bzw. offenkundig ist, daß die abgetrennte Teilfläche gem. § 1026 BGB von der an dem Stammgrundstück eingetragenen Dienstbarkeit frei geworden ist.

Der Nachweis nach § 22 GBO liegt aber gerade nicht vor, wie die Zwischenverfügung des GBA zeigt. Gerade weil der Nachweis bisher nicht geführt worden ist, wurde ja die Zwischenverfügung erlassen. Andernfalls hätte das GBA, worauf der Verfahrensbevollmächtigte der Bet. zutreffend hinweist, die Löschung, d. h. die Nichtübertragung, selbst vornehmen können.

Liegt aber ein Nachweis nach § 22 GBO nicht vor, so rechtfertigt dies nicht im Umkehrschluß, daß das GBA in jedem Fall der Teilung eines mit einer Grunddienstbarkeit belasteten Grundstücks von Amts wegen zu prüfen und den Nachweis zu fordern hätte, daß die Voraussetzungen des § 1026 BGB vorliegen bzw. nicht vorliegen. Ein solcher Amtsermittlungsgrundsatz gilt im Grundbuchrecht nicht. Das GBA darf allerdings nicht sehenden Auges die Unrichtigkeit des Grundbuchs herbeiführen. Wird nämlich die abgetrennte Teilfläche gem. § 1026 BGB von der an dem Stammgrundstück eingetragenen Dienstbarkeit frei, so kann diese Dienstbarkeit von dem Erwerber auch gar nicht mehr rechtswirksam auf diese Teilfläche oder gar auf das ganze Grundstück übernommen werden, dem diese Teilfläche zugemessen wird. Das Grundbuch würde durch die Mitübertragung der Dienstbarkeit nachweislich unrichtig werden, weil die Teilfläche von der Dienstbarkeit gar nicht betroffen ist. Daran könnte auch der Umstand nichts ändern, daß die Bet. selbst die Mitübertragung der Dienstbarkeit bewilligt und beantragt hätten, sei es auch nur aus Gründen der vermeintlichen Geschäftsvereinfachung, um die Klärung des Fortbestandes der Dienstbarkeit an dem Trennstück zu ersparen. Denn es handelt sich nicht um die Neubestellung einer Dienstbarkeit, die mit dem bisherigen Inhalt auf dem Zuflurstück oder dem abgeteilten Grundstück nicht ausgeübt werden könnte, sondern nur um die Übernahme der alten Dienstbar-

keit, die die abbeschriebenen Flächen nachweislich gar nicht berührt. Das GBA ist insoweit verpflichtet, das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage möglichst in Übereinstimmung zu halten, und darf daher zur Herbeiführung einer Grundbuchunrichtigkeit nicht mitwirken. Es darf bei der Prüfung der Sach- und Rechtslage auch Urkunden und Tatsachen berücksichtigen, die ihm anderweit, insbesondere aus seinen Grundakten, bekannt geworden sind und der Eintragung im Wege stehen, und zwar auch ohne oder gegen den Willen der Antragsteller (vgl. BayObLGZ a.a.O., 292 m.w.N.). Wesentlich ist daher, wie bereits oben ausgeführt, im vorliegenden Falle nur, ob die Feststellung getroffen werden kann, daß die Voraussetzungen des § 1026 BGB gegeben sind. Solche Feststellungen hat das GBA gerade nicht getroffen. Auch die Kammer kann nicht feststellen, daß die Mitübertragung der Grunddienstbarkeiten auf das abzuschreibende Grundstück zur Grundbuchunrichtigkeit führen würde. Insoweit ist von der Grundregel auszugehen, daß bei Teilung des dienenden Grundstückes die vorhandenen Grunddienstbarkeiten auf das abzuschreibende Grundstück mitzuübertragen sind, wenn keine Löschungsbewilligung bzw. kein Löschantrag vorliegen.

**5. Erbrecht – Wirksamkeit einer Pflichtteilsstrafklausel, wenn die Schlußerben nur nach dem Erstversterbenden pflichtteilsberechtigt sind**  
(BayObLG, Beschluß vom 9. 6. 1994 – 1Z BR 117/93)

**BGB §§ 2269; 2303; 2075; 134; 138**

**Zur Wirksamkeit der Pflichtteilsstrafklausel eines gemeinschaftlichen Testaments, wenn die Ehegatten ihre Kinder aus früheren Ehen zu Schlußerben einsetzen und nur ein Ehepartner vermögend ist.**

**Zum Sachverhalt:**

Die im Jahr 1992 verstorbene Erblasserin war zweimal verheiratet. Aus ihrer ersten, durch den Tod des Ehemanns im Jahr 1944 aufgelösten Ehe sind die Bet. zu 1) und 2) hervorgegangen. Ihr zweiter Ehemann, mit dem sie seit 1956 kinderlos verheiratet gewesen war, ist 1976 vorverstorben. Dessen Töchter aus seiner ersten, im Jahr 1953 geschiedenen Ehe sind die Bet. zu 3) und 4).

Die Erblasserin hat mit ihrem zweiten Ehemann zu notarieller Urkunde vom 1. 4. 1966 ein gemeinschaftliches Testament errichtet. Dessen Abschn. II lautet:

„Wir setzen uns hiermit im Wege des gemeinschaftlichen Testaments gegenseitig zu einzigen und ausschließlichen Erben ein.

Zu Erben des Längerlebenden von uns bestimmen wir meine, des Ehemanns, Kinder aus erster Ehe und meine, der Ehefrau, Kinder aus erster Ehe zu unter sich gleichen Bruchteilen . . .

Pflichtteilsberechtigte des Zuerstversterbenden von uns erhalten auf Verlangen lediglich den gesetzlichen Pflichtteil als Vermächtnis. Es ist jedoch unser Wunsch, daß Pflichtteilsansprüche erst beim Tode des Längerlebenden von uns geltend gemacht werden. Wer von unseren Kindern bzw. Stiefkindern diesem Wunsche zuwiderhandelt, soll auch beim Tode des Längerlebenden von uns nur seinen gesetzlichen Pflichtteil bzw. nichts mehr erhalten.“

Bei der Testamentseröffnung nach dem Tod des Ehemanns waren die Bet. zu 3) und 4) anwesend. Beide haben in der Folgezeit mit der Erblasserin wegen Pflichtteilsansprüchen verhandelt und jeweils Zahlungen von rund 140.000,- DM erhalten.

Nach dem Tod der Erblasserin haben die Bet. zu 1) und 2) beim Nachlaßgericht einen Erbschein beantragt, wonach sie je zur Hälfte Erben ihrer Mutter geworden seien. Sie haben die Ansicht vertreten, die Bet. zu 3) und 4) hätten nach dem Tod ihres Vaters ihren Pflichtteil geltend gemacht und seien deshalb von der Erbfolge ausgeschlossen. Die Bet. zu 3) und 4) haben entgegnet, die Pflichtteilsstrafklausel sei unwirksam und sie seien zu je 1/4 Miterben geworden. Das Vermögen der Eheleute stamme im wesentlichen von ihrem Vater. Nach seinem Tod hätten sie den Pflichtteil verlangen müssen, um sicherzustellen, daß sie überhaupt etwas aus dem Nachlaß erhielten.

Das Nachlaßgericht hat mit Beschluß vom 3. 3. 1993 die Erteilung eines Erbscheins entsprechend dem Antrag der Bet. zu 1) und 2) angekündigt. Hiergegen hat die Bet. zu 3) Beschwerde eingelegt, die das LG mit Beschluß vom 16. 8. 1993 zurückgewiesen hat. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Bet. zu 3), der die Bet. zu 1) und 2) entgegengetreten. Die Bet. zu 4) hat sich nicht geäußert.

**Aus den Gründen:**

Das zulässige Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Das LG hat ausgeführt:

...

2. Diese Ausführungen sind frei von Rechtsfehlern (§ 27 Abs. 1 FGG, § 550 ZPO).

a) Zutreffend hat das LG die Zulässigkeit der Erstbeschwerde bejaht, die im Rechtsbeschwerdeverfahren von Amts wegen nachzuprüfen ist (vgl. BayObLGZ 1979, 142, 150). Das Rechtsmittel richtet sich gegen einen Vorbescheid des Nachlaßgerichts und damit gegen eine beschwerdefähige Verfügung i.S.v. § 19 Abs. 1 FGG (allg. M. vgl. Keidel/Winkler, 13. Aufl., § 84 FGG, Rd.-Nr. 2). Auf die Einhaltung der vom Nachlaßgericht gesetzten Frist kam es nicht an. Soweit die Beschwerde gegen einen Vorbescheid gegeben ist, ist sie an keine Frist gebunden, denn in der freiwilligen Gerichtsbarkeit findet die sofortige Beschwerde nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen statt (vgl. BayObLGZ 1986, 466, 468). Die Beschwerdeberechtigung der Bet. zu 3) folgt aus § 20 Abs. 1 FGG, denn sie nimmt aufgrund des Testaments vom 1. 4. 1966 ein Erbrecht für sich in Anspruch, das durch den vom Nachlaßgericht in Aussicht gestellten Erbschein zugunsten der Bet. zu 1) und 2) beeinträchtigt wird. Daß die Bet. zu 3) selbst keinen Erbschein beantragt hat (vgl. § 20 Abs. 2 FGG), steht ihrer Beschwerdeberechtigung nicht entgegen, weil sie einen solchen Antrag hätte stellen können (vgl. BayObLG FamRZ 1990, 649, 650 m.w.N.).

b) Ohne Rechtsfehler hat das LG die Zulässigkeit des vom Nachlaßgericht erlassenen Vorbescheids (vgl. dazu Palandt/Edenhofer, 53. Aufl., § 2353 BGB, Rd.-Nr. 33; Keidel/Kahl, § 19 FGG, Rd.-Nr. 15) bejaht. Es ist zutreffend davon ausgegangen, daß der Erlaß eines Vorbescheids nur in Ausnahmefällen vertretbar ist, wenn eine Vorklärung der Sach- und Rechtslage geboten ist, um die Erteilung eines unrichtigen Erbscheins zu vermeiden (BayObLGZ 1980, 42, 45 und BayObLG NJW-RR 1992, 1223, 1224). Das Nachlaßgericht hat diese Voraussetzungen ohne Ermessensfehler bejaht (vgl. BayObLG FamRZ 1991, 494, 495); das LG hat dies in Ausübung eigenen Ermessens (vgl. Jansen, 2. Aufl., § 23 FGG, Rd.-Nr. 11) im Hinblick auf die von den Bet. zu 3) und 4) beanspruchte Miterbenstellung gebilligt. Ein Vorbescheid ist auch dann zulässig, wenn ein dem Erbscheinsantrag eines Bet. widersprechender Antrag eines anderen Beteiligten zu erwarten ist (BayObLG FamRZ 1994, 593 m.w.N.).

c) Das LG hat ebenso wie das Nachlaßgericht die Bestimmungen des formwirksam errichteten gemeinschaftlichen Testaments (§§ 2265, 2231 Nr. 1, 2232 S. 1 BGB) ohne Rechtsfehler dahin ausgelegt, daß die Ehegatten alle Kinder aus ihren früheren Ehen gem. § 2269 Abs. 1 BGB zu Schlußerben des zuletzt versterbenden Ehepartners eingesetzt, die Erbeinsetzung jedoch davon abhängig gemacht hätten, daß die für den ersten Erbfall getroffene Regelung hingenommen werde. Damit stand die Schlußerbeneinsetzung der Kinder des zuerst versterbenden Ehegatten unter der auflösenden Bedingung (§ 2075 BGB, vgl. BayObLGZ 1990, 58, 60 m.w.N. = MittRhNotK 1990, 169), daß sie der in Abschn. II Abs. 3 des Testaments enthaltenen Pflichtteilsstrafklausel nicht zuwiderhandelten. Das Beschwerdegericht hat angenommen, die Rechtswirkungen dieser Pflichtteilsstrafklausel seien eingetreten und deswegen die Erbeinsetzung der Töchter des vorverstorbenen Ehemanns entfallen. Hiergegen wendet sich die Rechtsbeschwerde ohne Erfolg.

aa) Gegen die Wirksamkeit einer letztwilligen Anordnung, durch die gemeinschaftlich testierende und sich gegenseitig als Erben einsetzende Ehegatten sicherstellen wollen, daß dem Überlebenden bis zu seinem Tod der Nachlaß ungeschmälert verbleibe und er nicht durch das Pflichtteilsverlangen eines Schlußerben gestört werde, bestehen grundsätzlich keine Bedenken (BayObLGZ 1990, 58, 60 m.w.N. = MittRhNotK 1990, 169). Das LG hat geprüft, ob besondere Umstände gegen die

Gültigkeit der im Testament vom 1. 4. 1966 enthaltenen Pflichtteils Klausel sprechen. Dabei hat es berücksichtigt, daß diese Pflichtteils Klausel Stiefkinder betrifft, bei denen es in erster Linie darauf ankommt, ob sie aus dem Nachlaß des jeweiligen Stiefelternteils überhaupt etwas erhalten sollen (vgl. BGH FamRZ 1991, 796). Neben der Tatsache, daß die zu Schluß-erben eingesetzten Kinder jeweils nur gegenüber einem der testierenden Ehegatten pflichtteilsberechtigt waren, hat das LG auch den weiteren von der Rechtsbeschwerde hervorgehobenen Umstand in Betracht gezogen, daß der Nachlaß zum überwiegenden Teil aus dem Vermögen des Ehemanns stammte. Das LG hat angenommen, die Pflichtteils Klausel verstoße weder gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) noch gegen die guten Sitten (§ 138 BGB). Dies ist frei von Rechtsfehlern.

(1) Das Erbrecht des BGB ist von dem Grundsatz der Testierfreiheit beherrscht, der unter dem Schutz der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG steht (BGHZ 111, 36, 37 m.w.N. = DNotZ 1992, 241 = MittRhNotK 1990, 202). Die Schranken der Testierfreiheit gegenüber allgemein als unangemessen empfundenen Verfügungen von Todes wegen liegen in den Vorschriften des Pflichtteilsrechts, durch die den nächsten Angehörigen des Erblassers ein Mindestanteil an seinem Vermögen gesichert wird (BGH a.a.O. und FamRZ 1983, 53, 54 = DNotZ 1984, 42). Das LG hat ohne Rechtsfehler die Regelung des gemeinschaftlichen Testaments vom 1. 4. 1966 dahin ausgelegt, daß die leiblichen Kinder des erstversterbenden Ehegatten im Fall einer Zuwiderhandlung gegen die Pflichtteils Klausel nach ihrem Elternteil den gesetzlichen Pflichtteil und beim zweiten Erbfall aus dem Nachlaß des Stiefelternteils nichts mehr erhalten sollen. Es hat zutreffend festgestellt, daß die Grenzen der Testierfreiheit von einer solchen Regelung nicht überschritten werden.

(2) Die Schranke des § 138 BGB kann eine erbrechtliche Zurücksetzung nächster Angehöriger in dem Bereich unterhalb der Schwelle des Pflichtteilsrechts nur in besonders schwerwiegenden Ausnahmefällen abwehren (BGHZ 111, 36, 40 = DNotZ 1992, 241 = MittRhNotK 1990, 202). Einen solchen Ausnahmefall hat das LG zu Recht nicht angenommen. Für die Bejahung der Sittenwidrigkeit einer letztwilligen Verfügung wäre erforderlich, daß darin eine unredliche, also verwerfliche Gesinnung des Erblassers zum Ausdruck käme; die Auswirkungen der letztwilligen Verfügung auf die zurückgesetzten Familienangehörigen sind zu berücksichtigen (BGH FamRZ 1983, 53, 54 = DNotZ 1984, 42). Das Beschwerdegericht ist davon ausgegangen, daß es der Wille der testierenden Ehegatten war, nicht nur dem Überlebenden von ihnen den Nachlaß zunächst ungeschmälert zukommen zu lassen, sondern auch – wie alle Beteiligten übereinstimmend vortragen – alle vier Kinder hinsichtlich der Erbfolge gleichzustellen. Beides sind Motive, die üblicherweise für die Anordnung einer Pflichtteils Klausel bestimmend sind (vgl. Olshausen, DNotZ 1979, 707, 719 f.; Lübbert, NJW 1988, 2706, 2709) und in keiner Weise eine verwerfliche Gesinnung erkennen lassen.

Die angestrebte gleichmäßige Verteilung des Gesamtvermögens unter allen vier Kindern läßt sich nicht erreichen, wenn Abkömmlinge des Erstversterbenden nach dessen Tod den Pflichtteil geltend machen. Da das Testament vor einem Notar errichtet wurde, ist davon auszugehen, daß die testierenden Ehegatten diese Möglichkeit in Betracht gezogen und sich dafür entschieden haben, für diesen Fall dem Schutz des Überlebenden den Vorrang vor der Gleichbehandlung aller Kinder einzuräumen. Dies kann nicht als eine unangemessene Benachteiligung der Töchter des vermögenden Ehemanns gewertet werden. Die Rechtsbeschwerde meint, wegen der unterschiedlichen Vermögensverhältnisse beider Ehegatten und der daraus folgenden unterschiedlichen Höhe der Pflichtteilsansprüche ihrer jeweiligen Abkömmlinge habe von vornherein keine Chancengleichheit zwischen den Schlußerben bestanden. Der Vater der Bet. zu 3) und 4) war jedoch nicht verpflichtet, „Chancengleichheit“ zwischen seinen Abkömmlingen und seinen Stiefkindern herzustellen. Es genügte, daß der Pflichtteilsanspruch seiner Abkömmlinge gewahrt blieb.

bb) Das LG hat festgestellt, die Bet. zu 3) und 4) hätten nach dem Tod ihres Vaters unter Inanspruchnahme anwaltlicher Hilfe und nach Einholung eines Schätzgutachtens zum Wert des vorhandenen Grundvermögens Pflichtteilsansprüche geltend gemacht, die von der Erblasserin schließlich auch erfüllt worden seien. Diese Tatsachenwürdigung des Beschwerdegerichts kann vom Gericht der weiteren Beschwerde nur auf Rechtsfehler nachgeprüft werden (BayObLGZ 1990, 58, 61 = MittRhNotK 1990, 169 und st. Rspr.). Derartige Rechtsfehler liegen nicht vor. Das Gericht der Tatsacheninstanz hat durch Auslegung der letztwilligen Verfügung zu ermitteln, ob sich das Verhalten eines Pflichtteilsberechtigten tatbestandlich als „Verlangen“ des Pflichtteils oder „Geltendmachung“ von Pflichtteilsansprüchen darstellt (BayObLG a.a.O.; Lübbert, NJW 1988, 2706, 2710).

Das LG hat dies bejaht, weil die Bet. zu 3) und 4) mit der Erblasserin über Pflichtteilsansprüche verhandelt und die von ihr auf den Pflichtteil geleisteten Zahlungen entgegengenommen haben. Dies begegnet keinen rechtlichen Bedenken (vgl. Palandt/Edenhofer, § 2269 BGB, Rd.-Nr. 13; Lübbert, a.a.O.). Dem mit der Pflichtteils Klausel verfolgten Willen der Testierenden, dem überlebenden Ehegatten den Nachlaß ungeschmälert zu erhalten, widerspricht es, wenn der Nachlaß zur Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen herangezogen werden muß. Ob die Töchter sich geweigert haben, die von ihrer Stiefmutter gewünschte Abfindungserklärung zu unterzeichnen, ist unter den gegebenen Umständen ebensowenig von Bedeutung wie die Frage, ob die Erblasserin selbst den Anstoß zur Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen gegeben hat.

cc) Das LG hat festgestellt, die Bet. zu 3) und 4) hätten die Anordnungen des gemeinschaftlichen Testaments vom 1. 4. 1966 gekannt und wissentlich dagegen verstoßen. Dieses Verhalten der Bet. zu 3) und 4) hat es zutreffend als Zuwiderhandlung gegen die Pflichtteils Klausel gewertet, die den Wegfall ihrer auflösend bedingten Einsetzung als Schlußerben zur Folge hatte (§ 2075 BGB, vgl. BayObLGZ 1990, 58, 62 f. = MittRhNotK 1990, 169). Die Bet. zu 3) und 4) sind daher nicht Miterben nach ihrer Stiefmutter geworden; der vom Nachlaßgericht angekündigte Erbschein, der die Bet. zu 1) und 2) als Miterben je zur Hälfte ausweisen soll, gibt die Erbrechtslage zutreffend wieder.

#### **6. a) Erbrecht – Miteröffnung von Verfügungen des überlebenden Ehegatten beim Tode des Erstversterbenden**

(LG Stuttgart, Beschluß vom 22. 12. 1988 – 2 T 157/88 – mitgeteilt von Notar Martin Bühler, Stuttgart-Botnang)

#### **BGB § 2273 Abs. 1**

**Wer in einem Erbvertrag zum Erben des überlebenden Ehegatten eingesetzt ist, ohne zugleich gesetzlicher Erbe des Erstverstorbenen zu sein, ist nicht beteiligt der ersten Erbfall, weshalb eine Unterrichtung über den Inhalt des Erbvertrages insoweit zu unterbleiben hat (Abgrenzung zu OLG Hamm NJW 1982, 57).**

(Leitsatz nicht amtlich)

#### **Zum Sachverhalt:**

Der am 3. 11. 1987 verstorbene Erblasser und seine Ehefrau, die Bet. zu 1), haben keine Abkömmlinge und keine sonstigen pflichtteilsberechtigten Angehörigen. Sie haben am 11. 6. 1985 vor dem Notariat – unter Widerruf früherer letztwilliger Verfügungen (§ 1) – einen Erbvertrag geschlossen. § 2 dieses Erbvertrags bestimmt:

„Der zuerst sterbende Ehegatte setzt den überlebenden Ehegatten als seinen Alleinerben ein.“

Gesetzliche Erben sind – außer der Bet. zu 1) – die beiden Schwestern des Erblassers, die Bet. zu 2) und 3). Der Bet. zu 3) hat der Erblasser im Wege des Vermächnisses ein Grundstück zugewandt (§ 3). In § 4 des Erbvertrages sind als Erben des überlebenden Ehegatten zwei entferntere Verwandte, nämlich je ein Abkömmling der Geschwister des Erblassers und der Geschwister seiner Ehefrau zu gleichen Teilen eingesetzt, denen im Wege des Vorausvermächnisses bestimmte Grundstücke und andere Nachlaßgegenstände zugewandt werden (§§ 5, 6); den übrigen

Geschwisterkindern sind vom überlebenden Ehegatten Geldvermächtnisse ausgesetzt (§ 7). Außerdem hat der überlebende Ehegatte Testamentsvollstreckung angeordnet (§ 8) und einen Teil der in § 4 genannten Erben mit Auflagen belastet (§ 9). In § 10 des Erbvertrages sind schließlich nähere Bestimmungen darüber enthalten, inwieweit die vorstehenden Verfügungen erbrechtlicher Bindung unterliegen; u. a. ist bestimmt:

„Der überlebende Ehegatte kann alle auf sein Ableben getroffenen Bestimmungen unbeschadet seines Alleinerbrechts ganz oder teilweise ändern oder widerrufen, ausgenommen die in § 5 getroffene Vermächtnisanordnung zugunsten der dort genannten *Verwandten des zuerst verstorbenen Ehegatten* . . .“

Am 5. 1. 1988 hat das Nachlaßgericht den Erbvertrag in Anwesenheit der Bet. zu 1) nur bezüglich der §§ 1 bis 3 förmlich eröffnet; die Bet. zu 1) hat beantragt, von der Eröffnung der weiteren Bestimmungen – da Verfügungen des überlebenden Ehegatten – abzusehen. Durch Beschluß vom 12. 1. 1988 hat das Nachlaßgericht der Bet. zu 1) angekündigt, es werde den Erbvertrag aufgrund der Rspr. sowohl den anderen gesetzlichen Erben (Bet. zu 2) und 3)) als auch den eingesetzten Schlußerben mitteilen. Dagegen wendet sich die Bet. zu 1) mit der Beschwerde vom 21. 2. 1988, der der Notar nicht abgeholfen hat. Die Anfrage der Kammer an die Bet. zu 2) und 3), ob sie auf die Mitteilung des vollständigen Wortlauts des Erbvertrages verzichten, ist ohne Antwort geblieben.

#### Aus den Gründen:

##### 1. Das Rechtsmittel der Bet. zu 1) ist zulässig.

Obwohl die Ankündigung des Nachlaßgerichts im Beschluß vom 12. 1. 1988 über die beabsichtigte vollständige Eröffnung des Erbvertrages und dessen Mitteilung an die gesetzlichen Erben und testamentarischen Schlußerben nur eine Zwischenentscheidung ist, wird die selbständige Anfechtbarkeit – ähnlich wie beim Erbscheins-Vorbescheid – von der Rspr. einhellig anerkannt (vgl. RGZ 150, 315; BGHZ 70, 173 = DNotZ 1978, 301 = MittRhNotK 1978, 43; deutlich OLG Hamm NJW 1982, 57, insoweit in OLGZ 1982, 136 nicht abgedruckt); Widerspruch aus dem Schrifttum ist nicht ersichtlich.

2. Das Rechtsmittel der Bet. zu 1) hat nur hinsichtlich der angekündigten Eröffnung gegenüber den eingesetzten Schlußerben, nicht aber gegenüber den weiteren gesetzlichen Erben (Bet. zu 2) und 3)) Erfolg. Dabei ist trotz des sachlichen Zusammenhangs die Rechtsfrage, welche Verfügungen als nicht sonderungsfähig zu eröffnen sind, von der Frage, wem diese Verfügungen nach § 2262 BGB mitzuteilen sind, zu trennen.

a) Nach § 2273 Abs. 1 BGB – der über § 2300 BGB auf Erbverträge entsprechend anwendbar ist – sind bei einem gemeinschaftlichen Testament im Rahmen des Eröffnungsverfahrens (§§ 2260 bis 2262 BGB) die Verfügungen des überlebenden Ehegatten nur insoweit zu verkünden bzw. mitzuteilen, als sie sich nicht von den Verfügungen des verstorbenen Ehegatten sondern lassen. Obwohl eine unbefangene Auslegung des § 2273 Abs. 1 BGB es nahelegt, eine ausdrücklich als Verfügung des überlebenden Ehegatten bezeichnete Bestimmung beim ersten Erbfall als sonderungsfähig anzusehen, hat sich in der Rspr. seit längerem die gegenteilige Auffassung durchgesetzt (grundlegend RGZ 150, 315, 318 ff.; BGHZ 91, 105, 108 ff. = NJW 1984, 2098 m. zust. Anm. Böckelmann, JR 1984, 501 auf Vorlage des OLG Stuttgart DNotZ 1984, 505; OLG Hamm a.a.O.; BayObLG BWNNotZ 1982, 144; LG OLGZ 1979, 269; vgl. auch Palandt/Edenhofer, 47. Aufl., Anm. 2; Münch-Komm/Musiak, 2. Aufl., Rd.-Nr. 3; RGRK/Johannsen, 12. Aufl., Rd.-Nr. 6, je zu § 2273 BGB; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 3. Aufl. 1988, § 40 III 4). Diese herrschende Auffassung stellt darauf ab, daß alle Verfügungen des überlebenden Ehegatten zugleich auch solche des verstorbenen sind, weil sie von letzterem auch für den Fall seines Überlebens getroffen sind, und daß dem Nachlaßrichter im Eröffnungsverfahren die Entscheidung darüber verwehrt ist, ob eine Verfügung wirksam oder (durch den Tod des ersten Ehegatten) gegenstandslos ist.

Zwar sind gegen diese Auslegung wiederholt Bedenken geltend gemacht worden (z. B. OLG Stuttgart a.a.O.; Lützeler, NJW 1966, 58; Bühler, BWNNotZ 1980, 34), die auf das

Geheimhaltungsinteresse des überlebenden Ehegatten und dessen Persönlichkeitsrecht abstellen. Die Kammer hält diese Bedenken jedoch insoweit nicht für durchschlagend, als dem berechnete Interessen anderer am Erbfall Beteiligter entgegenstehen. Wenn auch das verfassungsrechtlich geschützte Persönlichkeitsrecht seit der Entscheidung des RG aus dem Jahre 1936 eine gewaltige Entwicklung erfahren hat, so ist festzustellen, daß schon damals eine Abwägung der gegensätzlichen – privaten – Interessen stattgefunden hat, die auch die jüngste obergerichtliche Rspr. (insbesondere BGHZ 91, 315) als sach- und normgerecht bewertet hat. Daß das Interesse von Pflichtteilsberechtigten, insbesondere von Abkömmlingen, an der Eröffnung aller nicht sonderungsfähigen Bestimmungen des gemeinschaftlichen Testaments bzw. Erbvertrages das Geheimhaltungsinteresse des überlebenden Ehegatten überwiegt, damit jene über die Ausübung ihrer Rechte sachgerecht entscheiden können, wird auch von denjenigen nicht in Zweifel gezogen, die einen stärkeren Schutz des Überlebenden befürworten (so besonders Bühler, ZRP 1988, 59, 61; Langenfeld, NJW 1987, 1577, 1582). Das gleiche muß aber, so lange die geforderte Gesetzesänderung nicht vorgenommen ist, auch dann gelten, wenn – wie hier – keine pflichtteilsberechtigten, aber sonstige gesetzliche Erben des Erstverstorbenen vorhanden sind. Die gesetzlichen Erben haben auch dann, wenn sie durch eine testamentarische Verfügung von der Erbfolge ausgeschlossen sein sollen, von Gesetzes wegen eine eigene Rechtsposition mit der Folge, daß sie z. B. die letztwillige Verfügung anfechten oder die Testierfähigkeit des Erblassers in Zweifel ziehen können. Die Eindeutigkeit, mit der der BGH die Sonderungsfähigkeit solcher wechselbezüglicher Verfügungen von Ehegatten verneint hat, läßt es verfehlt erscheinen, die insoweit höchstrichterlich geklärte Rechtslage erneut in Zweifel zu ziehen.

Somit ist festzustellen, daß das Nachlaßgericht nicht dem Antrag der Bet. zu 1) entsprechen darf, die Verfügungen des überlebenden Ehegatten (§§ 4 bis 10 des Erbvertrages) von der Eröffnung auszunehmen und von deren Mitteilung an die Bet. zu 2) und 3) abzusehen.

b) Das in § 2273 Abs. 1 BGB aufgrund der herrschenden Auslegung als gering bewertete Geheimhaltungsinteresse des überlebenden Ehegatten findet allerdings zum Teil einen Schutz über die Begrenzung der „Beteiligten“ i.S.d. §§ 2260, 2262 BGB.

Gesetzliche Erben – gleichgültig, ob pflichtteilsberechtigt oder nicht – sind wegen ihrer ausdrücklichen Erwähnung in § 2260 immer „Beteiligte“, die grundsätzlich zur Eröffnung hinzuzuziehen sind oder denen das Testament nach § 2262 BGB mitzuteilen ist. Für Vermächtnisnehmer, die keine gesetzlichen Erben sind, hat der BGH dagegen in einem gleichartig liegenden Fall im Hinblick auf das vorrangige Geheimhaltungsinteresse des überlebenden Ehegatten entschieden, daß sie beim ersten Erbfall Nichtbeteiligte sind, wenn ihnen nur der Längstlebende ein Vermächtnis zugewandt hat (BGHZ 70, 173, 176 = NJW 1978, 633 = DNotZ 1978, 301 = MittRhNotK 1978, 43). Demgemäß hat auch das Nachlaßgericht angekündigt, daß es von einer Unterrichtung der in § 7 des Erbvertrages genannten 17 Vermächtnisnehmer absehen wird.

Fraglich ist nun, ob die beiden als Erben des überlebenden Ehegatten eingesetzten Geschwisterkinder (§ 4 Erbvertrag), die nicht gesetzliche Erben sind, ebenfalls keine Beteiligten beim ersten Erbfall sind, oder ob sie – anders als Vermächtnisnehmer – doch als Beteiligte anzusehen sind. Die Kammer beantwortet diese Frage – insoweit in Abweichung vom OLG Hamm (a.a.O.) – für die vorliegende Fallgestaltung im erstgenannten Sinne. Der vom OLG Hamm als entscheidend herausgestellte und auch bereits vom RG (a.a.O.) herangezogene Gesichtspunkt, den als Erben des Längstlebenden eingesetzten Verwandten müsse die Prüfung ermöglicht werden, ob sie nicht nur als Schlußerben des Überlebenden, sondern schon als Nacherben des Erstverstorbenen eingesetzt seien, hält die Kammer bei der hier vorliegenden letztwilligen Verfügung nicht

für durchschlagend. Zum einen handelt es sich – im Gegensatz zu dem vom OLG Hamm entschiedenen Fall – um eine notarielle Verfügung (§ 2276 Abs. 1 BGB), so daß eine Vermutung dafür spricht, daß der Notar den Willen der gemeinsam testierenden Ehegatten mit rechtlich zutreffenden Formulierungen niedergelegt hat. Weiter enthält § 10 des Erbvertrages eine Regelung, die – insbesondere mit dem Widerrufsrecht des überlebenden Ehegatten – deutlich gegen eine verborgene Nacherfolge der eingesetzten Verwandten spricht (vgl. auch Bühler, ZRP 1988, 61).

Die gesetzliche Vermutung der §§ 2280, 2269 BGB, wonach der eingesetzte Dritte im Zweifel Schlußerbe des Überlebenden sein soll, wird in ihr Gegenteil verkehrt, wenn immer auf die nur abstrakte Möglichkeit einer verborgenen Nacherbeinsetzung abgestellt wird, ohne daß konkrete Anhaltspunkte für einen solchen Erblasserwillen erkennbar sind. Die Erwägungen, die den BGH veranlaßt haben, Vermächtnisnehmer des überlebenden Ehegatten vom Kreis der Beteiligten im ersten Erbfall auszunehmen, treffen in gleicher Weise auf die Schlußerben zu, soweit es sich nicht um gesetzliche Erben des Erstverstorbenen handelt. Das Geheimhaltungsinteresse des überlebenden Testierers muß sich zwar Einschränkungen aufgrund gesetzlicher Erbrechte gefallen lassen, im Regelfalle aber nicht durch die Interessen entfernterer Personen, die durch letztwillige Verfügung als Erben des Überlebenden eingesetzt sind. Bei einer solchen differenzierten Bewertung des Geheimhaltungsinteresses des überlebenden Ehegatten sieht die Kammer auch keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

Demgemäß ist das Nachlaßgericht anzuweisen, von einer Mitteilung des (vollständigen) Erbvertrages an die in § 4 genannten Erben des überlebenden Ehegatten abzusehen.

#### **6 b) Erbrecht – Miteröffnung von Verfügungen des überlebenden Ehegatten bei Tode des Erstversterbenden (BVerfG, Beschluß vom 2. 2. 1994 – 1 BvR 1245/89)**

##### **BGB § 2273 Abs. 1**

**Die Bestimmung des § 2273 Abs. 1 BGB und ihre Auslegung durch die Rechtsprechung sind mit der Verfassung vereinbar.**

**(Leitsatz nicht amtlich)**

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

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen

- a) den Beschluß des OLG Stuttgart vom 24. 8. 1989 – 8 W 224/89 –,
- b) den Beschluß des LG Stuttgart vom 22. 12. 1988 – 2 T 157/88 (= Mitt-RhNotK 1994, 292, in diesem Heft);
- c) den Beschluß des Notariats Stuttgart-Botnang – Nachlaßgericht – vom 12. 1. 1988 – N 293/1987 –.

Das OLG hat die weitere Beschwerde der Bet. zu 1) gegen den Beschluß des LG Stuttgart zurückgewiesen, die zum Ziel hatte, das Nachlaßgericht anzuweisen, die Eröffnung des Erbvertrages gegenüber den Bet. zu 2) und 3) auf die Bestimmungen in §§ 1 bis 3 des Erbvertrages zu beschränken.

##### **Aus den Gründen:**

Die Voraussetzungen für eine Annahme der Verfassungsbeschwerde nach § 93 a Abs. 2 BVerfGG, der auch auf bereits anhängige Verfahren anzuwenden ist (vgl. Art. 8 des Fünften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über das BVerfG vom 2. 8. 1993, BGBl. I, 1442), liegen nicht vor. Der Verfassungsbeschwerde kommt weder grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu, noch ist ihre Annahme zur Durchsetzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten angezeigt.

1. Die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidungen beruhen nicht auf der Anwendung einer verfassungswidrigen Norm.

- a) § 2273 Abs. 1 BGB verletzt nicht die in Art. 14 Abs. 1 GG als Bestandteil der Erbrechtsgarantie verfassungsrechtlich ge-

währleiste Testierfreiheit. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Testierfreiheit auch das Recht auf Geheimhaltung des letzten Willens bis zum Tode des Testierenden umfaßt. Jedenfalls ist § 2273 Abs. 1 BGB eine Regelung, die gerade ein berechtigtes Interesse des überlebenden Ehegatten daran anerkennt, daß seine Verfügungen nicht vor seinem Tode bekannt werden. Sie ist zum Schutze dieses Interesses erlassen worden und dient diesem auch, da sie die Vorschriften der §§ 2260 ff. BGB über die Verpflichtung des Nachlaßgerichtes zur Eröffnung von Testamenten einschränkt. Mit § 2273 Abs. 1 BGB ist der Gesetzgeber seiner Aufgabe, Inhalt und Schranken des Erbrechtes durch die Gesetze zu bestimmen und Interessenkonflikte zwischen rechtlich gleichgeordneten Rechtssubjekten des bürgerlichen Rechts sachgerecht zu lösen, nachgekommen. Er stand dabei vor der Notwendigkeit, sowohl das Interesse des überlebenden Ehegatten an der Geheimhaltung seiner letztwilligen Verfügungen als auch das Unterrichtsbedürfnis sonstiger als Erbberechtigte in Betracht kommender Personen zu berücksichtigen. Zumind. gesetzliche Erben und Pflichtteilsberechtigte nehmen Rechtspositionen ein, die bei einem Abweichen von der gesetzlichen Erbfolge durch Verfügungen von Todes wegen regelmäßig berührt werden. Zur Wahrung ihrer Interessen, die auch in der Hinnahe sie benachteiligender Anordnungen ihren Ausdruck finden können, benötigen sie Kenntnis aller letztwilligen Verfügungen des Erblassers (vgl. BGHZ 91, 105, 109). Eine zutreffende Unterrichtung über den Inhalt eines Testamentes oder eines Erbvertrages ist für die davon Betroffenen für alle weiteren Schritte und alle späteren Verfahren entscheidend und kann als eine notwendige Maßnahme im Vorfeld der Wahrung von Gehörsrechten aus Art. 103 Abs. 1 GG bezeichnet werden (vgl. Bökelmann, JR 1984, 501). Der Gesetzgeber hat der Spannungslage, welche durch einander gegenüberstehende unterschiedliche Rechtspositionen bedingt ist, Rechnung getragen. § 2273 Abs. 1 BGB ordnet an, daß nur diejenigen Verfügungen des Überlebenden, die sich von Anordnungen des Erblassers sondern lassen, geheimzuhalten sind.

b) Diese Regelung verstößt auch nicht gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) des überlebenden Ehegatten. Selbst wenn diesem ein Recht auf Geheimhaltung des letzten Willens zu entnehmen sein sollte, ist es gem. Art. 2 Abs. 1 GG doch der gesetzlichen Einschränkung zugänglich. Eine solche Einschränkung stellt § 2273 Abs. 1 BGB dar. Sie greift auch nicht unverhältnismäßig in das Persönlichkeitsrecht ein.

Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, daß kein Zwang besteht, die eigene letztwillige Verfügung mit der eines anderen so zu verbinden, daß eine Abänderung unmöglich ist. Die Wahrung des Geheimhaltungsinteresses liegt in den Händen der Testierenden. Diese können die von ihnen angestrebten sachlichen Regelungen auch durch Erklärungen, die sich voneinander trennen lassen, erreichen. Die Möglichkeit einer sprachlichen Trennung gemeinschaftlicher Verfügungen von Todes wegen stellt auch in den Fällen, in denen die Testierer für den Fall ihres Überlebens übereinstimmende Bestimmungen getroffen haben, keine Scheinlösung dar. Der Einwand, daß in solchen Fällen nach dem Tode des zuerst versterbenden Beteiligten sowohl seine für den Fall des Zuerstversterbens getroffenen Bestimmungen als auch seine Bestimmungen für den Fall seines Überlebens eröffnet werden und aus den letztgenannten auf entsprechende Bestimmungen des Überlebenden geschlossen werden könne, greift nicht. Raum für Mutmaßungen Dritter über den Inhalt der Verfügungen des Längstlebenden ist schon dann gegeben, wenn keine Gewißheit über den vollen Inhalt der gemeinschaftlichen Verfügung von Todes wegen besteht. Diese Situation besteht aber auch dann, wenn der letzte Wille des Überlebenden zu dessen Lebzeiten gänzlich geheimgehalten wird. Jedenfalls ist der Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht gehalten, § 2273 Abs. 1 BGB eine Fassung zu geben, welche den überlebenden Ehepartner durch ein Gebot der absoluten Geheimhaltung seiner Verfügungen von Todes wegen vor derartigen Mißlichkeiten bewahrt. Es steht ihm allerdings frei, andere, für ausgewogener gehaltene Lösungen zum

Ausgleich der sich gegenüberstehenden Interessen zu wählen, wie dies teilweise gefordert wird (vgl. Langenfeld, NJW 1987, 1577, 1582; Bühler, ZRP 1988, 59, 61).

2. Auch die Anwendung des § 2273 Abs. 1 BGB auf den Ausgangsfall durch die erkennenden Gerichte läßt keine Grundrechtsverstöße erkennen. Die normalen Subsumtionsvorgänge innerhalb des einfachen Rechts sind solange der Nachprüfung des BVerfG entzogen, als nicht Auslegungsfehler sichtbar werden, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts, insbesondere vom Umfang seines Schutzbereiches, beruhen und auch in ihrer materiellen Bedeutung für den konkreten Rechtsfall von einigem Gewicht sind (vgl. BVerfGE 18, 85, 92 f.; 19, 303, 310). Die unter Verweis auf die Rspr. des BGH (BGHZ 91, 105, 108 ff.) zu § 2273 Abs. 1 BGB von LG und OLG vertretene Rechtsauffassung im Rahmen des § 2273 Abs. 1 BGB könne nicht zwischen wirksamen bzw. gegenstandslos gewordenen Verfügungen unterschieden werden, weshalb ein gemeinschaftliches Testament auch insoweit zu verkünden sei, als es sich um die Berufung eines Dritten zum Erben des erstverstorbenen Ehegatten handele, obwohl diese Erbeinsetzung nur im Falle des Überlebens dieses Ehegatten wirksam geworden wäre, läßt keine Grundrechtsverfehlungen erkennen. Diese von der h.M. geteilte Auslegung (vgl. hierzu MünchKomm/Musielak, 2. Aufl. 1989, § 2273 BGB, Rd.-Nr. 3) kann sich zudem auf Erwägungen stützen, welche dem Regelungskonzept des § 2273 Abs. 1 BGB zugrunde liegen. Die Instanzgerichte haben auch ansonsten die entgegenstehenden Grundrechtspositionen gewürdigt und in ihre Entscheidungsfindung einbezogen.

## **7. Gesellschaftsrecht/Handelsrecht – Keine Gesamtprokura mit dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH bei der GmbH & Co. KG**

(BayObLG, Beschluß vom 3. 8. 1994 – 3Z BR 174/94 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

**In einer KG, deren einzige persönlich haftende Gesellschafterin eine GmbH ist, darf die KG, für die Gesamtprokuristen bestellt sind, Prokura jedenfalls nicht in der Weise erteilen, daß ein Gesamtprokurist an die Mitwirkung eines gesamtvertretungsbefugten Geschäftsführers der Komplementär-GmbH gebunden wird; eine solche Gesamtprokura ist unwirksam.**

### **Zum Sachverhalt:**

1. Im Handelsregister ist die X GmbH + Co., eine KG, eingetragen, deren alleinige Komplementärin die X Geschäftsführungs-GmbH ist. Unter der Spalte „Prokura“ ist für die KG eingetragen:

Einzelprokura: A

Prokura zusammen mit einem anderen Prokuristen: B und C

Am 29. 12. 1993 meldete die Komplementärin zur Eintragung in das Handelsregister an, „daß den nachgenannten Herren Gesamtprokura in der Weise erteilt ist, daß sie die Gesellschaft jeweils entweder gemeinsam mit einem weiteren Prokuristen oder einem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH vertreten können“. Genannt werden sodann B und C.

2. Mit Zwischenverfügung vom 3. 1. 1994 hat das Registergericht – Rechtspfleger – die Anmeldung beanstandet; es sei unzulässig, den Prokuristen bei der Vertretung der KG an die Mitwirkung eines außenstehenden Dritten zu binden. Die als Beschwerde geltende Erinnerung der KG, welcher der Rechtspfleger und die Registerrichter nicht abgeholfen haben, hat das LG mit Beschluß vom 28. 4. 1994 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der KG.

### **Aus den Gründen:**

Das Rechtsmittel ist unbegründet.

1. Das LG hat ausgeführt: Auf die Entscheidung des BGH (BGHZ 99, 76 = DNotZ 1987, 371 = MittRhNotK 1987, 54) könne sich die KG nicht berufen, da diesem Beschluß ein anderer Sachverhalt zugrunde gelegen habe. Aus der Tatsache, daß der Prokurist bei der Vertretung an die Mitwirkung der

Komplementär-GmbH gebunden sein könne, folge nicht, daß auch eine Bindung an Organe der Komplementär-GmbH zulässig sei.

2. Die Auffassung des LG begegnet aus Rechtsgründen keinen Bedenken.

a) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kann aus der Entscheidung des BGH, nach der die Prokura auch in der Weise erteilt werden kann, daß der Prokurist einer GmbH berechtigt ist, die GmbH in Gemeinschaft mit einem gesamtvertretungsbefugten Geschäftsführer zu vertreten (BGHZ 99, 76 = DNotZ 1987, 371 = MittRhNotK 1987, 54), nicht hergeleitet werden, daß der Prokurist einer KG auch an die Zustimmung eines gesamtvertretungsbefugten Geschäftsführers der Komplementär-GmbH gebunden werden könnte. Diesen Fall hat der BGH ausdrücklich nicht entschieden (vgl. BGH a.a.O., 80).

b) Bei der echten oder allseitigen Gesamtprokura ist jeder Prokurist nur gemeinsam mit einem anderen Gesamtprokuristen, mit einem von mehreren oder nur mit allen anderen Gesamtprokuristen vertretungsberechtigt (vgl. Heymann/Sonnenschein, Rd.-Nr. 22, Staub/Joost, 4. Aufl., Rd.-Nr. 99 ff., je zu § 48 HGB). Bei der sog. unechten Gesamtprokura, um die es hier geht, wird die Ausübung der Vertretungsmacht des Prokuristen an die Mitwirkung einer anderen Person gebunden, die nicht selbst Prokurist ist, und deren Vertretungsbefugnis auf anderen Rechtsgrundlagen beruht (vgl. Heymann/Sonnenschein, a.a.O., Rd.-Nr. 25; Staub/Joost, a.a.O., Rd.-Nr. 102). Dabei ist aber der Grundsatz zu beachten, daß der Prokurist nicht an die Mitwirkung eines unternehmensfremden Dritten gebunden werden kann; denn aus dem Handelsregister muß die Beschränkung der Prokura ersichtlich sein. Die Eintragung einer solchen Beschränkung scheidet aber daran, daß das Verhältnis zu unternehmensfremden Dritten im Handelsregister nicht eintragungsfähig ist, unbeschadet der Tatsache, daß eine solche Bindung im Innenverhältnis regelmäßig wirksam ist.

(1) Demnach ist es bei der KG grundsätzlich zulässig, den Prokuristen an die Mitwirkung eines Komplementärs zu binden; das gilt auch, wenn es sich dabei um eine Komplementär-GmbH handelt. Dies ist zwar nicht völlig unproblematisch (vgl. hierzu Hofmann, der Prokurist, 6. Aufl., 84 f., 100 ff.), wird aber als gemischte Gesamtprokura allgemein für zulässig erachtet (vgl. BGHZ 99, 76, 78 = DNotZ 1987, 371 = MittRhNotK 1987, 54; BayObLG WM 1970, 333 = DNotZ 1970, 429 = Rpfleger 1970, 92 f.; Heymann/Sonnenschein, Rd.-Nr. 26, Staub/Joost, Rd.-Nr. 106, je zu § 48 HGB).

(2) Hingegen ist es nach h. M. nicht zulässig, eine Prokura in der Weise zu bestellen, daß der Prokurist der KG zusammen mit einem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH vertretungsberechtigt ist (vgl. BayObLG a.a.O.; OLG Hamburg GmbHR 1961, 128 m. Anm. Hesselmann, 129; Heymann/Sonnenschein, a.a.O., Rd.-Nr. 26 a.E.; Staub/Joost, a.a.O., Rd.-Nr. 108; Baumbach/Duden/Hopt, 28. Aufl., Anh. § 177 a BGB, Anm. IV 2 B; Germer, BWNZ 1986, 54, 56; Ziegler, Rpfleger 1984, 5, 6, Fn. 27; Grüter, BB 1979, 243, 245). Dies gilt jedenfalls dann, wenn wie hier die Bindung der Prokura auch an einen gesamtvertretungsbefugten Geschäftsführer der Komplementär-GmbH bestehen soll. Der von der KG erstrebte „Durchgriff“ auf einen Geschäftsführer scheidet schon grundsätzlich daran, daß es mit dem Wesen einer juristischen Person nicht zu vereinbaren ist, ihr Vertretungsorgan direkt als den Rechtsträger auszuweisen. Die Geschäftsführer einer Komplementär-GmbH sind als solche keine Angehörigen des Unternehmens der KG, sondern Dritte; an deren Mitwirkung kann aber der Prokurist nicht mit Wirkung nach außen gebunden werden. Ein praktisches Bedürfnis für die Zulassung einer Prokura der hier angemeldeten Art ist nicht ersichtlich (vgl. BayObLG, a.a.O.; Staub/Joost, a.a.O.) und auch nicht vorgebracht. Der Senat hält deshalb an der bisherigen Rspr. des BayObLG fest.

## 8. Gesellschaftsrecht/Konzernrecht – Fristlose Kündigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages

(OLG Düsseldorf, Beschluß vom 19. 8. 1994 – 3 Wx 178/94 – mitgeteilt von Richter am OLG Dr. Johannes Schütz, Düsseldorf)

GmbHG §§ 53 ff.  
AktG §§ 287, 298

1. Die Beendigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages ist zur Eintragung in das Handelsregister bei der abhängigen GmbH anzumelden.
2. Die Regelung des § 297 AktG ist im GmbH-Konzernrecht entsprechend anwendbar.
3. Der Registerrichter ist zur Prüfung der materiellen Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen berechtigt und verpflichtet, wenn sich Anhaltspunkte für das Fehlen eines wichtigen Kündigungsgrundes i.S.d. § 297 AktG ergeben.
4. Die Veräußerung seiner Anteilsrechte am beherrschten Unternehmen begründet für den Organträger kein Recht zur fristlosen Kündigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages, wenn Umstände und Zeitpunkt der Anteilsveräußerung von wirtschaftlichen Zwängen unbeeinflusst und damit steuerbar waren und das beherrschte Unternehmen einer vorzeitigen Vertragsbeendigung nicht widerspricht.

### Zum Sachverhalt:

Die Ast. hat im März 1989 mit der X-AG in F. einen Organschafts- und Gewinnabführungsvertrag (mit Verlustausgleichspflicht) abgeschlossen. Dieser und der zustimmende Beschluß der Gesellschafterversammlung der Ast. vom 17. 3. 1989 sind im Handelsregister eingetragen. In § 5 des in der Folgezeit mehrfach geänderten Vertrages ist vorgesehen, daß der Vertrag mit einer Frist von einem Jahr, erstmals zum 31. 12. 1994 gekündigt werden kann.

Im Dezember 1992 wurden die gesamten Geschäftsanteile an der Ast. an die Firma G.-GmbH übertragen. Im Januar 1993 meldete die Ast. zur Eintragung in das Handelsregister an, daß „der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag . . . am 22. 12. 1992 aus Anlaß des an diesem Tage erfolgten Verkaufs sämtlicher Geschäftsanteile unserer Gesellschaft aus wichtigem Grund gekündigt und aufgehoben worden“ sei. Beigefügt war ein Schreiben der X-AG an die Ast. vom 22. 12. 1992, unter anderem folgenden Inhalts:

„Aus Anlaß des heute erfolgten Verkaufs Ihrer Gesellschaft kündigen wir hiermit diesen Vertrag mit sofortiger Wirkung aus wichtigem Grund. Wir bitten Sie, uns auf der anliegenden Zweitschrift den Erhalt dieser Kündigungserklärung zu bestätigen.“

Das Schreiben war mit dem Zusatz „Kündigung erhalten“ von den Vertretern der Ast. abgezeichnet worden.

Mit Verfügung vom 13. 1. 1994 wies der Registerrichter darauf hin, daß die Anteilsveräußerung, weil sie von der herrschenden Gesellschaft beliebig herbeigeführt werden könne, keinen wichtigen Kündigungsgrund darstelle und im Falle einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung der schriftliche Aufhebungsvertrag und der zustimmende Beschluß der Gesellschafterversammlung nachzuweisen seien. Nach Ablauf der – durch Verfügung vom 28. 4. 1993 verlängerten – Erledigungsfrist hat das AG den Eintragungsantrag mit Beschluß vom 7. 7. 1993 zurückgewiesen.

Der Beschwerde hat das AG nicht abgeholfen. Nach Vorlage hat das LG das Rechtsmittel als unbegründet zurückgewiesen. Die Ast. hat gegen die Entscheidung des LG weitere Beschwerde eingelegt.

### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist zulässig (§§ 20, 27, 29 FGG), sachlich aber nicht begründet; denn die Entscheidung des LG beruht nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§§ 27 FGG, 550 ZPO).

1. Alle Beteiligten gehen ersichtlich und auch mit Recht davon aus, daß die Beendigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages zur Eintragung in das Handelsregister bei der abhängigen GmbH angemeldet werden muß. Der BGH

(BGHZ 105, 324, 339 = DNotZ 1989, 102 = MittRhNotK 1988, 261) hat beim Abschluß eines solchen Vertrages in analoger Anwendung des § 54 Abs. 1 GmbHG die Eintragung des Vertrages selbst und des Zustimmungsbeschlusses der abhängigen GmbH für erforderlich erachtet. Es kann deshalb keinem Zweifel unterliegen, daß auch die Beendigung eines solchen Vertrages durch Eintragung im Handelsregister verlautbart werden muß (vgl. § 298 AktG), wobei dahingestellt bleiben kann, ob der Eintragung insoweit auch beim GmbH-Vertragskonzern wie im Aktienrecht nur deklaratorische Wirkung beizumessen ist (vgl. § 54 Abs. 3 GmbHG).

2. Das Registergericht ist im vorliegenden Fall mit Recht über die Feststellung der formellen Eintragungsfähigkeit hinaus mit der Beanstandung des Fehlens eines wichtigen Kündigungsgrundes in die Prüfung der sachlichen Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen eingetreten.

Allerdings besteht für Eintragungen im Handelsregister nur eine begrenzte Amtsermittlungspflicht. Eine Anmeldung zum Handelsregister dient, jedenfalls bei deklaratorischen Eintragungen, zugleich der Glaubhaftmachung der einzutragenden Tatsachen und begründet damit eine Vermutungswirkung (vgl. BayObLGZ 1982, 198, 202 und 1973, 158, 160 = DNotZ 1974, 42). Drängen sich jedoch trotz ordnungsgemäßer Anmeldung Zweifel an der Richtigkeit der einzutragenden Tatsachen auf oder sind die Tatsachen nicht schlüssig dargelegt, ist das Gericht zur Aufklärung des Sachverhalts gem. § 12 FGG berechtigt und verpflichtet (u. a. RGZ 127, 154, 156 und 140, 181; Keidel/Schmatz/Stöber, Registerrecht, 5. Aufl., Rd.-Nr. 29).

Dies gilt auch für die die Wirksamkeit einer Kündigung aus wichtigem Grunde rechtfertigenden Tatsachen. Bestehen Anhaltspunkte für das Fehlen eines Kündigungsgrundes i.S.d. § 297 AktG, ist der Registerrichter gehalten, auch insoweit in die Prüfung der materiellen Richtigkeit der Anmeldung einzutreten (vgl. KK/Koppensteiner, 2. Aufl., § 298 AktG, Rd.-Nr. 4; Hüffer, § 298 AktG, Rd.-Nrn. 4 f.; a.A. offenbar Geßler/Hefermehl, § 298 AktG, Rd.-Nr. 12).

3. Die von der Ast. erstmals mit der Rechtsbeschwerde vertretene Rechtsauffassung, die von der X-AG ausgesprochene Kündigung sei im Zusammenhang mit der Gegenzeichnung des Kündigungsschreibens als eine einvernehmliche Aufhebung des Unternehmensvertrages zu bewerten, ist unzutreffend. Weder der Vermerk der Ast. auf dem Kündigungsschreiben „Kündigung erhalten“ noch die auf Eintragung der Kündigungsfolge gerichtete Registeranmeldung enthalten eine der einvernehmlichen Aufhebung des Unternehmensvertrages zustimmende Erklärung der Ast. Auch die Kündigungserklärung der X-AG ist als solche kein Angebot auf Abschluß eines Vertrages, sondern ein einseitig gestaltendes Rechtsgeschäft. Deshalb und im übrigen fehlt es auch an der entsprechend § 296 Abs. 1 S. 3 AktG für einen Aufhebungsvertrag erforderlichen Schriftform. Schließlich ist die Registeranmeldung, die der angefochtenen Entscheidung zugrunde liegt, allein darauf gerichtet, die Vertragsbeendigung infolge Kündigung durch Eintragung im Handelsregister zu verlautbaren.

4. Nach dem von der Ast. vorgetragenen Sachverhalt haben AG und LG ein Recht der X-AG zur Kündigung des Unternehmensvertrages aus wichtigem Grunde nicht feststellen können. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

a) Langfristige Verträge sind allerdings aus wichtigem Grunde kündbar. In Übereinstimmung mit diesen allgemein für Dauerverhältnisse geltenden Grundsätzen gewährt § 297 Abs. 1 AktG ein außerordentliches Kündigungsrecht für Unternehmensverträge, wenn das weitere Festhalten am Vertrag – bis zum vorgesehenen Ende oder auch nur bis zum nächst zulässigen ordentlichen Kündigungstermin – für eine oder beide Parteien unter Abwägung der beiderseitigen Interessenlage nicht mehr zumutbar ist (vgl. u. a. KK/Koppensteiner, 2. Aufl., § 297 AktG, Rd.-Nr. 10 m.w.N.).

b) Die entsprechende Anwendung der Regelung des § 297 AktG im GmbH-Konzernrecht wird in der Lit. einhellig (Hachenburg/Barz, 7. Aufl., § 13 GmbHG, Anh. II, Rd.-Nr. 39; Ebenroth/Parche, BB 1989, 637 ff.; Timm, GmbHR 1987, 8 ff., 14; Wirth, DB 1990, 2105 ff.) und inzwischen auch von der Rspr. (LG Bochum GmbHR 1987, 24 f.) bejaht. Dabei wird die Frage, ob der Organträger den Unternehmensvertrag nur deshalb aus wichtigem Grunde kündigen kann, weil er seine Beteiligung an dem beherrschten Unternehmen veräußert hat, in der Lit. überwiegend negativ oder doch je nach dem wirtschaftlichen Hintergrund der Veräußerung differenzierend beantwortet: Während das LG Bochum (GmbHR 1987, 24 ff.) und ein Teil der Lit. (u. a. Hachenburg/Barz, 7. Aufl., § 13 GmbHG, Anh. II, Rd.-Nr. 39: ohne nähere Begründung; Krieger, Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 4, § 70, Rd.-Nr. 77: „in aller Regel“) aus der Anteilsveräußerung offenbar grundsätzlich ein fristloses Kündigungsrecht ableiten wollen, wird im übrigen die fristlose Kündigung durch das beherrschende Unternehmen jedenfalls dann für ausgeschlossen erachtet, wenn sich der Organträger aus freiem Belieben und ohne wirtschaftliche Zwänge zur Anteilsveräußerung entschließt und damit durch gezielte Änderung der Beteiligungsverhältnisse selbst einen Kündigungsgrund schafft (so etwa LG Frankenthal ZIP 1988, 1460 ff.; Ebenroth/Parche, BB 1989, 637 ff.; Hüffer, § 297 AktG, Rd.-Nr. 7; Laule, AG 1990, 145 ff., 152; Rix, MittRhNotK 1986, 29 ff., 41; Timm, GmbHR 1987, 8 ff.; Wirth, DB 1990, 2105 ff.).

c) AG und LG haben sich im vorliegenden Fall mit Recht der differenzierenden Auffassung angeschlossen. Bei den von der Ast. mitgeteilten Motiven für die Anteilsveräußerung und den sonstigen Begleitumständen gibt es keine überzeugenden Gründe für die Annahme, daß der kündigenden X-AG ein Festhalten am Vertrag nicht zumutbar gewesen sein könnte, obgleich sie die Anteilsveräußerung gezielt und freiwillig herbeigeführt hat.

§ 5 des Unternehmensvertrages aus 1989 enthält eine konkrete und eindeutige Regelung der – regulären – Beendigung des Vertragsverhältnisses. Die dort ausdrücklich anerkannte Möglichkeit einer Kündigung aus wichtigem Grunde würde einen Sachverhalt voraussetzen, der wegen einer wesentlichen Änderung der beim Abschluß des Vertrages vorausgesetzten Verhältnisse zu einer von der damaligen Beurteilung (§ 5 des Vertrages) abweichenden Bewertung der Zumutbarkeit einer regulären Vertragsbeendigung zwingt. Dabei kann auch und gerade im Zusammenhang mit gesellschaftsrechtlichen Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen der für Dauerschuldverhältnisse allgemein geltende Grundsatz, daß eine Kündigung nicht auf vom Kündigenden selbst herbeigeführte oder zu vertretende Umstände gestützt werden kann (u. a. BGH NJW 1951, 836), nicht unberücksichtigt bleiben, mag ihm in diesem Bereich auch neben wirtschaftlichen Überlegungen keine allein ausschlaggebende Bedeutung zukommen. Der Verkauf der Anteile der abhängigen GmbH ist eine Vermögensdisposition des herrschenden Unternehmens, die in dessen wirtschaftlichem Ermessen steht. Dem herrschenden Unternehmen kann und soll es – nach dem Vertrag – nicht gestattet sein, sich nach freiem Belieben durch gezielte Herbeiführung eines Kündigungsgrundes aus den mit dem Vertrag verbundenen rechtlichen und wirtschaftlichen Verpflichtungen (beispielsweise zum Verlustausgleich) zu lösen.

§ 17 KStG und § 55 Abs. 6 S. 2 der Körperschaftssteuer Richtlinien stellen lediglich steuerrechtliche Voraussetzungen auf, die erfüllt sein müssen, wenn ein Gewinnabführungsvertrag steuerlich anerkannt werden soll. Soweit in diesem Zusammenhang eine Veräußerung der Organbeteiligung durch den Organträger als wichtiger Grund zur Beendigung des Vertrages genannt wird, ist diese steuerrechtliche Anordnung für die gesellschaftsrechtliche Bewertung nicht präjudiziell (Ebenroth/Parche, BB 1989, 637 ff., 642; Timm, GmbHR 1987, 8 ff., 15). Mit Rücksicht auf den zweckbedingten Unterschied zwischen Steuer- und Gesellschaftsrecht ist davon auszugehen, daß eine auf dem Gebiet des Steuerrechts getroffene Regelung

auch nur dort mit abschließender Wirkung vorgenommen worden ist und ihre spezielle Funktion erfüllen soll (so BGH WM 1988, 1819, 1824 = DNotZ 1989, 102 = MittRhNotK 1988, 261).

Auch im übrigen gibt es jedenfalls im vorliegenden Fall keine ausreichenden Gründe, die die Annahme rechtfertigen würden, der X-AG als beherrschendem Unternehmen könne die Verweisung auf die regulären Möglichkeiten einer fristgerechten Kündigung oder der einvernehmlichen Vertragsaufhebung nicht zuzumuten sein.

Die Ast. hat zwar nicht – auch – selbst gekündigt. Sie macht aber ausdrücklich ihr Einverständnis mit dem Kündigungsausspruch geltend und hat im übrigen inzwischen – nach der Beschwerdeentscheidung des LG – einen Aufhebungsvertrag mit der X-AG abgeschlossen. Eine überzeugende Begründung dafür, weshalb nicht sogleich anstelle der außerordentlichen Kündigung eine einvernehmliche Regelung getroffen wird, ist weder dargetan noch ersichtlich. Dies unterscheidet den vorliegenden Fall von dem vom LG Bochum (a.a.O.) zu beurteilenden Sachverhalt. Die fristlose Kündigung hat als „ultima ratio“ eine innere Rechtfertigung nur und erst dann, wenn eine vertragsgerechte bzw. vertragsmäßige Beendigung des Rechtsverhältnisses nicht in Betracht kommt oder unzumutbar erscheint. Daß eine Vertragsaufhebung – entsprechend § 296 Abs. 1 AktG nur zum Ende eines Geschäftsjahres – im vorliegenden Fall mit unzumutbaren und unüberwindlichen rechtlichen oder wirtschaftlichen Schwierigkeiten verbunden gewesen wäre, ist nicht ersichtlich. Insbesondere ist nicht dargetan, daß die Möglichkeit einer Anteilsveräußerung etwa nur zu dem für die Kündigungserklärung gewählten Stichtag bestanden und sich andernfalls – mit für das herrschende Unternehmen untragbaren wirtschaftlichen Konsequenzen – zerschlagen hätte. Der Umstand, daß die Anteilsübernehmerin inzwischen einen eigenen Gewinnabführungsvertrag mit der Ast. abgeschlossen hat, spricht gegen eine solche Annahme.

Hat der Organträger demnach die Möglichkeit, die Umstände und den Zeitpunkt der Anteilsveräußerung gezielt zu steuern, kann er die fristlose Kündigung auch nicht mit den andernfalls während der Zeit zwischen der Anteilsübertragung und der Vertragsbeendigung eintretenden unerwünschten wirtschaftlichen und rechtlichen Konsequenzen der veränderten Beteiligungsverhältnisse rechtfertigen.

Allerdings führt der Umstand, daß der Anteilserwerber nicht zugleich auch als Vertragspartner herrschendes Unternehmen wird, die Anteilsveräußerung vielmehr den Unternehmensvertrag unberührt läßt, zu wirtschaftlichen Erschwernissen, auch wenn es nicht, wie das LG Bochum (a.a.O.) angenommen hat, zu einem Konflikt der Weisungsrechte kommen kann (vgl. hierzu Timm, a.a.O., 15). Denn auch nach dem Stichtag für die Anteilsübertragung wirken die Gewinnabführungs- und Verlustausgleichsverpflichtung wie auch das Weisungsrecht des früheren Organträgers fort. Faktische Schwierigkeiten dieser Art sind Unternehmensverträge als Dauerrechtsverhältnisse jedoch immanent. Sie sind bei einer von einem Vertragsteil angestrebten Veräußerung der Anteile an einen Dritten einzukalkulieren und damit steuerbar (vgl. Timm, a.a.O., und Ebenroth/Parche, a.a.O.).

5. Für den vorliegenden Fall war von einem Einverständnis der Ast. mit der vorzeitigen Vertragsbeendigung auszugehen und auch weder dargetan noch ersichtlich, daß die Verweisung der Vertragsparteien auf eine einvernehmliche bzw. fristgerechte Beendigung des Vertrages mit untragbaren oder doch schwerwiegenden wirtschaftlichen Folgen verbunden sein könnte. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob nicht auch im Falle einer Anteilsveräußerung schwerwiegende wirtschaftliche Gründe bzw. Veränderungen die fristlose Kündigung eines Unternehmensvertrages aus wichtigem Grunde dann rechtfertigen können, wenn die wirtschaftlichen Folgen eines Festhaltens an den Vertragsbedingungen dem herrschenden Unternehmen nicht mehr zumutbar erscheinen.

## 9. Notarrecht – Einseitiger Widerruf der Hinterlegungsanweisung unter Berufung auf AGB-Verstoß im Bauträgervertrag

(OLG Hamm, Beschluß vom 16. 2. 1994 – 15 W 228/93, mitgeteilt von Vorsitzendem Richter am OLG Dr. Karldieter Schmidt, Hamm)

### BNotO §§ 15; 23; 24

1. Die Unwirksamkeit einzelner materiell-rechtlicher Bestimmungen eines notariellen Kaufvertrages ergreift nicht das Treuhandverhältnis zwischen dem Notar und dem Vertragsschließenden.
2. Treffen die Vertragsparteien eines Grundstückskaufvertrages eine unwiderrufliche Hinterlegungs- und Auszahlungsvereinbarung, so kann der Käufer von dem Notar nicht Rückzahlung des auf ein Notaranderkonto entsprechend der vertraglichen Regelung der Fälligkeit gezahlten Kaufpreisteils mit der Begründung verlangen, diese Regelung entspreche nicht der Bauträgerverordnung.

### Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) kauften durch notariellen Vertrag vom 11. 6. 1991 von dem Bet. zu 2) ein Grundstück einschließlich eines von diesem zu errichtenden Eigenheimes sowie einen Miteigentumsanteil an einer Verkehrsfläche. Der Kaufpreis von 435.000,- DM war nach Baufortschritt teilweise auf Notaranderkonto, teilweise unmittelbar an den Bet. zu 2) zu zahlen. Die letzten 14 % waren gem. § 4 Nr. 2 f. des Vertrages nach Bezugsfertigkeit und 8 Tage vor der verkäuferseitig angezeigten Besitzübergabe auf Anderkonto des amtierenden Notars zur Zahlung fällig, wobei der Notar ermächtigt wurde, aus dieser Rate

„aa) über 10,5 % des Kaufpreises nach Vorlage des von den Vertragsparteien unterzeichneten Übergabeprotokolls, unbeschadet darin enthaltener Restarbeiten und Mängel,

bb) über restliche 3,5 % des Kaufpreises nach Anzeige der vollständigen Fertigstellung des Kaufgegenstandes durch den Verkäufer

für Zwecke des Verkäufers zu verfügen.“

Weiter heißt es in § 4:

„Die Zahlungen von b) bis f) hat Erwerber jeweils innerhalb von zwei Wochen nach der Anzeige des entsprechenden Bautenstandes durch Verkäufer zu bewirken, wenn im übrigen sämtliche zur Wirksamkeit dieses Kaufvertrages erforderlichen behördlichen Genehmigungen und Erklärungen – ausgenommen der Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes – dem Notar vorliegen und die sonstigen, in Abs. 1 bezeichneten Voraussetzungen erfüllt sind, insbesondere die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Eigentumsverschaffungsanspruches des Erwerbers.“

§ 11 des Vertrages enthält unter der Überschrift „Notaranderkonto“ die Anweisung an den Notar, die nach § 4 Nr. 2 a) und f) bb) zu zahlenden Raten bis zur Auszahlungsfälligkeit oder eventuellen Rückzahlungsfälligkeit auf einem Festgeldkonto anzulegen.

Der Kaufpreis wurde von den Bet. zu 1) in voller Höhe geleistet. Die letzte Rate von 3,5 % (= 15.225,- DM) befindet sich noch auf dem Anderkonto des Notars. Am 7. 7. 1992 wurde das Hausgrundstück den Bet. zu 1) übergeben. In der Folgezeit stritten die Beteiligten darüber, ob die Werkleistungen vollständig und mangelfrei erbracht worden seien. Im Blick auf die von ihnen gerügten Mängel verlangten die Bet. zu 1) mit Anwaltschreiben vom 13. 1. 1993 von dem Notar die Rückzahlung der letzten Rate nebst Verzinsung. Der Notar lehnte dies mit Schreiben vom 11. 3. 1993 ab.

Im vorliegenden Verfahren haben die Bet. zu 1) vor dem LG beantragt, dem Notar aufzugeben, die von ihm aufgrund des Bauträgervertrages vereinnahmte letzte Rate von 15.225,- DM nebst angefallener Verzinsung an sie auszukehren. Zur Begründung haben sie geltend gemacht, die Abforderung der letzten Bauträgertrate von 3,5 % aufgrund eines Formularvertrages sei unzulässig. Der Bet. zu 2) ist dem Antrag entgegengetreten. Er hat die Bet. zu 1) an das Prozeßgericht verwiesen.

Das LG hat die Beschwerde durch Beschluß vom 8. 7. 1993 zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung wenden sich die Bet. zu 1) mit ihrer weiteren Beschwerde.

### Aus den Gründen:

1. Die weitere Beschwerde ist formgerecht eingelegt worden und auch sonst zulässig; die Befugnis der Bet. zur Einlegung

dieses Rechtsmittels ergibt sich bereits aus der Zurückweisung ihrer ersten Beschwerde.

In der Sache hat das Rechtsmittel keinen Erfolg, weil die Entscheidung des LG nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 15 Abs. 1 S. 3 BNotO i.V.m. § 27 FGG).

Das LG war, wie der angefochtene Beschluß richtig sieht, mit einer zulässigen ersten Beschwerde befaßt. Das LG ist insbesondere zutreffend davon ausgegangen, daß der Beschwerdeweg nach § 15 Abs. 1 BNotO auch gegen die Weigerung eines Notars gegeben ist, in bestimmter Weise über Geld zu verfügen, das auf einem von ihm geführten Anderkonto hinterlegt ist, §§ 23, 24 BNotO (BGH DNotZ 1980, 496, 498 f.; Senat OLGZ 1984, 387, 392 = DNotZ 1985, 56 = MittRhNotK 1984, 170; OLGZ 1987, 170 = DNotZ 1987, 574; OLGZ 1990, 291, 294 = DNotZ 1991, 686; st. Rspr.). Die erste Beschwerde ist auch nicht etwa aus dem Gesichtspunkt unzulässig, daß der Notar über die Treuhandgelder bereits verfügt hat (vgl. Senat OLGZ 1990, 291, 295 m.w.N. = DNotZ 1991, 686). Denn nach den unangreifbaren Feststellungen des LG ist davon auszugehen, daß sich jedenfalls die letzte Rate noch auf dem – nicht näher bezeichneten – Notaranderkonto befindet.

2. In der Sache ist das LG im Ergebnis ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, daß der Notar sich mit Recht weigere, den von ihm auf einem Notaranderkonto verwahrten Betrag von 15.225,- DM an die Bet. zu 1) zurückzuzahlen.

a) Das LG führt aus: Die Auszahlung durch den Notar dürfte nur entsprechend den übereinstimmenden Weisungen der Beteiligten bei Abschluß des Vertrags oder aufgrund von übereinstimmenden späteren Weisungen der Beteiligten erfolgen. Falls ein am notariellen Vertrag Beteiligter einen materiell-rechtlichen Anspruch gegen einen anderen am Vertrag Beteiligten habe, könne er diesen Anspruch nicht ohne weiteres gegen den Notar geltend machen. Vielmehr bedürfe es übereinstimmender Weisungen der Beteiligten gegenüber dem Notar. Nach dem notariellen Vertrag sei der Notar nicht berechtigt oder verpflichtet, an die Bet. zu 1) einen bestimmten Betrag zurückzuzahlen, wenn diese irgendwelche Mängel geltend machten. Die Rechtsbeschwerde rügt, das LG habe übersehen, daß sich der Notar bei der Verweigerung der Rückzahlung nicht mehr im Rahmen der ihm gebührenden Entscheidungsfreiheit halte. Er verstoße vielmehr gegen ein gesetzliches Verbot, das durch die Verwahrungsanweisung nicht überspielt werden könne. Nach der Rechtsprechung des BGH sei es einem Bauträger untersagt, aufgrund einer Vereinbarung in einem Formularvertrag die letzte Rate von dem Notar anzufordern. Daran sei der Notar gebunden.

b) Diese Rüge ist unbegründet.

aa) Das LG hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Vertragsbedingungen, die in den notariellen Kaufvertrag eingeflossen sind, von den Bet. zu 2) gestellt oder aus einem von dem Notar benutzten Vertragsmuster aufgenommen worden sind. Dies ist aber von Bedeutung für die Frage, ob die Klausel über die Fälligkeit der letzten Kaufpreistrate an den Vorschriften des AGBG zu messen ist (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 53. Aufl., § 1 AGBG, Rd.-Nr. 8 m.N. zur Rspr. des BGH). Für das Rechtsbeschwerdeverfahren ist deshalb zugunsten der Bet. zu 1) zu unterstellen, daß dies der Fall ist. Dies wiederum hat zur Folge, daß die Regelung über die Fälligkeit der letzten 14 % des Kaufpreises in § 4 Nr. 2 f. des notariellen Kaufvertrages gem. § 11 Nr. 2 a AGBG unwirksam ist, weil sie darauf hinausläuft, dem Erwerber das Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 BGB zu nehmen oder es zumindest einzuschränken (vgl. BGH NJW 1985, 852 = DNotZ 1985, 287 = MittRhNotK 1985, 35). Die teilweise Unwirksamkeit materiell-rechtlicher Bestimmungen des Vertrages hat indessen keinen Einfluß auf das Treuhandverhältnis, wie es in der Gesamtregelung des Vertrages, insbesondere in § 4 (Kaufpreisfälligkeit), § 8 (Rücktritt vom Vertrage) und § 11 (Notaranderkonto) zum Ausdruck kommt. Im Blick darauf sind die in dem notariellen Vertrag getroffene schuld-

rechtliche Hinterlegungsvereinbarung und das an den Notar gerichtete verfahrensrechtliche Ersuchen, mit dem verwahrten Geld in bestimmter Weise zu verfahren, wirksam. Dies ergibt sich auch aus § 6 Abs. 1 AGBG, nach dem der Vertrag im übrigen wirksam bleibt, wenn allgemeine Geschäftsbedingungen ganz oder teilweise unwirksam sind.

bb) Rechtsbedenkenfrei hat das LG die in § 4 Nr. 2 f des Vertrages im Blick auf das Anderkonto getroffenen Regelungen als die Begründung eines mehrseitigen Treuhandverhältnisses gewertet, wie es bei der Vereinbarung der Parteien eines Kaufvertrages, den Kaufpreis beim Notar zu hinterlegen, regelmäßig vorliegt (vgl. Senat OLGZ 1984, 387, 395). Welchen Inhalt im vorliegenden Fall die von den Vertragsparteien erteilte übereinstimmende Weisung an den Notar hat, bedarf keiner abschließenden Beurteilung. Jedenfalls steht sie der begehrten Rückzahlung in den Fällen entgegen, in denen – wie hier – der Kaufvertrag durchgeführt werden soll.

cc) In der genannten Entscheidung konnte der Senat offenlassen, ob ein Beteiligter im Rahmen eines solchen Treuhandverhältnisses eine dem Notar erteilte Weisung widerrufen kann (a.a.O., 394 f.). Der Senat schließt sich nunmehr der als gefestigt geltenden Rspr. an, daß der Notar die ihm von den Vertragsparteien gemeinsam erteilte unwiderrufliche Anweisung, den auf sein Anderkonto eingezahlten Kaufpreis nach Erfüllung bestimmter Voraussetzungen an den Verkäufer auszus zahlen, ungeachtet eines späteren einseitigen Widerrufs durch den Käufer grundsätzlich zu befolgen hat (KG OLGZ 1987, 273, 275 = DNotZ 1987, 577 = MittRhNotK 1987, 135; OLG Schleswig JurBüro 1992, 45 m.w.N. = MittRhNotK 1992, 28). Die Unwiderruflichkeit ergibt sich hier auch ohne ausdrückliche Bezeichnung als solche aus dem Umstand, daß die Anweisung im Rahmen des Treuhandverhältnisses von den gegenläufigen Sicherungsinteressen verfolgenden Vertragsparteien gemeinsam erteilt wurde und ohne eine Bindung des Notars der Sicherungszweck nicht erreicht werden kann. Dieser Zweck beschränkt sich nicht darauf sicherzustellen, daß der vom Grundstückskäufer als Gegenleistung geschuldete Geldbetrag überhaupt zur Verfügung steht, sondern erstreckt sich auch darauf, durch die Einschaltung des Notars eine dem Kaufvertrag entsprechende Vertragsabwicklung zu erreichen. Ohne die Bindung müßte der Notar seine neutrale Stellung aufgeben und würde Gefahr laufen, sich Schadensersatzansprüchen des jeweils benachteiligten Beteiligten auszusetzen.

dd) Mit Recht ist das LG nicht auf die Frage eingegangen, ob der Notar von der gemeinsamen Weisung der Beteiligten nicht deshalb ausnahmsweise entbunden war, weil sie etwa wegen Unwirksamkeit des Kausalgeschäfts hinfällig geworden wäre oder der Notar bei Befolgung der Weisung an unerlaubten oder unredlichen Zwecken mitwirken würde (zu den Ausnahmen vgl. KG, a.a.O., 275 f., OLG Schleswig, a.a.O.). Für eine Unwirksamkeit des Vertrages oder eine von den Vertragsparteien betriebene Rückabwicklung besteht hier kein Anhalt. Die Beteiligten wollen den Vertrag durchführen und streiten nur um die Einzelheiten der Abrechnung, insbesondere um die Höhe von Abzügen für Leistungen, die der Bet. zu 2) unstreitig bzw. nach Behauptung der Bet. zu 1) nicht erbracht hat. Der Kaufvertrag hat danach weiterhin Bestand und bedarf der weiteren – vereinbarten – Durchführung. Der Notar wäre überfordert, müßte er bei dem Verwahrungsgeschäft im Zusammenhang mit Gewährleistungsansprüchen Sachverhaltsaufklärung betreiben, mithin Aufgaben wahrnehmen, die in einem Rechtsstreit vom Prozeßgericht zu erfüllen sind.

Für das LG bestand schließlich nach dem Akteninhalt kein Anhalt, daß der Notar sich mit seiner Weigerung, die letzte Kaufpreisrate an die Bet. zu 1) zurückzuzahlen, an unerlaubten oder unredlichen Zwecken des Bet. zu 2) beteiligen würde. Die Bet. zu 1) haben ihren Antrag in der Tatsacheninstanz allein darauf gestützt, daß die Regelung der Fälligkeit des Kaufpreises zwingendem Recht widerspreche und der Bet. zu 2) die von ihm geforderten Komplettierungs- und Nachbesserungsarbeiten nicht ausgeführt habe. Soweit sie hierfür in der weiteren Beschwerde

weitergehenden Vortrag, insbesondere zur Zahlungsunfähigkeit des Bet. zu 2), bringen, ist dieser für das Rechtsbeschwerdegericht unbeachtlich. Dessen Überprüfung liegt grundsätzlich nur der vom LG festgestellte Sachverhalt zugrunde (§ 27 Abs. 1 S. 2 FGG, § 561 ZPO). Im übrigen ist nicht erkennbar, in welcher Weise der Notar, der sich weigert, Gelder an Käufer zurückzuzahlen, dessen Vermögen gefährden könnte. Die Weiterleitung der letzten Rate an den Bet. zu 2) ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

## 10. Steuerrecht/Einkommensteuer – Begründung einer mitunternehmerischen Unterbeteiligung durch Schenkung mit Rückfallklausel

(BFH, Urteil vom 27. 1. 1994 – IV R 114/91)

### EStG § 15 Abs. 1 Nr. 2 AO 1977 § 39

1. Eine mitunternehmerisch ausgestaltete Unterbeteiligung des minderjährigen Kindes am Kommanditanteil des Vaters ist steuerrechtlich auch anzuerkennen, wenn die Unterbeteiligung dem Kind vom Vater geschenkt wurde.
2. Eine Rückfallklausel, nach der die Unterbeteiligung ersatzlos an den Vater zurückfällt, wenn das Kind vor dem Vater stirbt und keine leiblichen ehelichen Abkömmlinge hinterläßt, steht der steuerrechtlichen Anerkennung der Unterbeteiligung nicht entgegen.

#### Zum Sachverhalt:

Der Kl. ist als Kommanditist (nicht beherrschend) an der B-KG (KG) in S beteiligt. Mit notariell beurkundetem Unterbeteiligungsverträgen (UBV) vom 19. 12. 1977 schenkte der Kl. seinen vier damals minderjährigen Kindern, den Bet. zu 2) bis 5), mit Wirkung ab 1. 1. 1978 je eine Unterbeteiligung im Nennwert von 35.000,- DM an seinem Kommanditanteil an der Bet. zu 1) von 300.000,- DM.

In § 1 Abs. 5 UBV war vereinbart, die Unterbeteiligung falle ersatzlos an den Schenker zurück, wenn der Beschenkte ohne Hinterlassung leiblicher ehelicher Abkömmlinge vor dem Schenker versterbe. Die gleiche Rechtsfolge war in § 1 Abs. 6 UBV für den Fall vereinbart, daß der Schenker aus wichtigem Grund den Rücktritt vom UBV erklärt. Ein wichtiger Grund für den Rücktritt sollte insbesondere vorliegen, wenn

- a) der Schenker zum angemessenen eigenen Lebensunterhalt oder dem seines Ehegatten auf den Schenkungsgegenstand zurückgreifen müsse, weil sein eigenes Einkommen zur Bestreitung dieses Unterhalts nicht ausreiche, oder
- b) wenn sich der Beschenkte eines groben Undanks gegenüber dem Schenker oder dessen Ehegatten schuldig mache.

Der Rückfall der Unterbeteiligung sollte sich auf den durch eine Kapitalerhöhung erhöhten Kapitalanteil des Unterbeteiligten erstrecken. Der Unterbeteiligte hatte in diesem Fall Anspruch auf Erstattung des selbst für die Kapitalerhöhung aufgebrauchten Betrags.

Am laufenden Gewinn und Verlust, der auf den Kommanditanteil des Kl. entfiel, waren dieser und die Unterbeteiligten nach dem Verhältnis ihrer Kapitalbeteiligung bei der Untergesellschaft beteiligt (§ 7 UBV). Der Unterbeteiligte konnte jederzeit sein Guthaben auf dem Darlehenskonto, auf welchem die Gewinnanteile verbucht werden, entnehmen (§§ 5, 8 UBV). Alleiniger Geschäftsführer der Innengesellschaft war der Kl. Er war in der Geschäftsführung nicht beschränkt, und zwar auch nicht bei außergewöhnlichen Handlungen, namentlich bei der Mitwirkung bei Änderungen des Gesellschaftsvertrags der KG, bei Vereinbarung der Auflösung der KG sowie für ihre Kündigung (§ 9 UBV). Gem. § 10 UBV war der Kl. verpflichtet, die Unterbeteiligten über jede Änderung in den rechtlichen Verhältnissen der Hauptgesellschaft zu unterrichten.

In §§ 4, 11 UBV wurde vereinbart, daß die Dauer der Unterbeteiligung zeitlich nicht begrenzt sei und daß jeder Beteiligte das Unterverhältnis unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von einem Jahr, frühestens aber zum 31. 12. 1985, kündigen könne. Bei Beendigung des Unterbeteiligungsverhältnisses erhält der Unterbeteiligte eine Abfindung, die nach denselben Grundsätzen, die für die Hauptgesellschaft gelten, zu ermitteln und zu bezahlen ist (§ 13 Abs. 1 UBV). Bei Ausscheiden des Kl. aus der KG oder bei deren Liquidation ist der Unterbeteiligte am Abfindungsanspruch des Kl. im Verhältnis seines Kapitalanteils zum Kapitalanteil des Kl. beteiligt (§ 13 Abs. 2 UBV).

Nach dem Tode des Kl. wird die Unterbeteiligung mit demjenigen fortgesetzt, auf welchen die Beteiligung an der KG übergeht (§ 14 Abs. 1

UBV). Soweit der Tod eines Unterbeteiligten nicht den Rückfall der Unterbeteiligung auf den Kl. gem. § 1 Abs. 5 UBV zur Folge hat, wird die Unterbeteiligung mit den Erben oder Vermächtnisnehmern des Unterbeteiligten fortgesetzt (§ 14 Abs. 2 UBV).

Die Bet. zu 2) bis 5) waren bei Abschluß des UBV jeweils durch einen Ergänzungspfleger gem. § 1909 BGB vertreten. Die Schenkungen wurden notariell beurkundet. Die UBV wurden vormundschaftsgerichtlich genehmigt.

In den Erklärungen zur gesonderten und einheitlichen Gewinnfeststellung der KG für die Streitjahre wurden die nach den UBV auf die Unterbeteiligten entfallenden Teile des Gewinnanteils des Kl. als Einkünfte der Unterbeteiligten erklärt. Für den Kl. wurden Einkünfte jeweils in Höhe des dann verbleibenden Gewinnanteils erklärt. In den unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gem. § 164 Abs. 1 AO ergangenen Feststellungsbescheiden erkannte das FA die UBV steuerlich nicht an. Die Klage dagegen wies das FG ab. Nach Auffassung des FG können die Unterbeteiligten wegen der Rückfallregelung in § 1 Abs. 5 und 7 UBV einkommensteuerrechtlich weder als Mitunternehmer noch als typisch stille Gesellschafter im Rahmen einer Unterbeteiligung angesehen werden.

#### Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung des FG-Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur erneuten Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 FGO).

I. In Übereinstimmung mit der Revision geht der Senat davon aus, daß zwischen dem Kl. und seinen Kindern, den Bet. zu 2) bis 5), Mitunternehmerschaften im Rahmen von Unterbeteiligungsgesellschaften mit der Folge bestanden haben, daß die Anteile des Kl. am Gewinn der Hauptgesellschaft (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG) in den Streitjahren entsprechend niedriger festzustellen waren.

1. Die UBV zwischen dem Kl. und den Unterbeteiligten zu 2) bis 5) sind rechtswirksam zustande gekommen. Nach den tatsächlichen Feststellungen des FG wurden die UBV mit den damals noch minderjährigen Kindern insbesondere unter Mitwirkung eines Ergänzungspflegers (§ 1909 BGB) geschlossen (vgl. BFHE 129, 475 = BStBl. II 1980, 242), notariell beurkundet (vgl. BFHE 128, 457 = BStBl. II 1979, 768) und vormundschaftsgerichtlich genehmigt (§§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB).

2. Der steuerlichen Anerkennung der UBV steht auch nicht entgegen, daß die Unterbeteiligungen den Kindern schenkweise zugewendet worden sind. Die Erwägungen, die den X. Senat des BFH im Urteil vom 21. 10. 1992 X R 99/88 (BFHE 170, 41 = BStBl. II 1993, 289) veranlaßt haben, eine durch Schenkung des Vaters entstandene typische stille Beteiligung des minderjährigen Kindes steuerrechtlich nicht anzuerkennen, treffen auf den Streitfall schon deshalb nicht zu, weil alle UBV auch eine Beteiligung des Unterbeteiligten an einem Verlustanteil des Kl. vorsehen (§ 7 UBV) und weil im Streitfall, wie noch darzulegen ist, die Unterbeteiligungen mitunternehmerisch gestaltet sind. Auch die Finanzverwaltung geht davon aus, daß die Grundsätze des Urteils in BFHE 170, 41 = BStBl. II 1993, 289 auf mitunternehmerische Unterbeteiligungen und auf typische stille Gesellschaften mit Verlustbeteiligung keine Auswirkung haben (BMF, Schreiben vom 16. 8. 1993 IV B 2 - S 2144 - 53/89, DB 1993, 1899). Insoweit verbleibt es bei dem st. Rspr. des BFH entsprechenden Grundsatz, daß Gesellschaftsverträge zwischen nahen Angehörigen, soweit die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, auch dann anerkannt werden können, wenn die Beteiligung oder die zum Erwerb der Beteiligung aufzuwendenden Mittel dem in die Gesellschaft aufgenommenen Angehörigen unentgeltlich zugewendet worden sind (vgl. z. B. BFHE 164, 238 = HFR 1991, 642).

3. Die rechtswirksam geschlossenen UBV erfüllen auch nach ihrem Inhalt die Anforderungen, die nach st. Rspr. an die einkommensteuerrechtliche Anerkennung von Unterbeteiligungen oder atypischen stillen Beteiligungen zwischen nahen Angehörigen zu stellen sind (vgl. z. B. Senats-Urteile BFHE 127, 538 = BStBl. II 1979, 515; BFHE 134, 261 = BStBl. II 1982, 59; BFHE 147, 495 = BStBl. II 1987, 54). Durch die UBV wurden den Bet. zu 2) bis 5) annäherungsweise die Rechte und Pflichten eingeräumt, die einem Kommanditisten nach dem Regelstatut des HGB zukommen, so daß die Verträge einem Fremd-

vergleich standhalten und die Unterbeteiligten als Mitunternehmer des Kl. im Rahmen der Unterbeteiligungsgesellschaften angesehen werden können (vgl. BFHE 126, 185 = BStBl. II 1979, 74; BFHE 147, 495 = BStBl. II 1987, 54; BFHE 158, 16 = BStBl. II 1990, 10). Dabei sind die einen Mitunternehmer nach der Rspr. des BFH kennzeichnenden Merkmale des Mitunternehmerisikos und der Mitunternehmerinitiative zwar verzichtbar; sie können jedoch ebenso wie bei einem Kommanditisten im Einzelfall mehr oder weniger ausgeprägt sein.

a) Daß die Bet. zu 2) bis 5) Mitunternehmerisiko trugen, kommt im Streitfall deutlich in ihrer (mittelbaren) Beteiligung an Gewinn und Verlust der KG (§ 7 UBV) und im Falle der Liquidation der KG sowie des Ausscheidens des Kl. aus der KG am Vermögen der KG bzw. dem Abfindungsanspruch des Kl. zum Ausdruck (vgl. BFHE 134, 261 = BStBl. II 1982, 59, und BFHE 147, 495 = BStBl. II 1987, 54).

b) Die Bet. zu 2) bis 5) konnten in den Streitjahren auch eine gewisse Mitunternehmerinitiative entfalten. Denn ihnen standen mindestens die Kontrollrechte zu, die § 338 HGB a. F. (jetzt § 233 HGB) einem stillen Gesellschafter einräumt und die denen eines Kommanditisten nach § 166 HGB entsprechen. Dies ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus den UBV, jedoch aus den genannten ergänzenden gesetzlichen Vorschriften des HGB, die auch auf Unterbeteiligungen anzuwenden sind (K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 1991, 1567, 1568). Allerdings richten sich die Informations- und Kontrollrechte des Unterbeteiligten nicht gegen die Hauptgesellschaft, sondern gegen den Hauptbeteiligten (BGHZ 50, 316, 323 ff.; Senatsurteil in BFHE 164, 238 = HFR 1991, 642). Diese Beschränkung ergibt sich jedoch aus den Besonderheiten der Unterbeteiligung und steht der Wertung als mitunternehmerische Beteiligung im Einzelfall nicht entgegen.

c) Entgegen der Auffassung des FG enthält die Rückfallklausel in § 1 Abs. 5 UBV keine so schwerwiegende Einschränkung der Rechtsstellung der Unterbeteiligten, daß den Verträgen allein deshalb die steuerliche Anerkennung zu versagen wäre. Dem FG und dem FA ist allerdings zuzugeben, daß ein fremder Dritter mit einer Rückfallklausel der vereinbarten Art ohne entsprechende Gegenleistung wohl nicht einverstanden gewesen wäre. Für die ertragsteuerrechtliche Wertung ist jedoch zu berücksichtigen, daß trotz der Rückfallklausel die Unterbeteiligten jedenfalls zunächst eine rechtliche und wirtschaftliche Stellung erlangt haben, die, wie dargelegt, der eines Kommanditisten nach dem Regelstatut des HGB annähernd entspricht. Damit stellt sich die Einräumung der Unterbeteiligung jedenfalls zunächst als Übertragung einer Einkunftsquelle dar, die nur unter eng begrenzten Voraussetzungen wieder ohne Zahlung einer Abfindung an den Kl. zurückfallen kann. Angesichts des wesentlich höheren Lebensalters des Kl. spricht eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Voraussetzungen der Rückfallklausel nicht eintreten werden. Rückfallklauseln der hier zu beurteilenden Art werden als bürgerlich-rechtlich wirksame gesellschaftsrechtliche Vorabverfügungen über den Gesellschaftsanteil angesehen (vgl. z. B. K. Schmidt, a.a.O., 1099, 1223; MünchKommUImmer, § 738 BGB, Rd.-Nrn. 27, 41, je m.w.N.). Sie setzen aber voraus, daß zunächst derjenige, dessen Gesellschaftsanteil zurückfallen soll, Gesellschafter geworden ist. Trägt er für die Dauer seiner Beteiligung Mitunternehmerisiko und kann er Mitunternehmerinitiative entfalten, führt dies zu dem Schluß, daß er während der Zeit der Innehabung dieser Rechtsstellung auch Mitunternehmer ist. Dies muß jedenfalls dann gelten, wenn, wie im Streitfall, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Voraussetzungen der Rückfallklausel nicht eintreten werden und der Gesellschafter, auf den die Beteiligung zurückfallen soll, keine in Betracht zu ziehende Möglichkeit hat, die Voraussetzungen für den Rückfall herbeizuführen. Vor diesem Hintergrund hat der Senat bereits im Urteil in BFHE 127, 538, BStBl. II 1979, 515 eine vergleichbare Klausel lediglich in die Gesamtwürdigung aller relevanten Vertragsregelungen einbezogen, also nicht aus der Rückfallklausel allein gefolgert, der Vertrag sei steuerrechtlich nicht anzuerkennen.

d) Nach Auffassung des Senats rechtfertigt auch das gesamte Bild des Vertrags es nicht, die Mitunternehmereigenschaft der Unterbeteiligten zu verneinen.

aa) Der Regelung in § 9 Abs. 2 UBV dürfte zu entnehmen sein, daß die Unterbeteiligten kein Widerspruchsrecht hatten, wie es gem. § 164 HGB Kommanditisten bei Geschäftsführungsmaßnahmen zusteht, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen. Der BFH hat jedoch bereits wiederholt darauf hingewiesen, es sei auch in Gesellschaftsverträgen zwischen fremden Personen nicht unüblich, daß die dispositiven Vorschriften des HGB über die Rechtsstellung der Gesellschafter einer KG in verschiedener Hinsicht abgedungen werden, z. B. das Widerspruchsrecht nach § 164 HGB beschränkt oder ausgeschlossen wird (BFHE 127, 188 = BStBl. II 1979, 405, 409; BFHE 152, 325 = BStBl. II 1989, 758). Auch im Urteil in BFHE 147, 495 = BStBl. II 1987, 54 hat der erkennende Senat die Möglichkeit der Entfaltung von Mitunternehmerinitiative bejaht, weil Kontrollrechte bestanden, die denen des Streitfalls entsprechen.

bb) Unschädlich ist nach Auffassung des Senats auch, daß die Unterbeteiligung bei Notbedarf des Kl. und bei grobem Undank des Beschenkten ersatzlos an den Kl. zurückfallen sollte (§ 1 Abs. 6 UBV). Damit spiegelt der UBV im wesentlichen die Rechtslage wider, die sich bei einer Schenkung kraft Gesetzes aus § 527 und § 530 BGB ergibt. Diese auf außergewöhnliche Situationen und Entwicklungen abgestellten Rechte des

Schenkers verhindern nicht, daß die Schenkung ihre vollen rechtlichen und wirtschaftlichen Wirkungen entfaltet. Der Beschenkte wird zunächst und unbefristet rechtlicher im Regelfall auch wirtschaftlicher Eigentümer des geschenkten Gegenstandes (§ 39 AO). Ist Gegenstand der Schenkung eine Beteiligung an einer Personengesellschaft, wird der Beschenkte somit, falls nicht andere Umstände dem entgegenstehen, Gesellschafter und Mitunternehmer. Nach den UBV kommt es zum Rückfall der Unterbeteiligungen an den Kl. auch, wenn dieser aus wichtigem Grund vom Vertrag zurücktritt. Die Fälle des Notbedarfs des Schenkers und des groben Undanks des Beschenkten sind als wichtige Gründe in diesem Sinne genannt. Daraus ergibt sich nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen, daß auch im übrigen ein Rücktritt aus wichtigem Grund nur in Betracht kommt, wenn sich eine außergewöhnliche Entwicklung ergibt, die ebenso wie die beispielhaft genannten Fälle für den Kl. ein Festhalten am Vertrag unzumutbar machen.

Das FG ist aufgrund abweichender Rechtsauffassung zu einem anderen Ergebnis gelangt. Das FG-Urteil war hiernach aufzuheben.

II. Die Sache ist nicht spruchreif. Das FG hat, von seinem Rechtsstandpunkt aus zu Recht, nicht geprüft, ob die UBV so, wie vereinbart, auch tatsächlich durchgeführt worden sind und ob die Gewinnverteilung in den Untergesellschaften angemessen war (vgl. hierzu Senatsurteil in BFHE 147, 495 = BStBl. II 1987, 54). Dies wird das FG nachzuholen haben.

## Mitteilungen

### 1. Steuerrecht/Einkommensteuer – Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme der Gesellschafter eines geschlossenen Immobilienfonds

(BMF, Erlaß vom 30. 6. 1994 – IV B 3 – S 2253 b – 12/94)

#### Sinngemäße Anwendung des § 15 a Abs. 5 Nr. 2 Alt. 2 EStG bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung von GbR – Anwendung der BFH-Urteile, BStBl. II 1994, 490, 492, 496

Die sinngemäße Anwendung des § 15 a Abs. 5 EStG bei Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit Einkünften aus Vermietung und Verpachtung (§ 21 Abs. 1 S. 2 EStG) setzt voraus, daß ihre Haftung nach der gewählten tatsächlichen und rechtlichen Gestaltung der eines Kommanditisten vergleichbar ist. Liegt diese Voraussetzung vor, ist der Ausgleich und Abzug von negativen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung über den Betrag der Einlage des jeweiligen Gesellschafters hinaus ausgeschlossen, soweit die Inanspruchnahme des Gesellschafters für Schulden der Gesellschaft im Zusammenhang mit dem Betrieb nach Art und Weise des Geschäftsbetriebs unwahrscheinlich ist. Der BFH hat mit Urteilen vom 17. 12. 1992 (BStBl. II 1994, 490 und 492) und vom 30. 11. 1993 (BStBl. II 1994, 496) entschieden, daß eine Inanspruchnahme der Gesellschafter einer GbR unwahrscheinlich i.S.d. § 15 a Abs. 5 Nr. 2 Alt. EStG ist, wenn der kalkulierte Gesamtaufwand durch Eigenkapital und im wesentlichen dinglich gesichertes Fremdkapital gedeckt und eine Kostenerhöhung bei normalem Verlauf der Dinge nicht zu erwarten ist. Der Gesellschafter habe persönliche Haftungsrisiken, die konkret bestehen, darzulegen, die nicht aus dem Gesellschaftsvermögen – unter Umständen sogar nach Zuführung von weiterem Eigenkapital durch Einlagenerhöhung oder durch Aufnahme neuer Gesellschafter oder von zusätzlichem Fremdkapital – gedeckt werden könnten.

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterungen mit den obersten Finanzbehörden der Länder sind die BFH-Urteile vom 17. 12. 1992 (BStBl. II 1994, 490, 492) und vom 30. 11. 1993 (BStBl. II 1994, 496) mit folgender Maßgabe anzuwenden:

Bei der Auslegung des Begriffs der nicht unwahrscheinlichen Inanspruchnahme nach § 15 a Abs. 5 Nr. 2 Alt. EStG ist an die Auslegung des Begriffs der nicht unwahrscheinlichen Vermögensminderung nach § 15 a Abs. 1 S. 3 EStG anzuknüpfen.

Eine Vermögensminderung nach § 15 a Abs. 1 S. 3 EStG ist bei gegenüber der Pflichteinlage höherer Haftenlage nur dann unwahrscheinlich, wenn die finanzielle Ausstattung der KG und deren gegenwärtige sowie zu erwartende Liquidität im Verhältnis zu dem vertraglich festgelegten Gesellschaftszweck und dessen Umfang so außergewöhnlich günstig ist, daß die finanzielle Inanspruchnahme des zu beurteilenden Kommanditisten nicht zu erwarten ist (BFH BStBl. II 1992, 164; BMF-Schreiben vom 20. 2. 1992, BStBl. I, 123). Nach der Systematik der Regelung ist die Möglichkeit des Verlustausgleichs bzw. Verlustabzugs nicht an die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme geknüpft, sondern der Verlustausgleich und der Verlustabzug wird nur ausgeschlossen, wenn festgestellt wird, daß die Inanspruchnahme unwahrscheinlich ist. Der Regelatbestand geht demnach von dem Risiko der Inanspruchnahme nach Art und Weise des Geschäftsbetriebs aus.

Die Haftung eines Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann nicht anders beurteilt werden als die eines Kommanditisten, dessen eingetragene Haftsumme die geleistete Einlage übersteigt. Kann nicht festgestellt werden, ob das Risiko der Inanspruchnahme des Gesellschafters einer GbR für Gesellschaftsschulden unwahrscheinlich ist, ist von der Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme auszugehen.

Die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme ist nicht deswegen ausgeschlossen, weil

– die Haftung des Gesellschafters der GbR quotall beschränkt ist,

– das dem Immobilienfonds zugrundeliegende Vertragswerk ein geschlossenes Finanzierungskonzept vorsieht, wonach der voraussichtliche Finanzbedarf durch Eigenkapital und die Aufnahme von dinglich gesichertem Fremdkapital gedeckt ist.

– Einnahmen und Ausgaben so kalkuliert sind, daß nach Beendigung der Bauphase kein Ausgabenüberschuß entsteht.

Die Inanspruchnahme ist jedoch unwahrscheinlich, wenn durch entsprechende vertragliche Gestaltungen ein wirtschaftlich ins Gewicht fallendes Haftungsrisiko des Gesellschafters nicht mehr verbleibt, d. h. die Gesamtkosten einschließlich der Kosten der Finanzierung durch Garantie- und vergleichbare Verträge abgedeckt sind oder die Haftung des Gesellschafters auf

einen bestimmten Höchstbetrag begrenzt wird. Dabei ist nicht auf den Inhalt des einzelnen Vertrags, sondern auf die Gesamtheit der Vereinbarungen abzustellen. Neben Garantieverträgen sind auch Versicherungsverträge in die Prüfung mit einzubeziehen. Die Unwahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme kann bei folgenden Vereinbarungen in Betracht kommen:

- Übernahme der Verkehrsicherungspflichten durch den Bauunternehmer;
- Höchstzinsgarantien während und nach der Bauphase;
- Mietgarantien, sonstige Garantieverträge und vergleichbare Verträge, soweit die Haftung des Gesellschafters auf einen bestimmten Höchstbetrag begrenzt wird;
- Ausschluß einer Nachschußpflicht sowie Bindung des Geschäftsbesorgers, den der Gesellschafter nur bis zu einer bestimmten Höhe in Anspruch zu nehmen;
- Schuldübernahme durch einen Dritten, soweit ein Rückgriffsanspruch gegen den Gesellschafter ausgeschlossen ist.

Bürgschaften eines Dritten mindern dagegen die Haftung der Gesellschafter nicht, soweit wegen des Rückgriffsanspruchs des Bürgen die Gesellschafter belastet bleiben.

## **2. Steuerrecht/Einkommensteuer – Zurechnung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung bei Treuhandverhältnissen – insbesondere im Rahmen von geschlossenen Immobilienfonds (BFH BStBl. II 1994, 615)** (BMF, Erlaß vom 1. 9. 1994 – IV B 3 – S 2253 a – 15/94)

Mit o. a. Urteil hat der BFH entschieden, daß einem Treugeber Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zuzurechnen sind, wenn für ihn ein Treuhänder den Mietvertrag im eigenen Namen abschließt, der Treuhänder dabei ausschließlich auf Rechnung und Gefahr des Treugebers handelt und der Treugeber nach der Ausgestaltung des Treuhandverhältnisses und nach den sonstigen Umständen gegenüber dem Treuhänder eine derart beherrschende Stellung einnimmt, daß er wirtschaftlich die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis trägt. Zu der Frage, was eine Zurechnung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung beim Treugeber danach im einzelnen voraussetzt, nehme ich nach Erörterung mit den obersten Finanzbehörden der Länder wie folgt Stellung:

Nachstehende Grundsätze gelten, soweit sie im einzelnen nicht auf bestimmte Fälle beschränkt sind, für alle Treuhandgestaltungen, gleichgültig ob die Anleger sich zu einer Gesellschaft zusammenschließen und die Gesellschaft (Treugeber) ein Treuhandverhältnis mit einem Dritten (Treuhänder) eingeht oder ob die Anleger jeder für sich ein Treuhandverhältnis mit einem Dritten (Treuhänder) begründen. Dabei kann Treugut sowohl ein Grundstück oder Erbbaurecht (Fall der sog. vorgeschalteten Treuhand) als auch ein Gesellschaftsanteil (Fall des Treuhandkommanditisten oder Beteiligungstreuhanders) sein.

### **1. Voraussetzungen für die steuerrechtliche Anerkennung des Treuhandverhältnisses**

Das Treuhandverhältnis ist steuerrechtlich anzuerkennen, wenn

- dem Treugeber im Innenverhältnis die Rechte an und dem Treugut zustehen und
- der Treugeber das Marktgeschehen jederzeit beherrscht und wirtschaftlich die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis trägt.

Bei einer treuhänderischen Gesellschaftsbeteiligung ist das der Fall, wenn der Treugeber durch das Treuhandverhältnis so gestellt ist wie ein unmittelbar beteiligter Gesellschafter.

#### **1.1 Bestimmung des Treuguts**

Ist Gegenstand des Treuhandverhältnisses ein Grundstück oder ein Erbbaurecht, muß der Treugeber das Treugut dem Treuhänder übertragen oder die Auswahl des Treuguts mitbestimmen können. Hat der Treuhänder bereits bei Begründung

des Treuhandverhältnisses das Grundstück oder Erbbaurecht erworben, ist diese Voraussetzung dadurch erfüllt, daß der Treugeber mit dem Abschluß des Treuhandvertrags seine Zustimmung zur Auswahl des Treuguts erklärt. Ist Gegenstand des Treuhandverhältnisses die Beteiligung an einer KG oder Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), wird das Treugut mit Begründung des Treuhandverhältnisses bestimmt.

#### **1.2 Einfluß auf die Gestaltung des Treuhandvertrags**

Hat der Treuhänder den Treuhandvertrag vorformuliert, schließt dieser Umstand die Rechte des Treugebers an und aus dem Treugut und seine wirtschaftliche Stellung als Vermieter nicht aus. Ein Treuhandverhältnis ist hingegen steuerlich nicht oder nicht mehr anzuerkennen, wenn der Treugeber bereits mit Abschluß des Treuhandvertrags oder zu einem späteren Zeitpunkt seine Weisungs- und Mitwirkungsrechte – ganz oder teilweise – unwiderruflich überträgt. Derartige Einschränkungen der Rechte des Treugebers zugunsten des Treuhänders können sich aus dem Treuhandvertrag selbst und aus den den Vertrag ergänzenden Vereinbarungen ergeben und sind auch anzunehmen, wenn die Rechte unter Ausschluß des Treugebers, z. B. durch einen Beirat, ausgeübt werden sollen, der nicht seinen Weisungen unterliegt. Verpflichtungen der Treugeber-Gesellschafter untereinander, die ohne Zustimmung des Treuhänders geändert werden können, berühren das Treuhandverhältnis grundsätzlich nicht.

Stimmt der Treugeber bereits abgeschlossenen Verträgen, z. B. über die Bebauung eines Grundstücks, zu, bewirkt dies allein keinen Verzicht auf die Treugeberrechte. Entsprechendes gilt für die unwiderrufliche Ermächtigung zu Rechtshandlungen, die zur Erreichung des Gesellschaftszwecks unabdingbar sind (z. B. wenn zu erwarten ist, daß die Baugenehmigung für das zu errichtende Gebäude nur mit der Maßgabe erteilt wird, daß ein bestimmter Grundstücksteil zur öffentlichen Nutzung abgetreten wird, und der Treugeber schon mit Abschluß des Treuhandvertrages den Treuhänder unwiderruflich zu einer entsprechenden Abtretung ermächtigt).

#### **1.3 Kündigung des Treuhandvertrags**

Der steuerrechtlichen Anerkennung eines Treuhandverhältnisses steht es nicht entgegen, wenn die Kündigung des Treuhandvertrags für nicht länger als ein Jahr vertraglich ausgeschlossen ist und die Kündigungsfrist ebenfalls nicht länger als ein Jahr beträgt. Dagegen sind Vereinbarungen schädlich, nach denen

- bei Kündigung des Treuhandverhältnisses die Pflicht zur Bestellung eines neuen Treuhänders besteht oder
- im Fall der vorgeschalteten Treuhand die Kündigung nur bei Auflösung der Fondsgesellschaft möglich ist oder
- die mögliche Kündigung des Treuhandverhältnisses die Auflösung der Fondsgesellschaft zur Folge hat.

Ist der Treuhänder gleichzeitig Geschäftsführer der KG oder der GbR, an der die Treugeber unmittelbar oder mittelbar über den Treuhänder beteiligt sind, muß er durch Beschluß der Gesellschafter zum Ablauf des Treuhandvertrages abberufen werden können.

Erbringt der Treuhänder darüber hinaus sonstige Dienstleistungen wie z. B. Baubetreuung oder Architektenleistungen und ist die Kündigung dieser Verträge für die Bauphase ausgeschlossen, hindert dies die steuerrechtliche Anerkennung des Treuhandverhältnisses dagegen nicht.

#### **1.4 Herausgabe des Treuguts nach Beendigung des Treuhandverhältnisses**

Der Treugeber muß die Möglichkeit haben, das Treuhandverhältnis ohne erhebliche wirtschaftliche Nachteile zu beenden. Eine bei Beendigung des Treuhandverhältnisses an den Treuhänder möglicherweise zu leistende Entschädigung darf nicht so bemessen sein, daß die Entschädigungspflicht eine nach dem Treuhandvertrag zulässige Beendigung des Treu-

handverhältnisses praktisch verhindert. Der im Treuhandvertrag vereinbarte Auslagensatz und die Freistellung des Treuhänders von den für Rechnung des Treugebers eingegangenen Verbindlichkeiten durch den Treugeber gehören nicht zu dieser Entschädigung.

Nach Beendigung des Treuhandverhältnisses muß der Treugeber über das Treugut (vgl. Rz. 1) frei verfügen können. Dabei ist ohne Bedeutung, ob der Treugeber die Verfügungsbefugnis zum bürgerlich-rechtlichen Erwerb des Treugutes, zu dessen Veräußerung – auch an den Treuhänder – oder zur Begründung eines neuen Treuhandverhältnisses nutzt.

### **1.5 Weisungsbefugnis für Begründung und Ausgestaltung von Mietverhältnissen**

Treugeber, deren Beteiligungen an einer vermietenden GbR von einem Beteiligungstreuhänder oder bei einer vermietenden KG von einem Treuhandkommanditisten treuhänderisch gehalten werden, entfalten Vermieterinitiative, wenn ihnen durch das Treuhandverhältnis die Mitwirkungs- und Kontrollrechte eines unmittelbar Beteiligten (im Falle von Beteiligungstreugebern die Rechte nach § 716 BGB, im Falle von Treugeberkommanditisten die Rechte nach § 166 HGB) zustehen. Es reicht aus, wenn die Treugeber die jeweiligen Rechte rechtlich und tatsächlich wahrnehmen können, ohne sie auch auszuüben.

Treuhandverhältnisse, bei denen der Treuhänder nach außen als Vermieter auftritt (sog. vorgeschaltete Treuhand), sind unter dem Gesichtspunkt der Vermieterinitiative steuerrechtlich anzuerkennen, wenn der Treugeber im Innenverhältnis dem Treuhänder kraft des Treuhandvertrags konkrete Weisungen für Beginn, Ausgestaltung und Beendigung der Mietverhältnisse geben kann; dabei ist unschädlich, daß der Treugeber mit Begründung des Treuhandverhältnisses bereits abgeschlossenen Mietverträgen zustimmt.

### **2. Tätigkeit des Treuhänders auf fremde Rechnung und Gefahr**

Ein Treugeber kann Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielen, ohne selbst als Vermieter nach außen aufzutreten, wenn der Treuhänder im eigenen Namen, aber auf Rechnung und Gefahr des Treugebers tätig ist. Ist der Treugeber eine Personengesellschaft, werden die von den Gesellschaftern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit erzielten Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung den Gesellschaftern zugerechnet.

2.1 Der Treuhänder ist für Rechnung des Treugebers tätig, wenn die Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung im Innenverhältnis ausschließlich dem Treugeber zustehen und er alle im Zusammenhang mit dem Vermietungsobjekt stehenden Aufwendungen zu tragen hat. Das an den Treuhänder für seine Treuhändertätigkeit oder sonstige Dienstleistungen zu entrichtende Entgelt schließt die Zurechnung der Vermietungstätigkeit an den Treugeber nicht aus.

2.2 Der Treuhänder ist auf Gefahr des Treugebers tätig, wenn er seine Auslagen laufend ersetzt erhält und – spätestens bei Beendigung des Treuhandverhältnisses – einen Anspruch auf Befreiung von den auf Rechnung des Treugebers eingegangenen Verbindlichkeiten hat. Ist ein Gesellschaftsanteil Gegenstand des Treuhandverhältnisses, trägt der Treugeber wirtschaftlich die Risiken, wenn ihn außerdem nach dem Treuhandvertrag eine für einen entsprechenden Gesellschafter bestehende Nachschußpflicht – gegebenenfalls begrenzt auf eine seinem Beteiligungsverhältnis entsprechende Quote – trifft.

### **3. Zeitliche Anwendung**

Soweit die Anwendung der Regelungen zu einer Verschärfung der Besteuerung gegenüber der bisher geltenden Verwaltungspraxis führt, ist dieses Schreiben erstmals auf Immobilienfonds anzuwenden, für deren Anteile der Außenvertrieb nach dem 30. 11. 1994 begonnen hat.

Die in den MittRhNotK veröffentlichten Beiträge und Entscheidungen entsprechen nicht in jedem Fall der Auffassung der Rheinischen Notarkammer.

Schriftleiter der Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer (Zitierweise: MittRhNotK):  
Notarassessor Dr. Peter Baumann, Burgmauer 53, 50667 Köln (Tel.: 02 21/2 57 52 91)

Druck: Greven & Bechtold GmbH, Sigurd-Greven-Straße, 50354 Hürth

Die MittRhNotK erscheinen jährlich in 12 Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Rheinischen Notarkammer, Burgmauer 53, 50667 Köln, bezogen werden. Der Bezugspreis beträgt jährlich 66,- DM zuzüglich Versand und wird in einem Betrag am 1. Oktober des Bezugsjahres in Rechnung gestellt. Preis des Einzelheftes: 8,25 DM zuzüglich Versand. Abbestellungen nur zum Ende eines Kalenderjahres bei Eingang bis zum 15. November.