

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

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

Nr.1/2

MittRhNotK

Januar/Februar 1991

Rechtsnachfolge in GmbH-Geschäftsanteile

(von Notarassessor Dr. Jörg Buchholz, Meerbusch)

- I. Vorbemerkung
 - II. Geschäftsanteil
 1. Rechtsverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter
 2. Allgemeine Mitgliedschaftsrechte und -pflichten
 - a) Gesetzliche Mitgliedschaftsrechte
 - b) Satzungsmäßige Mitgliedschaftsrechte
 3. Sonderrechte und -pflichten
 - III. Rechtsgeschäftliche Übertragung eines Geschäftsanteils
 1. Vorbemerkung
 - a) Vertragsgegenstand
 - b) Übertragbarkeit des Geschäftsanteils
 - c) Formerfordernisse
 - d) Geschäftsanteil und Gesellschafterstellung (§ 16 GmbHG)
 - e) Rechtskauf
 2. Haftung des Erwerbers eines Geschäftsanteiles
 - a) Stammeinlagepflicht
 - b) Haftung gem. § 9 GmbHG
 - c) Differenzhaftung
 - d) Ausfallhaftung gem. § 24 GmbHG
 - e) Erstattung verbotener Auszahlungen, § 31 Abs. 3 GmbHG
 - f) Eintritt in Nebenpflichten gem. § 3 Abs. 2 GmbHG
 - g) Die Haftung gem. § 9a GmbHG
 - h) § 419 BGB
 - i) Verdeckte Gewinnausschüttungen
 3. Haftungsrechtliche Besonderheiten bei dem Erwerb vor Eintragung der GmbH im Handelsregister
 - a) Gesellschafterwechsel bei der Vorgründungsgesellschaft
 - b) Gesellschafterwechsel bei der Vorgesellschaft
 4. Haftung des Erwerbers bei nichtiger Geschäftsanteilsabtretung
 5. Belange des Veräußerers
 - a) Haftung des Veräußerers gegenüber der Gesellschaft
 - b) Sicherstellung des Kaufpreisanspruchs
 6. Vertragsgestaltung
 - a) Verfügungsbefugnis des Veräußerers
 - b) Einstandspflicht des Erwerbers für rückständige Leistungen
 - c) Die rechtliche Ausgestaltung des Geschäftsanteils
 - d) Sicherstellung des Kaufpreisanspruchs
- IV. GmbH-Geschäftsanteil und Erbrecht
 1. Beeinflussung der Rechtsnachfolge von Todes wegen durch das GmbHG
 2. Einflußnahme auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen durch Satzungsklauseln
 - a) Höchstpersönliche Rechtspositionen
 - b) Einziehung und Abtretung des Geschäftsanteiles
 - c) Entzug einzelner Mitgliedschaftsrechte
 - d) Faktischer Ausschluß der Vererbbarkeit
 3. Letztwillige Verfügung über einen Geschäftsanteil
 - a) Vor- und Nacherbschaft
 - b) Testamentsvollstreckung
- V. Zusammenfassung

I. Vorbemerkung

Das gesellschaftsrechtliche Betätigungsfeld des Notars hat zweifelsohne seinen Schwerpunkt bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Dies ist neben der Bedeutung, die dieser Gesellschaftsform im Wirtschaftsleben zukommt, nicht zuletzt auch auf die von dem GmbHG vorgeschriebenen Formerfordernisse zurückzuführen. Da das Erfordernis der notariellen Beurkundung auch für die Übertragung von GmbH-Anteilen gilt, gehört die rechtsgeschäftliche Übertragung eines Geschäftsanteils ebenfalls zu dem alltäglichen Betätigungsfeld eines Notars. Aber auch Fragen, die im Zusammenhang mit der Gesamtrechtsnachfolge in GmbH-Geschäftsanteile auftauchen, hat der Notar bei der Beurkundung von letztwilligen Verfügungen, ebenso wie bei Satzungen einer GmbH, zu berücksichtigen.

Die Rechtsnachfolge in GmbH-Anteile birgt für den Kautelarjuristen ein weites Betätigungsfeld. Zwar sind Übertragbarkeit

und Vererbbarkeit gem. § 15 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich zugelassen – Fragen, wie sie von der Personengesellschaft her bekannt sind¹, scheiden daher a priori aus. Ähnlich gelagert sind jedoch die Probleme, soweit es um den Gegenstand der Rechtsnachfolge geht: Im Gegensatz zu der Beteiligung an einer AG, bei der aufgrund sehr weitgehender zwingender gesetzlicher Vorschriften im AktG Inhalt und Umfang der Beteiligung weitgehend standardisiert sind, besteht bei der GmbH in dieser Hinsicht eine sehr weitreichende Satzungsautonomie. Dieser Satzungsautonomie kommt auch für die Übertragbarkeit von GmbH-Anteilen besondere Bedeutung zu, da sie nicht nur die Modifizierung der formalen Regeln zur Übertragbarkeit eines Geschäftsanteils, sondern auch durch die inhaltliche Ausgestaltung von Geschäftsanteilen Einfluß auf deren Übertragbarkeit nehmen kann. In einem einleitenden Abschnitt ist daher zunächst einmal auf den Gegenstand der Rechtsnachfolge und seine möglichen Ausgestaltungen einzugehen (II.). Es schließt sich der erste Hauptteil dieser Abhandlung an: Die rechtsgeschäftliche Übertragung von GmbH-Anteilen (III.). Hier sind zunächst die Formalien und gesetzlichen Grundlagen

¹ Vgl. insoweit Frenz, Rechtsnachfolge in Kommanditanteile, MittRhNotK 1988, 1, 6 f.; Vossius, Sicherungsgeschäfte bei der Übertragung von Geschäftsanteilen, BB 1988, Beilage 5, 1 ff.

der Abtretung eines Geschäftsanteils anzusprechen. Den Schwerpunkt dieses Abschnitts bildet die Frage, die den Kernbereich der notariellen Beratungs- und Belehrungsfunktion sowie der ausgewogenen vertraglichen Gestaltung betrifft: Das mit dem Erwerb eines GmbH-Anteils unter Umständen verbundene Haftungsrisiko der Beteiligten und das Problem der ungesicherten Vorleistung durch den Veräußerer. Der zweite Hauptteil ist der erbrechtlichen Nachfolge in GmbH-Anteile gewidmet: den Wechselwirkungen von GmbHG und Erbrecht, den Möglichkeiten der Beeinflussung der Gesamtrechtsnachfolge durch Satzungsbestimmungen sowie der letztwilligen Verfügung über GmbH-Anteile (IV.).

II. Geschäftsanteil

1. Rechtsverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter

Das GmbHG spricht im Zusammenhang mit der Beteiligung an einer GmbH von Stammeinlagen und Geschäftsanteilen. Beide Begriffe sind nicht identisch, sondern bauen umgekehrt aufeinander auf: § 14 GmbHG bestimmt, daß sich der Geschäftsanteil eines Gesellschafters nach dem Betrag der von ihm übernommenen Stammeinlage richtet. Die Übernahme einer Stammeinlage und damit die Verpflichtung zur Zahlung eines dem Nennbetrag entsprechenden Geldbetrages an die Gesellschaft sind Voraussetzung für den Erwerb eines Geschäftsanteiles². Mit der Stammeinlage ist die Verpflichtung zur Kapitalaufbringung verbunden, mit dem Geschäftsanteil die daraus resultierende Gesellschafterstellung³. Der Nennbetrag der Stammeinlage dient zugleich zur Kennzeichnung des Geschäftsanteils⁴.

Die Gesellschafterstellung erschöpft sich jedoch nicht nur in einer anteilmäßigen Beteiligung an dem Gesellschaftsvermögen⁵, sondern gewährt darüber hinaus neben dieser vermögensrechtlichen Beteiligung auch persönliche Mitgliedschaftsrechte und -pflichten⁶. Der Geschäftsanteil verkörpert dieses aus einer Vielzahl von Rechten und Pflichten bestehende Mitgliedschaftsrecht. Maßstab für die Beteiligung an den sich allgemein aus der Gesellschafterstellung ergebenden Rechten und Pflichten ist das Verhältnis der Nennbeträge der Stammeinlagen zueinander⁷. Inhalt und Ausgestaltung des Mitgliedschaftsrechtes unterliegen weitgehend der Satzungsautonomie und unterscheiden sich daher nicht nur regelmäßig von Gesellschaft zu Gesellschaft, sondern können auch bei mehreren Gesellschaftern bzw. Geschäftsanteilen der gleichen Gesellschaft differieren. Man unterscheidet allgemeine Mitgliedschaftsrechte und -pflichten sowie Sonderrechte und -pflichten. Gerade bei letzteren ist stets die Prüfung angebracht, ob sie bei der Übertragung des Geschäftsanteiles auf den

Erwerber übergehen. Neben diesen gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschaftsrechten können zwischen Gesellschaft und Gesellschafter oder unter den Gesellschaftern weitere Rechtsverhältnisse begründet werden, die nicht gesellschaftsrechtlicher Natur sind und daher nicht automatisch mit der Abtretung des Geschäftsanteiles auf den Erwerber übergehen.

2. Allgemeine Mitgliedschaftsrechte und -pflichten

Die allgemeinen Mitgliedschaftsrechte sind die Rechtspositionen, die allen Gesellschaftern einheitlich zustehen⁸. Sie ergeben sich entweder aus dem GmbHG oder aus der Satzung.

a) Gesetzliche Mitgliedschaftsrechte

Es handelt sich zunächst um die Rechtspositionen, die zum Kernbereich des Mitgliedschaftsrechtes zu zählen sind, da sie den Gesellschaftern nicht entzogen werden können⁹. Hierzu gehören das Auskunfts- und Einsichtsrecht der Gesellschafter (§ 51a GmbHG), das Minderheitenrecht zur Einberufung der Gesellschafterversammlung (§ 50 GmbHG)¹⁰, das Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung¹¹, die Berechtigung zur Erhebung der Anfechtungsklage bei fehlerhaften Gesellschafterbeschlüssen¹², das Preisgaberecht bei unbeschränkter Nachschußpflicht (§ 27 Abs. 1, 4 GmbHG), das Austrittsrecht aus wichtigem Grund¹³, die Auflösungsklage (§ 61 GmbHG) und die Abberufung der Liquidatoren (§ 66 GmbHG)¹⁴.

Neben diesem Kernbereich sieht das GmbHG weitere Positionen vor, die jedoch durch die Satzung ausgeschlossen werden können. Soweit diese Rechte nicht bereits im Gründungsstatut ausgeschlossen sind, bedarf ein nachträglicher Entzug jedoch grundsätzlich der Zustimmung aller Gesellschafter¹⁵ (§ 53 Abs. 3 GmbHG) oder einer Ermächtigung in der Satzung, die den Entzug auch ohne Zustimmung ermöglicht¹⁶. Zu diesen Positionen gehören das Recht auf einen Gewinnanteil (§ 29 GmbHG) und das Recht auf eine Liquidationsrate (§ 72 GmbHG). Ausgeschlossen werden kann die Übertragbarkeit eines Geschäftsanteils¹⁷, nicht jedoch die Vererbbarkeit¹⁸. Auch das Stimmrecht gem. § 47 GmbHG ist zu diesen dispositiven Rechten zu zählen¹⁹. Insoweit ist allerdings zu berücksichtigen, daß das Zustimmungserfordernis bei Leistungsvermehrung (§ 53 Abs. 3 GmbHG) nicht generell ausgeschlossen werden kann.

Unzulässig ist in jedem Fall der Stimmrechtsausschluß aller Gesellschafter, da dies – ähnlich wie bei der „Kein-Mann-Gesellschaft“²⁰ – zur faktischen Abschaffung eines notwendigen Organs der Gesellschaft führt²¹. Auch soweit Rechte im Einzelfall dispositiv sind, kann der Entzug mehrerer dispositiver Rechte wiederum unzulässig sein: So können Stimmrecht, Gewinnrecht und das Recht auf einen Liquidationserlösanteil nicht zusammen ausgeschlossen werden²².

2 Sudhoff, GmbHG, 7. Aufl. 1987, 157.

3 Däubler, Die Vererbung des Geschäftsanteils bei der GmbH, 1965, 5.

4 Scholz/Winter, 7. Aufl. 1986/1988, § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 5 m. w. N.

5 Wobei allerdings streitig ist, ob es sich um eine lediglich wirtschaftliche oder auch rechtliche Beteiligung handelt, vgl. Scholz/Winter, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 3 m. w. N. in Fn. 4f.

6 Sudhof, a.a.O., 163 f. (Fn. 2); K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 1986, 778 ff., verwendet „Mitgliedschaftsrechte und -pflichten“ als Oberbegriff.

7 Das Verhältnis der Nennbeträge der Stammeinlage zu dem Nennbetrag des Stammkapitals kann davon abweichen – etwa dann, wenn ein Geschäftsanteil eingezogen wurde.

8 Scholz/Winter, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 18.

9 Aufgrund dieser Rechtsnatur werden sie von einigen Autoren auch als Sonderrechte bezeichnet. Vorliegend soll jedoch – mit der h. M. – der Begriff „Sonderrechte“ nur für diejenigen Rechte verwandt werden, die nur einzelnen Gesellschaftern bzw. Gesellschaftergruppen zustehen; vgl. BGH NJW 1969, 131; Sudhoff, a.a.O., 334; Scholz/Winter, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 19 m. w. N. zur h. M. in Fn. 53; Baumbach/Hueck, 15. Aufl. 1988, § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 17.

10 Scholz/Priester, § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 143.

11 RGZ 167, 65, 73; BGH GmbHHR 1971, 207; Scholz/Priester, § 48 GmbHG, Rd.-Nr. 15; a. A. Rowedder, 1985, § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 6.

12 Sudhoff, a.a.O., 332 (Fn. 2); Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 45 GmbHG, Rd.-Nr. 4.

13 Vgl. zu dem Grundsatz RGZ 128, 1, 15 ff.; zu den Einzelheiten Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nrn. 114 ff., 128.

14 Scholz/Priester, § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 143.

15 Soweit sie von dem Beschluß betroffen oder durch ihn benachteiligt werden, OLG Frankfurt GmbHHR 1990, 79 f.; Scholz/Priester, § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 86.

16 Diese Rechte werden ob des Einstimmigkeitsprinzips als „relativ unentziehbare Rechte“ bezeichnet, Scholz/Winter, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nrn. 35 ff.; Scholz/Priester, § 54 GmbHG, Rd.-Nr. 46.

17 RGZ 80, 175, 179; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 102 m. w. N.; Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, 76 f.

18 Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, 2. Aufl. 1986, Systematischer Teil, Rd.-Nr. 38; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 20. RGZ 167, 65, 73; BGHZ 14, 264, 270; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 24; Fischer/Lutter/Hommelhoff, 12. Aufl. 1987, § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 4; vgl. im übrigen zu Abgrenzungsfragen Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 37.

20 Vgl. Sudhoff, a.a.O., 410 (Fn. 2).

21 Baumbach/Hueck, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 14.

22 BGHZ 14, 264, 273; Fischer/Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 6; Scholz/Priester, § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 44.

Diesen allgemeinen Mitgliedschaftsrechten stehen die allgemeinen Pflichten der Gesellschafter gegenüber, die sich, läßt man einmal die sich aus der Übernahme der Stammeinlage ergebende und unabdingbare Hauptpflicht zur Kapitalerbringung sowie zur Kapitalerhaltung (§§ 7 Abs. 2, 9, 9a, 19, 30 f GmbHG sowie die Differenzhaftung) beiseite – unter dem Stichwort der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht zusammenfassen lassen²³.

b) Satzungsmäßige Mitgliedschaftsrechte

Neben diesen bereits von dem GmbHG vorgesehenen Rechtspositionen kann die Satzung weitere Rechte und Pflichten für die Gesellschafter vorsehen (§§ 3 Abs. 2; 45 GmbHG)²⁴.

Inhaltlich können Geldleistungs-, Sachleistungs- und Dienstleistungspflichten vereinbart werden; es gibt kaum Schranken der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit. Diese Nebenpflichten – die sich wirtschaftlich zu Hauptpflichten entwickeln können – ändern grundsätzlich nichts an der freien Übertragbarkeit der Geschäftsanteile. Die Nebenpflichten gehen, soweit sie nicht höchstpersönlicher Natur sind oder die Satzung eine Rechtsnachfolge ausschließt, auf den Erwerber über²⁵. Der Veräußerer wird nach Maßgabe des § 16 Abs. 3 GmbHG von seiner Leistungsverpflichtung frei, im Falle des Überganges ist nunmehr der Erwerber verpflichtet – auch wenn er nicht in der Lage ist, diese Verpflichtung zu erfüllen. Um zu verhindern, daß sich ein Gesellschafter durch die Übertragung seines Geschäftsanteiles an einen (möglicherweise vermögenslosen) Dritten seiner Pflichten entledigt, kann die Satzung vorsehen, daß eine erforderliche Zustimmung der Gesellschaft zur Abtretung von einer Garantieübernahme des Veräußerers abhängig gemacht werden kann²⁶. Von diesen gesellschaftsrechtlichen Nebenpflichten sind rein schuldrechtliche Pflichten und die sogenannten echten Gläubigerrechte²⁷ zu unterscheiden.

Echte Gläubigerrechte sind schuldrechtliche Ansprüche des Gesellschafters gegen die Gesellschaft, die aus der Erfüllung einer Nebenpflicht herrühren, etwa der Mietzins für ein zur Verfügung zu stellendes Gebäude. Sie unterscheiden sich von sonstigen Gläubigerrechten dadurch, daß sie unter Umständen von gesellschaftsrechtlichen Bindungen überlagert werden²⁸. Sie gehen bei einer Übertragung des Geschäftsanteiles – ebensowenig wie die nachfolgend angesprochenen schuldrechtlichen Verhältnisse – nicht auf den Erwerber mit über²⁹.

Soweit sonstige schuldrechtliche Abreden wirksam außerhalb der Satzung³⁰ vereinbart worden sind, ist ihre Abgrenzung zu den gesellschaftsrechtlichen Nebenpflichten unproblematisch. Denkbar ist aber auch ihre Regelung innerhalb der Satzung, es handelt sich dann um sogenannte „unechten Satzungsbestandteile“³¹. Dies sind Abreden, die nur die Gründer, in der Regel einzelne von ihnen, nicht auch spätere Gesellschafter binden sollen³².

3. Sonderrechte und -pflichten

Im Rahmen der vorstehenden Ausführungen steht es dem Gesellschaftsvertrag frei, die Rechtsstellung der Gesellschafter im Rahmen der allgemeinen Mitgliedschaftsrechte und damit

für alle Gesellschafter einheitlich auszugestalten. Daneben ist es aber auch zulässig, einzelnen Gesellschaftern bzw. Gesellschaftergruppen unterschiedlich ausgestaltete Stellungen einzuräumen³³; diese Rechte sind regelmäßig nur mit Zustimmung des berechtigten Gesellschafters entziehbar (§ 35 BGB). Im Rahmen dieser „Ungleichbehandlung“ spricht man von Sonderrechten bzw. -pflichten³⁴, wengleich zu berücksichtigen ist, daß die in diesem Zusammenhang verwendete Terminologie uneinheitlich ist; neben dem Begriff Sonderrecht findet man noch häufig die Begriffe Sondervorteile und Vorzugsrechte, mit denen jeweils bestimmte Arten von Sonderrechten gekennzeichnet werden sollen. Sachlich ist zu unterscheiden zwischen personengebundenen und anteilsgebundenen Sonderrechten. Beide Arten von Sonderrechten stimmen, soweit es sich um den Kreis der Rechtspositionen handelt, die einzelnen Gesellschaftern eingeräumt werden können, überein, unterscheiden sich jedoch hinsichtlich der Übertragbarkeit bei der Rechtsnachfolge in den Geschäftsanteil³⁵.

Sollen mitgliedschaftliche Positionen einzelner Gesellschafter unterschiedlich ausgestaltet werden, so ist der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gesellschafter zu berücksichtigen. Dieser Grundsatz, dessen Bestehen unumstritten ist³⁶, ist in seinen theoretischen Grundlagen noch wenig geklärt. So ist umstritten, ob seine Anwendung durch die Satzung ausgeschlossen werden kann³⁷. Inhaltlich beschränkt er sich letztlich auf ein Willkürverbot³⁸. Für seinen Charakter als zwingendes Recht spricht der Umstand, daß er bei willkürlichen Regelungen in der Satzung stets zumindest konkludent ausgeschlossen wäre und er somit als dispositive Regelung faktisch leerlaufen würde, so daß man meines Erachtens zumindest aus diesem Gesichtspunkt bei der Gestaltung von Gesellschaftsverträgen von seiner Geltung ausgehen sollte.

Sonderrechte können dadurch gewährt werden, daß einzelne (dispositive) allgemeine Mitgliedschaftsrechte nicht allen Gesellschaftern in der Satzung entzogen werden. Soweit darüber hinaus Sonderrechte gewährt werden, ist darauf zu achten, daß sie nicht gegen zwingende Vorschriften des GmbHG etwa zur Kapitalerhaltung oder zur Kompetenzverteilung verstoßen³⁹; für ihre Wirksamkeit im Verhältnis der Gesellschaft ist ihre Aufnahme in der Satzung erforderlich⁴⁰. Zu diesen Sonderrechten können Vorrechte bei der Mitverwaltung ebenso wie eine Vorzugsstellung vermögensrechtlicher Art gehören. Zu Verwaltungsvorrechten zählen ein erhöhtes Stimmrecht, ein Vetorecht bei Gesellschafterbeschlüssen oder Verfügungen über Geschäftsanteile, das Recht zur Ernennung der Geschäftsführung, besondere Weisungsrechte gegenüber der Geschäftsführung einschließlich der Befugnis, das Amt des Geschäftsführers selbst wahrzunehmen. Bei Vermögensvorrechten sind erhöhte Gewinn- sowie Liquidationsquoten zu nennen⁴¹.

Ob diese Sonderrechte bei einer Rechtsnachfolge in den Geschäftsanteil auf den Rechtsnachfolger mit übergehen, hängt zunächst davon ab, ob es sich um personengebundene oder anteilsgebundene Sonderrechte handelt⁴². Bei anteilsgebundenen Sonderrechten – man spricht insoweit von Vorzugsanteilsanteilen⁴³ – gehen diese Sonderrechte ohne weiteres

23 Vgl. zu den Einzelheiten Scholz/Winter, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nrn. 50 ff.
24 Vgl. zu den Einzelheiten Baumbach/Hueck, § 3 GmbHG, Rd.-Nrn. 38 ff.; Scholz/Emmerich, § 3 GmbHG, Rd.-Nrn. 42 ff.
25 Scholz/Emmerich, § 3 GmbHG, Rd.-Nr. 54.
26 Sudhoff, a.a.O., 348 (Fn. 2).
27 Vgl. zur Terminologie Sudhoff, a.a.O., 335 (Fn. 2).
28 Scholz/Winter, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 17.
29 Scholz/Emmerich, § 3 GmbHG, Rd.-Nrn. 71, 73.
30 Es handelt sich dabei um Abreden zwischen den Gesellschaftern, die die Gesellschaft weder unmittelbar berechnen noch verpflichten.
31 Scholz/Emmerich, § 3 GmbHG, Rd.-Nr. 61.
32 Scholz/Emmerich, § 3 GmbHG, Rd.-Nr. 68.
33 OLG Frankfurt GmbHHR 1990, 79 f.; vgl. auch BGH NJW 1969, 131.
34 Scholz/Priester, § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 47; Scholz/Winter, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 19.
35 Baumbach/Hueck, a.a.O., § 3 GmbHG, Rd.-Nr. 50 und § 14 GmbHG, Rd.-Nrn. 17, 19.

36 Scholz/Winter, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 40; vgl. zu den Einzelheiten K. Schmidt, a.a.O., Gesellschaftsrecht, 346 ff.
37 Für nicht dispositiv hält ihn Baumbach/Hueck, § 13 GmbHG, Rd.-Nr. 38; Scholz/Winter, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 42; a.A. ist hingegen Fischer/Lutter/Hommelhoff, § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 14.
38 Vgl. zu den Einzelheiten Scholz/Winter, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 45.
39 Aufzählung bei Scholz/Winter, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 21.
40 BGH NJW 1969, 131; Scholz/Emmerich, § 3 GmbHG, Rd.-Nr. 60; Scholz/Winter, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 20 m. w. N. in Fn. 55.
41 Weitere Beispiele bei Scholz/Winter, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nrn. 21 f. und Sudhoff, a.a.O., 351, (Fn. 2).
42 Differenzierend Wiedemann, a.a.O., 74 ff.
43 Vgl. zur Terminologie Scholz/Winter, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 24 einerseits und Hachenburg/Ulmer, 7. Aufl. 1975–1985, § 5 GmbHG, Rd.-Nrn. 150, 161 andererseits.

mit über⁴⁴ soweit nicht etwas anderes in der Satzung bestimmt ist⁴⁵. Bei personengebundenen Sonderrechten müssen diese Vorteile zusätzlich zu der Übertragung des Geschäftsanteiles mit übertragen werden⁴⁶, es sei denn, es handelt sich um höchstpersönliche Rechte, deren Übertragbarkeit ausgeschlossen ist⁴⁷.

Bei der Übertragung eines Geschäftsanteiles ist daher stets sorgfältig zu prüfen, ob vorhandene Sonderrechte übertragbar sind, und wenn ja, wie sie übertragen werden müssen. Die Feststellung, um welche Art von Sonderrechten es sich handelt, kann hingegen erhebliche Schwierigkeiten bereiten⁴⁸, zumal beide Arten von Sonderrechten in der Satzung enthalten sein müssen⁴⁹. Aus diesem Grunde sollten Sonderrechte und Sonderpflichten in der Satzung nicht nur inhaltlich genau umschrieben werden, sondern auch ihre Rechtsnatur sollte stets klargestellt werden⁵⁰.

III.

Die rechtsgeschäftliche Übertragung eines Geschäftsanteils

1. Vorbemerkung

Vorgreiflich zu dem Schwerpunkt dieses Abschnittes, den haftungsrechtlichen Problemen bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung eines Geschäftsanteils, sind die rechtlichen Rahmenbedingungen anzusprechen, an denen sich diese Übertragung zu orientieren hat. Der erste Schritt ist die Bestimmung des Vertragsgegenstandes und damit die Prüfung, ob neben der Abtretung des Geschäftsanteiles noch weitere Vereinbarungen erforderlich sind (a). Hieran schließt sich die Frage der Übertragbarkeit des Geschäftsanteiles an. So ist zu überprüfen, ob neben einer satzungsmäßigen Vinkulierungsklausel weitere Genehmigungserfordernisse zu berücksichtigen sind (b). In einem weiteren Schritt sind Art und Umfang der gesetzlich vorgeschriebenen Formerfordernisse zu berücksichtigen (c). Da die Übertragung des Geschäftsanteiles letztendlich auf die Übertragung der Gesellschafterstellung abzielt, ist darauf zu achten, daß die Geschäftsanteilsabtretung gem. § 16 GmbHG bei der Gesellschaft anzumelden ist (d). Schließlich ist für die Gestaltung des Übertragungsvertrages die Rechtsnatur der rechtsgeschäftlichen Übertragung von Bedeutung, da sie das Maß der Gewährleistungsansprüche bestimmt (e).

a) Vertragsgegenstand

Die vorstehenden Ausführungen unter II. haben deutlich gemacht, daß gerade im Recht der GmbH die mitgliedschaftliche Rechtsposition, die bei der Abtretung eines Geschäftsanteiles übertragen wird, höchst unterschiedlich ausgestaltet sein kann. Zusätzlich können Rechtsverhältnisse bestehen, die von einer Geschäftsanteilsübertragung nicht automatisch erfaßt sind, von den Beteiligten jedoch als untrennbarer Bestandteil der Gesellschafterstellung gesehen werden. Verpflichten sich etwa Gesellschafter untereinander, bestehende Verluste der Gesellschaft auszugleichen und tritt ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil ab, ohne daß diese Verpflichtung bereits erfüllt ist, so bedarf diese schuldrechtliche Verpflichtung des Übertragenden einer

zusätzlichen Regelung. Soweit Nebenpflichten gem. § 3 Abs. 2 GmbHG und/oder Sonderpflichten bestehen, ist zu klären, ob sie bei der Übertragung des Geschäftsanteiles untergehen, automatisch mit übergehen oder durch einen zusätzlichen Übertragungsakt auf den Erwerber übergeleitet werden müssen, um eine Enthaltung des Veräußerers zu erreichen.

b) Übertragbarkeit des Geschäftsanteils

Regelmäßig haben die Gesellschafter einer GmbH davon Gebrauch gemacht, die Abtretung eines Geschäftsanteiles gem. § 15 Abs. 5 GmbHG zustimmungspflichtig zu machen. Da die Abtretbarkeit zu den „relativ unentziehbaren Rechten“ gehört, ist für die spätere Einführung einer Vinkulierungsklausel Einstimmigkeit erforderlich⁵¹. Diese Rechtsnatur bedingt auch ihre restriktive Auslegung: Macht die Satzung den „Verkauf“ von der Zustimmung abhängig, so ist weder eine Schenkung⁵² noch eine Abtretung im Zusammenhang mit der Erfüllung einer Teilungsanordnung genehmigungspflichtig⁵³. Sudhoff hält in diesem Fall auch einen Tausch für nicht genehmigungspflichtig⁵⁴.

Die Zustimmung ist Wirksamkeitsvoraussetzung und kann der Gesellschaft, der Gesellschafterversammlung oder den einzelnen Gesellschaftern vorbehalten sein⁵⁵; daneben können aber auch nicht in der Satzung enthaltene und damit nur schuldrechtlich wirkende Abtretungsbeschränkungen bestehen⁵⁶. Durch das Zustimmungserfordernis haben die verbleibenden Gesellschafter die Möglichkeit, Einfluß auf die Aufnahme neuer Mitgesellschafter zu nehmen. Von besonderer Bedeutung sind hier etwa Anforderungen an die fachliche Qualifikation oder auch nur an ein Verwandtschaftsverhältnis⁵⁷. Unzulässig ist hingegen die willkürliche Verweigerung der Zustimmung⁵⁸.

Durch das Zustimmungserfordernis können die Gesellschafter dafür Sorge tragen, daß die Rechtsverhältnisse übertragen werden, die nicht automatisch mit der Abtretung des Geschäftsanteils übergehen. Aber auch soweit Nebenpflichten gem. § 3 Abs. 2 GmbHG mitübertragen werden, sind die Gesellschafter befugt, ihre Zustimmung zu der Abtretung davon abhängig zu machen, daß der Erwerber zur Erfüllung der Pflicht in der Lage ist. Von einer Genehmigungspflicht nicht erfaßt ist die Abtretung einzelner Rechtspositionen, wie etwa der Anspruch auf den Gewinnanteil oder das Liquidationsguthaben⁵⁹.

Ein weiteres Zustimmungserfordernis ist bei der Abtretung von Teilgeschäftsanteilen gegeben (§ 17 Abs. 1 GmbHG). Diese Entscheidung liegt im Ermessen der Gesellschaft⁶⁰ und dient der Verhinderung der Zerstückelung der einzelnen Geschäftsanteile. Die Teilungsgenehmigung ist durch die Geschäftsführer (in vertretungsberechtigter Zahl⁶¹) zu erteilen. Zu ihrer Wirksamkeit ist ein Gesellschafterbeschuß – mit Ausnahme bei einer personalistisch ausgestalteten Gesellschaft⁶² – nicht erforderlich. Das Genehmigungserfordernis entfällt bei einer Abtretung durch einen Alleingesellschafter⁶³.

Die entgeltliche Abtretung eines Geschäftsanteiles an einen Minderjährigen ist gem. § 1822 Nr. 3 BGB, die schenkungsweise Übertragung kann gem. § 1822 Nr. 10 BGB genehmigungspflichtig sein⁶⁴. An § 1365 BGB ist ebenfalls zu denken.

44 Scholz/Winter, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 24; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 19; Rowedder, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 8; Sudhoff, a.a.O., 412 (Fn. 2); einschränkend Wiedemann, a.a.O., 74 ff.

45 Sudhoff, a.a.O., 412 (Fn. 2).

46 Scholz/Emmerich, § 3 GmbHG, Rd.-Nr. 65.

47 Sudhoff, a.a.O., 354, 412, 443 m. w. N. (Fn. 2).

48 Scholz/Winter, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 63.

49 Sudhoff, a.a.O., 335 m. w. N. (Fn. 2).

50 Eine Vermutung für eine bestimmte Rechtsnatur besteht nicht; auch die Auffassung von Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 5 GmbHG, Rd.-Nr. 150 – Voraussetzung für Vorzugsgeschäftsteile sei eine entsprechende Kennzeichnung in der Satzung – ist nicht unbestritten vgl. Scholz/Winter, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 63.

51 Sudhoff, a.a.O., 433 (Fn. 2).

52 Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 89.

53 OLG Düsseldorf MittRhNotK 1990, 85 f.

54 A.a.O., 433 (Fn. 2).

55 Baumbach/Hueck, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 37; vgl. zu der Frage, ob diese Entscheidung auch anderen Gesellschaftsorganen übertragen werden kann, Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 90.

56 Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 81.

57 Einzelheiten bei Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 86; Sudhoff, 434 (Fn. 2).

58 OLG Koblenz GmbHR 1990, 39, 41 f.; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 94; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 94; etwas anderes läßt sich auch nicht aus dem Umstand ableiten, daß die Satzung eine Abtretung auch völlig untersagen könnte, da eine derartige Satzungsbestimmung Einstimmigkeit voraussetzt.

59 Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 83, weitere Ausnahmen in Rd.-Nr. 101.

60 Baumbach/Hueck, a.a.O., § 17 GmbHG, Rd.-Nr. 12.

61 OLG Frankfurt GmbHR 1962, 157 f.

62 OLG Nürnberg GmbHR 1990, 166, 168.

63 Scholz/Winter, a.a.O., § 17 GmbHG, Rd.-Nr. 32.

64 BGH MittRhNotK 1989, 141.

Schließlich ist in entsprechenden Fällen zu prüfen, ob die Geschäftsanteilsabtretung zu einem Zusammenschluß i. S. d. § 23 GWB führt und ob dieser Zusammenschluß anmeldepflichtig ist (§ 24a Abs. 1 S. 2 GWB) oder ob die Durchführung des Zusammenschlusses lediglich angezeigt werden muß (§ 23 Abs. 1 S. 1 GWB). Ist die Abtretung anmeldepflichtig, so ist lediglich eine bedingte Abtretung zulässig (§ 24a Abs. 4 GWB).

c) Formerfordernis

Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft betreffend die Geschäftsanteilsabtretung bedürfen der notariellen Beurkundung (§ 15 Abs. 3 GmbHG)⁶⁵. Die Beurkundungspflicht bezweckt zum einen die Erschwerung des Handels mit Anteilen an einer GmbH⁶⁶, zum anderen auch die Erleichterung des Nachweises der materiellen Berechtigung an den Geschäftsanteilen, da im Unterschied zu den Handelsgesellschaften die GmbH-Gesellschafter nicht in das Handelsregister eingetragen werden können⁶⁷ und die Mitgliedschaft nicht wie bei der Aktie verbrieft werden kann⁶⁸. Die Beurkundungspflicht gilt auch für alle im Zusammenhang mit der Abtretung wesentlichen Nebenabreden, so insbesondere auch die Abtretung von persönlichen Sonderrechten bzw. die Übernahme von Sonderpflichten. Einzelne vermögensrechtliche⁶⁹ Rechtspositionen der Mitgliedschaft können hingegen formfrei übertragen werden, so etwa der Anspruch auf einen Gewinnanteil oder den Liquidationserlös⁷⁰.

Mit der rechtswirksamen Beurkundung – zu der auch alle mit der Abtretung zusammenhängenden Nebenabreden gehören – geht der Geschäftsanteil – vorbehaltlich eines Zustimmungserfordernisses gem. § 15 Abs. 5 GmbHG – auf den Erwerber über. Dies führt zu einer Vorleistung des Veräußerers, da er mit der Abtretung seine Leistungsverpflichtung bereits erfüllt hat, ohne für seine Kaufpreisforderung noch eine Sicherheit zu erhalten. Hier ist zumindest ein entsprechender Hinweis angebracht, gegebenenfalls ist für eine ausgewogene Vertragsgestaltung zu sorgen.

d) Geschäftsanteil und Gesellschafterstellung (§ 16 GmbHG)

§ 16 Abs. 1 GmbHG unterscheidet zwischen der materiellen Berechtigung an einem GmbH-Geschäftsanteil und der Stellung als GmbH-Gesellschafter⁷¹. Im Falle der rechtsgeschäftlichen Übertragung des Geschäftsanteils erwirbt der Erwerber im Verhältnis zu der Gesellschaft die Gesellschafterstellung erst durch die Anmeldung der Abtretung; Geschäftsanteilsinhaber und Gesellschafter können daher auseinanderfallen⁷². Bei der Anmeldung handelt es sich zwar nicht um eine Willenserklärung⁷³, jedoch sind die Regeln über die empfangsbedürftige

Willenserklärung entsprechend anzuwenden⁷⁴. Die Anmeldung ist grundsätzlich formfrei und kann entsprechend § 35 Abs. 2 S. 3 GmbHG gegenüber einem Geschäftsführer abgegeben werden.

Diese Vorschrift dient dem Schutz der Gesellschaft: Sie ist von der Überprüfung der materiellen Berechtigung entbunden und braucht von sich aus bei einem Gesellschafterwechsel nicht tätig zu werden. § 16 GmbHG fingiert gegenüber der Gesellschaft, wen sie als Gesellschafter zu behandeln hat. Selbst wenn die Gesellschaft aus anderen Quellen von einer Rechtsnachfolge oder fehlenden materiellen Berechtigung eines bei ihr gemeldeten Gesellschafters zuverlässig Kenntnis erlangt, ändert dies nichts an der Verpflichtung, den formal Gemeldeten als Gesellschafter zu behandeln und ihm etwa den Gewinnanteil auszuzahlen oder ihn zur Gesellschafterversammlung zu laden⁷⁵; § 407 BGB wird insoweit durch § 16 GmbHG verdrängt⁷⁶. Nach Auffassung des OLG Nürnberg⁷⁷ ist die Anmeldung gem. § 16 GmbHG selbst dann nicht entbehrlich, wenn der Geschäftsführer an der Anteilsabtretung mitgewirkt hat – die Anmeldung muß (etwa in der Urkunde) formal erklärt werden⁷⁸ oder zumindest konkludent erfolgen⁷⁹. Hintergrund dieser formalen Argumentation ist die Befugnis der an der Geschäftsanteilsabtretung Beteiligten, den Zeitpunkt der Anmeldung frei zu bestimmen. Eine Pflicht zur Anmeldung besteht nicht⁸⁰.

Wirksamkeitsvoraussetzung der Anmeldung ist, daß ein Geschäftsführer der Gesellschaft von dem Rechtsübergang überzeugend durch Erwerber und/oder⁸¹ Veräußerer⁸² unterrichtet wird⁸³. Dies wird in der Regel durch Vorlage der Abtretungsurkunde erfolgen, jedoch hat die Gesellschaft ein Ermessen dahingehend, welche Anforderungen sie an den Nachweis stellt⁸⁴. Fraglich ist, welche Folgen eine pflichtwidrige Ermessensausübung für die Herbeiführung der Fiktion hat. Diese Frage hängt mit dem Streit zusammen, ob die Anmeldung der Annahme durch die Gesellschaft bedarf. Bejaht man dieses Erfordernis⁸⁵, so gelangt man zu praktikablen Ergebnissen, da mit der Annahme einer Anmeldung der Angemeldete unabhängig davon, ob der Geschäftsführer sein Ermessen pflichtgemäß ausgeübt hat, auch im Verhältnis zu der Gesellschaft die Stellung eines Gesellschafters erworben hat⁸⁶. Voraussetzung für ein erhöhtes Maß an Praktikabilität ist allerdings, daß die Annahme einer bestimmten Form bedarf – nur dann stehen Gesellschafterwechsel und Zeitpunkt des Gesellschafterwechsels fest. Läßt man jedoch auch die konkludente Annahme zu und fordert man zudem für die Annahme die Mitwirkung der Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl⁸⁷, so führt dies allenfalls zu einer „Verkomplizierung“ der Rechtsverhältnisse und der Eröffnung neuer Fehlerquellen, ohne daß eine Verbesserung erkennbar

65 Eine formlose Übertragung ist jedoch durch die Übertragung von Anteilen einer BGB-Gesellschaft möglich, die ihrerseits Gesellschafterin der GmbH ist; vgl. Scholz/Emmerich, § 2 GmbHG, Rd.-Nr. 53; ausführlich K. Schmidt, Die GmbH-Beteiligung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts als Publizitätsproblem, BB 1983, 1697 ff.
66 Vereinzelt wird aus diesem Grunde auch die Abschaffung der Beurkundungspflicht gefordert: Claussen, Noch einmal: Die börsenbehandelten GmbH-Anteile, GmbHR 1989, 495 ff.
67 Zwar ist von der Gesellschaft jährlich eine Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen, hieraus läßt sich jedoch allenfalls ableiten, wer bei der Gesellschaft als Gesellschafter gemäß § 16 GmbHG gemeldet ist.
68 Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 38; vgl. auch K. Schmidt, BB 1983, 1697, 1700.
69 Die isolierte Übertragung von Mitgliedschaftsrechten personenrechtlicher Art ist hingegen grundsätzlich unzulässig, Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 7.
70 Sudhoff, a.a.O., 417; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 45.
71 Knobbe-Keuk, Inanspruchnahme des arglistig getäuschten Erwerbers eines noch nicht eingezahlten GmbH-Geschäftsanteils, ZIP 1983, 274 f.
72 Da eine Verpflichtung zur Anmeldung nicht besteht, kann dieser Zustand auch ein Dauerzustand werden; Fischer/Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 1.
73 Baumbach/Hueck, § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 3 m. v. N., a.A. Fischer/Lutter/Hommelhoff, § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 4; Zutt, Rechtsfragen der Anmeldung gem. § 16 GmbHG, FS Oppenhoff, 1985, 559.
74 Scholz/Winter, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 14.
75 BGH NJW 1960, 628; NJW 1969, 133; BayObLG BB 1990, 86; BGH GmbHR 1990, 164, 166; Scholz/Winter, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 2; Fischer/Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 4; Knurr, Fragen der GmbH-Reform, DNotZ 1961, 299, 305; Wiedemann, a.a.O., 132 f.
76 Sudhoff, a.a.O., 442 (Fn. 2).

77 GmbHR 1990, 166, 168.
78 Ansonsten – so das Gericht – handelt es sich um eine bloße Kenntnisnahme, die gerade keine Anmelde Wirkung mit sich bringe; vgl. aber auch die Entscheidung des OLG Hamm (GmbHR 1985, 22). Das OLG Nürnberg stellte auf die bloße Möglichkeit ab, daß die an der Abtretung Beteiligten die Anmeldung später vornehmen können, das OLG Hamm verlangt hierfür konkrete Anhaltspunkte in der Urkunde. Der Unterschied besteht letztlich darin, was man als „Normalfall“ ansieht: sofortige oder hinausgezögerte Anmeldung – insoweit dürfte der Entscheidung des OLG Hamm der Vorzug zu geben sein; i. d. S. wohl auch Zutt, a.a.O., 558.
79 OLG Hamm GmbHR 1985, 22; Scholz/Winter, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 15; Fischer/Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 5. Gerade im Hinblick auf die vorgenannte Entscheidung des OLG Nürnberg sollte man insoweit jedoch Zurückhaltung üben.
80 BGH NJW 1969, 133; OLG Hamm GmbHR 1985, 22; BayObLG BB 1990, 86 = Rpfleger 1990, 124.
81 A.A. Wiedemann, a.a.O., 136 f.
82 Genauer: den bislang angemeldeten Gesellschafter; vgl. Zutt, a.a.O., 558.
83 BGH NJW 1960, 628.
84 Scholz/Winter, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 19; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 6; Zutt, a.a.O., 561.
85 Zutt, a.a.O., 561; Hachenburg/Schilling/Zutt, 7. Aufl., § 16 GmbHG, 17; Wiedemann, a.a.O., 140.
86 A.A. Scholz/Winter, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 19; wohl auch Fischer/Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 12. Eine Ausnahme gilt lediglich in dem Fall, in dem Gesellschaft und Erwerber kollusiv zusammengewirkt haben, Zutt, a.a.O., 564. Allgemein anerkannt ist auch die Unwirksamkeit der Anmeldung, wenn Erwerber oder Veräußerer geschäftsunfähig sind; Fischer/Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 14a.
87 Zutt, a.a.O., 562 f.

ist. Das Erfordernis der formalisierten Annahme findet hingegen keine Stütze im Gesetz⁸⁸ – läßt sich doch das Erfordernis der Annahme selbst allenfalls aus dem (vermeintlichen) Gesichtspunkt der Rechtssicherheit ableiten. Die besseren Argumente sprechen daher gegen das Erfordernis der Anmeldung⁸⁹. Auf den Eintritt der Wirkung der Anmeldung ist daher ein objektiver Maßstab anzulegen. Auch bei Zurückweisung der Anmeldung durch den Geschäftsführer treten – soweit bei objektiver Betrachtungsweise die beigebrachten Nachweise ausreichend sind – die Wirkungen der Anmeldung ein⁹⁰. Umgekehrt führt eine Anmeldung ohne Nachweis nicht zur Verschaffung der Gesellschafterstellung, da der Nachweis des Rechtsüberganges Wirksamkeitsvoraussetzung für die Anmeldung ist⁹¹; das Ermessen der Geschäftsführung beschränkt sich lediglich auf die Art des Nachweises⁹². Kenntnis des Geschäftsführers von der Nichtigkeit⁹³ der Abtretung oder kollusives Zusammenwirken mit dem Veräußerer hindern den Eintritt der Wirkung der Anmeldung⁹⁴, nicht hingegen die Kenntnis der Anfechtbarkeit⁹⁵ oder kollusives Zusammenwirken von Veräußerer und Erwerber⁹⁶. Ebenfalls ohne Auswirkung ist die Anmeldung, wenn an der Geschäftsanteilsübertragung ein Geschäftsunfähiger beteiligt war⁹⁷.

Diese Trennung zwischen der materiellen Berechtigung an dem Geschäftsanteil und der Gesellschafterstellung gilt selbst dann, wenn alle Geschäftsanteile auf den Erwerber übertragen werden: Dieser kann erst nach seiner Anmeldung als neuer Gesellschafter eine Gesellschafterversammlung abhalten, ein vorher gefaßter Beschluß ist „Nichtbeschluß“⁹⁸.

e) Rechtskauf

Die rechtsgeschäftliche Übertragung eines Geschäftsanteiles erfolgt regelmäßig in der Form eines Kaufvertrages, der daher den folgenden Betrachtungen zugrundegelegt werden soll. Der Kauf eines Geschäftsanteiles ist ein Rechtskauf⁹⁹, für die Gewährleistung gelten grundsätzlich die §§ 437, 440 BGB. Die Gewährleistung beschränkt sich daher auf die Verpflichtung, den Geschäftsanteil frei von Rechten Dritter zu verschaffen. Die Gewährleistung erstreckt sich auf Umstände, die den Geschäftsanteil in seinem Bestand konkret gefährden¹⁰⁰, etwa wenn sich die Gesellschaft bereits in Konkurs oder Liquidation befindet. Auch die Vollenzahlung des Geschäftsanteils¹⁰¹ zählt zu diesen Umständen. Die Gewährleistung betrifft weiterhin sonstige rechtliche Eigenschaften wie Größe und Übertragbarkeit¹⁰² des Geschäftsanteils. Von der Gewährleistung ebenfalls erfaßt ist die gewöhnliche Ausstattung des Geschäftsanteiles, etwa mit Stimmrecht und Gewinnbeteiligung. Ist ein Geschäftsanteil mit Sonderpflichten behaftet, so löst dies – soweit kein Hinweis erfolgt – Gewährleistungsansprüche aus¹⁰³. Wenn sie nicht ausdrücklich zugesichert wurden, sind keinerlei sonstige Eigenschaften etwa wirtschaftlicher Art, von der Gewährleistung erfaßt. Nach nicht unbestrittener Auffassung gilt dies sogar für den Fall der Überschuldung der GmbH¹⁰⁴, obwohl dies

zur Auflösung der GmbH führen (§§ 63 Abs. 1; 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG) und damit Auswirkungen auf den rechtlichen Bestand des Geschäftsanteils haben kann. Lediglich wenn der Erwerb des oder der Geschäftsanteile zugleich den Erwerb des ganzen Unternehmens darstellt¹⁰⁵, handelt es sich um einen Säckkauf, für den die §§ 459 ff. BGB gelten. Dieser Charakter als Rechtskauf birgt für den Erwerber nicht unerhebliche Risiken; der gute Glaube an die Berechtigung des Verfügenden ist nicht geschützt¹⁰⁶.

2. Haftung des Erwerbers eines Geschäftsanteils

Maßgeblicher Zeitpunkt für den Eintritt des Erwerbers in die Verpflichtungen aus dem Geschäftsanteil ist nicht die Abtretung des Geschäftsanteils, sondern die sich anschließende Anmeldung als Gesellschafter (§ 16 Abs. 3 GmbHG). Eine Pflicht der an dem Übertragungsvertrag Beteiligten, die Abtretung anzumelden, besteht nicht; sie können vielmehr durch die Zurückhaltung der Anmeldung den Gesellschafterwechsel und die damit verbundenen Haftungsfolgen hinausschieben oder durch eine weitere Übertragung ausschließen, wenn nur der endgültige Erwerber angemeldet wird¹⁰⁷.

Für die Zeit zwischen Abtretung und Anmeldung gilt folgendes: Der Erwerber muß alle Rechtshandlungen zwischen Gesellschaft und Veräußerer (etwa die Mitwirkung an einem satzungändernden Beschluß oder die Ausschüttung des Gewinnanteils) gegen sich gelten lassen. Auch die Enthaltung des Veräußerers für fällig werdende Verbindlichkeiten gegenüber der Gesellschaft setzt die Anmeldung des Erwerbers voraus¹⁰⁸.

Ab der Abmeldung haftet der Erwerber für alle nunmehr fällig werdenden Verbindlichkeiten gegenüber der Gesellschaft allein¹⁰⁹, für alle bis zu diesem Zeitpunkt fällig gewordenen Verbindlichkeiten haften Erwerber und Veräußerer als Gesamtschuldner¹¹⁰. Sonstige schuldrechtliche Pflichten des Veräußerers bleiben – soweit keine besondere Regelung erfolgt – von der Abtretung des Geschäftsanteils unberührt¹¹¹. Dies gilt auch für eine etwaige persönliche Haftung des Veräußerers für Verbindlichkeiten der Gesellschaft: Grundsätzlich zeichnet sich die GmbH dadurch aus, daß die Gesellschafter keinerlei persönliche Haftung trifft. Allerdings gilt dieser Grundsatz des § 13 Abs. 2 GmbHG nur im Außenverhältnis und bleibt auch insoweit von Ausnahmen nicht verschont¹¹². Diese Ausnahmen werden letztlich mit einem Fehlverhalten des Gesellschafters begründet und sind daher nicht mit dem Geschäftsanteil verknüpft, sondern mit der Person des Veräußerers verbunden und gehen bei einer Geschäftsanteilsabtretung daher nicht auf den Erwerber über.

Neben dieser aus der Gesellschafterstellung folgenden Haftung ist jedoch stets auf die haftungsrechtliche Folge einer Vermögensübernahme (§ 419 BGB)¹¹³ zu achten.

88 Rowedder, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 18 a.E.

89 Ebenso Baumbach/Hueck, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 7; Scholz/Winter, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 20; Rowedder, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 8; Fischer/Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 5.

90 Scholz/Winter, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 20; a.A. Zutt, a.a.O., 562.

91 Baumbach/Hueck, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 6.

92 BGH WM 1967, 24 f.; Scholz/Winter, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 19.

93 Rowedder, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 17.

94 Zutt, a.a.O., 562.

95 BGH NJW 1982, 2822; Zutt, a.a.O., 564; a.A. Knobbe-Keuk, ZIP 1983, 275, die der Gesellschaft wohl verwehren will, sich auf § 16 Abs. 3 GmbHG zu berufen.

96 Zutt, a.a.O., 563; a.A. Rowedder, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 17.

97 Zutt, a.a.O., 564 f.

98 BayOblG BB 1990, 86; kritisch zur Qualifizierung als Nichtbeschluß bei dem nicht gemeldeten neuen Alleingesellschafter Baumbach/Hueck, a.a.O., Anh. § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 13.

99 BGHZ 65, 246, 248 ff.; BGH NJW 1980, 2408; Sudhoff, a.a.O., 423 (Fn. 2); Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 111; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 6; Eder, Gefahren beim Erwerb von Geschäftsanteilen, GmbHR 1974, 173, 175.

100 RGZ 96, 227, 230; OLG Frankfurt-GmbHR 1962, 157 f.; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 6 m. w. N.; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 112; Eder, GmbHR 1974, 176.

101 RGZ 96, 227, 230.

102 Str., a.A. Eder, GmbHR 1974, 175 f.

103 RGZ 99, 220; MünchKomm/Westermann, 2. Aufl. 1988, § 437 BGB, Rd.-Nr. 5.

104 BGH NJW 1980, 2408; a.A. Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 112.

105 Vgl. zu den Einzelheiten Eichmanns, Die Mängelhaftung beim Unternehmenskauf und beim Kauf von Geschäftsanteilen, MittRhNotK 1978, 1, 10 ff.; Sudhoff, a.a.O., 424 (Fn. 2); Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 113; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 7.

106 Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 108; Sudhoff, a.a.O., 432 (Fn. 2); vgl. auch OLG Düsseldorf GmbHR 1990, 44.

107 BayOblG BB 1990, 86.

108 Wiedemann, a.a.O., 135.

109 Scholz/Winter, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nrn. 37 f., 42.

110 Sudhoff, a.a.O., 443 (Fn. 2); vgl. auch BGH MittRhNotK 1989, 141 f.

111 Scholz/Winter, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 39.

112 Eine persönliche Haftung des Gesellschafters für Gesellschaftsschulden (Durchgriffshaftung) kommt in Betracht in den Fällen, in denen die Selbständigkeit der Rechtsform der GmbH mißbraucht worden ist – etwa im Fall der Vermischung von Privat- und Gesellschaftsvermögen, vgl. BGH DB 1985, 250; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 13 GmbHG, Rd.-Nrn. 10 ff.

113 Eder, GmbHR 1974, 176; (vgl. unten h).

a) Stammeinlagepflicht

Hauptpflicht eines jeden Gesellschafters ist die Erbringung der übernommenen Stammeinlage. Bei der Gründung braucht gem. § 7 Abs. 2 GmbHG nur ein Teil vor Eintragung der Gesellschaft erbracht zu werden. Der ausstehende Teil braucht, soweit es die finanzielle Situation der Gesellschaft erlaubt, nicht einbezogen zu werden¹¹⁴. Der Anspruch verjährt in 30 Jahren¹¹⁵. In Abweichung zu der früher herrschenden Auffassung befreit auch eine Zahlung auf die Stammeinlage vor Eintragung der Gesellschaft, die über den von Gesetz oder Satzung vorgesehenen Betrag hinausgeht, auch insoweit von der Stammeinlageverpflichtung; dies gilt unabhängig davon, ob diese Gelder zum Zeitpunkt der Eintragung der GmbH noch vorhanden sind oder nicht¹¹⁶.

Die Vorschriften des GmbHG zur Zahlung und Erhaltung der Stammeinlage (§§ 19 u. 30 GmbHG) bilden das „Kernstück des GmbH-Rechts“¹¹⁷, da nur durch die unbedingte Sicherung des Stammkapitals als Haftungsbasis die rechtliche Verselbständigung als juristische Person vertretbar ist. Für den Erwerber hat dies zur Konsequenz, daß die Übernahme der mit der Erbringung der Stammeinlage zusammenhängenden Pflichten des Veräußerers im Verhältnis zur Gesellschaft zwingend ist. Sobald Rückstände eingefordert werden, ist der Erwerber verpflichtet, sie zu erbringen. Auch hier kann natürlich eine Anfrage bei der Gesellschaft das Risiko eingrenzen, jedoch kann selbst eine Garantie der Gesellschaft, das Stammkapital sei voll eingezahlt, wegen § 19 Abs. 2 GmbHG nicht von einer entsprechenden Zahlungsverpflichtung befreien, wenn diese Angaben falsch sind. Der Erwerber ist auf Regreßansprüche beschränkt.

b) Haftung gem. § 9 GmbHG

Im Zusammenhang mit dem Stammeinlageanspruch ist der Ergänzungsanspruch der Gesellschaft bei der Überbewertung einer Sacheinlage zu sehen. Es handelt sich dabei um einen die Sacheinlageverpflichtung ergänzenden Geldeinlageanspruch. Hieraus resultierende Verpflichtungen sind ebenso wie die vorstehend erörterte Verpflichtung zur Zahlung der Stammeinlage zu behandeln. Auch hier steht die Nachforderung grundsätzlich im Ermessen der Gesellschaft¹¹⁸, auch insoweit gilt § 16 Abs. 3 GmbHG. Aufgrund der Bewertungsunsicherheiten sieht § 9 Abs. 2 GmbHG jedoch eine Verjährungsfrist von 5 Jahren ab Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister vor.

c) Differenzhaftung¹¹⁹

Ebenfalls in diesem Zusammenhang zu nennen ist die Differenzhaftung. Mit der Aufgabe des Vorbelastungsverbotes ist der BGH dazu übergegangen, den Unversehrtheitsgrundsatz durch die Einführung der Differenzhaftung zu schützen¹²⁰. Die Bedeutung, die dem Stammkapital für die GmbH zukommt, artikuliert sich in der Forderung des BGH, daß zumindest zum Zeitpunkt der Eintragung das Stammkapital ungeschmälert¹²¹ vorhanden sein müsse. Soweit die Vorgesellschaft Verbindlich-

keiten eingegangen ist und diese bei der GmbH zum Zeitpunkt der Eintragung¹²² zu einer Unterbilanz führen, sind die Gesellschafter verpflichtet, diese Unterbilanz auszugleichen. Die Differenzhaftung dient der Sicherung des Stammkapitals. Sie ist daher als Teil- oder Ergänzung der Stammeinlagepflicht zu behandeln und unterliegt daher auch den gleichen Regeln (vgl. § 19 GmbHG)¹²³. Im Unterschied zu den Verpflichtungen aus den §§ 9 u. 19 GmbHG, die der Höhe nach durch die übernommene Stammeinlage begrenzt sind, handelt es sich hier um eine unbegrenzte Haftung der Gesellschafter – die, da die Feststellung einer Unterbilanz mit den gleichen Risiken behaftet ist wie die Bewertung einer Sacheinlage analog § 9 Abs. 2 GmbHG, in 5 Jahren verjährt¹²⁴. Soweit es sich um die Gründungsgesellschafter handelt, ist diese unbegrenzte Haftung nicht unbillig, da Voraussetzung für den Übergang der Verbindlichkeiten auf die GmbH die Zustimmung der Gesellschafter zu der Tätigkeit der Vorgesellschaft ist – anderenfalls bleibt es bei der Handelndenhaftung gem. § 11 Abs. 2 GmbHG¹²⁵. Für den Erwerber hingegen ergibt sich hier ein kaum zu kalkulierendes Risiko, vor dem er sich mit absoluter Sicherheit (wegen § 19 Abs. 2 GmbHG) nicht schützen kann¹²⁶.

d) Ausfallhaftung gem. § 24 GmbHG

Bei den vorstehend genannten Verbindlichkeiten handelt es sich stets um rückständige Bareinlagebeträge, deren Einforderung zur Bildung des Stammkapitals der Gesellschaft erforderlich ist. Auf Grund der bereits erwähnten Bedeutung des Stammkapitals für die GmbH ist auch eine Sicherheit für den Fall vorgesehen, daß eine der vorstehenden Zahlungen von dem Zahlungspflichtigen nicht erlangt werden kann. Für diesen Fall sieht § 24 GmbHG vor, daß die übrigen Gesellschafter – zwar nicht als Gesamtschuldner, so doch im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile zueinander¹²⁷ – der Gesellschaft gegenüber zur Zahlung verpflichtet sind. Diese Ausfallhaftung gilt nicht nur für die eigentliche, in Geld zu erbringende Stammeinlageverpflichtung, sondern auch für die Zahlungspflicht gem. § 9 Abs. 1 GmbHG sowie für die Differenzhaftung¹²⁸.

e) Erstattung verbotener Auszahlungen, § 31 Abs. 3 GmbHG

Eine ähnliche Funktion wie die Ausfallhaftung gem. § 24 GmbHG erfüllt der § 31 Abs. 3 GmbHG. § 24 GmbHG ermöglicht es der Gesellschaft, ihr Stammkapital von den anderen Gesellschaftern einzuziehen, wenn ein Gesellschafter zur Erfüllung seiner Einlageverpflichtung nicht in der Lage ist oder die Gesellschaft von ihm den Betrag nicht einziehen kann. Ist das Stammkapital einmal erbracht, so greift der Schutz des § 30 GmbHG ein: Zahlungen, durch die der Wert des Gesellschaftsvermögens unter den Betrag des Stammkapitals sinkt oder wodurch diese Unterbilanz noch verstärkt wird¹²⁹, sind an die Gesellschaft zurückzugewähren. Kann der ausgezahlte Betrag nicht von dem Empfänger zurückerlangt werden, so müssen die Gesellschafter nach Maßgabe des § 31 Abs. 3 GmbHG und im Verhältnis der Geschäftsanteile zueinander den Fehlbetrag ersetzen. Der Erwerber tritt jedoch lediglich in diese subsidiäre

114 Scholz/Schneider, § 19 GmbHG, Rd.-Nr. 8; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 19 GmbHG, Rd.-Nr. 14; Buchner, Neue Entwicklungen im GmbH-Recht: Das Ende der Haftungsbeschränkung des Gesellschafters?, DNotZ 1985, 724 f.

115 Baumbach/Hueck, a.a.O., § 19 GmbHG, Rd.-Nr. 9a: Nach Hueck spricht viel für eine Unverjährbarkeit des Anspruches.

116 BGH DNotZ 1989, 516 ff. vgl. in diesem Zusammenhang aber auch OLG Düsseldorf MittRhNotK 1990, 83.

117 Scholz/Schneider, § 19 GmbHG, Rd.-Nr. 1.

118 Buchner, DNotZ 1985, 725.

119 Auch Unterbilanz- oder Vorbelastungshaftung genannt; vgl. zur Terminologie Weimar, Abschied von der Gesellschafts- und Handelndenhaftung im GmbH-Recht, GmbHR 1988, 289 (289 f.).

120 BGH NJW 1981, 1373; 1981, 1452; vgl. zu den Einzelheiten Kückelhaus, Probleme der Vor-GmbHG unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, MittRhNotK 1986, 89; K. Schmidt, Die Vor-GmbHG als Unternehmerin und als Komplementärin, NJW 1981, 1345; ders., Theorie und Praxis der Vorgesellschaft nach gegenwärtigem Stand, GmbHR 1987, 77; Sudhoff, a.a.O., 542 (Fn. 2).

121 Abzüglich der – in der Satzung betragsmäßig festzusetzenden – von der Gesellschaft zu übernehmenden Gründungskosten, BGH DNotZ 1990, 124.

122 BGH NJW 1981, 1373, 1376; 1981, 1452 ff.; Fischer/Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 11 GmbHG, Rd.-Nr. 9; Rowedder, a.a.O., § 11 GmbHG, Rd.-Nr. 26; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 11 GmbHG, Rd.-Nr. 58; a.A. K. Schmidt, GmbHR 1987, 77, 85 f., der zur Bestimmung der Haftung auf den Zeitpunkt der Eintragung abstellt; vgl. auch BGH DNotZ 1990, 437, 439. Hiervon abweichend wird teilweise der Zeitpunkt für die Beantwortung der Frage, ob aufgrund einer Unterbilanz ein Eintragungshindernis besteht, behandelt. So stellt Baumbach/Hueck, a.a.O., § 9c GmbHG, Rd.-Nr. 8 (m. v. N.) auf den Zeitpunkt der Anmeldung ab.

123 K. Schmidt, GmbHR 1987, 77, 86; Fleck, Neueste Entwicklungen in der Rechtsprechung zur Vor-GmbH, GmbHR 1983, 5, 11.

124 BGH DNotZ 1989, 516, 518.

125 BGH DNotZ 81, 507; Kückelhaus, MittRhNotK 1986, 96; Fleck, GmbHR 1983, 14.

126 Diesen Übergang der Haftung übersieht der BGH in seiner Entscheidung vom 20. 2. 1989 (MittRhNotK 1989, 142).

127 Baumbach/Hueck, a.a.O., § 24 GmbHG, Rd.-Nr. 7.

128 BGH NJW 1981, 1373, 1376; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 24 GmbHG, Rd.-Nr. 2.

129 Buchner, DNotZ 1985, 727. Durch zu einem früheren Zeitpunkt ausgekehrte Gelder, etwa Gewinnanteile, kann der Anspruch gem. § 31 Abs. 1 GmbHG bei später auftretenden Verlusten der Gesellschaft nicht ausgelöst werden.

Haftung ein. Soweit sein Rechtsvorgänger gem. § 31 Abs. 1 GmbHG als Zahlungsempfänger zur Rückzahlung verpflichtet ist, geht diese Verpflichtung nicht gem. § 16 Abs. 3 GmbHG auf den Erwerber über¹³⁰. Der Umfang der Haftung gem. § 31 Abs. 3 GmbHG hingegen ist umstritten. Der BGH¹³¹ hat – um die übrigen Gesellschafter vor unkalkulierbaren Haftungsrisiken zu schützen – jedenfalls die Ersatzpflicht gem. § 31 Abs. 3 GmbHG für den Fall verneint, daß die Rückzahlung zu einer Überschuldung der Gesellschaft führt oder eine bestehende Überschuldung vertieft¹³². Die Haftung gem. § 31 Abs. 3 GmbHG erreicht daher im ungünstigsten Fall den satzungsmäßigen Stammkapitalnennbetrag.

f) Eintritt in Nebenpflichten gem. § 3 Abs. 2 GmbHG

§ 16 Abs. 3 GmbHG findet auch auf die Nebenpflichten gem. § 3 Abs. 2 Anwendung¹³³, die – je nach Ausgestaltung der Satzung – leicht auch den Charakter einer – wirtschaftlich betrachtet – Hauptpflicht erhalten können. Diese Verpflichtungen sind der Satzung zu entnehmen; die Beurkundungspflicht gem. § 2 GmbHG erfordert, daß sich der Umfang der Nebenpflichten vollständig aus der Satzung ergibt. Probleme kann es hier allenfalls bei der Abgrenzung zu den unechten Satzungsbestandteilen geben. Erfüllt der Rechtsnachfolger die Nebenpflicht nicht, so macht er sich der Gesellschaft gegenüber schuldnersatzpflichtig¹³⁴.

g) Die Haftung gem. § 9a GmbHG

Auch die Gründungshaftung gem. § 9a GmbHG ist im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Unversehrtheit des Stammkapitals zu sehen. Im Gegensatz zu den vorher besprochenen Haftungsgrundlagen handelt es sich hier jedoch um eine verschuldensabhängige Haftung, die nur die Gründungsgesellschafter bzw. die Gesellschafter¹³⁵ trifft, die vor Eintragung Gesellschafter geworden sind¹³⁶. Eine Haftung des Rechtsvorgängers geht daher nicht gem. § 16 Abs. 3 GmbHG auf den Erwerber über.

h) § 419 BGB

Bestehen Anhaltspunkte dafür, daß der übertragene Geschäftsanteil das wesentliche Vermögen des Veräußerers darstellt, so ist der Erwerber auf die Folgen des § 419 BGB hinzuweisen¹³⁷. Im Unterschied zu den zuvor angesprochenen Haftungstatbeständen folgt die Haftung aus § 419 BGB unmittelbar aus der Übernahme des Geschäftsanteiles; auf die Anmeldung gem. § 16 Abs. 1 GmbHG kommt es insoweit nicht an.

i) Verdeckte Gewinnausschüttungen

Für Rückgewähransprüche der Gesellschaft gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter wegen sog. „verdeckter Gewinnausschüttungen“, die nicht von § 30 GmbHG erfaßt werden, haftet der Erwerber nicht.

Dies gilt m. E. unabhängig davon, auf welche Anspruchsgrundlage man den Anspruch der Gesellschaft stützt. Eine unmittelbare Haftung scheidet zunächst an dem deliktähnlichen

Charakter des Tatbestandes der verdeckten Gewinnausschüttung¹³⁸, durch den in erster Linie die Gesellschafter, nicht die Gesellschaft geschädigt werden. Aus diesem Grunde scheidet auch eine Ausfallhaftung aus. Auch Emmerich¹³⁹, der eine analoge Anwendung des § 31 GmbHG zur Begründung des Rückforderungsanspruches befürwortet, lehnt offensichtlich die analoge Anwendung des § 31 Abs. 3 GmbHG ab.

3. Haftungsrechtliche Besonderheiten bei dem Erwerb vor Eintragung der GmbH im Handelsregister

Die bisherigen Ausführungen gingen von einem Geschäftsannteilerwerb einer bereits im Handelsregister eingetragenen Gesellschaft aus. Möglich ist jedoch auch der Erwerb der Gesellschaftstellung zu einem früheren Zeitpunkt. Bei der Gründung einer GmbH lassen sich zwei Phasen unterscheiden: Der Zeitraum bis zur Beurkundung des Gesellschaftsstatuts sowie der sich daran anschließende Zeitraum bis zur Eintragung der GmbH in das Handelsregister.

a) Gesellschafterwechsel bei der Vorgründungsgesellschaft

Bei der Vorgründungsgesellschaft handelt es sich um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder um eine offene Handelsgesellschaft, wenn sie bereits in diesem Stadium unter gemeinsamer Firma ein Handelsgewerbe betreibt¹⁴⁰. Die Rechtsnachfolge in einen Anteil an einer Vorgründungsgesellschaft richtet sich daher nach dem Recht dieser Gesellschaft und soll daher hier nicht weiter vertieft werden.

Im Hinblick auf den späteren „Übergang“ in die Vorgesellschaft nach Abschluß des Gründungsstatuts ist jedoch von Bedeutung, daß Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft grundsätzlich nicht auf die Vorgesellschaft übergehen; eine Kontinuität oder gar Identität mit der Vorgesellschaft oder der GmbH ist nicht gegeben¹⁴¹. Die Gesellschafter haften daher mangels besonderer Vereinbarungen für Verbindlichkeiten der Vorgründungsgesellschaft – auch nach der Eintragung der GmbH im Handelsregister – weiterhin persönlich und unbeschränkt¹⁴².

b) Gesellschafterwechsel bei der Vorgesellschaft

Der Anteilserwerb an der Vorgesellschaft erfolgt durch Änderung des Gründungsstatuts gem. § 2 GmbHG, die der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf, da es sich um einen Austausch der Gründungsgesellschafter und damit um eine Satzungsänderung handelt¹⁴³. Durch diesen Anteilserwerb wird der Erwerber Gründungsgesellschafter, er wird Gesellschafter¹⁴⁴ der Vorgesellschaft¹⁴⁵.

Seit der Entscheidung des BGH vom 9. 3. 1981¹⁴⁶ zur Aufgabe des Vorbelastungsverbots ist anerkannt, daß die GmbH durch die Geschäfte der Vorgesellschaft berechtigt und verpflichtet wird¹⁴⁷. Wird die Gesellschaft eingetragen, so haftet den Gläubigern der Vorgesellschaft nunmehr ausschließlich die GmbH. Für eine Haftung gem. § 11 Abs. 2 GmbHG bleibt nach Eintragung der GmbH nur in dem Fall Raum, in dem ohne Zustimmung

130 Scholz/Westermann, § 31 GmbHG, Rd.-Nr. 13; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 31 GmbHG, Rd.-Nr. 9.

131 BGHZ 60, 324, 331.

132 Begründet hat er dies damit, daß in diesem Fall die §§ 30, 31 Abs. 1, 2 u. 4 – nicht jedoch Abs. 3 – GmbHG analog anwendbar seien. Dieses Ergebnis hat auch in der Literatur Zustimmung gefunden. Der Lösungsweg ist jedoch auf dogmatische Bedenken gestoßen; vgl. zu den Einzelheiten Buchner, DNotZ 1985, 727 ff. m. w. N.

133 Sudhoff, a.a.O., 347 (Fn. 2).

134 Vgl. zu den Einzelheiten Sudhoff, a.a.O., 345 f. (Fn. 2).

135 Sowie Geschäftsführer und Hintermänner, § 9a Abs. 1 u. 4 GmbHG.

136 Baumbach/Hueck, a.a.O., § 9a GmbHG, Rd.-Nr. 2; Scholz/Winter, a.a.O., § 9a GmbHG, Rd.-Nr. 25; streitig ist der Umfang der Haftung der in der Gründungszeit beigetretenen Gesellschafter; vgl. insoweit unten Ziff. 3.

137 Vgl. zur Anwendbarkeit des § 419 BGB auf Geschäftsanteilsabtretungsverträge BGH NJW 1972, 719 f.; zu dem Erfordernis der Belehrung Haug, Die Amtshaftung des Notars, 1989, Rd.-Nr. 482 m. w. N.

138 Vgl. insoweit auch Scholz/Emmerich, § 29 GmbHG, Rd.-Nr. 116, der den Rückforderungsanspruch mit dem Minderheitenschutz, der Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und dem Verbot unkontrollierter Überleitung von Gesellschaftsvermögen auf einzelne Gesellschafter begründet.

139 Scholz/Emmerich, § 29 GmbHG, Rd.-Nr. 118.

140 BGH NJW 1983, 2822; DNotZ 1984, 585; GmbHR 1985, 214.

141 LG Düsseldorf GmbHR 1986, 235; Böhringer, Zur Grundbuchfähigkeit einer GmbH im Gründungsstadium, Rpfleger 1988, 446 f.

142 BGH NJW 1983, 2822; Sudhoff, a.a.O., 42 f.

143 BGH DNotZ 1959, 432; Kückelhaus, MittRhNotK 1986, 91 f.; Sudhoff, a.a.O., 417 f., 428 m. w. N. (Fn. 2).

144 Weimar, GmbHR 1988, 289 (in Fn. 1).

145 Vgl. zur Rechtsnatur der Vorgesellschaft Kückelhaus, MittRhNotK 1986, 90 ff.; K. Schmidt, GmbHR 1987, 78 ff.; Böhringer, Rpfleger 1988, 447; Weimar, GmbHR 1988, 291.

146 NJW 1981, 1373.

147 Vgl. etwa BGH DNotZ 1989, 516, 518; auch hier herrscht lediglich in dogmatischer Hinsicht noch Streit. Nach der Auffassung von K. Schmidt, GmbHR 1987, 77, 85, handelt es sich nicht um eine Gesamtrechtsnachfolge oder einen Übergang, sondern läßt sich nur mit der Identität von Vorgesellschaft und der aus ihr entstehenden GmbH erklären. Praktische Folgen hat dieser Streit allerdings, wenn der Vorgesellschaft Grundbesitz gehört: Im Falle der Gesamtrechtsnachfolge wäre eine Grundbuchberichtigung erforderlich, unter Zugrundelegung der Identitätstheorie lediglich eine Bezeichnungsänderung; vgl. zu den Einzelheiten Böhringer, Rpfleger 1988, 448 f.

mung der Gesellschafter gehandelt, folglich auch die Vorgesellschaft nicht verpflichtet wurde und ein Übergang auf die GmbH daher ausscheidet. Die Stellung des Erwerbers, der in der Gründungsphase erwirbt, unterscheidet sich daher nicht von der anderen Gründungsgesellschafter¹⁴⁸ – soweit nicht noch Verbindlichkeiten oder Rechte der Vorgründungsgesellschaft bestehen, hinsichtlich derer keine befreiende Schuldübernahme erfolgt ist.

Bei einem Gesellschafterwechsel in der Vorgesellschaft ist darauf zu achten, daß alle Gesellschafter in der Form des § 2 GmbHG mitwirken. Ein bloß formloses Ausscheiden und die sich anschließende Gründung durch die verbleibenden Gesellschafter, gegebenenfalls unter Einschluß eines Nachfolgers, führen zur Schaffung einer neuen Vorgesellschaft. Verbindlichkeiten der vorherigen Vorgesellschaft gehen nach Eintragung der GmbH nicht auf diese über¹⁴⁹.

Gelangt die GmbH nicht zur Eintragung, so stellt sich die Frage nach der Haftung der Gesellschafter der Vorgesellschaft. Die Vorgesellschaft wandelt sich – wenn die Eintragung nicht mehr betrieben wird – in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, oder, bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen, in eine OHG¹⁵⁰; die Gesellschafter trifft eine uneingeschränkte persönliche Haftung.

Für den Zeitraum zwischen der Beurkundung der GmbH-Satzung und der Feststellung, daß die GmbH nicht mehr eingetragen werden wird, ist die haftungsrechtliche Problematik seit der Entscheidung des BGH vom 9. 3. 1981¹⁵¹ äußerst umstritten¹⁵². Die Meinungen reichen von der völligen Ablehnung jeglicher Außenhaftung bis hin zur unbeschränkten persönlichen Haftung der Gründungsgesellschafter, so daß die notarielle Belehrung richtigerweise auf eine mögliche unbeschränkte persönliche Haftung des Gesellschafters verweisen sollte, die lediglich bei Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister erlischt¹⁵³ – da andernfalls ohnedies die Gesellschafter persönlich haften. Es ist m. E. nicht recht einzusehen, weshalb die Gesellschafter der Vorgesellschaft nicht oder nur beschränkt haften sollen – wo sie doch im Falle der Eintragung der GmbH aufgrund der Differenzhaftung ebenso uneingeschränkt haften wie als Gesellschafter einer Personengesellschaft. Mit der Feststellung, die Haftung der Gesellschafter der Vorgesellschaft sei systemfremd¹⁵⁴, läßt sich nicht der Schwebezustand rechtfertigen, in dem sich die Gläubiger befinden, bis feststeht, daß eine GmbH nicht mehr eingetragen werden wird. Hierüber kann auch nicht die fortbestehende Handelndenhaftung gem. § 11 Abs. 2 GmbHG hinweghelfen.

Dieser Frage kommt auch Bedeutung für die Übertragung der Gesellschafterstellung in der Vorgesellschaft zu. Besteht zum Zeitpunkt der Übertragung bereits eine persönliche Haftung, so kann eine Befreiung nur durch Mitwirkung der Gläubiger erreicht werden. Entsteht die persönliche Haftung hingegen erst zu einem späteren Zeitpunkt, dann dürfte für eine Haftung des Ausgeschiedenen kein Raum mehr sein. Hier empfiehlt es sich, in jedem Fall zumindest im Innenverhältnis eine Regelung dieser Frage aufzunehmen.

Von dem Erwerb eines Anteils an der Vorgesellschaft zu unterscheiden ist die Abtretung eines künftigen Geschäftsanteils, die erst mit der Eintragung der GmbH wirksam wird. Sie ist entsprechend der Abtretung eines Geschäftsanteils einer bereits eingetragenen Gesellschaft zu behandeln. In diesem Fall findet § 16 Abs. 3 GmbHG Anwendung.

Besondere Beachtung bedarf bei beiden zuvor geschilderten Fällen jedoch der haftungsrechtliche Gesichtspunkt des § 9a GmbHG. Der zuvor pauschal auf die Gründungsgesellschafter eingeschränkte Anwendungsbereich ist bei einem Gesellschafterwechsel im Gründungsstadium stärker zu differenzieren. Soweit ein künftiger Geschäftsanteil abgetreten wird, scheidet jedoch auch insoweit eine Haftung gem. § 9a GmbHG aus, da die Abtretung erst mit der Eintragung wirksam wird. Der Erwerber kann daher an der Errichtung der GmbH formal nicht mitwirken und falsche Angaben i. S. d. § 9a Abs. 1 GmbHG richtigstellen; folglich kann ihn auch keine Haftung treffen. Gleiches gilt für den Fall des § 9a Abs. 2 GmbHG. Anders sieht die Sachlage hingegen für den Gesellschafter aus, der bereits rechtswirksam Gesellschafter der Vorgesellschaft geworden ist. Überwiegend hier wird vertreten, er hafte uneingeschränkt auch für alle falschen Angaben, die vor seinem Beitritt gemacht worden sind, da sich seine Prüfungspflicht auch auf die Vorgänge bezieht, die zeitlich vor seinem Beitritt liegen¹⁵⁵. Lediglich Ulmer differenziert nach Veranlassung und Einfluß bzgl. der Angaben, gegebenenfalls nach Zeitpunkt des Beitritts¹⁵⁶. Die h. M. hat sicherlich den Vorzug der Praktikabilität, richtig ist sicherlich auch die hohe Verantwortung, die dem Gründungsgesellschafter zukommt und sich in entsprechenden Prüfungspflichten artikuliert. Problematisch ist hingegen die undifferenzierte Verantwortung, in die die h. M. den Anteilserwerber nimmt, da dieser aufgrund der Beweislastumkehr in § 9a Abs. 3 GmbHG sich hinsichtlich der Vorgänge, die vor seinem Eintritt lagen, unter Umständen nicht exkulpieren kann und daher auch dann haftet, wenn ihn gar kein Verschulden trifft.

(Der Beitrag wird fortgesetzt)

Erbnachweise für Vermögen im Bereich der ehemaligen DDR*

(von Notarassessor Rhaban Rau, Wuppertal)

- I. Örtliche Zuständigkeit
- II. Erbstatut
- III. Inhalt des Erbscheins

I. Örtliche Zuständigkeit

Gem. § 73 Abs. 1 FGG bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit des gem. § 2353 BGB für die Erteilung von Erbscheinen zuständigen Nachlaßgerichts nach dem Wohnsitz, den der Erblasser zur Zeit des Erbfalls hatte. Eine entsprechende Regelung fand sich bis zum 3. 10. 1990 in § 10 Abs. 1 Nr. 1 DDR-Notari-

- IV. Erteilte Erbscheine
- V. Nachweis der Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen im Grundbuchverkehr

atsG: zuständig war das Staatliche Notariat, in dessen Bereich der Erblasser seinen letzten inländischen Wohnsitz hatte. Da jedoch vor dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Erbscheine der Bundesrepublik in der DDR nicht anerkannt wurden, war zum Nachweis der Erbfolge ein gegenständig beschränkter Erbschein notwendig, falls sich in der DDR Nachlaßvermögen – insbesondere Grundbesitz – befand. Zuständig

148 Zur Haftung gem. § 9a GmbHG sogleich.

149 BGH ZIP 1983, 299.

150 Scholz/Schmidt, § 11 GmbHG, Rd.-Nr. 143; vgl. zu weiteren Einzelheiten Böhringer, Rpfleger 1988, 449 ff.

151 NJW 1981, 1373.

152 Kückelhaus, MittRhNotK 1986, 96; K. Schmidt, GmbHR 1987, 77, 85 mit einer Übersicht zum Meinungsstand in Fn. 123; Krause, Die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen bei der GmbH und deren Vorgesellschaft und ihre Konsequenzen für die Gläubiger, DB 1988, 96, 99 f.; Weimar, GmbHR 1988, 292 ff.

153 Bzw. durch die Differenzhaftung abgelöst wird, soweit eine Unterbilanz vorliegt.

154 Weimar, GmbHR 1988, 294 ff.

155 Scholz/Winter, a. a. O., § 9a GmbHG, Rd.-Nr. 25; Baumbach/Hueck, a. a. O., § 9a GmbHG, Rd.-Nr. 2.

156 Hachenburg/Ulmer, a. a. O., § 9a GmbHG, Rd.-Nr. 31.

* Nachdruck des bereits in der Deutsch-Deutschen Rechts-Zeitung (DiZ) 1991, 19 erschienenen Beitrags mit freundlicher Genehmigung des Verlags.

war in Ansehung aller sich in der DDR befindlichen Nachlaßgegenstände das Staatliche Notariat, in dessen Bezirk sich Nachlaßgegenstände befanden.

Mit dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik und der durch den Einigungsvertrag erfolgten Inkraftsetzung des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Beitrittsgebiet ist das in § 73 Abs. 1 FGG bestimmte Nachlaßgericht (letzter Wohnsitz des Erblassers) für die Erteilung von Eigenrechtserbscheinen gem. § 2353 BGB für den gesamten im Bereich des vereinigten Deutschland belegenen Nachlaß zuständig, auch wenn ein Teil des Nachlasses dem Recht der DDR unterliegt. Mit Wegfall der Teilung Deutschlands entfällt jeder Grund und jede Möglichkeit, die Anerkennung von Erbscheinen zu verweigern, die ab 3. 10. 1990 in einem anderen Bundesland der – vereinigten – Bundesrepublik ausgestellt wurden. Dies hat zur Folge, daß ab dem 3. 10. 1990 Erbscheinsanträge für das in der ehemaligen DDR belegene unbewegliche Vermögen beim Nachlaßgericht des letzten Wohnsitzes des Erblassers zu stellen sind, unabhängig davon, ob sich dieser im Bereich der ehemaligen DDR oder im Bereich der übrigen Bundesrepublik befindet. Jedes andere Nachlaßgericht – auch dasjenige, in dessen Bezirk sich Grundbesitz befindet – ist für die Erteilung eines Erbscheins nicht mehr zuständig.

II. Erbstatut

In Art. 235 § 1 Abs. 1 EGBGB (i. d. F. des Einigungsvertrags) ist festgelegt, daß für die erbrechtlichen Verhältnisse das bisherige Recht der Bundesrepublik und der DDR maßgebend ist, wenn der Erblasser vor dem Wirksamwerden des Beitritts gestorben ist. Bis zum 31. 12. 1975 galten in der Bundesrepublik und der DDR einheitlich die Bestimmungen der Art. 24 f. EGBGB a. F.: die Erbfolge richtete sich nach der Staatsangehörigkeit des Erblassers. In beiden Teilen Deutschlands wurden diese international-privatrechtlichen Vorschriften auch auf das interlokale Erbrecht angewendet; dies führte dazu, daß die Frage des Erbstatuts bis zum 31. 12. 1975 gleich behandelt wurde. Diese Sachlage änderte sich jedoch grundlegend ab 1. 1. 1976 mit der Einführung des Rechtsanwendungsgesetzes in der DDR: Gem. Art. 25 Abs. 1 DDR-Rechtsanwendungsgesetz bestimmten sich zwar die erbrechtlichen Verhältnisse weiterhin nach dem Recht des Staates, dessen Bürger der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes war; die erbrechtlichen Verhältnisse in bezug auf das Eigentum und andere Rechte an Grundstücken und Gebäuden, die sich in der DDR befanden, bestimmten sich jedoch in jedem Falle nach dem Recht der DDR. Die unterschiedliche Behandlung einzelner Vermögensgegenstände führte zur Nachlaßspaltung (vgl. Art. 3 Abs. 3 EGBGB).

Wird deshalb ein Erbschein nach einem Erblasser beantragt, der nach dem 31. 12. 1975 und vor dem 3. 10. 1990 verstorben ist, ist insgesamt über gegenständlich beschränkt das im Zeitpunkt des Todes des Erblassers geltende Recht der DDR anwendbar, wenn entweder der Erblasser Staatsangehöriger der Bundesrepublik war und Grundbesitz auf dem ehemaligen Gebiet der DDR vorhanden war, oder der Erblasser bei seinem Tode Staatsangehöriger der DDR war.

Das unterschiedliche Erbrecht in der DDR (1945 bis 31. 3. 1966: BGB; 1. 4. 1966 bis 31. 12. 1975: BGB unter Berücksichtigung von §§ 9 f. EGFGB; 1. 1. 1976 bis 2. 10. 1990: DDR-ZGB) und der Bundesrepublik kann hier im einzelnen nicht erörtert werden¹.

Es sei nur darauf hingewiesen, daß nicht nur bei Eintritt der gesetzlichen Erbfolge erhebliche Unterschiede bestehen (Ehegattenerbrecht, Erbrecht der Eltern und Großeltern, Staatserbrecht), sondern auch bei Eintritt testamentarischer Erbfolge (Testierfähigkeit, Erbfähigkeit juristischer Personen, Testamentsvollstreckung, Nacherbfolge). Zu beachten ist auch, daß aufgrund der eintretenden Nachlaßspaltung Ausschlagungen,

die gegenüber dem Nachlaßgericht (Bundesrepublik) erfolgt sind, keine Auswirkungen auf die Erbfolge nach dem Recht der DDR haben, wenn nicht gleichzeitig auch die Ausschlagung gegenüber dem Staatlichen Notariat (DDR) erfolgt ist. Wurde nur gegenüber dem Staatlichen Notariat ausgeschlagen, hat dies auf die Erbfolge nach dem Recht der Bundesrepublik ebenfalls keine Auswirkung.

III. Inhalt des Erbscheins

Aufgrund der unterschiedlichen Erbfolge je nach Staatsangehörigkeit des Erblassers bzw. Belegenheit des Grundbesitzes können auch weiterhin allgemeine Erbscheine der Nachlaßgerichte von den zuständigen Stellen, insbesondere den Liegenschaftsämtern, im Bereich der ehemaligen DDR nur akzeptiert werden, wenn entweder der Erbfall vor dem 1. 1. 1976 erfolgte oder der Erblasser Staatsangehöriger der DDR war. Ist dies nicht der Fall, muß sich – vergleichbar mit dem gegenständlich beschränkten Erbschein gem. § 2369 BGB – unmittelbar aus dem Erbschein ergeben, daß der im Erbschein ausgewiesene Erbe nach dem Recht der ehemaligen DDR ebenfalls Erbe geworden ist. Gilt insoweit eine andere Erbfolge, ist diese im Erbschein anzugeben; gilt diese Erbfolge nur bezüglich des unbeweglichen Nachlasses, ist dies ebenfalls in den Erbschein aufzunehmen.

Ist der westdeutsche Erblasser nach dem 31. 12. 1975 und vor dem 3. 10. 1990 in der Bundesrepublik unter Hinterlassung von beweglichem und unbeweglichem Vermögen in der DDR verstorben, ist dem Erben deshalb vom zuständigen Nachlaßgericht (s. oben I) in Zukunft ein Erbschein mit dem ausdrücklichen Vermerk zu erteilen, daß sich „die Erbfolge bezüglich des unbeweglichen Vermögens, welches sich im Bereich der ehemaligen DDR befindet, nach dem zum Zeitpunkt des Erbfalls geltenden Recht der DDR richtet“.

Ist die Erteilung eines Erbscheins lediglich für das im Bereich der ehemaligen DDR belegene unbewegliche Nachlaßvermögen notwendig, besteht aufgrund der Selbständigkeit eines jeden Nachlasses auch die Möglichkeit, einen gegenständlich beschränkten Erbschein zu beantragen. Diese Folgerung ergibt sich auch daraus, daß ein Erbschein lediglich zum Zwecke der Grundbuchberichtigung (im Bereich der ehemaligen DDR) ausgestellt werden kann.

Probleme stellen sich nicht bei der Anerkennung von Erbscheinen, die zum Nachweis der Erbfolge nach ehemaligen DDR-Bürgern ausgestellt werden bzw. wurden. Diese Erbscheine geben auch die Erbfolge für das übrige Bundesgebiet richtig wieder, denn die auf sozialistisches Gedankengut gegründete Vorschrift des § 25 II DDR-Rechtsanwendungsgesetz ist nicht als allseitige Kollisionsnorm auszulegen mit der Folge, daß im Wege der Rückverweisung bezüglich des unbeweglichen Nachlasses eines DDR-Bürgers in der Bundesrepublik das Erbrecht der Bundesrepublik anzuwenden gewesen wäre². Der in der DDR verstorbene Erblasser mit DDR-Staatsangehörigkeit wurde deshalb einheitlich nach den im Zeitpunkt seines Todes geltenden Vorschriften der DDR beerbt.

IV. Erteilte Erbscheine

Die vor dem 3. 10. 1990 von den Staatlichen Notariaten erteilten gegenständlich beschränkten Erbscheine können weiterhin zum Nachweis der Erbfolge auf dem Gebiet der ehemaligen DDR verwendet werden; die Erbfolge ist einschl. der daraus ersichtlichen territorialen und gegenständlichen Beschränkungen richtig wiedergegeben.

¹ Darstellung bei Hermann, Erbrecht und Nachlaßverfahren in der DDR, 1989, 25 ff. und bei Ferid-Firsching, Int. ErbR II, Loseblatt, Deutschland DDR.

² Vgl. Ferid-Firsching (Fn. 1), Grdz. 1, 38.

Erbscheine, die vor dem 3.10.1990 von den Nachlaßgerichten (Bundesrepublik) erteilt wurden, geben die Erbfolge richtig wieder, wenn der Erblasser vor dem 1.1.1976 verstorben ist.

Ist der Erblasser nach dem 31.12.1975 verstorben, ist der Erbschein unrichtig, falls auf dem Gebiet der ehemaligen DDR unbewegliches Nachlaßvermögen vorhanden ist. Wird diese Tatsache dem Nachlaßgericht bekannt (z. B. durch Beantragung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins für unbewegliches Vermögen in der ehemaligen DDR), ist er einzuziehen und auf Antrag dergestalt neu zu erteilen, daß er die Erbfolge sowohl nach dem BGB als auch – gegenständlich und territorial beschränkt – nach dem DDR-ZGB ausweist. Da durch die Nachlaßspaltung rechtlich zwei selbständige Nachlässe bestehen, bestehen auch keine Bedenken gegen eine entsprechende Einschränkung des bereits erteilten Erbscheins; für den der Erbfolge nach dem ZGB unterliegenden Nachlaß kann in entsprechender Anwendung des § 2369 BGB ein gegenständlich und territorial beschränkter Erbschein erteilt werden. Insbesondere aus Kostengründen dürfte sich letztere Vorgehensweise empfehlen, falls die Nachlaßgerichte nicht den Geschäftswert für den neu zu erteilenden Erbschein dahin-

gehend beschränken, daß lediglich der Wert des im Bereich der ehemaligen DDR belegenen Grundbesitzes maßgeblich ist.

V.

Nachweis der Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen im Grundbuchverkehr

Gem. § 35 I GBO genügt es im Grundbuchverkehr in der Regel, wenn zum Nachweis der Erbfolge eine Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, nebst Niederschrift über die Eröffnung vorgelegt wird. Diese Vorschrift findet nunmehr auch im Beitrittsgebiet Anwendung. Der Grundbuchbeamte ist deshalb berechtigt, öffentliche Testamente und Erbverträge als Erbnachweis anzuerkennen, er wird allerdings vielfach vor die Problematik gestellt sein, daß im Bereich der Bundesrepublik errichtete Verfügungen nicht auf das Erbrecht der DDR abgestellt und damit – ganz oder teilweise – unwirksam sind. Im Zweifelsfalle hat er das Recht, gem. § 35 I GBO letzt. Halbs. GBO die Vorlegung eines Erbscheins zu verlangen.

Rechtsprechung

1. Liegenschaftsrecht/WEG – Kein Mehrheitsbeschluß bei Übernahme einer Baulast

(OLG Hamm, Beschluß vom 13.11.1990 – 15 W 330/90 – mitgeteilt von Richter am OLG Konrad Arps, Hamm)

WEG § 23 Abs. 3

1. Um die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums handelt es sich bei allen Maßnahmen, die im Interesse aller Wohnungseigentümer auf die Erhaltung, Verbesserung und normale Nutzung der Anlage gerichtet sind. Auch eine Verfügung über das gemeinschaftliche Eigentum kann darunter fallen.
2. Die auf die Übernahme einer Baulast auf das gemeinschaftliche Grundstück zugunsten des Nachbargrundstücks (fehlende Abstandsfläche für ein Bauwerk) gerichtete Beschlußfassung der Wohnungseigentümer ist keine derartige Maßnahme der Verwaltung.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. sind die Miteigentümer der Wohnungseigentumsanlage W., die Bet. zu 2) ist zugleich deren Verwalterin.

Das der Wohnungseigentumsanlage benachbarte Grundstück, das im Eigentum der Eheleute B. steht, ist mit einem Wohn- und Geschäftshaus bebaut, das an die gemeinsame Grundstücksgrenze heranreicht. Von der Oststraße gesehen befindet sich auf dem rückwärtigen Grundstücksteil ein zweigeschossiger Flachdachanbau. Die Eheleute B. beabsichtigen, auf diesem Flachdachanbau ein Walmdach zu errichten, das zunächst nicht zu Wohnzwecken ausgebaut werden soll. Für diese Baumaßnahme fehlt auf dem Grundstück der Eheleute B. die nach § 6 BauO NW erforderliche Abstandsfläche. Der Oberkreisdirektor des Kreises hat die Erteilung einer Baugenehmigung für dieses Bauvorhaben deshalb davon abhängig gemacht, daß auf dem Grundstück der Wohnungseigentumsanlage durch eine Baulast die fehlende Abstandsfläche in einer Länge von 10 m und einer Tiefe von 3 m übernommen wird (§§ 7, 78 BauO NW). Mit einem an die Bet. zu 2) als Verwalterin gerichteten Schreiben hat der Oberkreisdirektor darauf hingewiesen, die Unterzeichnung der schriftlichen Erklärung betreffend die Übernahme der Baulast durch die Verwalterin könne erst erfolgen, wenn der Beschluß einer Eigentümerversammlung vorgelegt werde, aus dem sich ergebe, daß die Mehrheit der Wohnungseigentümer mit der Übernahme der Baulast einverstanden sei.

In der Eigentümerversammlung wurde daraufhin mehrheitlich gegen die Stimme der Bet. zu 1) der Beschluß gefaßt, daß auf dem gemeinschaftlichen Grundstück eine Baulast auf einer Länge von 10 m und einer Tiefe von 3 m zugunsten des Nachbargrundstücks der Eheleute eingetragen werden solle. Weitere Beschlüsse dieser Eigentümerversammlung sind nicht mehr Gegenstand des Verfahrens der ersten und der weiteren Beschwerde.

Die Bet. zu 1) haben beim AG beantragt, den Beschluß der Eigentümerversammlung betreffend die Eintragung einer Baulast für ungültig zu erklären. Zur Begründung ihres Antrages haben die Bet. zu 1) geltend gemacht, der Gegenstand des angefochtenen Beschlusses gehe über die ordnungsgemäße Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums i. S. d. § 21 Abs. 3 WEG hinaus und habe deshalb nach § 22 Abs. 1 WEG ihrer – nicht erteilten – Zustimmung bedurft.

Die Bet. zu 2) und 3) sind dem Antrag entgegengetreten. Sie haben im wesentlichen die Auffassung vertreten, daß es sich bei der Übernahme einer Baulast nicht um eine bauliche Veränderung i. S. d. § 22 Abs. 1 WEG handele, zumal der Gebrauch des gemeinschaftlichen Grundstücks dadurch nicht beeinträchtigt werde.

Das AG hat den Beschluß der Eigentümerversammlung betreffend die Zustimmung zur Eintragung einer Baulast für ungültig erklärt. Gegen diesen Beschluß haben die Bet. zu 2) und 3) rechtzeitig sofortige Beschwerde eingelegt, der die Bet. zu 1) entgegengetreten sind. Das LG hat das Rechtsmittel der Bet. zu 2) und 3) zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die sofortige weitere Beschwerde der Bet. zu 2) und 3).

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel der Bet. zu 2) und 3) bleibt ohne Erfolg, weil die Entscheidung des LG nicht auf einer Verletzung des Gesetzes beruht (§ 27 S. 1 FGG).

Die Entscheidung des LG hält rechtlicher Nachprüfung stand. Im Ergebnis zutreffend geht die Kammer davon aus, daß die Übernahme einer Baulast auf das gemeinschaftliche Grundstück zugunsten des Nachbargrundstücks der Eheleute B nicht Gegenstand einer mehrheitlichen Beschlußfassung der Eigentümerversammlung sein konnte.

Nach den §§ 21 Abs. 3, 23 WEG entscheiden die Wohnungseigentümer in der Eigentümerversammlung durch Stimmenmehrheit über die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums. Dadurch wird die Regelungskompetenz der Wohnungseigentümer begrenzt. Mehrheitsbeschlüsse, die andere Gegenstände betreffen, verstoßen gegen die genannten gesetzlichen Vorschriften. Sie sind deshalb nach § 23 Abs. 4 WEG für ungültig zu erklären.

Die gesetzliche Vorschrift bestimmt über die in § 21 Abs. 5 WEG gegebene beispielhafte Aufzählung hinaus den Begriff der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums nicht. Für die Auslegung der gesetzlichen Vorschrift ist deshalb auf die Kriterien zurückzugreifen, die zu § 744 BGB entwickelt worden sind. Um die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums handelt es sich deshalb bei allen Maßnahmen, die im Interesse aller Wohnungseigentümer auf die Erhaltung, Verbesserung und nor-

male Nutzung der Anlage gerichtet sind (Weitnauer, 7. Aufl., vor § 20 WEG, Rd.-Nr. 2; Bärmann/Pick/Merle, 6. Aufl., vor § 20 WEG, Rd.-Nr. 6; Palandt/Thomas, 49. Aufl., § 744 BGB, Anm. 2). In diesem Rahmen kann auch eine Verfügung über das gemeinschaftliche Eigentum eine Maßnahme der ordnungsmäßigen Verwaltung darstellen (BGH NJW 1987, 3177 = DNotZ 1988, 359) und damit der mehrheitlichen Beschlußfassung nach § 21 Abs. 3 WEG unterliegen (Weitnauer, a. a. O., vor § 20 WEG, Rd.-Nr. 3).

Bezogen auf diese Kriterien handelt es sich bei der beschlossenen Übernahme einer Baulast auf das gemeinschaftliche Grundstück zugunsten des Nachbargrundstücks der Eheleute B. nicht um eine Maßnahme der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums. Es ist nämlich nicht ersichtlich, daß diese Maßnahme in irgendeiner Weise das Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer an der Erhaltung und Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums fördern soll. Dies räumen die Bet. zu 2) und 3) – wenn auch unter anderem rechtlichen Gesichtspunkt – mit ihrem Vorbringen selbst ein. Die Übernahme der Baulast habe für die Nutzung der Wohnungseigentumsanlage in ihrer vorhandenen Form keine Bedeutung. Die beschlossene Maßnahme dient deshalb ausschließlich dazu, den Eheleuten B. als Eigentümern des Nachbargrundstücks durch Beseitigung eines bauordnungsrechtlichen Hindernisses die Durchführung des von ihnen geplanten Bauvorhabens zu ermöglichen.

Es handelt sich deshalb hier ausschließlich um eine rechtliche Verfügung über das gemeinschaftliche Eigentum, die gem. § 747 S. 2 BGB nur gemeinschaftlich vorgenommen werden kann. Die Übernahme der bezeichneten Abstandsfläche auf das Grundstück der Wohnungseigentümergeinschaft bedeutet unmittelbar eine Änderung des Inhalts des Eigentums. Sie führt nämlich öffentlich-rechtlich zu einem Ausschluß einer anderweitig ggf. möglichen Bebaubarkeit des Grundstücks auf einer bestimmten Teilfläche. Die Übernahme der Baulast bedeutet darüber hinaus einen Verzicht auf den den Miteigentümern zustehenden öffentlich-rechtlichen Abwehrensanspruch gegenüber der geplanten Baumaßnahme wegen Nichteinhaltung der bauordnungsrechtlich erforderlichen Abstandsfläche. Es entspricht einhelliger Auffassung, daß die Abstandsflächenregelung des § 6 BauO NW nachbarschützenden Charakter hat (Gädtker/Temme, 8. Aufl., § 6 BauO NW, Rd.-Nr. 16). Diesen öffentlich-rechtlichen Abwehrensanspruch kann gem. § 1011 BGB jeder Miteigentümer unabhängig von der Mitwirkung der anderen Miteigentümer geltend machen (OVG Saarland BauR 1971, 111 f.). Steht danach dem einzelnen Miteigentümer ein Abwehrrecht gegen eine bauordnungswidrige Maßnahme individuell und nicht gemeinschaftsbezogen zu, kann in diese Rechtsstellung des Miteigentümers nicht durch eine mehrheitliche Beschlußfassung der Eigentümerversammlung eingegriffen werden. Aus diesem Grund hat der Senat bereits früher entschieden, daß die Zustimmung zu einer geplanten Baumaßnahme des Nachbarn im Rahmen einer durch die Bauaufsichtsbehörde gem. § 69 BauO NW veranlaßten Anhörung im Baugenehmigungsverfahren nicht der mehrheitlichen Beschlußfassung der Wohnungseigentümer unterliegt. Dasselbe gilt, wenn darüber hinausgehend im vorliegenden Fall zur Beseitigung eines bauordnungsrechtlichen Hindernisses eine Baulast auf das gemeinschaftliche Grundstück übernommen werden soll.

Entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde ist das Anfechtungsbegehren der Bet. zu 1) auch nicht gem. § 242 BGB ausgeschlossen. Zwar verpflichtet das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer diese in besonderer Weise zur gegenseitigen Rücksichtnahme. Diese aus § 242 BGB abzuleitende Verpflichtung bezieht sich jedoch ihrerseits lediglich auf die gemeinschaftliche Verwaltung und Nutzung der Wohnungseigentumsanlage. Aus dem Gemeinschaftsverhältnis läßt sich auch unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben keine Grundlage für eine rechtliche Verpflichtung der Bet. zu 1) herleiten, zugunsten der Grundstücksnachbarn als Dritten der Übernahme einer Baulast zuzustimmen.

2. Liegenschaftsrecht/WEG – Rechtsfragen zum isolierten Miteigentumsanteil nach WEG

(OLG Hamm, Beschluß vom 15. 8. 1990 – 15 W 87/89 – mitgeteilt von Richter am OLG Konrad Arps, Hamm)

WEG §§ 3; 8
BGB § 1008
ZPO § 857

1. Wird durch Erklärung nach § 8 WEG Wohnungseigentum in einem erst noch zu errichtenden Gebäude begründet, so bedeutet das „Wirksamwerden der Teilung“ mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher i. S. d. Abs. 2 S. 2 der Bestimmung (dinglicher Vollzug der Teilung), daß der Miteigentumsanteil zunächst mit einem Anwartschaftsrecht auf Erwerb des zugeordneten Sondereigentums verbunden ist.
2. Das Anwartschaftsrecht erlischt, wenn die Herstellung des als Sondereigentum vorgesehenen Raumes – etwa wegen einer vom Aufteilungsplan abweichenden Bebauung – unmöglich wird. Das gleiche gilt nicht schon bei bloßer Aufgabe der Bauabsicht.
3. Ein isolierter Miteigentumsanteil ohne Sondereigentum oder Anwartschaftsrecht auf Sondereigentum kann, wenn er neben vollständigem Wohnungs- oder Teileigentum besteht, nicht auf Dauer bestehen bleiben (anders, wenn alle Miteigentumsanteile isoliert sind). Vielmehr ist er durch Änderung des Gründungsakts auf die übrigen Miteigentümer zu übertragen (vgl. BGH NJW 1990, 447 f. = DNotZ 1990, 377), falls er nicht anderweitig mit Sondereigentum verbunden wird.
4. Aus der Verpflichtung aller Miteigentümer, einen isolierten Miteigentumsanteil als solchen nicht bestehen zu lassen, ist zu folgern, daß er nicht als verkehrsfähig angesehen und daher nicht mit einer Hypothek belastet werden kann.
5. Belastet werden kann bei dieser Rechtslage auch nicht – lediglich – der Miteigentumsanteil nach §§ 1008 ff. BGB.
6. Die Rechtsposition des isolierten Miteigentumsanteils – ohne Sondereigentum und ohne Anwartschaftsrecht – verliert die Buchungsfähigkeit im Grundbuch. Das damit unrichtig gewordene Wohnungs- oder Teileigentumsgrundbuch muß (im Zuge der Änderung des Gründungsakts) berichtigt werden.
7. Diese Rechtsposition ist nach Auffassung des Senats der Zwangsvollstreckung in der Weise zugänglich, daß der Anspruch ihres Inhabers gegen die übrigen Miteigentümer auf Übernahme des isolierten Miteigentumsanteils gegen Wertausgleich gem. § 857 ZPO gepfändet und gem. §§ 835 ff. ZPO zur Einziehung überwiesen werden kann.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 2) ist in den Teileigentumsgrundbüchern von S. Blatt 48356 und 48357 als Inhaberin der dort verzeichneten Teileigentumsrechte eingetragen. Die Teileigentumsrechte bestehen nach den Eintragungen jeweils aus einem bestimmten Miteigentumsanteil an dem näher bezeichneten Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an einer Garage.

Im Juni 1988 hat der Bet. zu 1) unter Vorlage eines vollstreckbaren Titels beim GBA beantragt, eine Zwangshypothek auf den Miteigentumsanteilen des Schuldners an dem Grundstück in S. Flurstück 925, eingetragen im Grundbuch von S., Blatt 48356 und 48357, einzutragen.

Diesen Antrag hat das AG zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt: Die Grundbücher von S. Blatt 48356 und 48357, in denen die zu belastenden Garagen eingetragen seien, seien im Jahre 1976 als Teileigentumsgrundbücher für zu erstellende Garagen angelegt worden. Diese Garagen seien nicht errichtet worden, „statt dessen“ sei eine Tiefgarage gebaut worden. Diese abweichende Bauausführung habe zur Folge, daß insoweit kein Sondereigentum entstanden sei. Die abweichend errichtete Tiefgarage bleibe Gemeinschaftseigentum sämtlicher Wohnungs- bzw. Teileigentümer. Die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek sei deshalb ausgeschlossen.

Gegen diese Entscheidung hat der Bet. zu 1) Erinnerung eingelegt. Er hat geltend gemacht: Es sei richtig, daß die in den Teileigentumsgrundbüchern aufgeführten Sondereigentumsrechte nicht entstanden seien. Jedoch sei der Miteigentumsanteil vorhanden, der unstreitig nicht der Eigentümergemeinschaft, sondern der Bet. zu 2) zustehe. Dieser Miteigentumsanteil, der durch die Eintragung auf einem eigenen Grundbuchblatt einen eigenständigen Charakter erhalten habe, sei somit auch mit einer Zwangshypothek zu belasten.

Der Rechtspfleger und der Richter des AG haben der Erinnerung nicht abgeholfen; letzterer hat sie dem LG zur Entscheidung vorgelegt. Dieses Gericht hat die Beschwerden als unbegründet zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung hat der Bet. zu 1) weitere Beschwerde erhoben und zur Begründung geltend gemacht: Der Antrag gehe nicht dahin, das Teileigentum der Bet. zu 2), welches in der Tat nicht entstanden sei, zu pfänden, sondern den Miteigentumsanteil, was nach § 864 ZPO zulässig sei. Zwar sei zuzugeben, daß hier ein Teileigentum nach st. Rspr. des OLG Hamm nicht entstanden sei. Jedoch müsse von der rechtlichen Existenz eines Miteigentumsanteils ausgegangen werden. Bei einer etwaigen Bereinigung der Angelegenheit müsse die Bet. zu 2) mitwirken, indem sie ihren Miteigentumsanteil formgerecht auf einen anderen Eigentümer übertrage oder von der Eigentümergemeinschaft ein entsprechendes Sondereigentum übertragen erhalte, welches sie mit ihrem Miteigentumsanteil verbinden könne, um überhaupt ein Wohnungs- oder Teileigentum zu erwerben. Wenn also der Bet. zu 2) an dem sehr wertvollen Gesamtobjekt ein Miteigentumsanteil zustehe, so müsse dieser auch der Zwangsvollstreckung zugänglich sein. Der Miteigentumsanteil habe insbesondere deswegen größeren Wert, weil hier die gesamte Tiefgaragenanlage im Miteigentum sämtlicher Wohnungseigentümer stehe. Bei der Eintragung der Hypothek müsse allerdings klargestellt werden, daß nur der Miteigentumsanteil belastet werde, nicht etwa das nicht existente Teileigentum oder insbesondere das Sondereigentum.

Die Bet. haben erklärt, die Garagen (sog. Doppelparker-Garagen) seien nicht entsprechend den Planungen entstanden.

Aus den Bauzeichnungen (Aufteilungsplan), die sich bei der Teilungserklärung in den Grundakten befinden, ist eine Tiefgarage nicht ersichtlich.

Aus den Gründen:

Die weiteren Beschwerden des Bet. zu 1) gegen die Beschlüsse des LG sind formgerecht eingelegt worden und auch sonst zulässig nach §§ 78, 80 GBO. Sie führen zur Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse. Die Verfahren mußten aus den noch darzustellenden Gründen zur erneuten Behandlung und Entscheidung an das AG – GBA – zurückverwiesen werden.

1) Die angefochtenen Beschwerdeentscheidungen werden von den darin angeführten Gründen nicht getragen. Die rechtliche Existenz der Teileigentumsrechte – und damit ihre Belastbarkeit – hängt nicht allein davon ab, ob die Garagen nicht errichtet worden sind und „stattdessen“ eine Tiefgarage gebaut wurde. Entscheidend ist vielmehr, ob die Garagen noch errichtet werden können, was u. a. von der Lage und der Beschaffenheit der Tiefgarage abhängig ist. Erörterungen hierzu fehlen aber in den Entscheidungen der Vorinstanzen vollständig.

2) Können die beiden Garagen noch errichtet werden, dann sind die diesbezüglichen Eintragungsanträge des Bet. zu 1) zu Unrecht zurückgewiesen worden. Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

a) Teileigentum an einer Garage kann – ebenso wie Wohnungseigentum an einer Wohnung – nach § 3 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 WEG durch eine Teilungserklärung schon vor der Errichtung der Garage gebildet werden. Das einem bestimmten Miteigentumsanteil zugeordnete Sondereigentum an der Garage, also einem nicht zu Wohnzwecken dienenden Raum, entsteht dann allerdings erst mit der Fertigstellung der Garage. Dinglich vollzogen wird die Teilung aber nach § 3 Abs. 1 und § 8 Abs. 2 WEG schon dann, wenn alle vorgesehenen Teileigentumsgrundbücher und/oder Wohnungsgrundbücher angelegt sind, obwohl zu diesem Zeitpunkt dasjenige Teileigentum, das sich auf den Raum in der erst noch zu errichtenden Garage erstreckt, tatsächlich nur ein Miteigentumsanteil am Grundstück ist. Die Anlegung des Teileigentumsgrundbuchs verschafft aber dem Teileigentümer eine gesicherte Rechtsposition, die als Anwartschaft auf Erlangung von Sondereigentum charakterisiert wird (h. M., z. B. BGH NJW 1990, 1111 f. = DNotZ 1990, 259; Röhl, Teilungserklärung und Entstehung des Wohnungs-

eigentums, 44; Weitnauer, 7. Aufl., § 3 WEG, Rd.-Nr. 11; ebenso der Senat in st. Rspr.). Ist das Teileigentum – mit Anlegung des Teileigentumsgrundbuchs – einmal wirksam entstanden, dann wohnt ihm das Recht zur Herstellung des in der Teilungserklärung vorgesehenen Raumes (Gebäudes) unabdingbar inne (OLG Frankfurt OLGZ 1978, 295; OLG Hamm OLGZ 1987, 389 = DNotZ 1988, 32), es sei denn, daß die Herstellung des Gebäudes unmöglich ist, etwa aus Gründen des öffentlichen Baurechts (wie im Falle der angeführten BGH-Entscheidung). Kann oder will der erste Inhaber des Teileigentumsrechts die vorgesehene Garage nicht mehr selbst errichten, dann kann er das Teileigentumsrecht – also den Miteigentumsanteil, verbunden mit dem Anwartschaftsrecht auf Erlangung von Sondereigentum an der vorgesehenen Garage – veräußern; dann hat der Erwerber aufgrund des Anwartschaftsrechts das Recht, das Gebäude seinerseits zu errichten und damit dem „Vollrecht“ des Sondereigentums aus der Anwartschaft heraus zur Entstehung zu verhelfen (OLG Frankfurt und OLG Hamm, jeweils a.a.O., Augustin, § 3 WEG, Rd.-Nr. 49).

b) Im vorliegenden Falle enthält zwar die Teilungserklärung keine ausdrückliche Aussage darüber, ob die Teileigentumsrechte an bereits fertigen oder erst noch zu errichtenden Garagen begründet werden sollten. Jedoch geht aus der oben angeführten Abgeschlossenheitsbescheinigung der Stadt S. klar hervor, daß die bestimmt bezeichneten Garagen erst noch errichtet werden sollten. Hierbei ist der Text des verwendeten Vordrucks mit den Worten „in dem bestehenden Gebäude“ abgeändert in „in dem noch zu errichtenden Gebäude“. Da ferner davon ausgegangen werden kann, daß die Garagen überhaupt nicht errichtet wurden, sind die dafür vorgesehenen Teileigentumsrechte nach den oben dargelegten Rechtsgrundsätzen zunächst mit der Anlegung der Teileigentumsgrundbücher von S. Blatt 48356 und 48357 wirksam entstanden, es sei denn, die Errichtung der Garagen sei schon zu diesem Zeitpunkt unmöglich gewesen. So könnte es sich dann verhalten, wenn die Tiefgarage auf eben der Grundstücksfläche gebaut worden ist, auf der die in Rede stehenden Garagen errichtet werden sollten, sofern letztere nicht noch zusätzlich oberirdisch gebaut werden können. Daß dies ausgeschlossen wäre, läßt sich den Beschlüssen des AG und des LG nicht entnehmen. Die darin enthaltene Aussage, daß die in Rede stehenden Garagen nicht errichtet worden seien und „stattdessen“ eine Tiefgarage gebaut worden sei, bringt lediglich einen Austausch zum Ausdruck, besagt aber nichts über die Lage der Tiefgarage auf eben der Grundstücksfläche, auf der die Garagen errichtet werden sollten. Eine dahingehende Feststellung hätte auch im bisherigen Akteninhalt keine Grundlage, zumal sich bei den Akten kein Aufteilungsplan (Bauzeichnung) befindet, der überhaupt eine Tiefgarage ausweist.

Daß und weshalb die Eintragung der Zwangshypotheken in den Teileigentumsgrundbüchern von S. Blatt 48356 und 48357 von den Vorinstanzen dann zu Recht abgelehnt worden ist, wenn entweder feststeht, daß die Garagen nicht mehr errichtet werden können oder jedenfalls Zweifel in dieser Richtung verbleiben, wird unten noch ausgeführt werden.

Da das AG und das LG bisher rechtsfehlerhaft keine Feststellungen darüber getroffen haben, ob die Garagen noch errichtet werden können, und aus den Entscheidungen der Vorinstanzen auch nicht hervorgeht, ob die diesbezügliche Sachlage beim AG oder beim LG offenkundig oder aktenkundig ist, und der Senat hierüber im Rechtsbeschwerdeverfahren auch keine Ermittlungen anstellen kann, mußten die angefochtenen Beschlüsse aufgehoben werden. Eine Zurückverweisung der Sache an das AG erschien dem Senat geboten, weil dem zuständigen Rechtspfleger möglicherweise die tatsächlichen Verhältnisse dieser Wohnungseigentumsanlage als offenkundig oder aktenkundig bekannt sind und dies lediglich nicht in die Begründung der Entscheidung eingeflossen ist.

c) Hat das GBA diese Kenntnis nicht, so ist es allerdings weder berechtigt noch verpflichtet, von Amts wegen Ermittlungen darüber anzustellen; § 12 FGG gilt im Eintragungsantragsverfahren nicht. Zulässig und geboten ist aber der Erlaß einer Zwi-

schenverfügung nach § 18 GBO, wenn aufgrund bestimmter Anhaltspunkte begründete Zweifel am Vorliegen einer Eintragungsvoraussetzung bestehen. Im vorliegenden Falle handelt es sich bei der rechtlichen Existenz der belastenden Teileigentumsrechte um eine Eintragungsvoraussetzung – und zwar nach § 39 GBO –, und die bisher als feststehend anzusehenden Umstände, nämlich die fehlende Errichtung der Garagen in Verbindung mit dem Vorhandensein einer Tiefgarage, rechtfertigen zumindest begründete Zweifel am Vorhandensein der mit den Zwangshypotheken zu belastenden Teileigentumsrechte. Dies berührt die Voreintragung des Betroffenen.

Nach § 39 Abs. 1 GBO soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als Berechtigter eingetragen ist. Der Berechtigte ist als solcher aber nur eingetragen, wenn auch sein Recht eingetragen ist. Zweck dieser Vorschrift ist es, daß der Rechtsstand des Grundbuchs nicht bloß im Endziel richtig ist, sondern in allen Entwicklungsstufen klar und verständlich wiedergegeben wird. Demnach muß das betreffende Recht so eingetragen sein, wie es der materiellen Rechtslage und der sich anschließenden neuen Eintragung entspricht (h. M., vgl. BGHZ 16, 101 m. w. N. = DNotZ 1955, 141).

Betroffen von der beantragten Eintragung der Zwangshypotheken wird im vorliegenden Fall die Bet. zu 2) als eingetragene Teileigentümerin. Die Eintragung der Teileigentumsrechte entspricht aber dann nicht der materiellen Rechtslage, wenn die Garagen nicht mehr errichtet werden können, was die Unrichtigkeit des Grundbuchs zur Folge hat. Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Bei der Begründung von Wohnungseigentum – für Teileigentum gilt nach § 1 Abs. 6 WEG das gleiche – in einem erst noch zu errichtenden Gebäude wird, wie § 8 Abs. 2 S. 2 WEG bestimmt, „die Teilung . . . mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher wirksam“. Dies bedeutet, daß die Inhaber der mit dem vorgesehenen Sondereigentum verbundenen Miteigentumsanteile von der Anlegung aller Wohnungsgrundbücher an so behandelt werden, als wären die Wohnungseigentumsrechte bereits voll entstanden. Mit dieser gesetzlichen Regelung soll schon vor der Bauausführung die Organisation der Bet. und die gesonderte Belastung der Anteile erleichtert werden (Soergel/Stürner, 12. Aufl., § 3 WEG, Rd.-Nr. 5 m. w. N.). Rechtswirksam entsteht aber das Wohnungseigentum vollständig erst mit der Herstellung des ihm als Sondereigentum zugeordneten Raumes. Dem Miteigentümer steht ein dingliches Anwartschaftsrecht auf das Sondereigentum zu, welches das Recht auf Herstellung des betreffenden Raumes grundsätzlich unabdingbar umfaßt, wie bereits ausgeführt wurde. Stellt sich aber heraus, daß das Gebäude oder der Gebäudeteil, in dem sich das Sondereigentum befinden soll, nicht errichtet werden kann (vgl. dazu BGH NJW 1990, 1111 f. = DNotZ 1990, 259), dann hat dies nach Auffassung des Senats zwangsläufig das Erlöschen des Anwartschaftsrechts und die Unmöglichkeit der Entstehung des vorgesehenen Sondereigentums zur Folge. Es handelt sich hierbei nicht mehr um ein Wohnungseigentumsrecht, da dieses nach den Bestimmungen des WEG (§ 1 Abs. 2 u. 3; § 3 Abs. 1; § 6 u. § 8 Abs. 1) zwingend aus der Zusammenfassung eines ideellen Miteigentumsanteils mit dem Sondereigentum an wenigstens einem bestimmtem Raum bestehen muß. Infolgedessen ist das Grundbuch in diesem Falle unrichtig, weil es einen mit der Rechtslage nicht mehr übereinstimmenden Rechtszustand ausweist.

d) Wird ein als Sondereigentum vorgesehener Raum – neben tatsächlich errichteten Räumen – nur deswegen nicht errichtet, weil der derzeitige Inhaber des Anwartschaftsrechts die Bauabsicht endgültig aufgegeben hat, so führt dies allein nach Auffassung des Senats noch nicht zum Erlöschen des Anwartschaftsrechts, weil die Rechtsposition veräußert und der vorgesehene Raum sodann vom Erwerber errichtet werden kann. Will der gegenwärtige Rechtsinhaber auch diese Möglichkeit ausschließen, dann muß der Gründungsakt entsprechend geändert und die Änderung in den Grundbüchern eingetragen

werden (vgl. BGH NJW 1990, 447 f. = DNotZ 1990, 377). Aus diesen Gründen ist es im vorliegenden Falle unerheblich, ob die Bet. zu 2) ihrerseits lediglich die Absicht zur Errichtung der Garagen aufgegeben hat. Nach diesen Rechtsgrundsätzen sind die Teileigentumsgrundbücher von S. Blatt 48356 und 48357 nur dann unrichtig (geworden), wenn die Garagen nicht mehr errichtet werden können. In diesem Falle würde durch die Eintragung der Zwangshypotheken eine weitere Unrichtigkeit entstehen, die das GBA tunlichst zu verhindern hat.

Eine Klärung der Zweifel darüber, ob die Garagen noch errichtet werden können oder nicht, läßt sich möglicherweise durch eine Auskunft des zuständigen Bauordnungsamtes oder durch eine Vorlage von Bauakten oder dergleichen herbeiführen. Insofern erachtet der Senat den Freibetrag für zulässig (vgl. OLG Köln, Rpfleger 1987, 301; KEHE, 3. Aufl., § 29 GBO, Rd.-Nr. 129; Horber/Demharter, 18. Aufl., § 29 GBO, Anm. 17).

3) Steht fest, daß die Garagen nicht mehr errichtet werden können, oder werden diesbezügliche Zweifel des GBA nicht ausgeräumt, dann scheidet eine Belastung nicht nur der im Grundbuch unrichtig verlautbarten Teileigentumsrechte, sondern auch der dann in Wirklichkeit bestehenden isolierten Miteigentumsanteile aus. Das folgt nach Ansicht des Senats aus materiellrechtlichen Gründen ebenso wie aus dem Grundbuchverfahrensrecht.

a) Zunächst kann nicht davon ausgegangen werden, daß es sich bei der Rechtsposition der Bet. zu 2), wenn das vorgesehene Sondereigentum an den in Rede stehenden Garagen nicht mehr entstehen kann, (weiterhin) um Teileigentum i. S. d. WEG handelt. Derartiges Teileigentum besteht nur, wenn ein Miteigentumsanteil mit dem Sondereigentum an einem bestimmten vorhandenen Raum oder zumindest mit dem Anwartschaftsrecht auf ein bestimmtes Sondereigentum verbunden ist. Ist das Anwartschaftsrecht erloschen, dann kann die verbliebene Rechtsposition nicht mehr als Teileigentum bezeichnet und behandelt werden.

Allerdings hat der BGH in einer schon mehrfach erwähnten Entscheidung (NJW 1990, 1111 f. = DNotZ 1990, 259) ausgesprochen, wenn das nach einer Teilungserklärung vorgesehene Gebäude, gleichgültig aus welchen Gründen, nicht erstellt werde, bleibe das Wohnungseigentum auf Dauer in dem Zustand wirksam, in dem es sich bei Grundbucheintragung befunden habe, also der Substanz nach nur in dem eines Miteigentumsanteils am Grundstück. Soweit damit gesagt sein soll, daß die Rechtsposition des eingetragenen Miteigentümers, die der Substanz nach nur in einem Miteigentumsanteil am Grundstück bestehe und auf Dauer wirksam bleiben solle, weiterhin als „Wohnungseigentum“ zu charakterisieren sei, kann dem nicht zugestimmt werden. Wenn nämlich nur ein Miteigentumsanteil am Grundstück besteht und das Gebäude endgültig nicht errichtet werden kann, das Sondereigentum also entfällt, läßt sich die gegebene Rechtsposition nicht mehr als „Wohnungseigentum“ kennzeichnen, wie bereits ausgeführt wurde. Außerdem trifft es in dieser Allgemeinheit nicht zu, daß die dargestellte Rechtsposition eines Miteigentümers auf Dauer in dem Zustand wirksam bleiben könne. Richtig ist diese Annahme zwar für den vom BGH konkret entschiedenen Fall, in dem das nach der Teilungserklärung vorgesehene Gebäude aus baurechtlichen Gründen überhaupt nicht errichtet werden konnte, so daß kein einziges Sondereigentum entstehen konnte und sich die Rechtsposition eines jeden Miteigentümers auf einen Miteigentumsanteil am Grundstück reduzierte. In diesem speziellen Fall war also die Rechtslage der Miteigentümer praktisch nicht anders als im Falle des gewöhnlichen Miteigentums nach §§ 1008 ff. BGB, und gegen die Aufrechterhaltung dieses Zustandes auf Dauer bestehen keine Bedenken. Mit diesem Rechtszustand ist allerdings die Bezeichnung „Wohnungseigentum“, wie vom BGH (a.a.O.) verwendet, nicht mehr vereinbar.

Ist dagegen bei einem tatsächlich errichteten und in Wohnungseigentum aufgeteilten Gebäude lediglich an einem Gebäudeteil Sondereigentum nicht entstanden, so daß dem Miteigentümer insoweit lediglich ein isolierter Miteigentumsanteil

zusteht, dann kann dieser Rechtszustand nicht auf Dauer aufrechterhalten werden, wie der BGH in einer anderen Entscheidung (NJW 1990, 447 = DNotZ 1990, 377) selbst entschieden hat. Er hat dazu ausgeführt: Der Senat teile die von Röll begründete Auffassung, daß die Begründung isolierter Miteigentumsanteile zwar gem. § 3 Abs. 1, § 8 Abs. 1 WEG nicht rechtsgeschäftlich erfolgen könne, aber sachenrechtlich nicht ausgeschlossen sei und sich als Folge der Anwendung gesetzlicher Bestimmungen ergeben könne. Ein isolierter Miteigentumsanteil wachse zwar den anderen Miteigentümern nicht entsprechend § 738 Abs. 1 BGB zu, da diese nicht, wie in der Vorschrift vorausgesetzt, gesamthänderisch verbunden seien. Alle Miteigentümer seien aber aufgrund des Gemeinschaftsverhältnisses verpflichtet, den Gründungsakt so zu ändern, daß keine isolierten Miteigentumsanteile bestehen blieben. Hierzu bedürfe es einer Vereinbarung. Der isolierte Miteigentumsanteil müsse – im Zweifel anteilig – durch Vereinigung oder Zuschreibung (§ 890 BGB) auf die anderen Anteile übertragen werden. Zwar könnten die Wohnungseigentümer die anteilige Übertragung des isolierten Miteigentumsanteils nicht ersatzlos verlangen; aber einen Wertausgleich brauchten sie erst zu leisten, wenn sie einen entsprechenden Vermögenszuwachs erführen.

Hiernach trifft es eben nicht zu, daß ein Miteigentumsanteil, dessen zugeordnetes Sondereigentum nicht entstanden ist und auch nicht mehr entstehen kann, in jedem Falle auf Dauer in diesem Zustand verbleiben könne, wie es in der Entscheidung BGH NJW 1990, 1111 f. = DNotZ 1990, 259 ausgesprochen ist. Da nach den Bestimmungen des WEG mit jedem Miteigentumsanteil zwingend das Sondereigentum an wenigstens einen Raum verbunden sein muß, nötigt diese Regelung unabweisbar zu der auch vom BGH in der Entscheidung NJW 1990, 447 f. = DNotZ 1990, 377 gezogenen Schlußfolgerung, daß dann, wenn der vom Wohnungseigentumsgesetz nicht gewollte Rechtszustand gleichwohl eingetreten ist, diese „Entgleisung“ des Wohnungs- oder Teileigentumsrechts unverzüglich beseitigt werden muß; dies kann entweder durch Übertragung des isolierten Miteigentumsanteils auf die übrigen Miteigentümer oder, falls möglich, durch seine Verbindung mit einem anderen Sondereigentum erreicht werden.

Darauf, aus welchem Grunde im konkreten Falle die Entstehung des Sondereigentums von Anfang an unmöglich war (etwa aus Gründen des öffentlichen Baurechts oder wegen Mängeln des Gründungsaktes) oder nachträglich unmöglich geworden ist (beispielsweise wegen der Bauausführung), kann es nach Ansicht des Senats in diesem Zusammenhang nicht ankommen, weil der Fortbestand eines isolierten Miteigentumsanteils neben Miteigentumsanteilen, die mit Sondereigentum verbunden sind – etwas anderes gilt, wenn bei *allen* Miteigentumsanteilen kein Sondereigentum entstanden ist und entstehen kann (BGH NJW 1990, 1111 = DNotZ 1990, 259) – mit dem Wohnungseigentumsgesetz schlechterdings nicht zu vereinbaren ist. Die vom BGH (NJW 1990, 447 f. = DNotZ 1990, 377) vertretene Ansicht, daß alle Miteigentümer aufgrund des Gemeinschaftsverhältnisses verpflichtet seien, den Gründungsakt so zu ändern, daß keine isolierten Miteigentumsanteile bestehen blieben, muß daher nicht nur für die seinerzeit entschiedene Fallgestaltung, sondern für alle Fälle gelten, in denen neben einem isolierten Miteigentumsanteil auch mit Sondereigentum verbundene Miteigentumsanteile vorhanden sind.

Mit seiner hier vertretenen Auffassung, daß, wenn im vorliegenden Fall die Errichtung der Garagen nicht mehr möglich ist, der dann vorhandene isolierte Miteigentumsanteil der Bet. zu 2) kein Teileigentum im Rechtssinne mehr darstellt und daher auch nicht als solches mit einer Zwangshypothek belastet werden kann, setzt sich der Senat nicht in einen zur Vorlage gem. § 79 Abs. 2 GBO verpflichtenden Gegensatz zur Entscheidung des BGH (NJW 1990, 1111 = DNotZ 1990, 259). Soweit darin ausgeführt ist, das Wohnungseigentum bleibe, wenn das Gebäude aus welchen Gründen auch immer nicht erstellt werde, auf Dauer in dem Zustand wirksam, in dem es sich bei der Grundbucheintragung befunden habe, gehört dies nämlich

nicht mehr zu den tragenden Gründen dieser Entscheidung. Streitgegenstand war in jenem Falle ein Schadensersatzanspruch des Kl. gegen einen Rechtsanwalt wegen vorwerfbarer Verletzung des anwaltlichen Beratungsvertrages. Der Kl. hatte ein Wohnungseigentum in einem erst noch zu errichtenden Gebäude ersteigert. Danach hatte er bei der Bauaufsichtsbehörde erfahren, daß der Errichtung des geplanten Gebäudes ein öffentlich-rechtliches Bauverbot entgegenstand. Der Kl. warf dem Rechtsanwalt vor, ihn nicht auf die befristete Zuschlagsbeschwerde hingewiesen und damit die Aufhebung des Zuschlagsbeschlusses verhindert zu haben. Das zu einem Bargebot von 70.000,- DM ersteigerte Wohnungseigentum war, wie eine spätere Wertfestsetzung ergab, lediglich 5000,- DM wert. Zur tragenden Grundlage der Entscheidung gehörte somit in wohnungseigentumsrechtlicher Hinsicht lediglich, daß die Grundbucheintragung der Teilungserklärung vor Errichtung des Gebäudes unabhängig von einem schon zu diesem Zeitpunkt nach öffentlichem Recht bestehenden Bauverbot für das Grundstück zulässig war, daß also die Wohnungseigentumsrechte mit der Anlegung der Wohnungseigentumsgrundbücher zur Entstehung gelangt waren und daß der Kl. eines dieser Wohnungseigentumsrechte durch den Zuschlag erworben hatte.

Ob das vom Kl. so erworbene „Wohnungseigentum“, das weder mit einem Sondereigentum noch mit einem Anwartschaftsrecht auf Sondereigentum verbunden war und lediglich einen isolierten Miteigentumsanteil darstellte, auch weiterhin in diesem Zustand verbleiben konnte, nachdem sich erst später herausgestellt hatte, daß die Errichtung des Gebäudes unmöglich war, hatte für die Entscheidung keine Bedeutung mehr. Der Entscheidung läßt sich auch nicht entnehmen, daß der BGH etwa seine erst kurz zuvor (NJW 1990, 447 = DNotZ 1990, 377) vertretene Auffassung, daß ein isolierter Miteigentumsanteil durch Änderung des Gründungsaktes beseitigt werden müsse, habe aufgeben wollen. Im übrigen liegt ein wesentlicher Unterschied der zur Entscheidung stehenden Sachverhalte darin, daß im Falle der BGH-Entscheidung (NJW 1990, 1111 = DNotZ 1990, 259) kein Miteigentumsanteil mit Sondereigentum verbunden war, während in der hier zu entscheidenden Sache ebenso wie im Falle der BGH-Entscheidung NJW 1990, 447 = DNotZ 1990, 377 ein isolierter Miteigentumsanteil neben solchen Miteigentumsanteilen existiert, die ordnungsgemäß mit Sondereigentum verbunden sind. Daß stets eine differenzierte, dem Einzelfall angepaßte Lösung gefunden werden muß, hat Röll (MünchKomm/Röll, 2. Aufl., § 5 WEG, Rd.-Nr. 33) mit Recht betont.

Aus der somit in den Fällen der hier gegebenen Art anzunehmenden – nicht nur schuldrechtlichen, sondern auch vom BGH im Anschluß an Röll als „dingliche Verstrickung“ bezeichneten – Verpflichtung aller Miteigentümer, einen isolierten Miteigentumsanteil als solchen zu beseitigen, was im Interesse des Rechtsverkehrs unverzüglich zu geschehen hat, ist nach Ansicht des Senats zu folgern, daß der isolierte Miteigentumsanteil dem Rechtsverkehr im übrigen entzogen sein muß. Das gilt insbesondere für Veräußerungen und Belastungen, da diese seine Ver selbständigkeit verfestigen und seine notwendige Eliminierung nur erschweren oder gar vereiteln würden.

Soweit der BGH (NJW 1990, 1111 = DNotZ 1990, 259) den Rechtserwerb des Kl. an einem isolierten Miteigentumsanteil durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung bejaht hat, nötigt dies nicht zu der Annahme, der BGH habe ganz allgemein die Verkehrsfähigkeit eines isolierten Miteigentumsanteils ausprechen wollen. Abgesehen von der Besonderheit des damaligen Sachverhalts (völliges Fehlen von im Sondereigentum stehenden Räumen) ist zu berücksichtigen, daß das öffentlich-rechtliche Bauverbot, das die Entstehung von Sondereigentum verhinderte, bei der Zuschlagserteilung noch nicht bekannt war und daher auch nicht berücksichtigt werden konnte.

Ist demnach die Belastung eines isolierten Miteigentumsanteils, der neben „gesetzeskonformen“ Miteigentumsanteilen existiert, mit einer (Zwangs-)Hypothek schon aus materiellrechtlichen Gründen unzulässig, so ließe sich eine solche Belastung darüber hinaus auch nicht im Einklang mit dem Grundbuchverfahrensrecht durchführen.

Wie bereits ausgeführt, ist das Grundbuch, das ein Teileigentumsrecht ausweist, obwohl nur ein isolierter Miteigentumsanteil besteht und die Entstehung des vorgesehenen Sondereigentums unmöglich ist, unrichtig (Staudinger/Ring, 11. Aufl., § 3 WEG, Rd.-Nr. 22; MünchKomm/Röll, a. a. O., § 5 WEG, Rd.-Nr. 35a; wohl auch Bärmann/Pick/Merle, 6. Aufl., § 3 WEG, Rd.-Nr. 26). Die Eintragung einer Hypothek hätte mit Sicherheit eine zusätzliche Unrichtigkeit zur Folge, zu deren Entstehung das GBA nicht mitwirken darf. Die Eintragung würde nämlich den unrichtigen Anschein erwecken, als wäre das Haftungsbjekt der Hypothek ein rechtlich existentes Teileigentumsrecht nach dem WEG.

Entgegen der Ansicht des Bet. zu 1) hält es der Senat auch nicht für zulässig, die jeweilige Zwangshypothek mit dem Vermerk einzutragen, daß sie nur auf dem (isolierten) Miteigentumsanteil lastet. Zum einen scheint die Belastung des isolierten Miteigentumsanteils materiell-rechtlich unzulässig, wie oben ausgeführt. Zum anderen sieht das Grundbuchrecht die verselbständigte Buchung eines isolierten Miteigentumsanteils bei fehlgeschlagener Verbindung mit einem Sondereigentum im Grundbuch nicht vor.

b) Nicht gangbar erscheint ferner der Weg, in den betroffenen Teileigentumsgrundbüchern die Eintragung der Teileigentumsrechte im Bestandsverzeichnis zu löschen, statt dessen gewöhnliche Miteigentumsanteile nach §§ 1008 ff. BGB einzutragen und diese sodann mit den Hypotheken zu belasten; das gleiche gilt für die Frage, ob unter Schließung der Teileigentumsgrundbücher neue Grundbücher angelegt werden können, in die lediglich Miteigentumsanteile nach §§ 1008 ff. BGB einzutragen wären. Ein ideeller Miteigentumsanteil an einem Grundstück kann grundsätzlich nicht in einem eigenen Grundbuchblatt gebucht werden. Nach § 3 GBO erhält vielmehr jedes Grundstück im Grundbuch eine besondere Stelle (Grundbuchblatt), die für das Grundstück als das Grundbuch i. S. d. BGB anzusehen ist. Die gesonderte Buchung eines ideellen Miteigentumsanteils ist nur unter besonderen Voraussetzungen, die hier nicht vorliegen, zulässig. Einen derartigen Fall regelt § 3 Abs. 3a GBO. Hiernach kann das GBA, sofern dies zur Erleichterung des Rechtsverkehrs angezeigt und hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist, von der Führung eines Grundbuchblatts für ein Grundstück absehen, wenn das Grundstück für sich allein nur von geringer wirtschaftlicher Bedeutung, aber den wirtschaftlichen Zwecken mehrerer anderer Grundstücke zu dienen bestimmt ist, zu diesen in einem dieser Bestimmungen entsprechenden räumlichen Verhältnis und im Miteigentum der Eigentümer dieser Grundstücke steht. In diesem Falle werden aber die den Eigentümern zustehenden einzelnen Miteigentumsanteile an dem dienenden Grundstück nicht etwa auf selbständigen Grundbuchblättern gebucht, sondern in den Grundbüchern eingetragen, in denen die „herrschenden“ Grundstücke gebucht sind. Diese Eintragung gilt dann als Grundbuch für den einzelnen Miteigentumsanteil (§ 3 Abs. 3b S. 2 GBO). Daß diese Voraussetzungen im vorliegenden Falle nicht gegeben sind, bedarf keiner weiteren Begründung.

Im übrigen ist ein isolierter Miteigentumsanteil, der sich – wie hier – aus einer „Entgleisung“ eines Teileigentumsrechts ergeben hat und neben dem reguläre Teileigentumsrechte oder Wohnungseigentumsrechte bestehen, nicht mit dem gewöhnlichen Miteigentum nach § 1008 BGB gleichzusetzen. Der letztere stellt auch nicht etwa ein „minus“ oder eine „Vorstufe“ rechtlicher Art, sondern ein „aliud“ gegenüber dem Miteigentumsanteil nach § 1 Abs. 2 WEG dar. Diese Auffassung hat der Senat bereits in einer früheren Entscheidung vertreten (OLGZ 1983, 386 = DNotZ 1984, 108 = MittRhNotK 1983, 219). Der Miteigentumsanteil nach dem WEG erstreckt sich, wenn – wie hier – Raumeigentum anderer Miteigentümer entstanden ist, nicht nur auf das Grundstück, sondern auch auf die übrigen Bestandteile des Gebäudes, soweit sie nicht vom Sondereigentum erfaßt sind. Die Rechtsposition des Miteigentümers der Wohnungseigentümergeinschaft ist gegenüber derjenigen des Miteigentümers nach § 1008 BGB teils dem Umfang nach erweitert, teils durch die Sondereigentumsrechte der übrigen

Wohnungseigentümer inhaltlich eingeschränkt. Im übrigen ist allgemein anerkannt, daß nach der Konstruktion des WEG gewöhnliches Miteigentum nach §§ 1008 ff. BGB nicht neben Raumeigentum in derselben Gemeinschaft bestehen kann (Augustin, § 3 WEG, Rd.-Nr. 68; Weitnauer, § 3 WEG, Rd.-Nr. 6; Bärmann/Pick/Merle, § 3 WEG, Rd.-Nr. 8).

4. Dem Bet. zu 1) ist zuzugeben, daß die Rechtsposition der Bet. zu 2) als Miteigentümerin einer Wohnungseigentümergeinschaft auch ohne das Sondereigentum an den nicht errichteten Garagen einen wirtschaftlichen Wert darstellt, der einer Zwangsvollstreckung zugänglich sein muß. Diese Rechtsposition ist aber als isolierter Miteigentumsanteil, wenn dessen zugehöriges Sondereigentum nicht mehr entstehen kann, als solche nicht im Grundbuch buchungsfähig, wie der Senat für eine vergleichbare Sachlage schon entschieden hat (OLGZ 1977, 264, 280 = DNotZ 1977, 308). Geht man mit dem BGH (NJW 1990, 447 = DNotZ 1990, 377) davon aus, daß die übrigen Miteigentümer dieser Gemeinschaft aufgrund des Gemeinschaftsverhältnisses im Wege „dinglicher Verstrickung“ verpflichtet sind, den Gründungsakt durch entsprechende Vereinbarungen – und Grundbucheintragung – so zu ändern daß keine isolierten Miteigentumsanteile bestehen bleiben, dann steht hiernach dem Inhaber eines isolierten Miteigentumsanteils ein entsprechender Anspruch gegen die übrigen Miteigentümer zu, und zwar auf Übernahme des isolierten Miteigentumsanteils gegen Wertausgleich, sofern nicht durch eine Vereinbarung nach § 10 Abs. 2 WEG der isolierte Miteigentumsanteil anderweitig mit Sondereigentum verbunden und auf diese Weise „vervollständigt“ werden kann. Dieser Anspruch der Bet. zu 2) auf Übernahme ihrer beiden isolierten Miteigentumsanteile gegen die übrigen Miteigentümer der Wohnungseigentümergeinschaft ist der Zwangsvollstreckung zugänglich, und zwar im Wege der Forderungspfändung nach § 857 ZPO.

3. Grundbuchrecht – Nachweis der Vertretungsregelung einer GmbH gegenüber dem Grundbuchamt

(OLG Köln, Beschluß vom 30. 3. 1990 – 2 Wx 11/90)

GBO §§ 29; 32
HGB § 9 Abs. 3
BNotO § 21

1. **Das registergerichtliche Zeugnis i. S. d. §§ 32 GBO, 9 Abs. 3 HGB erstreckt sich nur auf die in das Handelsregister eingetragenen Tatsachen und nicht auf Umstände, die auf den zum Handelsregister eingereichten Eintragsunterlagen und -anmeldungen beruhen. Ein Zeugnis des Registergerichts über diese Umstände vermag deshalb die Vertretungsregelung einer GmbH nicht i. S. d. § 29 GBO nachzuweisen.**
2. **Die gleichen Grundsätze finden auf die notarielle Vertretungsbescheinigung gem. § 21 BNotO Anwendung. Auch diese notarielle Bescheinigung beweist nur die Vertretungsverhältnisse ab dem Zeitpunkt der Registereintragung, nicht aber die Vertretungsverhältnisse für die Zeit vor der Eintragung, die sich nur aus den Eintragsunterlagen ergeben.**

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Ast. begehrt die Eintragung einer Auflassungsvormerkung in das Grundbuch aufgrund der Bewilligung in einem notariellen Vertragsangebot vom 22. 4. 1988. Mit diesem Vertragsangebot wurde der Ast. von der Firma S-Verwaltung GmbH u. a. der Kauf des hier betroffenen Grundbesitzes, der im Alleineigentum der D-GmbH stand, angeboten. Die Vollmacht der S-Verwaltungs GmbH bezog sich nur auf den Verkauf von Grundbesitz der Firma D-GmbH als Mitgesellschafterin von BGB-Gesellschaften. In einer notariellen Urkunde vom 29. 6. 1988 genehmigte Herr H., als allein vertretungsberechtigter Geschäftsführer der

Firma D-GmbH alle Erklärungen in der genannten Urkunde und damit auch die in der Urkunde bewilligte Auflassungsvormerkung.

Das GBA hat zunächst die Eintragung einer Auflassungsvormerkung abgelehnt, da nicht in der Form des § 29 GBO der Nachweis erbracht war, daß Herr H. alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der D-GmbH war. Die Beschwerde gegen diese Entscheidung hat das LG zurückgewiesen, da auch im Beschwerdeverfahren der Vertretungsnachweis nicht vorgelegt worden war.

Später wurde von der Ast. eine „Vertretungsbescheinigung gem. § 21 BNotO“ vom 20. 7. 1989 vorgelegt, in der der Notar N. mitteilt:

„Aufgrund Einsicht in das Handelsregister beim AG K. am 12. 7. 1989 bescheinige ich, daß Herr H. als Geschäftsführer berechtigt ist, die D-GmbH mit dem Sitz in K. allein zu vertreten und daß seine Eintragung als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer am 24. 11. 1988 erfolgte. Aufgrund Einsicht in die Handelsregisterakten der Gesellschaft am gleichen Tage bescheinige ich, daß der Gesellschafterbeschuß über die Bestellung von Herrn H. zum alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer vom 20. 5. 1988 datiert.“

Der Rechtspfleger des GBA hat daraufhin beanstandet, daß die Vertretungsbescheinigung vom 20. 7. 1989 nicht zum Nachweis der Vertretungsberechtigung zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung vom 29. 6. 1988 ausreiche, da § 21 BNotO die Bescheinigung nur über Eintragungen im Handelsregister, nicht aber über zum Handelsregister eingereichte Schriftstücke zulasse.

Der Notar reichte daraufhin eine gerichtlich beglaubigte Abschrift des privatschriftlichen Gesellschafterbeschlusses vom 20. 5. 1988 und eine Bescheinigung des Urkundsbeamten des Handelsregisters vom 2. 10. 1989 zu den Akten, wonach der Gesellschafterbeschuß vom 20. 5. 1988 zusammen mit der Anmeldung der Bestellung des Herrn H. zum Geschäftsführer zum Handelsregister eingereicht wurde.

Daraufhin hat der Rechtspfleger, weil er die weiteren Nachweise nicht für ausreichend hielt, um Vorlage einer Genehmigungserklärung des Geschäftsführers sowie um den Nachweis seiner Vertretungsbefugnis, beides in der Form der §§ 29 GBO, 21 BNotO, ersucht.

Mit der dagegen gerichteten Erinnerung hat die Ast. die Auffassung vertreten, § 32 GBO beziehe sich nicht nur auf die Wiedergabe bereits vorgenommener Eintragungen, sondern auch auf Bescheinigungen, die aufgrund der Registerakte ausgestellt würden. Die verlangten Nachweise sind auch nach Ablauf der gesetzten Frist nicht eingereicht worden. Das LG hat das Rechtsmittel jedoch als unbegründet zurückgewiesen. Die Vorschrift des § 21 BNotO beziehe sich nur auf Eintragungen in das Handelsregister. Zum Zeitpunkt der Genehmigungserklärung (29. 6. 1988) sei der Wechsel in der Geschäftsführung aber noch nicht eingetragen gewesen. Ebenso entspreche die Bescheinigung des AG nicht den Anforderungen des § 32 GBO, nach denen ein Zeugnis des Gerichts über die Eintragung erforderlich sei.

Mit der weiteren Beschwerde rügt die Ast. die Anwendung der §§ 21 BNotO, 32 GBO. Die vom Gesetz gewollte Erleichterung des Nachweises der Vertretung von Handelsgesellschaften könne nicht davon abhängen, wie schnell das Handelsregister arbeite. Der Nachweis der Vertretungsbefugnis sei daher auch dann als geführt anzusehen, wenn bescheinigt werde, aufgrund welcher Urkunden es zur Eintragung ins Handelsregister gekommen sei und sich aus diesen Urkunden der Beginn der Vertretungsbefugnis ergebe.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist gem. § 78 GBO statthaft und auch ansonsten zulässig, in der Sache aber nicht begründet.

In der Sache beruht die Entscheidung nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§§ 78 GBO, 550 f., 561 ZPO). Die Auffassung der Vorinstanzen, daß die vorgelegten Urkunden nicht zum Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen nach § 29 GBO ausreichen, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

1. Die notarielle Vollmacht berechtigte die Firma S-Verwaltung GmbH nicht zur Veräußerung des im Alleineigentum der Firma D-GmbH stehenden Grundbesitzes, denn sie bezog sich nur auf den Verkauf von Grundbesitz der Firma D-GmbH als Mitgesellschafterin von BGB-Gesellschaften. Zur Wirksamkeit der bewilligten Auflassungsvormerkung bedurfte es mangels einer ordnungsgemäßen Vollmacht daher der Genehmigung durch die Firma D-GmbH, die in der Form des § 29 GBO nachzuweisen war, wozu auch der Nachweis der Vertretungsbefugnis des handelnden Geschäftsführers der GmbH gehört.

2. Die Bescheinigung des Urkundsbeamten des Handelsregisters vom 2. 10. 1989 reicht dazu auch unter Berücksichtigung der Nachweiserleichterung gem. § 32 GBO nicht aus.

Die Eintragung im Handelsregister, daß Herr H. Geschäftsführer der D-GmbH ist, ist erst am 24. 11. 1988 erfolgt, so daß sich aus der Eintragung im Handelsregister nur ergibt, daß er ab diesem Zeitpunkt Geschäftsführer der GmbH war. Die von Herrn H. unterzeichnete Genehmigungserklärung stammt dagegen schon vom 29. 6. 1988. Aus dem Handelsregister ergibt sich aber nicht, wie die Vertretungsverhältnisse vor dem 24. 11. 1988 und insbesondere zum Zeitpunkt der Genehmigungserklärung vom 29. 6. 1988 waren. Das Zeugnis des § 32 GBO bezieht sich schon nach dem Wortlaut der Vorschrift auf die „Eintragung“ im Handelsregister. Gleiches gilt gem. § 9 Abs. 3 HGB, wonach der Nachweis zur Vertretung einer Handelsgesellschaft Behörden gegenüber nur durch ein Zeugnis des Gerichts über die Eintragung geführt werden kann. Hier kann dahinstehen, ob § 33 GBO als die spezielle Vorschrift für das Grundbuchrecht anzusehen ist (so Meikel/Roth, 7. Aufl., § 32 GBO, Rd.-Nr. 4) oder ob die Vorschrift des § 32 GBO als durch § 9 Abs. 3 HGB überholt anzusehen ist (so KEHE/Herrmann, 3. Aufl., § 32 GBO, Rd.-Nr. 1). In jedem Fall herrscht Einigkeit darüber, daß die Vorschriften sich inhaltlich entsprechen und daher gleichermaßen auszulegen sind (Meikel/Roth, a.a.O., § 32 GBO, Rd.-Nr. 4). An der Beweisfunktion der Handelsregistereintragung können vor der Eintragung eingetretene Umstände schon deshalb nicht teilnehmen, weil die Publizitätswirkung des Handelsregisters erst mit der Eintragung im Handelsregister beginnt. Das registriergerichtliche Zeugnis kann daher den Beweis für die Vertretungsbefugnis auch erst vom Zeitpunkt der Eintragung an erbringen. Es ist nicht entscheidend, daß die Eintragung im Handelsregister auf Eintragungsanmeldungen beruht. Das Handelsregister ist zwar vor der Eintragung zur Prüfung der Anmeldung auf Zulässigkeit und sachliche Richtigkeit verpflichtet (vgl. Capelle/Canaris, Handelsrecht, 21. Aufl., 44 f.), dabei handelt es sich jedoch nicht um umfassende Ermittlungen zur Feststellung der objektiven Richtigkeit der Anmeldung, sondern die Prüfung ist schon aus praktischen Gründen auf die Sachverhalte beschränkt, bei denen sich Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der Anmeldung ergeben (vgl. K. Schmidt, Handelsrecht, 2. Aufl., 345; BayObLG DNotZ 1974, 42 f.). Aus der späteren Eintragung im Handelsregister ergibt sich daher nicht, daß die eingetragene Rechtsänderung zu den in den Eintragungsunterlagen genannten Zeitpunkten eingetreten ist. Es bedurfte daher auch keiner Aufklärung, zu welchem Zeitpunkt die Eintragungsunterlagen beim Handelsregister eingereicht wurden, was aus der Bescheinigung des Handelsregisters nicht hervorgeht.

Bei dieser Sachlage kann über den klaren Wortlaut der §§ 32 GBO, 9 Abs. 3 HGB hinaus, die sich nur auf Zeugnisse des Handelsregisters über eine Eintragung beziehen, die Beweisfunktion nicht auf Zeugnisse über den Inhalt der dem Handelsregister zur Eintragung vorgelegten Urkunden ausgedehnt werden.

3. Ebenso reicht die notarielle Bescheinigung nach § 21 BNotO nicht zum Nachweis i. S. d. § 29 GBO aus. § 21 BNotO dient demselben Zweck der grundbuchrechtlichen Beweiserleichterung wie § 32 GBO bzw. § 9 Abs. 3 HGB.

Es besteht daher Einigkeit darüber, daß die Bestimmungen wegen ihrer Funktionsgleichheit einem einheitlichen Auslegungsschema unterworfen sind (vgl. KEHE/Herrmann, a.a.O., § 32 GBO, Rd.-Nr. 1; Meikel/Roth, a.a.O., § 32 GBO, Rd.-Nr. 4). Auch die notarielle Bescheinigung beweist daher nur die Vertretungsverhältnisse ab dem Zeitpunkt der Registereintragung, nicht aber die Vertretungsverhältnisse für die Zeit vor der Eintragung, denn diese ergeben sich nicht aus der Eintragung (vgl. Seybold/Hornig, 5. Aufl., § 21 BNotO, Rd.-Nrn. 11 ff.). Auf die Frage der Gültigkeitsdauer der Vertretungsbescheinigung ab Registereinsicht (vgl. Mayer, Rpfleger 1989, 142 f.) kommt es hier nicht an.

4. Auch im übrigen sind öffentliche Urkunden i. S. d. § 29 GBO zur Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers H. am 29. 6. 1988 nicht vorgelegt. Bei dem Beschuß vom 20. 5. 1988 handelt es sich nur um eine privatschriftliche Erklärung. Die

vorgelegte Kopie der Erklärung beweist weder das Datum der Beschlußfassung noch das ordnungsgemäße Zustandekommen des Beschlusses. Auf § 15 Abs. 3 HGB kann sich die Ast. schon deshalb nicht berufen, weil für den Nachweis gegenüber Behörden § 9 Abs. 3 HGB maßgebend ist, während § 15 Abs. 3 HGB nur den Schutz Dritter betrifft (vgl. Heymann/Sonnenschein, 1989, § 15 HGB, Rd.-Nr. 22; Baumbach/Duden/Hopt, § 15 HGB, Anm. 1, 4C; Meikel/Roth, a.a.O., § 32 GBO, Rd.-Nr. 6).

5. Der Senat weist darauf hin, daß zum Nachweis der Vertretungsbefugnis i. S. d. § 29 GBO nach dem Gesagten auch eine bloße notarielle Beurkundung, daß am 20. 5. 1988 ein Gesellschafterbeschuß des Inhalts, daß Herr H. alleiniger Geschäftsführer der GmbH geworden ist, nicht ausreichen, sondern eine Wiederholung der Genehmigungserklärung in grundbuchrechtlicher Form erforderlich sein wird (vgl. auch Meikel/Roth, a.a.O., § 32 GBO, Rd.-Nrn. 55 f.).

4. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht – Vermerk des Verzichts auf eine Überbaurente beim herrschenden Grundstück

(LG Düsseldorf, Beschluß vom 15. 1. 1990 – 25 T 26/90 – mitgeteilt von Notar Dr. Siegmund Rothstein, Düsseldorf-Benrath)

BGB § 914 Abs. 2

Der gem. § 914 Abs. 2 S. 2 BGB erklärte Verzicht auf eine Überbaurente kann auch bei dem herrschenden (rentenberechtigten) Grundstück vermerkt werden.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) sind eingetragene Eigentümer des im Grundbuch von D. verzeichneten Flurstücks 1250.

Bei der Errichtung ihres Hauses mit Wintergarten haben die Bet. zu 2) auf ihrem Flurstück 1249 in einer Länge von 5,50 m um 0,15 m über die Grenze zum Flurstück 1250 gebaut. Die Bet. zu 1) haben dem Überbau nicht widersprochen und sind sich mit den Bet. zu 2) darüber einig, daß der Überbau nicht auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit von ihnen beruhe. In öffentlich beglaubigter Erklärung haben die Bet. zu 1) für sich und ihre Rechtsnachfolger auf eine Überbaurente verzichtet, was die Bet. zu 2) angenommen haben. Die Bet. zu 1) bewilligen und die Bet. zu 2) beantragen, diesen Verzicht bei dem im Grundbuch von D. eingetragenen Flurstück 1249 einzutragen. Die Bet. zu 1) beantragen, bei dem im Grundbuch von D. eingetragenen Flurstück 1250 den vorstehend bewilligten Verzicht zu vermerken.

Diese Anträge wurden von den Bet. zum Grundbuch bestellt.

Durch den angefochtenen Beschluß hat das AG den Antrag der Bet. zu 1) und 2) insgesamt zurückgewiesen, weil die Eintragungsfähigkeit des Vermerks, der bei dem im Grundbuch von D. eingetragenen Flurstück 1250 eingetragen werden soll, nicht gegeben sei und im übrigen wegen des vermuteten Vorbehalts der gleichzeitigen Erledigung gem. § 16 Abs. 2 GBO auch der Antrag auf Eintragung des Verzichts zurückzuweisen war. Gegen diese Entscheidung haben die Bet. zu 1) und 2) Erinnerung eingelegt, der der Rechtspfleger nicht abgeholfen und die der Amtsrichter dem LG zur Entscheidung vorgelegt hat.

Aus den Gründen:

Die Erinnerung gilt nunmehr als Beschwerde (§ 11 Abs. 2 S. 4 u. 5 RpfLG), die zulässig (§§ 71 Abs. 1; 73 GBO) und in der Sache auch begründet ist.

Nach § 914 Abs. 2 S. 2 BGB ist der Verzicht auf eine Überbaurente auf dem Grundbuchblatt des rentenpflichtigen Grundstücks einzutragen (vgl. KG JFG 4, 387; OLG Bremen DNotZ 1965, 295 = Rpfleger 1965, 55 m. zust. Anm. Haegele; KG Rpfleger 1968, 52 m. zust. Anm. Haegele; BayObLG DNotZ 1977, 111 = Rpfleger 1976, 180; OLG Düsseldorf DNotZ 1978, 353 = MittRhNotK 1977, 177; Palandt/Bassenge, 49. Aufl., § 914 BGB, Anm. 3; Staudinger/Beutler, 12. Aufl., § 914 BGB, Rd.-Nrn. 5 f.; Haegele/Schönes/Stöber, GBR, 8. Aufl., Rd.-Nr. 1168, Buchst. p; Horber/Demharter, 18. Aufl., § 9 GBO, Anm. 3; KEHE, Grundbuchrecht, 3. Aufl., Einl. D, Rd.-Nr. 9).

Entgegen der Auffassung des GBA ist ein Vermerk über den vorstehend näher bezeichneten Verzicht nach § 9 Abs. 1 GBO im Grundbuch des herrschenden Grundstücks einzutragen, wenn dies bewilligt und beantragt wird. Die Frage der Eintragungsfähigkeit eines derartigen Vermerks auf dem herrschenden Grundstück wird sowohl von der Rspr. als auch von der Lit. überwiegend bejaht (vgl. KG Rpfleger 1968, 52; OLG Düsseldorf DNotZ 1978, 353 = MittRhNotK 1977, 177; Palandt/Bassenge, a.a.O., § 914 BGB, Anm. 3; Staudinger/Beutler, a.a.O., § 914 BGB, Rd.-Nrn. 5 f.; KEHE, a.a.O.; Einl. D, Rd.-Nr. 9; a.A. Meikel, GBR, 7. Aufl. 1986, § 9 GBO, Rd.-Nr. 25). Aus folgenden Gründen schließt sich die Kammer der überwiegenden Meinung in Rspr. und Lit. an: Der Verzicht auf die Überbaurente ist gem. § 914 Abs. 2 S. 2 BGB in das Grundbuch einzutragen; die Eintragung ist nach dieser Bestimmung Wirksamkeitserfordernis für den Verzicht. Dagegen ist für die Eintragung des Verzichts kein Raum, wenn er keine rechtliche Wirkung hat, etwa weil im Falle des unentschuldigten Überbaus ein Rentenanspruch gem. § 912 Abs. 1 BGB überhaupt nicht besteht, denn das Grundbuch soll von überflüssigen und sinnlosen Eintragungen freigehalten werden. Überflüssig und sinnlos wären sowohl die Eintragung des Verzichts auf eine Überbaurente auf dem verpflichteten Grundstück und die Eintragung des Vermerks über diesen Verzicht auf dem herrschenden Grundstück, wenn zweifelsfrei feststünde, daß ein Rentenanspruch für den jeweiligen Grundstückseigentümer des herrschenden Grundstücks überhaupt nicht entstanden wäre. Indessen bedarf dies keiner abschließenden Beantwortung, weil die Bet. zu 1) und 2) mögliche Zweifel durch die vertragliche Regelung behoben haben, um mögliche künftige Streitigkeiten zu vermeiden. Aus diesem Grunde haben die Bet. zu 1) und 2) nicht nur ein schutzwürdiges Interesse an der Eintragung des Verzichts auf eine Überbaurente auf dem verpflichteten Grundstück, sondern in gleicher Weise ein derartiges Interesse an der Eintragung eines entsprechenden Vermerks auf dem herrschenden Grundstück, denn aufgrund der beantragten Eintragungen steht für jedermann fest, daß der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks aus dem Überbau keinerlei Rechte herleiten kann. Allein dieser Umstand begründet die Eintragungsfähigkeit des Vermerks auf dem herrschenden Grundstück, ganz abgesehen davon, daß diese Eintragung dem Rechtsfrieden dient (vgl. OLG Düsseldorf DNotZ 1978, 353 = MittRhNotK 1977, 177), so daß es nur zu verständlich erscheint, daß das KG in seiner Entscheidung (Rpfleger 1968, 52) zur Frage der Eintragungsfähigkeit des Vermerks nach § 9 Abs. 1 GBO auf dem herrschenden Grundstück keine weitere Begründung angeführt hat, weil die sich zwingend aus den vorstehenden Ausführungen zur Eintragungsfähigkeit des Verzichts auf eine Überbaurente auf dem belasteten Grundstück ergibt.

Aus den angeführten Gründen kann der Eintragungsantrag der Bet. zu 1) und 2) nicht zurückgewiesen werden. Das GBA hat daher erneut über den Antrag zu entscheiden und hat dabei von den in dem angefochtenen Beschluß erhobenen Bedenken abzusehen.

5. Familienrecht – Zum Vermögenserwerb „mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht“

(BGH, Urteil vom 27. 6. 1990 – XII ZR 95/89)

BGB § 1374 Abs. 2

- 1. Wird einem Kind von seinen Eltern oder einem Elternteil Grundbesitz übertragen, handelt es sich i. d. R. auch dann um einen mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht und damit ein dem Zugewinnausgleich gem. § 1374 Abs. 2 BGB entzogenen Erwerb, wenn der Übernehmer die noch bestehenden Belastungen des Übergebers übernimmt, diesem ein Leibgedinge einräumt, die späteren Beerdigungs- und Grabpflegekosten übernimmt und Ausgleichszahlungen an die Geschwister leistet.**

2. Selbst wenn ein Vergleich zwischen Leistung und Gegenleistung annähernd gleiche Werte für das übergebene Grundstück und die Gegenleistung des Übernehmers oder gar ein gewisses Übergewicht der Gegenleistungen ergibt, handelt es sich um einen die Erbfolge vorwegnehmenden Erwerb i. S. d. § 1374 Abs. 2 BGB.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die 1976 geschlossene Ehe der Parteien, in der der gesetzliche Güterstand galt, wurde 1986 geschieden. Nunmehr verlangt die Kl. Zugewinnausgleich.

Sie hatte weder bei der Eheschließung noch bei der Zustellung des Scheidungsantrags Vermögen. Ob der Bekl. zur Zeit der Eheschließung Vermögen besaß, und zwar in Form eines Sparguthabens, ist zwischen den Parteien streitig. Sein Vermögen zur Zeit der Zustellung des Scheidungsantrags belief sich auf 94.295,66 DM. Dabei handelte es sich im wesentlichen um ein mit einem Haus bebautes Grundstück im damaligen Verkehrswert von 250.000,- DM, dem erhebliche Verbindlichkeiten, insbesondere aus Baumaßnahmen, gegenüberstanden.

Das genannte Hausgrundstück hatte der Bekl. aufgrund eines notariell beurkundeten Vertrages 1978 von seiner Mutter erworben. Der Übernahmevertrag sah inhaltlich folgende „Gegenleistungen“ für die Eigentumsübertragung vor:

- a) Der Bekl. übernahm Grundschulden von insgesamt 15.000,- DM und die zugrundeliegenden Darlehensverpflichtungen; die Belastungen valutierten damals mit rund 9000,- DM.
 - b) Die Mutter behielt sich ein lebenslanges, unentgeltliches Wohnrecht an der Erdgeschoßwohnung des Hauses sowie die Mitbenutzung von Keller, Hofraum und Garten vor. (Dieses Wohnrecht wurde später zugleich mit dem Eigentumsübergang in das Grundbuch eingetragen.)
- Der Bekl. verpflichtete sich
- c) seine Mutter lebenslang unentgeltlich zu pflegen und
 - d) sie gegen ein angemessenes Entgelt zu verpflegen,
 - e) mit dem Tode der Mutter seiner Schwester M. ein lebenslanges, unentgeltliches Wohnrecht an einem Zimmer im zweiten Stockwerk des Hauses einzuräumen, sie unentgeltlich zu pflegen und gegen ein angemessenes Entgelt zu verpflegen,
 - f) innerhalb eines Jahres nach dem Tode der Mutter an weitere vier Geschwister je 2000,- DM zu zahlen sowie
 - g) für die standesgemäße Beerdigung der Mutter und die ständige Pflege der elterlichen Gräber Sorge zu tragen.

Das mit dem Haus bebaute Grundstück, für das in dem Vertrag ein Verkehrswert von 75.000,- DM angegeben war, hatte tatsächlich ohne die Belastung mit dem Wohnrecht der Mutter einen Verkehrswert von 130.000,- DM.

Die Mutter des Bekl. starb im Mai 1983, seine mongoloide Schwester M. im Jahre 1985.

Die Parteien streiten darüber, ob der Wert des Hausgrundstücks gem. § 1374 Abs. 2 BGB dem Anfangsvermögen des Bekl. hinzuzurechnen ist und ggf. unter Abzug welcher Verbindlichkeiten.

Im ersten Rechtszug hat die Kl. einen Zugewinnausgleichsanspruch von 25.000,- DM nebst Zinsen geltend gemacht. Das AG hat der Klage nur in Höhe von 15.000,- DM nebst Zinsen stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision der Kl., die die Wiederherstellung des Urteils des AG erstrebt.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, weil der Bekl. keinen Zugewinn erzielt habe. Ob er bei der Eingehung der Ehe über Anfangsvermögen in Form eines vermögenswirksamen Sparvertrages verfügt habe, hat es offengelassen. Seinem Anfangsvermögen sei gem. § 1374 Abs. 2 BGB der Verkehrswert des Hausgrundstücks hinzuzurechnen, das er mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erworben habe. Von diesem Wert, der zum Zeitpunkt des Erwerbs 130.000,- DM betragen habe, seien weder der auf dem Grundstück lastende Wert des der Mutter vorbehaltenen Wohnrechts noch derjenige der Verpflichtung zu ihrer lebenslangen Pflege abzuziehen. Auch ein Abzug in Höhe von 9000,- DM für die durch Grundschulden gesicherten Darlehensverbindlichkeiten der Mutter, die der Bekl. übernommen habe, sei nicht gerechtfertigt. Zwar verpflichtete der Vertrag aus dem Jahr 1978 ihn insoweit zur

Freistellung. Tatsächlich aber habe weiterhin die Mutter diese Verbindlichkeiten – vollständig – getilgt. Hierin sei ein schenkweiser Erlaß der Freistellungsverpflichtung zu sehen. Der Wert dieser Schenkung, der dem noch valutierenden Darlehensbetrag entspreche, sei gem. § 1374 Abs. 2 BGB dem Anfangsvermögen des Bekl. hinzuzurechnen, so daß der Bekl. letztlich zu behandeln sei, als habe die Verbindlichkeit nicht bestanden. Abzuziehen seien hingegen gem. § 1374 Abs. 2 BGB 4000,- DM als – auch von der Kl. in dieser Höhe angesetzt – Wert der Verpflichtung des Bekl. zur Grabpflege sowie 8000,- DM wegen der Verbindlichkeit zu Ausgleichszahlungen von je 2000,- DM an vier Geschwister. Ob von dem damaligen Verkehrswert des übernommenen Grundstücks weiterhin der Wert der im Hinblick auf Wohnung und Pflege der Schwester M. übernommenen Verpflichtungen des Bekl. abzuziehen sei, hat das Berufungsgericht dahinstehen lassen. Nehme man auch diesen Abzug – in der von der Kl. insoweit angesetzten Höhe von 10.000,- DM – vor, so gelange man zu einem Anfangsvermögen des Bekl. von (130.000,- ./. 4000,- ./. 8000,- ./. 10.000,- =) 108.000,- DM. Aufgrund der Indexierung, die zum pauschalen Ausschluß des nur scheinbaren, auf der Geldentwertung beruhenden Wertzuwachses vorzunehmen sei, ergebe sich dann ein Anfangsvermögen des Bekl. von

$$\frac{108.000,- \text{ DM} \times 141,3}{108,3} = 140.908,58 \text{ DM.}$$

Bereits dieses übersteige sein Endvermögen von 94.295,66 DM, so daß es nicht darauf ankomme, ob er bei der Eingehung der Ehe noch ein Sparguthaben besessen habe.

II. Die Angriffe der Revision gegen diese Ausführungen bleiben ohne Erfolg.

1. Die Revision macht geltend, § 1374 Abs. 2 BGB sei unanwendbar, denn der Bekl. habe das Grundstück nicht mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erworben. Voraussetzung für einen solchen Erwerb sei, daß der Erwerber keine oder keine vollwertige Gegenleistung erbringe. Diese Voraussetzung sei hier nicht erfüllt. Insoweit seien alle vom Bekl. übernommenen Gegenleistungen zu berücksichtigen, und zwar unabhängig davon, ob sie bei Bejahung eines Erwerbs kraft vorweggenommener Erbfolge gem. § 1374 Abs. 2 BGB als Verbindlichkeiten in Abzug gebracht werden könnten. Das dingliche Wohnrecht zugunsten der Mutter habe der im Rechtsstreit beauftragte Sachverständige mit 50.000,- DM bewertet. Hinzu kämen die übernommenen Grundschuldbelastungen in Höhe von 9000,- DM, die Pflegeverpflichtung zugunsten der Mutter, für die die Kl. im zweiten Rechtszug unter Angebot von Sachverständigenbeweis 40.000,- DM angesetzt habe, die Pflegeverpflichtung zugunsten der Schwester M. einschl. des Wohnrechts für diese mit 10.000,- DM, die Auszahlungen an die Geschwister in Höhe von 8000,- DM sowie die Beerdigungskosten mit 4000,- DM. Folglich seien die vom Bekl. übernommenen Gegenleistungen mit mindestens 120.000,- DM zu bewerten. Sie lägen damit weit über dem seinerzeit in dem Vertrag zugrunde gelegten Verkehrswert des Grundstücks in Höhe von 75.000,- DM. Bei der Beantwortung der Frage, ob mit der Grundstücksübertragung entsprechende Gegenleistungen wertmäßig korrespondierten, sei von diesem durch die Vertragschließenden selbst festgelegten Wert auszugehen. Selbst wenn man aber einen Verkehrswert des Grundstücks von 130.000,- DM zugrunde lege, deckten sich Leistung und Gegenleistung, zumal bei Berücksichtigung eines höheren Wertansatzes im Blick auf die von dem Bekl. für seine Schwester M. übernommene Verpflichtungen, so daß auch dann die Annahme eines Erwerbs mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht ausscheiden müsse.

Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

Ob ein Vermögen mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht übergeben und erworben wird – und damit aufgrund der Regel des § 1374 Abs. 2 BGB als Vermögensposten dem Zugewinnausgleich entzogen bleibt –, richtet sich in erster Linie danach, ob die Vertragschließenden mit der Übergabe einen erst zukünftigen Erbgang vorwegnehmen wollen. Das ist im Regelfall jeden-

falls dann anzunehmen, wenn einem Abkömmling ein Grundstück, ein landwirtschaftliches Anwesen oder ein Unternehmen von seinen Eltern oder einem Elternteil unter Lebenden übergeben wird (vgl. Johannsen/Henrich/Jaeger, Eherecht, § 1374 BGB, Rd.-Nr. 23; Palandt/Diederichsen, 49. Aufl., § 1374 BGB, Anm. 3 b). Soweit in Verträgen dieser Art der Übernehmer den Übergeber von noch bestehenden Belastungen freistellt, ihm ein Leibgedinge (Altenteil) einräumt, mit dem er insbesondere den Wohn- und Pflegebedarf und damit einen wichtigen Teil der Lebensbedürfnisse des zumeist bereits betagten Vertragspartners für dessen Lebensabend sichert, und soweit er sich zur Übernahme der Beerdigungskosten und zur späteren Grabpflege verpflichtet, handelt es sich um ein Gefüge von Abreden, die für vorweggenommene Erbfolgen geradezu typisch sind. Sie stellen daher die Qualifizierung des Erwerbstatbestandes als eines solchen „mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht“ regelmäßig nicht in Frage, deuten vielmehr auf einen solchen hin. Zudem ist eine Verpflichtung zu Ausgleichszahlungen an erbberechtigte Geschwister, wie sie – neben Pflege- und Wohnungsgewährung für die kranke Schwester M. – auch im vorliegenden Fall vereinbart worden ist, ein deutliches Anzeichen dafür, daß die Vertragsschließenden den Übernehmer als durch eine vorweggenommene Erbfolge begünstigt angesehen haben.

Allerdings wird in Teilen des Schrifttums im Anschluß an eine Entscheidung des OLG Düsseldorf (MDR 1972, 782) die Ansicht vertreten, ein Erwerb mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht i. S. v. § 1374 Abs. 2 BGB liege nur dann vor, wenn der Erwerber keine oder keine vollwertige Gegenleistung erbringe (RGRK/Finke, 12. Aufl., Rd.-Nr. 17; Erman/Heckelmann, 8. Aufl., Rd.-Nr. 7; Johannsen/Henrich/Jaeger, Rd.-Nr. 23; Soergel/Lange, 12. Aufl., Rd.-Nr. 13, je zu § 1374 BGB). Dem kann insoweit gefolgt werden, als es sich darum handelt, bei anders gestalteten Vermögensübergaben, etwa bei solchen, die in der Rechtsform eines Kaufvertrages auftreten (vgl. BGHZ 70, 291 = DNotZ 1978, 432 = MittRhNotK 1978, 99), durch einen Vergleich der Werte von übergebenem Objekt und Gegenleistung einen Anhaltspunkt dafür zu gewinnen, ob es sich nach dem Willen der Vertragsschließenden um einen Vermögenserwerb mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht oder um ein normales Austauschgeschäft gehandelt hat. Für die Qualifizierung von Grundstücks-, Hof- oder Unternehmensübernahmeverträgen herkömmlicher Art zwischen Verwandten, insbesondere zwischen Eltern und Kindern, können Feststellung und Vergleich der objektiven Werte des übernommenen Objekts und der im Rahmen des Üblichen vereinbarten „Gegenleistungen“ hingegen regelmäßig nicht ausschlaggebend sein. In diesem stark von persönlichen Beziehungen geprägten Bereich kalkulieren die vertragsschließenden Verwandten erfahrungsgemäß kaum je exakt Wert und – ohnehin nur schätzbaren – Gegenwert, sondern sie bewirken ohne nähere synallagmatische Erwägungen die von ihnen gewollte Eigentumsnachfolge und die Sicherstellung des Altenteils des Übergebenden sowie ggf., einen für angemessen erachteten Ausgleich für bei der vorweggenommenen Erbfolge übergangene Erbberechtigte. Deshalb liegt es im allgemeinen fern, einer solchen Eigentumserlangung die Natur eines Erwerbs mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht abzusprechen und ihr damit die zugewinnausgleichsrechtliche Privilegierung des § 1374 Abs. 2 BGB vorzuenthalten, weil der kapitalisierte Wert der insbesondere den Lebensabend des übergebenden sichernden „Gegenleistungen“ auf der Grundlage von dessen statistisch noch bestehender Lebenserwartung und – bei vorbehaltenem Wohnrecht – unter Beachtung des ortsüblichen Mietsatzes sowie – bei einer Verpflichtung zur Pflege – anhand der für fremdes Pflegepersonal voraussichtlich entstehenden Kosten den Verkehrswert des übergebenen Objekts annähernd oder vollständig erreiche oder gar übersteige. Selbst wenn ein solcher Vergleich, wie nach der von der Revision aufgemachten Rechnung hier, im Einzelfall annähernd gleiche Werte für Übergabe und Gegenleistungen oder gar ein gewisses Übergewicht der kapitalisierten Gegenleistungen ergeben sollte, nimmt das dem Erwerb daher nicht den die Erbfolge vorwegnehmenden Charakter. Aus diesem Grunde erübrigen sich weitere Erwägungen dazu,

ob der Berechnung der Revision im einzelnen (Ansatz des Verkehrswertes des übergebenen Grundstücks in erster Linie mit nur 75.000,- DM aufgrund der – möglicherweise nur der Kostenbemessung und -begrenzung dienenden – Wertangabe in dem Vertrag; Schätzung des kapitalisierten Wertes von Wohnrecht und Pflegeverpflichtung; unterlassene Abzinsung) gefolgt werden könnte.

2. Hilfsweise macht die Revision geltend, bei einer Anwendung des § 1374 Abs. 2 BGB hätten auch die Belastung mit dem der Mutter eingeräumten Wohnrecht und die ihr gegenüber eingegangenen Verpflichtungen zu Pflege und Verpflegung sowie die übernommenen Grundpfandrechte als den Wert des übernommenen Vermögens mindernde Verbindlichkeiten abgezogen werden müssen. Dem Rechtsmittel bleibt indessen auch insoweit der Erfolg versagt.

a) Wie der Senat nach dem Erlaß des Berufungsurteils (FamRZ 1990, 603) entschieden hat, unterliegt die Wertsteigerung von Nachlaßvermögen, die während des Güterstandes durch das allmähliche Absinken des Wertes eines vom Erblasser angeordneten lebenslangen Nießbrauchs eintritt, aufgrund der Regelung in § 1374 Abs. 2 BGB nicht dem Zugewinnausgleich. Denn der Grund für diese Ausnahmeregelung liegt darin, daß der Vermögenserwerb auf persönlichen Beziehungen des erwerbenden Ehegatten zu dem Zuwendenden beruht. Der Gesetzgeber hat einen Vermögenszuwachs dieser Art nicht als einen Erwerb betrachtet, an dem der andere Ehegatte im Rahmen des Zugewinnausgleichs beteiligt werden soll. Dieses Motiv ist auch für die zugewinnausgleichsrechtliche Behandlung des lebenslangen Nießbrauchs maßgebend. Der Zuwendungsempfänger (dort: Erbe) hat das Vermögen von vornherein mit der sicheren Aussicht erworben, daß die Belastung mit dem Nießbrauch einmal wegfällt. Soweit sich diese Aussicht während der Ehe durch Absinken des Nießbrauchswertes verwirklicht, handelt es sich i. S. d. § 1374 Abs. 2 BGB um Vermögen, das der Empfänger nach Eintritt des Güterstandes von Todes wegen erwirbt. Würde der Ehegatte an der Wertsteigerung des ererbten Vermögens, die dieses während der Ehe durch das Absinken des Nießbrauchswertes erfahren hat, im Rahmen des Zugewinnausgleichs beteiligt, so nähme er entgegen dem Sinn der gesetzlichen Regelung am Erbe teil.

Dieser Grundsatz, der sich schon aus der Notwendigkeit ergibt, die für den Nacherbfall entwickelte Rspr. (BGHZ 87, 367 = DNotZ 1984, 394) zur Vermeidung unverständlicher Disparitäten auch bei benachbarten Rechtsfiguren zur Geltung zu bringen (vgl. Gernhuber, FamRZ 1984, 1053, 1059), gilt wie für Ererbtes in gleicher Weise auch für Vermögen, das ein Ehegatte mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erwirbt; das Gesetz stellt diese Fälle in § 1374 Abs. 2 BGB gleich.

Nach dem ebenfalls zur Veröffentlichung vorgesehenen weiteren Senatsurteil vom 30. 5. 1990 (XII ZR 75/89) ist seine Anwendung auch nicht auf den Fall der Belastung des übertragenen (ererbten) Gegenstandes mit einem lebenslangen Nießbrauch beschränkt. Er gilt vielmehr auch für Belastungen mit einem sog. Leibgedinge (Altenteil, Leibzucht, Auszug; vgl. zu dem Begriff MünchKomm/Joost, 2. Aufl., § 1105 BGB, Rd.-Nr. 21 m. w. N. sowie das Schrifttum zu § 49 GBO). Deshalb hat das Berufungsgericht die Einräumung des dinglich gesicherten lebenslangen Wohnrechts, bei dem es sich – in der Rechtsform einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit – um einen wesentlichen Teil des Leibgedinges handelt, zu Recht nicht als eine den Wert des übernommenen Vermögens mindernde Verbindlichkeit berücksichtigt.

b) Auch soweit das Berufungsgericht die Verpflichtung zu lebenslanger Pflege der Mutter nicht als wertmindernde Verbindlichkeit angesehen hat, begegnet das angefochtene Urteil keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. In dem schon genannten Urteil vom 30. 5. 1990 hat der Senat für den Fall der Belastung des übergebenen Grundstücks mit einer Reallast (Kost, Wartung und Pflege auf Lebenszeit in gesunden und kranken Tagen) ebenso entschieden. Daß der Anspruch auf Beköstigung und Pflege im vorliegenden Fall nicht dinglich gesichert ist, veranlaßt keine abweichende Beurteilung. Hier wie

dort war bereits beim Abschluß des Übernahmevertrages sicher, daß sich die Bewertung der Pflegelast mit weiter steigendem Lebensalter und entsprechend schwindender Lebenserwartung des Begünstigten verringern würde. Der damit eintretende Wertzuwachs des übernommenen Vermögens unterliegt nicht dem Zugewinnausgleich, weil er auf persönlichen Beziehungen des erwerbenden Ehegatten zu dem Zuwendenden beruht. Diese Lösung führt zu einer wünschenswerten Annäherung der zugewinnausgleichsrechtlichen Behandlung von Fällen der vorliegenden Art mit solchen, in denen der Erbgang erst im Anschluß an vorangegangene Wohnungsgewährung und Pflege eintritt.

c) Schließlich läßt – worauf es für die Entscheidung jedoch schon nicht mehr ankommt – auch die Behandlung des übernommenen, durch Grundschulden gesicherten Darlehensbetrags von 9000,- DM keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Kl. hervortreten. Das Berufungsgericht war rechtlich nicht gehindert, darin, daß die Mutter trotz der Schuldübernahme durch den Bekl. (§§ 415 f. BGB) die Darlehen weiter getilgt hat, Schenkungen zu sehen, die einen Vermögenszuwachs bewirkten, der nach der Regelung in § 1374 Abs. 2 BGB nicht dem Zugewinnausgleich unterliegt.

6. Erbrecht – Vorkaufsrecht des Miterben bei Weiterverkauf der Erbteile

(BGH, Urteil vom 13. 6. 1990 – IV ZR 87/89)

BGB § 2034 Abs. 1

Verkauft ein Miterbe seinen Erbteil an einen Dritten, dann kann ein anderer Miterbe, der den Verkauf verhindern und den verkauften Erbteil statt dessen einem Vierten zuwenden will und der den darauf gerichteten Anspruch bereits an diesen veräußert hat, den Erbteil nicht mit Hilfe des Vorkaufsrechts aus § 2034 BGB beanspruchen; § 2034 Abs. 1 BGB greift in diesem Fall nicht ein.

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten um einen $\frac{1}{4}$ -Erbteil nach der Erblasserin Theresia K. Zu deren ungeteiltem Nachlaß (im folgenden: Nachlaß I) gehört nur noch ein in M. gelegenes Grundstück.

Die Erbengemeinschaft nach T. K. (Erbengemeinschaft I) bestand zunächst aus vier Miterben, und zwar aus Alfons Sch. und Rudolf Sch. zu je einem Drittel sowie aus den beiden damals noch minderjährigen Kindern des letzteren: Johanna und Oskar Sch. zu je einem Sechstel. Alfons übertrug seinen $\frac{1}{2}$ -Erbteil im Jahre 1953 zur Hälfte (= $\frac{1}{6}$ des Nachlasses I) auf Rudolf und zu je $\frac{1}{4}$ (= je $\frac{1}{12}$ des Nachlasses I) auf Johanna und Oskar, so daß sich rechnerisch folgende Quoten ergaben: für Rudolf $\frac{1}{2}$ sowie für Johanna und Oskar je $\frac{1}{4}$. Nach dem Tode von Rudolf Sch. im Jahre 1957 fiel dessen $\frac{1}{2}$ -Anteil am Nachlaß I in den insoweit ungeteilten Nachlaß II, an dem Johanna und Oskar je zur Hälfte beteiligt sind.

Johanna verkaufte ihren $\frac{1}{4}$ -Erbteil am Nachlaß I aufgrund notariellen Vertrages vom 16. 10. 1987 an den Bekl. und übertrug ihn am 8. 12. 1987 auf diesen. Oskar übte sein Vorkaufsrecht gem. § 2034 BGB durch Erklärung vom 7. 12. 1987 aus, die Johanna am 9. 12. 1987 zuzuging.

Am 7. 12. 1987 machte Oskar dem Kl. ein notarielles Angebot zum Kauf seiner Erbteile an den Nachlässen I und II. Dieses Angebot nahmen die Kl. am 8. 12. 1987 in notarieller Form an. Mit Schreiben vom 15. 12. 1987 übte Johanna ihrerseits ihr Vorkaufsrecht wegen dieses Kaufvertrages gegenüber Oskar aus.

Oskar „trat“ seine Rechte aus der Ausübung seines Vorkaufsrechts am 30. 12. 1987 an die Kl. „ab“, und zwar „zur Einziehung mit der Maßgabe, daß die Käufer (Kl.) die Rückübertragung des Erbanteils durch ... (den Bekl.) an ... Oskar ... verlangen und ... durchsetzen können“ sollen. Von diesen Rechten machten die Kl. mit der vorliegenden Klage Gebrauch, in dem sie beantragten, den Bekl. zu verurteilen, den $\frac{1}{4}$ -Anteil an dem Nachlaß I, den er von Johanna erlangt hat, an Oskar zu dem mit Johanna vereinbarten Bedingungen zu übertragen. LG und OLG halten die Klage für begründet. Mit der Revision verfolgt der Bekl. seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg; sie führt zur Abweisung der Klage.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, Oskar habe aufgrund des Verkaufs des $\frac{1}{4}$ -Miterbenanteils der Johanna an den Bekl. vom 16. 10. 1987 ein gesetzliches Vorkaufsrecht erlangt. Dem vermag sich der Senat nicht anzuschließen.

1. Es ist zwar richtig, daß gem. § 2034 Abs. 1 BGB ein gesetzliches Vorkaufsrecht besteht, wenn ein Miterbe seinen Anteil am Nachlaß (ganz oder teilweise) verkauft. Dieses Vorkaufsrecht steht den übrigen Miterben zu und dient dem Zweck, diese vor dem Eindringen unerwünschter Nichterben in die Erbengemeinschaft (oder auch vor einer Verstärkung der Beteiligung bereits eingedrungener Dritter) zu schützen (BGHZ 86, 379 f. = DNotZ 1983, 628).

Ob ein Miterbe aber auch dann zum Vorkauf berechtigt ist, wenn er selbst seinen (eigenen) Erbteil an einen Dritten verkauft (wie hier Oskar am 7. 12. 1987), versteht sich nicht von selbst. Immerhin erscheint es nicht unproblematisch, einen Miterben, der selbst verkauft und vor dessen Verkauf § 2034 Abs. 1 BGB gerade schützen soll, trotzdem gleichzeitig zu den durch eben diese Bestimmung geschützten „übrigen Erben“ zu rechnen. Daß ein derartiges Verständnis der Norm zu einem wenig sinnvollen Wettlauf der Interessenten führen und zu wechselseitiger Blockade von Vorkaufsrechten führen kann, läßt der vorliegende Fall anschaulich vor Augen treten. Allerdings hat der BGH in einem unveröffentlichten Urteil vom 19. 10. 1955 (IV ZR 89/55 – vgl. Johannsen, WM 1970, 738, 746; RGRK/Kregel, 12. Aufl., § 2034 BGB, Rd.-Nr. 5) entschieden, daß ein Miterbe auch nach Verkauf und Übertragung seines Miterbenanteils weiterhin durch § 2034 Abs. 1 BGB geschützt wird. Diese Rspr. ist in BGHZ 86, 379 = DNotZ 1983, 628 nicht aufgegeben, sondern nur für einen Sonderfall eingeschränkt worden; das hat Hoegen in seiner Anm., LM, § 2034 BGB, Nr. 12 zutreffend hervorgehoben. Ob an ihr im übrigen festzuhalten ist, braucht auch hier nicht entschieden zu werden.

2. Nicht zugebilligt werden kann das von Oskar ausgeübte Vorkaufsrecht nach der Auffassung des Senats nämlich jedenfalls deswegen, weil Oskar, eben den $\frac{1}{4}$ -Erbteil Johannas, der den Gegenstand des Rechtsstreits bildet, in dem Vertrag mit den Kl. vom 7. 12. 1987 vor dem Zugang seiner Vorkaufserklärung am 9. 12. 1987 an diese verkauft hat. Damit handelt es sich hier um einen Fall, in dem ein Miterbe den Verkauf des Erbteils eines anderen Miterben an einen Dritten verhindern will, um diesen Erbteil einem von ihm bevorzugten Vierten zu verschaffen. Ein derartiges Vorgehen ist von dem Schutzzweck des § 2034 Abs. 1 BGB nicht gedeckt. Es kann grundsätzlich nicht rechtlich anerkannt werden. Insoweit ist die Vorschrift teleologisch zu reduzieren (vgl. auch Hoegen. a.a.O.).

Allerdings hat der BGH wiederholt die Auffassung vertreten, (z. B. LM, § 2034 BGB, Nr. 8 a.E. = DNotZ 1972, 361), daß es nicht darauf ankommen könne, wie der Vorkaufsberechtigte den begehrten Erbteil zu verwerten beabsichtige oder voraussichtlich verwerten werde. Dem tritt der erkennende Senat i. d. S. bei, daß ein Miterbe aus dem Kreis der durch § 2234 Abs. 1 BGB Geschützten nicht schon dann ausscheidet, wenn er bei Zugang der Vorkaufserklärung den betreffenden Erbteil selbst zu veräußern gedenkt oder wenn eine derartige Entwicklung objektiv überwiegend wahrscheinlich ist. Umstände dieser Art können auf eine bloße Motivforschung hinauslaufen. Sie sind im allgemeinen nur schwer festzustellen und eignen sich daher nicht, den Anwendungsbereich des § 2034 Abs. 1 BGB allgemein abzugrenzen. Statt dessen stellt der Senat darauf ab, daß Oskar sich durch den notariell beurkundeten Vertrag vom 7. 12. 1987 auf die Weiterübertragung des begehrten Erbteils an die Kl. bereits rechtlich bindend festgelegt hatte. Seine am 9. 12. 1987 zugegangene (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB) Vorkaufserklärung konnte deshalb an diesem Tage nicht mehr wirksam werden.

Soweit die vorliegende Entscheidung mit dem genannten Urteil des BGH vom 19. 10. 1955 nicht vereinbar ist, hält der Senat an der früheren Auffassung nicht mehr fest.

7. Erbrecht/Gesellschaftsrecht – Verfügungsbefugnis eines Nachlaßverwalters über persönliche Mitgliedschaftsrechte eines GbR-Gesellschafter-Erben

(BayObLG, Beschluß vom 30.10.1990 – BReg. 2 Z 121/90 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

**BGB §§ 727; 1985
GBO §§ 19 f.**

Der Nachlaßverwalter ist nicht befugt, persönliche Mitgliedschaftsrechte eines Gesellschafter-Erben (einer GbR) geltend zu machen; er hat auch an der Verfügung über ein zum Gesellschaftsvermögen gehörendes Grundstück nicht mitzuwirken, damit diese wirksam ist. Dies gilt sowohl, wenn die Gesellschaft durch den Tod des Gesellschafter aufgelöst wie auch dann, wenn sie mit den Erben des Gesellschafter fortgesetzt wird.

Zum Sachverhalt:

A, B und C waren als Gesellschafter bürgerlichen Rechts Eigentümer eines Grundstücks (Fabrikgebäude, Hofraum, Hof- und Gebäudefläche) und als solche im Grundbuch eingetragen. Nach dem Tode von B wurden am 30. 4. 1982 an deren Stelle A, C und fünf weitere Personen (im folgenden die Erben zu 1) bis 5) als Eigentümer „in Erbengemeinschaft“ eingetragen. A starb am 24. 10. 1983; an seiner Stelle wurden am 26. 3. 1984 die Erben zu 2) bis 5) „in Erbengemeinschaft“ in das Grundbuch übernommen.

Für den Nachlaß des A wurde am 3. 2. 1984 die Nachlaßverwaltung angeordnet; diese wurde am 20. 2. 1984 im Grundbuch vermerkt. Im Jahre 1990 wurde dann der Nachlaßkonkurs eröffnet; der Bet. zu 1) ist Konkursverwalter. A, C und die Erben zu 1) bis 5) ließen das Grundstück zu notarieller Urkunde vom 7. 10. 1982 an die Bet. zu 2) auf. Laut Urkunde handelte es sich dabei um eine Gesellschaftseinlage, so daß keine Gegenleistung zu erbringen sei. Die Veräußerer waren zugleich Kommanditisten der Bet. zu 2). Der Nachlaßverwalter stimmte der Urkunde vom 7. 10. 1982 mit notariell beglaubigter Erklärung vom 1. 2. 1985 „ihrem ganzen Umfange nach zu“. Die Auflassung wurde auf den am 4. 2. 1985 gestellten Eintragungsantrag im Grundbuch vollzogen und der Vermerk über die Nachlaßverwaltung auf die Bewilligung des Nachlaßverwalters gelöscht.

Der Bet. zu 1) hält die Auflassung für unwirksam, da die erforderliche Genehmigung des Nachlaßgerichts gefehlt habe. Er hat beantragt, von Amts wegen einen Widerspruch in das Grundbuch einzutragen.

Das GBA hat entschieden, daß kein Amtswiderspruch gegen das Alleineigentum der Bet. zu 2) eingetragen wird. Das LG hat die dagegen gerichtete Beschwerde zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde des Bet. zu 1).

Aus den Gründen:

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Das LG hat ausgeführt:

Die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 S. 1 GBO lägen nicht vor.

Der Nachlaßverwalter habe für die Freigabe des Grundstücks aus dem Nachlaß keine Genehmigung gebraucht. Die Verwaltung habe sich nicht auf die Mitwirkung des Erblassers an der Veräußerung des Grundstücks erstreckt; die Freigabe oder Zustimmung durch den Nachlaßverwalter sei nicht erforderlich gewesen. Alle Gesellschafter hätten gemeinschaftlich gehandelt. Nach § 130 Abs. 2 BGB sei es ohne Einfluß auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt. In § 878 BGB komme zwar eine Einschränkung dieses Grundsatzes zum Ausdruck. Die Nachlaßverwaltung sei eine Verfügungsbeschränkung i. S. d. Vorschrift. In der Rspr. sei jedoch anerkannt, daß sie von den geerbten Rechten eines Gesellschafter einer GbR nur die rein vermögensrechtlichen Ansprüche auf Gewinnauszahlung und Abfindung, nicht jedoch die persönlichen Mitgliedschafts- und die Verwaltungsrechte erfasse. Die Veräußerung einer der Gesellschaft gehörenden Sache sei ein Akt der Verwaltung (Geschäftsführung und Vertretung) und damit von vornherein der Nachlaßverwaltung entzogen. Eine Verfügungsbeschränkung gem. § 878 BGB habe somit nicht vorgelegen. Die Eintragungsbewilligung des Erblassers A im notariellen Vertrag vom 7. 10. 1982 habe zur

Umschreibung des Grundstücks auf die Bet. zu 2) genügt, auch wenn zwischenzeitlich die Erbfolge im Grundbuch eingetragen worden sei.

Auch wenn man annehmen wollte, daß die Nachlaßverwaltung das zum Vermögen der Gesellschaft gehörende Grundstück erfaßt habe, wären durch die Zustimmung des Nachlaßverwalters die Voraussetzungen für eine Eintragung der Erwerberin gem. § 878 BGB geschaffen worden. Die Nachlaßverwaltung habe zur Folge, daß die noch vom Erblasser getroffene Verfügung schwebend unwirksam werde; sie sei aber nicht nichtig. Durch Freigabe seitens des Nachlaßverwalters oder Aufhebung der Nachlaßverwaltung könne der Mangel wieder geheilt werden. Hiernach wäre die Erklärung des Nachlaßverwalters vom 1. 2. 1985 als Freigabe des Grundstücks aus dem Nachlaß anzusehen; dazu sei keine Genehmigung des Nachlaßgerichts erforderlich. Zwar wäre die Genehmigung gem. §§ 1985; 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB einzuholen, wenn der Nachlaßverwalter für die Erben ein Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäft über ein zum Nachlaß gehörendes Grundstück vornehmen wollte. Hier gelte aber etwas anderes, weil schon der Erblasser gehandelt habe, die Bindungswirkung der Auflassung gegen die Erben fortbestehe und damit auch der Nachlaßverwalter gebunden sei. Auch aus dem Sinn und Zweck vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungen ergebe sich, daß die Freigabe eines Nachlaßgegenstands zugunsten eines Gläubigers, der einen schuldrechtlichen Anspruch auf die Sache habe, keiner Genehmigung bedürfen könne. Aus dem notariellen Vertrag vom 7. 10. 1982 ergebe sich eine Nachlaßverbindlichkeit, zu deren Berichtigung der Nachlaßverwalter verpflichtet sei.

Für dieses Ergebnis spreche auch folgende Überlegung: Mit der Aufhebung der Nachlaßverwaltung erlangten die Erben wieder die Verfügungsmacht über den Nachlaß; die relative Unwirksamkeit der vom Erblasser vorgenommenen Grundstücksveräußerung falle weg und die Umschreibung des Grundstücks auf die Erwerber sei ohne Zustimmung der Erben möglich. Auch unter diesem Gesichtspunkt ergebe es keinen Sinn, die Genehmigung des Nachlaßgerichts für eine Freigabe in Fällen der vorliegenden Art zu verlangen.

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

Nach § 53 Abs. 1 S. 1 GBO hat das GBA von Amts wegen einen Widerspruch einzutragen, wenn es unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Die Vorinstanzen haben im Ergebnis zu Recht schon die erste Voraussetzung verneint.

a) Der Bet. zu 1) geht davon aus, daß zu der Verfügung über das zum Gesellschaftsvermögen gehörende Grundstück die Mitwirkung des Nachlaßverwalters erforderlich, die Verfügung deshalb nur mit der Genehmigung des Nachlaßgerichts wirksam gewesen wäre. Das GBA hätte deshalb, wie der Bet. zu 1) meint, gem. § 20 GBO die Auflassung nur beim Vorliegen der nachlaßgerichtlichen Genehmigung eintragen dürfen. Dies trifft indes nicht zu; der Nachlaßverwalter hatte bei der Veräußerung des Grundstücks nicht mitzuwirken, der Anteil der Gesellschafter-Erben am Gesellschaftsvermögen und die sich daraus ergebenden Mitgliedschaftsrechte unterlagen insoweit nicht seiner Verwaltung (§ 1985 Abs. 1 BGB). Deshalb bedurfte es auch keiner Genehmigung des Nachlaßgerichts.

(1) Nach § 727 Abs. 1 BGB wird die Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafter aufgelöst, sofern sich nicht aus dem Gesellschaftsvertrag etwas anderes ergibt. Die abweichende Regelung des Gesellschaftsvertrags braucht nicht ausdrücklich getroffen zu werden; sie kann sich auch aus dem Zusammenhang, z. B. aus dem der Begründung der Gesellschaft zugrunde liegenden Zweck ergeben (vgl. BGH NJW 1982, 170 f. = DNotZ 1982, 159; RGRK/v. Gamm, 12. Aufl., § 727 BGB, Rd.-Nrn. 1 u. 6). Das LG hat zu dieser Frage keine Feststellungen getroffen; der Umstand, daß zum Gesellschaftsvermögen ein Fabrikgrundstück gehört, spricht entschieden für eine Dauer-Gesellschaft, die mit dem Tode eines Gesellschafter nicht aufgelöst wurde. Der Senat geht im folgenden von dieser Rechts-

lage aus, obwohl die Erben der B und des A als Eigentümer „in Erbengemeinschaft“ eingetragen wurden. Die Frage kann aber letzten Endes unentschieden bleiben, denn der Nachlaßverwalter hat in einer Abwicklungsgesellschaft keine weitergehenden Rechte als in einer Gesellschaft, die mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fortgesetzt wird (BayObLGZ 1988, 24, 30 f.; a.A. MünchKomm/Siegmann, 2. Aufl., § 1985 BGB, Rd.-Nr. 5). Die folgenden Ausführungen treffen also auf beide Fallgestaltungen zu.

(2) Für die Vererbung von Anteilen am Vermögen einer Personenhandelsgesellschaft oder einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gelten Besonderheiten. Der Anteil am Gesellschaftsvermögen fällt in den Nachlaß, jedenfalls insofern, als er Teil des vom Erblasser hinterlassenen Vermögens ist (BGHZ 98, 48 ff. = DNotZ 1987, 116 = MittRhNotK 1986, 230; BGHZ 108, 187, 192). Da sich die Erbengemeinschaft nicht als Mitglied einer der genannten Gesellschaften eignet, geht die Mitgliedschaft mit dem Tode des Gesellschafters jedoch im Wege der Sondererbfolge unmittelbar auf die einzelnen Miterben entsprechend deren Erbquote über; sie wird nicht Teil des gesamthänderisch gebundenen, den Erben gemeinschaftlich zustehenden übrigen Erbschaftsvermögens (BGHZ 22, 186, 192 = DNotZ 1957, 406; BGHZ 98, 48, 50 ff. = DNotZ 1987, 116 = MittRhNotK 1986, 230; BGHZ 108, 187, 192; Palandt/Thomas, 49. Aufl., Anm. 2 b; MünchKomm/Ulmer, Rd.-Nr. 26, je zu § 727 BGB). Der Verwaltung eines Nachlaßverwalters unterliegen nur die rein vermögensrechtlichen Ansprüche des Gesellschafters, wie der Anspruch auf den Gewinnanteil und der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben; diese Ansprüche sind nach § 717 S. 2 BGB auch frei übertragbar. In die auf der Gesellschaftserstellung beruhenden höchstpersönlichen Rechte (persönlichen Mitgliedschaftsrechte) der Erben kann der Nachlaßverwalter nicht eingreifen; diese Rechte fallen nicht unter seine Verwaltung (vgl. BGHZ 47, 293, 295 f. = DNotZ 1968, 100 zur OHG sowie BGH MDR 1985, 648 = DNotZ 1985, 561 zur GbR; vgl. weiter BGHZ 98, 48, 55 = DNotZ 1987, 116 = MittRhNotK 1986, 230; KG JFG 23, 236, 238; Palandt/Edenhofer, Anm. 2 und 3 b; RGRK/Johannsen, Rd.-Nr. 13; MünchKomm/Siegmann, a.a.O., Rd.-Nr. 5 a; Staudinger/Marotzke, 12. Aufl., Rd.-Nr. 20, je zu § 1985 BGB; Kipp/Coing, Erbrecht, 14. Aufl., § 97, VI 1 b, 550; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 3. Aufl., § 51, II 4 d, 996; Esch, NJW 1984, 339, 342; Marotzke, AcP 187, 223, 234). Zu diesen Rechten des Gesellschafters gehört auch das Recht zur Geschäftsführung (§ 709 BGB); diese ist Ausfluß der Mitgliedschaft in der Gesellschaft und kann von ihr nicht getrennt werden (Palandt/Thomas, a.a.O., § 713 BGB, Anm. 1; RGRK/v. Gamm, § 709 BGB, Rd.-Nr. 4). Daraus folgt, daß der Nachlaßverwalter den Anteil des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen trotz § 1985 Abs. 1 BGB nicht verwalten und daß er bei der Geschäftsführung und damit auch bei der Verfügung über Gegenstände des Gesellschaftsvermögens nicht die Rechte der Gesellschafter-Erben wahrnehmen kann; an der laufenden Geschäftsführung nimmt er nicht teil (vgl. BayObLGZ 1988, 24, 30; Flume, NJW 1988, 161 f.; Michaelis ZAKDR 1943, 232 f.; Westermann, AcP 173, 24, 39 f.). Seine Mitwirkung ist somit auch nicht erforderlich, wenn ein zum Gesellschaftsvermögen gehörendes Grundstück veräußert wird. Er kann, um seine Aufgabe der Befriedigung der Nachlaßgläubiger (§§ 1975, 1981 BGB) zu erfüllen, den Anspruch des Gesellschafter-Erben auf den Gewinnanteil und auf das Auseinandersetzungsguthaben geltend machen; in diesem Zusammenhang wird ihm auch überwiegend das Recht zugestanden, die Gesellschaft entsprechend § 725 BGB, § 135 HGB ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen (RGRK/Johannsen, § 1985 BGB, Rd.-Nr. 13; Staudinger/Keßler, § 728 BGB, Rd.-Nr. 5; Flume, NJW 1988, 161 ff.; a.A. z. B. Staudinger/Marotzke, a.a.O., § 1985 BGB, Rd.-Nr. 21).

(3) Die Rechtslage bei der Nachlaßverwaltung ist vergleichbar mit derjenigen bei der Eröffnung des Nachlaßkonkurses (vgl. BGHZ 91, 132 ff. = DNotZ 1984, 630) oder bei der Anordnung der Testamentsvollstreckung; es ist allgemein anerkannt, daß die Rechte des persönlich haftenden Gesellschafters einer Personenhandelsgesellschaft oder des Gesellschafters einer

GbR im Zusammenhang mit der Geschäftsführung nicht der Verwaltung des Testamentsvollstreckers (§§ 2205 S. 1; 2209 BGB) unterliegen (BGHZ 68, 225, 239 = DNotZ 1977, 550 = MittRhNotK 1977, 104; BGHZ 108, 187, 195; BGH NJW 1981, 749 f.; BGH MDR 1985, 648 = DNotZ 1985, 561; zum Anteil eines Kommanditisten vgl. BGHZ 108, 187 ff.). Schließlich bewirkt auch die Pfändung des Anteils eines Gesellschafters einer GbR keine Beschränkung in bezug auf Verfügungen über einzelne Gegenstände des Gesellschaftsvermögens; die Gesellschafter sind trotz der Pfändung nicht gehindert, weiter ohne Mitwirkung des Pfändungsgläubigers darüber zu verfügen (OLG Hamm DNotZ 1987, 357 ff.).

b) Auch sonst hat das GBA bei der Eintragung des Eigentumswechsels keine gesetzlichen Vorschriften verletzt.

Die Wirksamkeit der Auflassungserklärung von A und seiner Eintragungsbewilligung wurden von dessen Tod nicht berührt (§ 130 Abs. 2 BGB, vgl. auch BGHZ 48, 351, 356 und Horber/Demharter, 18. Aufl., § 19 GBO, Anm. 7 a). Die Auflassung konnte auf Grund der Einigung vom 7.10.1982 auch noch vollzogen werden, nachdem die Erbfolge in das Grundbuch eingetragen worden war (BGH a.a.O.).

8. Erbrecht – Bindungswirkung einer aus § 2069 BGB abgeleiteten Ersatzerbfolge

(LG Köln, Beschluß vom 12. 7. 1990 – 11 T 123/90 – mitgeteilt von Notar Dirk Heiderhoff, Leverkusen)

BGB §§ 2270; 2069

Wird die auf einem gemeinschaftlichen Testament beruhende Anordnung einer Ersatzerbfolge auf die gesetzliche Auslegungsregel des § 2069 BGB gestützt, so sind diese Verfügungen nicht als wechselbezüglich und bindend i. S. d. § 2270 Abs. 1 u. 2 BGB anzusehen.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Erblasserin und ihr vorverstorbenener Ehemann haben 1968 ein gemeinschaftliches Testament errichtet, in dem sie sich gegenseitig als Erben eingesetzt haben. Nach dem Tode des Letztlebenden sollen zu gleichen Teilen Erben sein die gemeinsamen Kinder Helga, Carsten und Uta. Der Ehemann der Erblasserin verstarb 1974; der Sohn Carsten F. verstarb Anfang 1977.

Kurze Zeit nach dem Tod des Sohnes Carsten F. errichtete die Erblasserin ein Testament, von welchem zwei Durchschriften vorgelegt worden sind; ein weiteres – im Original vorgelegtes – Testament errichtete sie 1978. In den beiden letztgenannten Testamenten hatte die Erblasserin in nahezu übereinstimmendem Wortlaut ihre beiden Töchter Helga A. und Uta B. zu gleichen Teilen eingesetzt und sodann bestimmt, daß die Enkelkinder (Kinder des verstorbenen Sohnes Carsten F.) ihren Pflichtteil erhalten.

Nachdem die Bet. zu 1) und 2) die privatschriftlichen Testamente der Erblasserin aus den Jahren 1977 und 1978 aufgefunden hatten, haben sie ihren zunächst gestellten Erbscheinsantrag, in dem sie aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments sich und die Kinder des verstorbenen Carsten F. zu je $\frac{1}{2}$ -Anteil als Erben angesehen hatten, geändert. Sie beantragten nunmehr die Erteilung eines Erbscheins, der sie – die Bet. zu 1) und 2) – als Erben zu je $\frac{1}{2}$ ausweist. Dem AG haben sie Einverständniserklärungen der beiden Söhne des verstorbenen Herrn Carsten F., nämlich des Herrn Henning F. und des Bet. zu 3) vorgelegt.

Das AG hat die Erteilung des beantragten Erbscheins abgelehnt und auf die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments hingewiesen; hiernach habe die Erblasserin nicht mehr anderslautend testieren können. Somit sei von dem gemeinsamen Testament auszugehen und nach dem Tode des Sohnes Carsten F. Ersatzerbfolge gem. § 2069 BGB anzunehmen.

Dagegen haben die Bet. zu 1) und 2) Beschwerde eingelegt und zur Begründung darauf hingewiesen, es fehle bereits an dem erkennbaren Willen der Erblasserin, im Falle des Todes eines Abkömmlings Ersatzerbfolge anzuordnen. Vor allem sei eine bindende Wirkung der Verfügungen im gemeinsamen Testament der Eheleute aus dem Jahr 1968 nicht zu erkennen. Im Beschwerdeverfahren hat der Bet. zu 3) mitgeteilt, eine erneute Einverständniserklärung habe er, nachdem er den Beschluß des

AG gelesen habe, nicht mehr unterzeichnet. Weitere Einwendungen hat er nicht vorgetragen.

Aus den Gründen:

Die Beschwerde gegen den Beschluß des AG ist zulässig und in der Sache auch begründet. Die Erbfolge ergibt sich aus dem Testament der Erblasserin aus dem Jahr 1978, in dem die Bet. zu 1) und 2) zu Erben zu je 1/2-Anteil eingesetzt worden sind.

Dieses Testament ist wirksam. Zweifel an seiner Echtheit (§ 2247 BGB) bestehen nicht.

Gegen die Wirksamkeit des Testaments spricht auch nicht der Umstand, daß die Erblasserin mit ihrem Ehemann ein gemeinsames Testament errichtet hat, in dem die drei Kinder der Eheleute zu Erben eingesetzt worden sind. Die in diesem Testament getroffenen Verfügungen zugunsten der drei Kinder sind nicht wechselbezüglich in der Weise, daß die Erblasserin nach dem Tode eines der drei Kinder nicht mehr anderweitig zu testieren imstande war.

Wechselbezüglichkeit i. S. d. § 2270 Abs. 1 BGB ist dann anzunehmen, wenn Ehegatten in einem gemeinsamen Testament Verfügungen getroffen haben, von denen anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde. Erforderlich ist somit die gegenseitige innere Abhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen aus dem Zusammenhang des Motivs. Sie liegt nur vor, wenn jede der beiden Verfügungen der Ehegatten gerade deshalb getroffen wurde, weil auch der andere Ehegatte eine bestimmte andere Verfügung getroffen hat und jede Verfügung somit nach dem Willen der gemeinsam Testierenden mit der anderen stehen und fallen soll (BayObLGZ 1983, 213). Hierbei muß grundsätzlich die Bindungswirkung, wenn sie von beiden Eheleuten gewollt ist, auch für den anderen Partner erkennbar sein, d. h. irgendwie zum Ausdruck kommen. Es ist also erforderlich, daß nicht nur der Inhalt der Verfügung selbst, sondern auch die Abhängigkeit der Verfügung von der Verfügung des anderen erklärt wird (Staudinger/Otte, 12. Aufl., Vorbem. vor §§ 2064 f. BGB, Rd.-Nr.134).

Die Feststellung der Wechselbezüglichkeit einer Verfügung durch das Nachlaßgericht erfolgt nach Wortlaut und Inhalt des Testaments; es gibt keine Regel, die Schlüsse auf eine bestimmte Willensrichtung und Interessenlage der Testierenden zuließe. Sogar dann, wenn die sich gegenseitig bedenkenden Ehegatten bestimmen, daß nach dem Tode des Überlebenden der beiderseitige Nachlaß an die gemeinsamen Kinder fallen soll, ist nicht ohne weiteres anzunehmen, daß jeder Ehegatte die Kinder deshalb bedenkt, weil auch der andere dies tut (BayObLG FamRZ 1986, 392).

Betrachtet man anhand dieser Überlegungen das gemeinsame Testament der Eheleute F., so wird deutlich, daß dessen Wortlaut keinerlei Hinweis auf die gegenseitige Abhängigkeit der Verfügungen voneinander erkennen läßt. Auch aus dem Inhalt lassen sich entsprechende Rückschlüsse nicht ziehen. Weder die Erbeinsetzung selbst noch die weiteren Ausführungen im Testament geben Erläuterungen und Motive an oder machen deutlich, welche Überlegungen der Eheleute hinter der Erbeinsetzung der gemeinsamen drei Kinder als Erben des Längerlebenden stehen. Es ist daher möglich, daß von den Eheleuten jeder diese Anordnung auch unabhängig von der Verfügung des anderen getroffen hat, wie umgekehrt, daß diese Erbeinsetzung in einem gegenseitigen inneren Abhängigkeitsverhältnis steht.

Läßt sich eine klare und eindeutige Anordnung hinsichtlich der Wechselbezüglichkeit der Verfügungen dem Testament nicht entnehmen, so muß die Wechselbezüglichkeit durch Auslegung des Testaments nach den allgemeinen Grundsätzen der Testamentsauslegung festgestellt werden, bevor die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB eingreift. Bei der Auslegung des Testaments nach den allgemeinen Grundsätzen muß der Inhalt der Erklärungen als ganzes, einschl. aller auch außerhalb der Testamentsurkunde liegenden Lebensumstände

gewürdigt und die allgemeine Lebenserfahrung berücksichtigt werden. Dabei ist – prüft man Verfügungen auf ihre Wechselbezüglichkeit im gemeinschaftlichen Testament – gem. §§ 157, 242 BGB auch auf den Erklärungsempfänger abzustellen (vgl. Palandt/Edenhofer, 49. Aufl., Einf. vor § 2165 BGB, Anm. 4; zu § 2084 BGB, Anm. 1a; BayObLGZ 1981, 79).

Bei der Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments anhand dieser Auslegungsgrundsätze kann eine Wechselbezüglichkeit in der Weise, daß im Falle des Ablebens eines Kindes dessen Abkömmlinge Erben werden, nicht bejaht werden. Dabei ist folgender Umstand von Bedeutung: Das Testament enthält keine Überlegung zu der Frage des Vorversterbens eines Kindes vor dem überlebenden Ehegatten; dieser Fall ist somit nicht geregelt. Zur Zeit der Errichtung des Testaments waren die drei Kinder der Erblasser zwischen 30 und 33 Jahre alt und die Abkömmlinge des Carsten F. 10 Jahre und jünger; dies legt sogar die Vermutung nahe, daß die Erblasserin und ihr Ehemann die Frage, ob die Abkömmlinge ihrer Kinder im Falle des Vorversterbens eines Kindes Erben werden sollen, nicht erörtert haben. Es kann jedoch für einen Fall, der testamentarisch überhaupt nicht geregelt und vermutlich auch nicht bedacht worden ist, keine wechselbezügliche Verfügung im Sinne einer gegenseitigen inneren Abhängigkeit angenommen werden. Insbesondere dann, wenn bei der Annahme wechselbezüglicher Verfügungen auch auf den Empfängerhorizont und damit darauf abgestellt werden muß, wie der andere die Verfügung auffassen mußte, so ist dergleichen nicht möglich, wenn eine entsprechende Verfügung gar nicht getroffen wurde, sondern ein Erbrecht sich allenfalls aus der Vorschrift des § 2069 BGB herleiten läßt, die nur „im Zweifel“ gilt, wie es hier bei dem Bet. zu 3) und seinem Bruder der Fall wäre. Da eine nicht von den Eheleuten tatsächlich getroffene, sondern sich nur aus einer gesetzlichen Auslegungsregel ergebende Erbfolge somit nicht gegenseitig sein kann, kann hier die Frage, ob die Erbeinsetzung der drei Kinder – noch – gegenseitig war, letztlich offen bleiben.

Ohne daß es noch hierauf ankommen dürfte, wird ein weiteres Argument für die fehlende Wechselbezüglichkeit ergänzend in dem Umstand gesehen, daß die Erblasserin bereits kurz nach dem Tode ihres Sohnes Carsten neu testierte und ihre Töchter zu Erben einsetzte. Dies deutet darauf hin, daß dieser Umstand von der Erblasserin und ihrem Ehemann bei Testamentserrichtung nicht bedacht worden ist und die Erblasserin sich angesichts dieser Situation offensichtlich nicht durch Absprachen mit ihrem vorverstorbenen Ehemann gehindert fühlte, ein neues Testament zu errichten.

9. Gesellschaftsrecht/GmbH – Befreiung des GmbH-Geschäftsführers von § 181 BGB bei Vereinigung aller Geschäftsanteile in dessen Hand

(OLG Düsseldorf, Beschluß vom 9. 1. 1991 – 3 Wx 340/90 – mitgeteilt von Notar Wolfgang Welskop, Duisburg-Rheinhausen)

BGB § 181 GmbHG §§ 37 Abs. 2; 35 Abs. 4

Die Befreiung des Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB bleibt auch dann bestehen, wenn aus einer Mehrpersonengesellschaft später eine Einmann-GmbH wird und der Geschäftsführer der alleinige Gesellschafter der Gesellschaft ist. Eine Satzungsbestimmung diesen Inhalts kann deshalb auch nicht in das Handelsregister eingetragen werden. Da diese Auffassung von der des BayObLG (BayObLGZ 1987, 153 = DNotZ 1989, 32; BayObLGZ 1989, 375) abweicht, wird die Sache dem BGH vorgelegt.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

1. Die ursprüngliche Fassung des § 6 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages der G-GmbH lautete wie folgt:

„Durch Beschluß der Gesellschafterversammlung kann einem oder einzelnen Geschäftsführern Alleinvertretungsbefugnis und/oder Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt werden.“

Am 13. 6. 1990 wurde aufgrund notarieller Verhandlung vom gleichen Tage zur Eintragung in das Handelsregister u. a. angemeldet: Der Gesellschaftsvertrag wird in § 6 Abs. 3 wie folgt am Ende ergänzt: „§ 6 Abs. 3 . . . Dies gilt auch für den Fall, daß sich sämtliche Geschäftsanteile in einer Hand vereinigen.“

Aufgrund des Anteilsübertragungsvertrages vom 13. 6. 1990 vereinigen sich alle Geschäftsanteile in der Hand der Geschäftsführerin Frau E.

Durch Gesellschafterbeschluß vom 5. 7. 1989 wurde die Mitgesellschafterin und alleinige Geschäftsführerin E. von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit und ermächtigt, die Gesellschaft auch bei Vorhandensein mehrerer Geschäftsführer allein zu vertreten.

Das AG hat zu der Anmeldung folgenden Hinweis gegeben:

Es ist beabsichtigt, die angemeldete zusätzliche Regelung über die Befreiung des Alleingesellschafter-Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB (Gesellschaftsvertrag, § 6 Abs. 3) nicht ihrem vollständigen Inhalt nach (vgl. § 10 Abs. 1 S. 2; § 54 Abs. 2 GmbHG), sondern nur als Mitteilung („... ist der Gesellschaftsvertrag in § 6 ergänzt worden“) in das Register einzutragen. Die Bestimmung ändert oder erweitert nämlich sachlich nicht die geltende und eingetragene Vertretungsregelung.

Ermächtigt der Gesellschaftsvertrag die Gesellschafter, durch Beschluß einzelne Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien, oder wird eine solche Befreiung im Gesellschaftsvertrag allgemein oder für einzelne Geschäftsführer ausgesprochen, so gelten diese Bestimmungen und eine hierauf beruhende Befreiung auch für den Fall, daß die Gesellschaft nur einen einzigen Gesellschafter hat und dieser ihr alleiniger Geschäftsführer ist.

Die entgegen gesetzte Auffassung (vgl. BayObLGZ 1987, 153, 157 ff. = DNotZ 1989, 32; BayObLGZ 1989, 375, 378 ff.) wird vom hiesigen Registergericht nicht geteilt. Durch die Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand verändert eine GmbH nicht ihren rechtlichen Charakter. Auch ihr Gesellschaftsvertrag bleibt der gleiche wie vorher. Aus den gleichen Gründen soll auch bei der konkreten Vertreterbefugnis der Geschäftsführerin E. nichts Zusätzliches eingetragen werden.

Der Notar hat dem AG widersprochen, weil das BayObLG in zwei Entscheidungen aus den Jahren 1987 und 1989 aus Gründen des Gläubigerschutzes eine abweichende Auffassung vertreten habe. Ergänzend hat der Notar auf die gravierenden Nachteile einer divergierenden Rspr. in dieser Frage hingewiesen: Die Finanzverwaltung verlange hinsichtlich der Befugnis eines Geschäftsführers die Beachtung der jeweils strengsten Voraussetzungen, die die Rspr. aufgestellt habe. So könne es geschehen, daß Gehaltszahlungen an den Geschäftsführer, die dieser für rechtmäßig halte, als verdeckte Gewinnausschüttung behandelt würden. Es bestehe ein dringendes Interesse an einer einheitlichen Handhabung der Eintragungspraxis und damit ein Bedürfnis für eine gerichtliche Klärung.

2. Das AG hat daraufhin den Eintragungsantrag unter Hinweis auf § 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG als unbegründet zurückgewiesen. Diese Vorschrift umfasse sowohl die abstrakte Vertretungsregelung als auch die davon abweichende konkrete Befugnis einzelner Personen. Was in das Register einzutragen sei, bestimme das Gericht, ohne an einen Antrag gebunden zu sein.

Im vorliegenden Fall bedeute die angemeldete Ergänzung weder eine Änderung noch eine Erweiterung der geltenden und eingetragenen Regelung über die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführerin. Die Befreiung des Geschäftsführers einer GmbH von den Beschränkungen der Vorschrift des § 181 BGB beseitige eine kraft Gesetzes bestehende Begrenzung der im übrigen unbeschränkten Vertretungsbefugnis (§ 37 Abs. 2 GmbHG). Es stehe im Ermessen der Gesellschafter, welche Regelungen sie insoweit treffen wollten, was letztlich durch Auslegung ihrer Erklärungen zu ermitteln sei. Im vorliegenden Fall hätte die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht eingeschränkt werden sollen.

Die gegenteilige Auffassung des BayObLG (BayObLGZ 1987, 153, 157 ff. = DNotZ 1989, 32; BayObLGZ 1989, 375, 378 ff.), wonach die Befreiung des Geschäftsführers einer mehrgliedrigen GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB erlösche, wenn dieser Geschäftsführer zugleich alleiniger Gesellschafter der GmbH werde, vermöge nicht zu überzeugen und sei mit Recht in der Lit. auf Kritik gestoßen. Diese Auffassung verkenne die rechtliche Bedeutung und Tragweite der Vorschrift des § 35 Abs. 4 GmbHG. Mit dieser Vorschrift habe der Meinungsstreit darüber beendet werden sollen, ob in dem dort geregelten Fall der innere Wille des alleinigen Gesellschafters und Geschäftsführers für die Wirksamkeit eines Insichgeschäftes ausreiche oder ob eine hierüber hinausgehende ausdrückliche Befreiung aufgrund einer höherrangigen Rechtsquelle, nämlich des Gesellschaftsvertrages, erforderlich sei.

Die weitergehende Annahme des BayObLG der Geschäftsführer einer GmbH, der zugleich deren alleinige Gesellschafter sei, könne von den Beschränkungen des § 181 BGB nur durch einen der Publizität zugänglichen Gesellschaftervertrag einer eingliedrigen Gesellschaft befreit werden, lasse sich dem Gesetz nicht entnehmen. Durch die Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand verändere die GmbH nicht ihren rechtlichen Charakter. Die einmal im Gesellschaftsvertrag getroffene Regelung bleibe vielmehr bestehen. Dadurch seien die Geschäftspartner hinreichend gewarnt. Denn in das Handelsregister werde nicht nur die Befreiung eines Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB eingetragen, sondern nach richtiger und von den meisten Registergerichten auch praktizierter Ansicht die Ermächtigung des Gesellschaftsvertrages, durch Gesellschafterbeschluß die Befreiung zu erteilen. Damit sei klargestellt, daß die auf einer solchen Ermächtigung beruhende Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB jederzeit beschlossen werden könne, so daß die Wirksamkeit nicht mehr von der Eintragung oder der Veröffentlichung abhänge.

Damit ergebe sich der Umfang der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers in hinreichender Weise aus dem Register. Ein weitergehender Schutz der Geschäftspartner der Gesellschaft könne von Gesetzes wegen durch das Handelsregister nicht erwartet und nicht gewährt werden.

3. Gegen diesen Beschluß richtete sich die Beschwerde, die das LG aus den „zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Beschluß“ zurückgewiesen hat.

Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist nach § 28 Abs. 2 FGG dem BGH vorzulegen. Mit der von ihm beabsichtigten Entscheidung würde der Senat bei der Auslegung einer Vorschrift des GmbHG von der Rspr. des BayObLG abweichen.

1. Die weitere Beschwerde ist nach §§ 33, 34 HGB i.V.m. §§ 125; 21 Abs. 2; 27; 29 Abs. 1 S. 1 u. 2, Abs. 2 u. 4 FGG zulässig.

2. Der Senat hält die weitere Beschwerde aber für unbegründet, weil der Amtsrichter mit Recht von der beantragten Eintragung im Handelsregister absehen will.

Der Senat geht davon aus, daß die Befreiung des Geschäftsführers von den Beschränkungen der Vorschrift des § 181 BGB auch dann bestehen bleibt, wenn sich die mehrgliedrige Gesellschaft in eine Einmann-GmbH verwandelt und der Geschäftsführer der alleinige Gesellschafter ist. Diese Auffassung steht nicht in Widerspruch zur Auffassung des BGH (BGHZ 87, 59 = DNotZ 1983, 633). Der BGH hatte dort einen Fall zu entscheiden, indem die Befreiung nur gelten sollte, falls der Geschäftsführer alle Geschäftsanteile der Gesellschaft erwerben würde. Da die Gläubiger auf normalem Wege keine Kenntnis davon erlangen konnten, ob dieser Fall eingetreten war, waren sie besonders schutzwürdig und auf zusätzliche Publizität angewiesen.

Hier ist der Fall anders gelagert. Die Gläubiger wissen von vornherein, daß die Befreiung von den Beschränkungen der Vorschrift des § 181 BGB vorgesehen und erfolgt ist. Daran ändert sich durch den Übergang von einer mehrgliedrigen zu einer Alleingesellschaft nichts. Insbesondere läßt sich aus § 35 Abs. 4 GmbHG, der lediglich der Behebung einer Zweifelsfrage diene, nichts Gegenteiliges herleiten. Der Senat tritt hierzu den Ausführungen des AG bei.

Der Senat hält die Auffassung des BayObLG für systemwidrig, weil der Übergang von der mehrgliedrigen zur eingliedrigen Gesellschaft keine Erweiterung der Vertretungsmacht zur Folge hat; er nimmt deshalb auch nicht an, daß dadurch die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erlischt. Wäre dem so, so würden, wie Reinicke und Tiedke in GmbHR 1990, 200, 205 mit Recht bemerken, die Gläubiger nicht wissen, ob der Geschäftsführer Insichgeschäfte vornehmen oder nicht vornehmen könne, weil sie nicht ohne weiteres wissen könnten, ob sich die GmbH in eine Einmann-GmbH verwandelt habe. Damit würde der Zweck der Vorschrift des § 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG, wonach die Gläubiger stets den Umfang der Vertretungsmacht des Geschäftsführers kennen sollen, nicht mehr gewährleistet, sondern geradezu verfehlt.

Würde der Senat der Auffassung des BayObLG folgen, so müßte er – entgegen seiner Meinung – der weiteren Beschwerde stattgeben.

10. Gesellschaftsrecht/GmbH – Kapitalerhöhung im Wege des Ausschüttungs-Rückholungsverfahrens (OLG Köln, Urteil vom 20. 3. 1990 – 22 U 272/89)

GmbHG §§ 55 f.; 19 Abs. 2 u. 5

Eine Kapitalerhöhung bei einer GmbH im Wege des sog. „Ausschüttungs-Rückholverfahrens“ ist nur im Wege der Erhöhung durch Sacheinlagen möglich.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Kl. als Konkursverwalter über das Vermögen der B-Bauunternehmung nimmt die Bekl. auf Zahlung einer Stammeinlage in Anspruch.

Die Bekl. war Gesellschafterin der Gemeinschuldnerin. An ihrem Stammkapital in Höhe von 30.000,- DM war sie mit 6500,- DM beteiligt.

Am 26. 5. 1982 beschloß die Gesellschafterversammlung, aus dem Bilanzgewinn des Jahres 1981 in Höhe von 110.439,84 DM insgesamt 110.000,- DM an die drei Gesellschafter auszuschütten; der Anteil der Bekl. betrug 16.500,- DM, nach Abzug der an das Finanzamt abgeführten Kapitalertragsteuer 12.375,- DM.

Ende Mai 1982 beliefen sich die Aktiva der Gemeinschuldnerin auf 210.869,07 DM, die Verbindlichkeiten auf 276.774,26 DM; aus einer Kreditlinie bei der Kreissparkasse E. war noch ein Betrag von 125.310,05 DM verfügbar.

Am 4. 6. 1982 fand vor dem Notar Dr. N. eine weitere Gesellschafterversammlung statt. Durch einstimmigen Beschluß wurde das Stammkapital der Gemeinschuldnerin auf 100.000,- DM erhöht; zur Übernahme der sofort in bar zu zahlenden Stammeinlagen wurden die damaligen Gesellschafter zugelassen. Die Bekl. übernahm zu den beschlossenen Bedingungen eine Stammeinlage von 8.500,- DM.

Die Gesellschafter waren sich einig, daß die Gewinne im Gesellschaftsvermögen verbleiben sollten. Auf Empfehlung des Steuerberaters wurden nach Maßgabe des sog. Ausschüttungs-Rückholverfahrens die Anteile nur steuerlich als ausgezahlt behandelt, tatsächlich jedoch bis zur Höhe der neuen Stammeinlagen verrechnet. Das FA erkannte diese Handhabung an; eine spätere Betriebsprüfung führte nicht zu Änderungen der Besteuerungsgrundlagen.

Im Dezember 1988 eröffnete das AG den Konkurs über das Vermögen der Gemeinschuldnerin und bestellte den Kl. zum Konkursverwalter. Dieser forderte die Bekl. auf, die übernommene Stammeinlage in die Konkursmasse zu zahlen.

Der Kl. hat die Auffassung vertreten, die Verrechnung des Gewinnanspruchs habe nicht zum Erlöschen der Einlagenschuld geführt, weil die Voraussetzungen einer Sacheinlage nicht erfüllt seien. Er hat behauptet, die Gemeinschuldnerin sei zur Auszahlung der Gewinnanteile nicht in der Lage gewesen. Die Bekl. hat behauptet, die Gemeinschuldnerin habe angesichts der noch offenen Kreditlinie über die Mittel zur Ausschüttung der Gewinnanteile verfügt.

Das LG hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, die Aufrechnungsverbote des § 19 Abs. 2 S. 2 u. Abs. 5 GmbHG seien nicht berührt, weil die Gewinnansprüche der Gesellschafter vollwertig und so gut wie Bargeld gewesen seien, so daß kein Bewertungsproblem bestanden habe. Der Gewinn sei in einer vom Steuerberater erstellten Bilanz ausgewiesen gewesen und durch eine Betriebsprüfung des FA bestätigt worden. Es sei auch kein wirtschaftlich vernünftiger Grund ersichtlich, daß eine Gesellschaft künstlich ihren Gewinn und damit auch ihre Steuerschuld erhöhen könne. Daher sei – entgegen der h. M. – die Erbringung der Bareinlage im Wege der Verrechnung statthaft gewesen. Bei anderer Betrachtung werde das Ausschüttungs-Rückholverfahren ausgehöhlt.

Gegen das Urteil hat der Kl. Berufung eingelegt.

Aus den Gründen:

I. Die zulässige Berufung des Kl. hat in der Sache Erfolg.

Der Kl. ist als Konkursverwalter der Gemeinschuldnerin gem. § 6 Abs. 2 KO befugt, den Einzahlungsanspruch gerichtlich geltend zu machen. Die Klage ist auch begründet. Die Bekl. ist aus dem Gesellschafterbeschuß und dem Übernahmevertrag zur baren Zahlung der Einlagenschuld in Höhe von 8.500,- DM

verpflichtet. Bedenken gegen die Wirksamkeit dieser Rechtsgeschäfte bestehen nicht.

II. Die Verrechnung des Gewinnanspruchs hat nicht zum Erlöschen der Schuld geführt.

Es bestehen keine Zweifel, daß eine wirksame Aufrechnungserklärung von seiten der Gemeinschuldnerin erfolgt ist – sei es durch den Geschäftsführer oder mit dessen Zustimmung durch den Steuerberater. Diese hat jedoch nicht die Tilgung der Einlagenschuld bewirkt.

Die Frage, ob eine Aufrechnung statthaft war, richtet sich nicht nach § 19 Abs. 2, sondern nach § 19 Abs. 5 (§ 56 Abs. 2) GmbHG, weil diese Vorschrift als Sonderregelung vorgeht (Hachenburg/Ulmer, § 19 GmbHG, Rd.-Nr. 51; Scholz/Priester, § 56 GmbHG, Rd.-Nr. 37; Baumbach/Hueck, § 19 GmbHG, Rd.-Nr. 25). Über den eigentlichen Wortlaut hinaus erfaßt das Aufrechnungsverbot nicht nur im engen Sinne Vergütungen für die Überlassung von Vermögensgegenständen, sondern grundsätzlich auch andere bei Begründung der Einlagepflicht bestehende Ansprüche der Gesellschafter gegen die Gesellschaft, weil sie Gegenstand einer Sacheinlage und nicht Gegenstand einer Bareinlage sind (BGHZ 90, 370, 374; OLG Köln BB 1984, 1636 f. = ZIP 1984, 834 ff.; Hachenburg/Ulmer, § 19 GmbHG, Rd.-Nrn. 58, 61, § 56 GmbHG, Rd.-Nrn. 46 f.; Scholz/Priester, § 56 GmbHG, Rd.-Nrn. 24, 28, 41; Fischer/Lutter/Hommelhoff, § 56 GmbHG, Rd.-Nrn. 4, 9; Baumbach/Hueck, § 19 GmbHG, Rd.-Nr. 28, § 29 GmbHG, Rd.-Nr. 67 a. E.; Ulmer, GmbHR 1984, 256 f.). Dies ergibt sich aus dem Schutzzweck des Gesetzes, der dahin geht, „sicherzustellen, daß Einlagen tatsächlich in Geld an die Gesellschaft geleistet werden und diese dadurch flüssige Mittel erhält, soweit die Satzung oder der Kapitalerhöhungsbeschluß nicht gem. §§ 5 Abs. 4 S. 1; 56 Abs. 1 S. 1 GmbHG etwas anderes bestimmen“ (BGHZ 90, 370, 374; vgl. auch Hachenburg/Ulmer, § 19 GmbHG, Rd.-Nr. 52, § 52 GmbHG, Rd.-Nr. 41; Scholz/Priester, § 56 GmbHG, Rd.-Nr. 41; Baumbach/Hueck, § 19 GmbHG, Rd.-Nr. 23; Priester, ZGR 1977, 445, 461).

Es entspricht ganz überwiegender Auffassung, daß Ansprüche der Gesellschafter allgemein nur im Wege der Sacheinlage auf das Stammkapital Anrechnung finden können, nicht aber durch Verrechnung mit einer Schuld auf Bareinlagen (BGH a.a.O.; ZIP 1982, 1320; OLG Köln, a.a.O.; Hachenburg/Ulmer, a.a.O.; Scholz/Priester, a.a.O.; Fischer/Lutter/Hommelhoff, a.a.O.; Baumbach/Hueck, a.a.O.; Ulmer, GmbHR 1984, 256 f.; Meyer-Landrut/Miller/Niehus, § 56 GmbHG, Rd.-Nr. 4; Roth, § 56 GmbHG, Anm. 2; vgl. auch Rowedder/Zimmermann, § 55 GmbHG, Rd.-Nr. 57 a. E.; einschränkend früher: Priester, DB 1976, 1801, 1804 f.). Ebenso kann eine Bareinlage grundsätzlich nicht durch Erfüllungssurrogate erbracht werden (BGH a.a.O.; OLG Köln a.a.O.; Hachenburg/Ulmer, § 19 GmbHG, Rd.-Nrn. 52, 57, § 56 GmbHG, Rd.-Nr. 41; Niemann, DB 1988, 1531). Insbesondere ist eine Kapitalerhöhung im Wege des Ausschüttungs-Rückholverfahrens nur durch Sacheinlage und durch Einhaltung der hierangeknüpften Prüfungs- und Publizitätserfordernisse möglich (Hachenburg/Ulmer, § 56 GmbHG, Rd.-Nr. 45; Fischer/Lutter/Hommelhoff, § 56 GmbHG, Rd.-Nrn. 5, 9; Baumbach/Hueck, § 29 GmbHG, Rd.-Nr. 67 a. E.; Scholz/Priester, § 55 GmbHG, Rd.-Nr. 12, § 56 GmbHG, Rd.-Nr. 39; Priester, ZGR 1977, 445, 461 f.; Niemann, DB 1988, 1536; vgl. auch Meyer-Landrut/Miller/Niehus, § 29 GmbHG, Rd.-Nr. 20 a. E., § 56 GmbHG, Rd.-Nrn. 2 ff.; Lutter, DB 1978, 1965, 1968 f.; a. A. Roth, § 19 GmbHG, Anm. 6.4 unter abschließlicher Berufung auf den Wortlaut des § 19 Abs. 5 GmbHG).

Dieser h. A. ist zuzustimmen. Nach den Vorschriften über Sacheinlagen unterliegen alle Einlagen, die nicht durch Barzahlung erbracht werden, einer besonderen Kontrolle und Publizität. Gem. § 57a, § 9c GmbHG hat das Registergericht u. a. zu prüfen, ob Sacheinlagen angemessen bewertet sind. Die Bekanntmachung der erfolgten Eintragung der Kapitalerhöhung hat bei einer Sacheinlage die erforderlichen Festsetzungen zu enthalten oder darauf Bezug zu nehmen, § 57b GmbHG. Diese

Erfordernisse dienen hauptsächlich dem Schutz der Gläubiger, denn das Stammkapital ist im Geschäftsverkehr ein bedeutsamer Maßstab für die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft. Die Einhaltung der besonderen Verfahrensvorschriften ist nach der Systematik des Gesetzes lediglich dann entbehrlich, wenn die Einlage durch Geldzahlung erfolgt, denn nur in diesem Fall scheiden Zweifel bei der Bewertung aus.

Auch wenn im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Gewinnfeststellung ersichtlich sind, können Bewertungsprobleme nicht ausgeschlossen werden. Zum einen bestehen selbst im Rahmen einer gewissenhaften Inventur und Bilanzierung erhebliche rechtliche und tatsächliche Spielräume. Hinzu kommen – theoretisch – verschiedene Möglichkeiten der Manipulation. Der Kl. weist zu Recht darauf hin, daß in Krisensituationen die Versuchung bestehen kann, einen überhöhten Gewinn auszuweisen, um eine entsprechende Kreditwürdigkeit vorzutauschen und hierfür sogar steuerliche Nachteile in Kauf zu nehmen. Weder die Einschaltung eines Steuerberaters noch die amtliche Betriebsprüfung schließen diese Unwägbarkeiten aus. Nicht selten stützen sich Steuerberater ausschließlich auf die vom Auftraggeber vorgelegten Unterlagen, so daß keine hinreichende Sicherheit über den tatsächlichen Wert der Bilanzposten besteht. Unerheblich ist, ob im Einzelfall dahingehende Anhaltspunkte vorliegen. Der Zweck des Gesetzes geht vielmehr dahin, schon vor der Eintragung einer Sachkapitalerhöhung im Handelsregister eine Kontrolle durch das Registergericht zu gewährleisten. Daß dieses sich unter Umständen eines Steuerberaters oder Wirtschaftsprüfers bedient, ändert nichts an der Notwendigkeit, daß ihm die verbindliche Entscheidung obliegt. Das Registergericht soll schon im Vorfeld als unabhängige Institution prüfen, auf welche Weise die Wertfestsetzungen zustande gekommen sind und ob der Wert dem der Stammeinlage entspricht.

Hinzu kommt, daß neben den Unwägbarkeiten bei der Gewinnfeststellung Zweifel hinsichtlich der Werthaltigkeit der Gewinnansprüche bestehen können. Im Rahmen dieses Rechtsstreits kommt es nicht mehr darauf an, ob die Gewinnansprüche zum Zeitpunkt der Verrechnung realisierbar und so gut wie Bargeld waren. Zu Recht ist darauf hingewiesen worden, daß eine Überprüfung dieser Frage im Streitfall durch das Prozeßgericht zu spät kommt. Das Gesetz will gerade eine frühzeitige Kontrolle gewährleisten, damit für die Gläubiger und Geschäftspartner der Gesellschaft eine Vertrauensgrundlage besteht. Im Falle mangelnder Liquidität oder gar des Konkurses ist der Schutzzweck des Gesetzes bereits vereitelt. Gerade aus diesem Grunde sind Erfüllungssurrogate ausnahmslos offenzulegen und schon vor Eintragung in das Handelsregister auf ihre Vollwertigkeit zu überprüfen (OLG Köln BB 1984, 1636 f.).

Eine Anwendung des Aufrechnungsverbots ist auch deshalb geboten, weil es sich im vorliegenden Fall um eine verdeckte Sacheinlage handelte (vgl. hierzu Baumbach/Hueck, § 19 GmbHG, Rd.-Nr. 30; Meyer-Landrut/Miller/Niehus, § 56 GmbHG, Rd.-Nrn. 2 f.; Ulmer, GmbHR 1984, 256 f.; Niemann, DB 1988, 1531). Wie sich aus dem engen zeitlichen Zusammenhang der Beschlüsse vom 26. 5. und 4. 6. 1982 über die Gewinnausschüttung bzw. die Kapitalerhöhung ergibt, bestand offensichtlich von Anfang an die Absicht, der Gemeinschuldnerin keine zusätzliche Liquidität zuzuführen, sondern die Kapitalerhöhung durch den im Jahre 1981 erwirtschafteten Gewinn zu finanzieren. Die Ausschüttung war lediglich der Form nach geplant, um den geringeren Körperschaftsteuersatz zur Anwendung zu bringen. Danach war tatsächlich keine Bareinlage beabsichtigt, sondern eine Heranziehung der Gewinnansprüche der Gesellschafter, also eine Sacheinlage.

Eine solche Verfahrensweise ist im Grundsatz durchaus statthaft, jedoch sind die Vorschriften über Sacheinlagen einzuhalten, damit nicht den Gläubigern und Geschäftspartnern ein Liquiditätszufluß vorgetäuscht wird. Hiergegen läßt sich nicht einwenden, daß die Möglichkeit bestehe, den Gewinn zunächst in bar auszuzahlen und alsbald zurückzuerstatten; denn auch eine derartige Handhabung wäre ein unzulässiges Umgehungsgeschäft und unterstände den Erfordernissen der Sach-

einlage (Hachenburg/Ulmer, § 19 GmbHG, Rd.-Nr. 53, § 56 GmbHG, Rd.-Nr. 45; Scholz/Priester, § 56 GmbHG, Rd.-Nrn. 43 ff.; Roth, § 19 GmbHG, Anm. 6.4; Priester, ZGR 1977, 445, 462; Ulmer, GmbHR 1984, 256 f.; Niemann, DB 1988, 1531 f.), weil auch in diesem Falle kein wirklicher Kapitalzufluß stattfindet.

Unbegründet ist auch der Einwand, die hier vertretene h. M. führe zu einer Aushöhlung des Ausschüttungs-Rückholverfahrens. Es erscheint bereits zweifelhaft, das Ziel einer möglichst steuergünstigen Handhabung als Maßstab für die Auslegung handelsrechtlicher Vorschriften heranzuziehen. Jedenfalls ergeben sich aber Besonderheiten nur für den Fall von Kapitalerhöhungen, nicht aber für sonstige Wiederanlagen von Gewinnausschüttungen als Darlehen, stille Beteiligungen oder freie Rücklagen, die ohne weiteres möglich sind. Eine Erhöhung des Stammkapitals ist demgegenüber stets mit der Einhaltung von Förmlichkeiten verbunden. Der Schutz der Gläubiger gebietet es darüber hinaus, in allen Fällen, in denen nicht ein tatsächlicher Geldzufluß stattfindet, die Prüfungs- und Publizitätsanforderungen für Sacheinlagen zu beachten. Hinzu kommt, daß der Gesetzgeber im Jahre 1980 – also nach der Körperschaftsteuerreform von 1977 – die Vorschriften über Kapitalzuführungen eigens verschärft hat, um Fälle verschleierte Sacheinlagen effektiverer gerichtlicher Kontrolle zu unterwerfen (BT-Drucks. 8/3908, 66, 69).

Angesichts des auch für die Gemeinschuldnerin geltenden Aufrechnungsverbots des § 19 Abs. 5 GmbHG kann dahinstehen, ob die für § 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG erforderliche Vollwertigkeit der Gewinnansprüche gegeben war. Danach ist die Bekl. durch die Verrechnung nicht frei geworden mit der Folge, daß hierdurch ihre Verpflichtung nicht berührt worden ist (vgl. Meyer-Landrut/Miller/Niehus, § 56 GmbHG, Rd.-Nr. 4; Fischer/Lutter/Hommelhoff, § 56 GmbHG, Rd.-Nr. 10; Baumbach/Hueck, § 19 GmbHG, Rd.-Nr. 23).

III. Dem Anspruch steht auch nicht der Einwand der Verwirkung oder der Arglist entgegen, weil die Vorschriften des GmbHG zwingenden Charakter haben (BGH ZIP 1982, 1320; OLG Köln BB 1984, 1636, 1638; Meyer-Landrut/Miller/Niehus, a.a.O.). Zudem gebührt dem Schutz der Gläubiger der Vorrang vor einem eventuellen Vertrauen der Bekl. auf die Zulässigkeit der praktizierten Methode. Im übrigen war die Bekl. – wenn auch möglicherweise gutgläubig – an dem Gesetzesverstoß unmittelbar beteiligt.

11. Kostenrecht – Anwendbarkeit des § 19 Abs. 4 KostO bei beabsichtigter Weiterveräußerung eines unentgeltlichen Teils des übertragenen Grundbesitzes

(OLG Düsseldorf, Beschluß vom 28. 12. 1990 – 19 W 97/90 – mitgeteilt von Richter am OLG Hermann Josef Esser, Düsseldorf)

KostO § 19 Abs. 4

Die kostenrechtliche Privilegierung des § 19 Abs. 4 KostO in der seit 1. 7. 1989 geltenden Fassung kommt nicht in Betracht, wenn bereits im Zeitpunkt der Grundstücksübertragung die Weiterveräußerung eines wesentlichen Teils des übertragenen Grundbesitzes einschließlich der Hofstelle vorgesehen ist und diese Weiterveräußerung auch tatsächlich erfolgt.

Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag vom 21. 11. 1989 übertrug die Hausfrau A. Grundbesitz in einer Größe von 239.087 m² gegen Zahlung einer monatlichen Geldrente von jeweils 750,- DM Ihren Töchtern und Schwiegersöhnen, den Eheleuten K. und R. je zur Hälfte zu Eigentum. Gleichzeitig vereinnbarten die Vertragsparteien den Weiterverkauf des zugehörigen Hofgebäudes mit einer Umlage von ca. 9000 m² durch die Erwerber. Von dem zu erwartenden Erlös sollte die Veräußerin, Frau A., einen Teilbetrag von 100.000,- DM erhalten.

Die vorgesehene Weiterveräußerung geschah mit Vertrag vom 6.12.1989 zum Preise von 440.000,- DM.

Die restliche, aufgrund des Vertrages vom 21.11.1989 übertragene Grundfläche von 230.135 m² bewirtschaften die Eheleute R. von ihrer bisherigen Hofstelle aus, nachdem sie den Anteil der Eheleute K. von diesen angepachtet haben.

Der Rechtspfleger beim AG hat den Verkehrswert auf der Grundlage eines Quadratmeterpreises von 4,50 DM für die Restfläche und des Verkaufserlöses von 440.000,- DM auf 1.475.607,50 DM festgesetzt. Gegen diesen Beschluß haben die Eheleute K. und R. mit dem Ziel Beschwerde eingelegt, den Verkehrswert entsprechend dem vierfachen Einheitswert von 71.700,- DM auf lediglich 286.800,- DM festzusetzen. Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Die vom LG zugelassene weitere Beschwerde ist unbegründet. Der Rechtspfleger hat den Verkehrswert zutreffend auf 1.475.607,50 DM festgesetzt.

Nach § 19 Abs. 4 KostO in der am 1. 7. 1989 in Kraft getretenen Fassung ist bei einem Geschäft, das die Überlassung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes mit Hofstelle durch Übergabevertrag, Erbvertrag oder Testament, Erb- oder Gesamtgutauseinandersetzung oder die Fortführung des Betriebes in sonstiger Weise betrifft, das land- oder forstwirtschaftliche Vermögen mit dem Vierfachen des letzten Einheitswertes zu bewerten. Die Voraussetzungen dieser Bestimmung sind jedoch – unabhängig von der bereits vom LG offengelassenen Frage der Unentgeltlichkeit – hier nicht gegeben, so daß für die Wertfestsetzung nach § 31 KostO der bei einer Veräußerung im gewöhnlichen Geschäftsverkehr zu erzielende Preis maßgebend ist.

Grundgedanke für die Neufassung des § 19 Abs. 4 KostO war die kostenrechtliche Privilegierung der an einer Grundstücksübertragung der dort geregelten Art beteiligten Personen im Interesse geförderter Fortführung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe in bäuerlichen Familien (vgl. z. B. Otto, JurBüro 1989, 891 f.; OLG Hamm JurBüro 1990, 498 ff. = Mitt-RhNotK 1990, 56; LG Ingolstadt JurBüro 1990, 494). Von der gesetzlichen Neuregelung werden daher nur solche Geschäfte erfaßt, die den Betrieb als Ganzes, jedenfalls aber den wesentlichen Teil des Betriebes betreffen (vgl. Otto, JurBüro 1989, 891 f.). Nur in diesem Falle ist die vom Gesetzgeber angestrebte „Erhaltung leistungsfähiger Höfe in bäuerlichen Familien“ gewährleistet. Dieser Gesetzgebungszweck gebietet es darüber hinaus, daß der übertragene Grundbesitz von eigenen Betriebsgebäuden, also von einer gemeinsamen Hofstelle aus bewirtschaftet wird (so auch Otto, JurBüro 1989, 891 f. und Mümmler, JurBüro 1989, 1138).

Von einer Betriebsfortführung in dem vorstehend gekennzeichneten Sinn kann indes keine Rede sein, wenn im Zeitpunkt der Übertragung bereits feststeht, daß Grundstücksteile im Werte etwa eines Drittels des gesamten Grundstückswertes weiterveräußert werden sollen (so auch Mümmler, JurBüro 1989, 1138). Dies gilt vor allem dann, wenn auch die Hofstelle Gegenstand dieser Veräußerung ist, so daß eine Bewirtschaftung der übrigen Grundflächen von ihr aus nicht mehr erfolgen kann. In diesem Fall entsteht praktisch die gleiche Lage, wie wenn der Betrieb im Zeitpunkt der Übertragung nur noch aus einer Ansammlung von landwirtschaftlich genutzten Flächen ohne Hofstelle bestand (vgl. LG Ingolstadt JurBüro 1990, 494). Für die Anwendung der Vergünstigung des § 19 Abs. 4 KostO n.F. zu Lasten vor allem der beurkundenden Notare besteht in derartigen Fällen zudem auch kein Bedürfnis, weil der Veräußerungserlös, der sich hier immerhin auf 440.000,- DM beläuft, zur Verfügung steht, um die mit 885,- DM zu veranschlagenden Mehrkosten zu decken.

12. Steuerrecht/Einkommensteuer – Darlehenszinsen als Werbungskosten bei Einkünften aus Kapitalvermögen (BFH, Urteil vom 7. 8. 1990 – VIII R 67/86)

ESTG § 9 Abs.1 S. 3 Nr.1

Wird ein mit Darlehensmitteln angeschafftes Mietwohngrundstück veräußert und der Veräußerungserlös nicht zur Tilgung des Darlehens eingesetzt, sondern festverzinslich angelegt, können die für das fortgeführte Darlehen aufgewendeten Zinsen als Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen berücksichtigungsfähig sein, sofern das überlassene Kapital im Einvernehmen mit dem Darlehensgeber dem neuen Zweck dienen soll.

Zum Sachverhalt:

Die Kl. sind Eheleute, die im Streitjahr 1982 zur Einkommensteuer zusammen veranlagt wurden.

Am 1. 2. 1981 veräußerte die Kl. ein ihr gehöriges in A gelegenes Hausgrundstück, aus dem sie bisher Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt hatte. Den Kaufpreis in Höhe von 474.000,- DM verwendete sie nicht zur Ablösung der noch nicht vollständig getilgten Darlehen, die sie zur Anschaffung des Hausgrundstücks aufgenommen hatte, sondern legte den Kaufpreis auf verschiedenen Festgeldkonten an. Für die sich noch auf rd. 280.000,- DM belaufenden Darlehen entrichtete die Kl. Zinsen in Höhe von 18.222,- DM an die Bank U, X, Y und die Bausparkasse Z. Die Darlehen wurden nach dem Verkauf anderweitig abgesichert.

Die aus dem angelegten Kaufpreis erzielten Einnahmen aus Kapitalvermögen schätzte der Bekl. (das FA) im Streitjahr mit 20.000,- DM.

Das gegen den Einkommensteuerbescheid für 1982 gerichtete Einspruchsverfahren führte zu einer Verböserung. Die Kl. hatte aus den angelegten 474.000,- DM Zinsen in Höhe von 22.957,- DM bezogen. Unter Berücksichtigung dieser und weiterer Zinsen ergaben sich im Streitjahr Einnahmen aus Kapitalvermögen in Höhe von insgesamt 34.318,- DM, die das FA in seiner Einspruchsentscheidung der Besteuerung zugrunde legte. Die von der Kl. für die nach der Grundstücksveräußerung verbliebenen Darlehen aufgewendeten Schuldzinsen ließ das FA hingegen weder bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung noch bei den Einkünften aus Kapitalvermögen als Werbungskosten zum Abzug zu.

Die dagegen gerichtete Klage hatte Erfolg. Das FG führte aus, die für die verbliebenen Darlehen angefallenen Schuldzinsen seien zwar nicht als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zu berücksichtigen. Sie seien jedoch von den Einnahmen aus Kapitalvermögen als Werbungskosten abzuziehen. Dadurch, daß die Kl. den Verkaufserlös nicht zur Tilgung des Darlehens, sondern zur Erzielung von Einnahmen aus Kapitalvermögen eingesetzt hätte, hätte sie einen neuen Entschluß zur Verwendung des Darlehens gefaßt. Diesen Entschluß hätte sie durch die anderweitige Absicherung des Darlehens auch nach außen zu erkennen gegeben. Mit dem neuen Kreditverwendungsbeschluß sei der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen der Festgeldanlage und den angefallenen Finanzierungskosten hergestellt worden. Es habe sich der Grund für die Schuldaufnahme geändert. Einen Grundsatz, daß ein einmal gegebener Grund für eine Schuldaufnahme später nicht mehr abänderbar und durch einen anderen Grund nicht ersetzbar sei, habe der BFH – soweit ersichtlich – nicht aufgestellt.

Mit der Revision rügt das FA die Verletzung materiellen Rechts.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das FG.

1. Das FG hat zu Recht entschieden, daß die Schuldzinsen nicht als nachträgliche Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung beurteilt werden können.

Nach st. Rspr. des BFH sind Schuldzinsen, die auf die Zeit nach Beendigung der Vermietung und Verpachtung entfallen, keine nachträglichen Werbungskosten bei der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung. Sie sind Gegenleistung für die Überlassung eines Kapitals, das nicht mehr der Erzielung von Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung dient (vgl. BFHE 138, 47 = BStBl. II 1983, 373; BFHE 139, 257 = BStBl. II 1984, 29; BFH/NV 1985, 69).

2. Die Feststellungen des FG reichen jedoch nicht aus, um beurteilen zu können, ob die Schuldzinsen als Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen zu behandeln sind.

Nach § 9 Abs.1 S. 1 EStG sind Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen Werbungskosten. Das gilt auch für Schuldzinsen, soweit sie mit einer Einkunftsart

in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen (§ 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 EStG).

a) Ein solcher wirtschaftlicher Zusammenhang von Darlehenszinsen mit den Einkünften aus Kapitalvermögen ist immer dann zu bejahen, wenn ein objektiver Zusammenhang der Aufwendungen mit der Überlassung von Kapital zur Nutzung besteht und subjektiv die Aufwendungen zur Förderung der Nutzungsüberlassung gemacht werden (vgl. BFHE 157, 541 = BStBl. II 1989, 934 m. w. N.).

Für diese Beurteilung ist auf den Zweck der Schuldaufnahme abzustellen. Besteht dieser Zweck darin, Einkünfte aus Kapitalvermögen zu erzielen und werden die aufgenommenen Mittel zweckentsprechend verwendet, dann sind die Kreditkosten Werbungskosten im Rahmen dieser Einkunftsart (vgl. BFHE 130, 147 = BStBl. II 1980, 348; BFHE 134, 113 = BStBl. II 1982, 37; BFHE 135, 193 = BStBl. II 1982, 321; BFHE 139, 253 = BStBl. II 1984, 27; BFHE 145, 335 = BStBl. II 1986, 596). Das bedeutet jedoch nicht, daß für die Anerkennung von Schuldzinsen als Werbungskosten allein auf den ursprünglichen mit der Schuldaufnahme verfolgten Zweck und damit ausschließlich auf die erstmalige Verwendung der Darlehensvaluta abzustellen wäre. Wird die mit den Darlehensmitteln zunächst angeschaffte Kapitalanlage – z. B. wie im Streitfall ein Hausgrundstück – veräußert und mittels des Veräußerungserlöses eine andere Kapitalanlage erworben, dann können die für das aufrechterhaltene Darlehen gezahlten Zinsen als Werbungskosten bei der neuen Kapitalanlage berücksichtigungsfähig sein (vgl. BFH/NV 1985, 69). Es muß aber Einvernehmen zwischen den Parteien des Darlehensvertrages darüber bestehen, daß das dem Darlehensnehmer überlassene Kapital dem neuen Zweck dienen soll.

b) Der Auffassung des erkennenden Senats steht nicht die Rspr. des I. Senats des BFH zur Umschuldung von privaten Verbindlichkeiten in betriebliche entgegen.

Zutreffend hat der IX. Senat des BFH angeführt, daß sich diese Rspr. nicht auf die Überschusseinkünfte übertragen läßt (BFHE 159, 68 = BStBl. II 1990, 213). Der VIII. Senat schließt sich der Rechtsauffassung des IX. Senats an.

c) Unter Berücksichtigung der unter a) formulierten Rechtsgrundsätze können die von der Kl. geleisteten Schuldzinsen entgegen der Annahme des FG nicht schon deshalb den Einkünften aus Kapitalvermögen zugeordnet werden, weil die Kl. den Verkaufserlös festverzinslich anlegte.

Mit der erstmaligen Verwendung der Darlehensvaluta wird die Darlehensverbindlichkeit einem bestimmten Zweck unterstellt. Dieser Zweck bleibt – sofern das Darlehen nicht vorher abgelöst wird – solange bestehen, bis der mit Hilfe des Darlehens angeschaffte Vermögensgegenstand veräußert wird. Durch die Veräußerung erledigt sich im Regelfall der Zweck der Darlehensaufnahme und das Darlehen ist zu tilgen.

Ein wirtschaftlicher Zusammenhang der den Schuldzinsen zugrunde liegenden Verbindlichkeit mit einer neuen Kapitalanlage ist nur hergestellt, wenn die zu ihrer Anschaffung verwendeten Mittel als zu diesem Zweck darlehensweise überlassen angesehen werden können. Das ist etwa der Fall, wenn der Darlehensnehmer nach Erledigung des Darlehenszwecks dem Darlehensgeber mitteilt, daß er das ursprüngliche Darlehen nicht – wie vereinbart – zurückführen, sondern zu anderen Zwecken verwenden wolle, und dieser ausdrücklich zustimmt oder zumindest nicht widerspricht, so daß von seinem stillschweigenden Einverständnis ausgegangen werden kann.

Den Tatsachenfeststellungen des FG ist nicht zu entnehmen, ob im vorgenannten Sinn eine die Begründung der Festgeldanlage umfassende neue Darlehensvereinbarung oder – was auch möglich wäre – eine die ursprüngliche Vereinbarung ändernde Vereinbarung zustande gekommen ist. Für das Vorliegen einer solchen Vereinbarung würde zwar sprechen, wenn die Kreditinstitute im Hinblick auf die Verwendung des Verkaufserlöses ihre bisher an dem Grundstück eingeräumten Sicherheiten aufgeben und dafür andere Sicherheiten angenommen hätten; das gilt insbesondere dann, wenn sich diese Sicherheiten unmittelbar oder mittelbar auf das festverzinslich angelegte Geld stützen würden. Die Feststellung im Urteil des FG, die Darlehen seien anderweitig abgesichert worden, reicht zu einer solchen Annahme jedoch nicht aus.

Mitteilungen

1. Steuerrecht/Erbschaft- und Schenkungsteuer – Anwendung des bundesdeutschen Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuerrechts im beigetretenen Teil Deutschlands (BMF, Schreiben vom 23.10.1990 – IV C 3 – S 3700 – 4/90)

Gem. Art. 8 i. V. m. Anlage I Kap. IV Sachgebiet B Abschn. II Nr. 14 des Einigungsvertrages vom 31. 8. 1990 tritt das Recht der Besitz- und Verkehrsteuern der Bundesrepublik Deutschland, somit auch das Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuerrecht, im beigetretenen Teil Deutschlands am 1. 1. 1991 in Kraft.

Auf Tatbestände, die dort vor dem 1. 1. 1991 verwirklicht wurden, ist weiterhin das Recht der Deutschen Demokratischen Republik nach Maßgabe des Art. 31 des Staatsvertrages vom 18. 5. 1990¹ anzuwenden.

(1.) Rechtsgrundlagen

(1.1) Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz (ErbStG) vom 17. 4. 1974, zuletzt geändert durch Anlage I Kap. IV Sachgebiet B Abschn. II Nr. 28 des Einigungsvertrages vom 31. 8. 1990 i. V. m. Art. 1 des Gesetzes vom 23. 9. 1990².

(1.2) Erbschaftsteuer-Durchführungsverordnung (ErbStDV) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 611-8-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch

Anlage I Kap. IV Sachgebiet B Abschn. II Nr. 29 des Einigungsvertrages vom 31. 8. 1990 i. V. m. Art. 1 des Gesetzes vom 23. 9. 1990³.

(2) Sondervorschriften aus Anlaß der Herstellung der Einheit Deutschlands (§ 37a ErbStG – Anlage 2 –)

(2.1) Um Zweifel auszuschließen, welches Recht für die Besteuerung eines Erwerbs anzuwenden ist, schreibt das Gesetz vor, daß dasjenige ErbStG anzuwenden ist, das zum Zeitpunkt der Entstehung der Steuerschuld für diesen Erwerb gilt. Entsteht die Steuer nach dem 31. 12. 1990, ist dies einheitlich das ErbStG. Andererseits ist das Erbschaftsteuerrecht der Deutschen Demokratischen Republik weiter anzuwenden, wenn es nach dem 31. 12. 1990 zu einer erstmaligen Steuerfestsetzung oder Änderung/Berichtigung einer Steuerfestsetzung für einen Erwerb kommt, für den die Steuer nach diesem Recht vor dem 1. 1. 1991 entstanden ist.

(2.2) Während der Geltungsdauer der nach den Wertverhältnissen am 1. 1. 1935 festgestellten Einheitswerte für Grundstücke und Betriebsgrundstücke im beigetretenen Teil Deutschlands sind diese Einheitswerte bei der Erbschaftsteuer und Schenkungsteuer in allen Steuerfällen, in denen die Steuer nach dem 31. 12. 1990 entsteht, nach Maßgabe des § 133 BewG wie folgt anzusetzen:

1 BGBl. II 1990, 518; GBl., I 1990, 331, Anlage 1.
2 BGBl. II 1990, 885, 985.

3 BGBl. II 1990, 885, 986.