

Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

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

Nr.1/2

MittRhNotK

Januar/Februar 1992

Die Verpfändung von Geschäftsanteilen und die Sicherung des Pfandrechts (Einziehung, Zusammenlegung, Auflösung)

(von Notarassessor Dr. Johannes Kolkman, Neuss)

- I. Vorbemerkung
- II. Das Pfandrecht an GmbH-Geschäftsanteilen
 1. Der Verpfändungsvorgang
 - a) Gesellschaftsvertragliche Beschränkungen der Verpfändung
 - b) Verpfändung als Verfügungsgeschäft, Inhalt des Pfandrechts
 - c) Verpfändung und Sicherungsvertrag (Pfandbestellungsvertrag)
 - d) Abtretung, Beendigung und Aufhebung des Pfandrechts
 2. Die Auswirkungen der Verpfändung auf den Geschäftsanteil
 - a) Die Befugnisse des Pfandgläubigers
 - b) Mitgliedsrechte des Verpfänders und ihre Auswirkungen auf das Pfandrecht
- III. Der Geschäftsanteil als Kreditsicherheit in der Praxis
 1. Ungeeignetheit von Geschäftsanteilen als selbständige Kreditsicherheit
 - a) Informations- und Bewertungsprobleme
 - b) Mangelnde Fungibilität von Geschäftsanteilen
 2. Verbleibende Anwendungsfälle der Verpfändung von Geschäftsanteilen
 - a) Unternehmens- und Geschäftsanteilsveräußerung
 - b) Verdeckte Beteiligung an einer GmbH
 3. Vor- und Nachteile anderer Sicherungsrechte an Geschäftsanteilen
 - a) Sicherungsabtretung eines Geschäftsanteils
 - b) Abtretung einzelner Gesellschafterrechte; Nießbrauch am Geschäftsanteil
 - c) Aufschiebend bedingte Abtretung des Geschäftsanteils
 - d) Vorteile des Pfandrechts am Geschäftsanteil
- IV. Einziehung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen, Auflösung der Gesellschaft – Folgen für das Pfandrecht
 1. Die Einziehung des verpfändeten Geschäftsanteils
 - a) Folgen für Geschäftsanteil, Stammkapital und Rechte Dritter am Geschäftsanteil
 - b) Unzulässigkeit der Schaffung von Einziehungstatbeständen nach Verpfändung des Geschäftsanteils?
 2. Die Auflösung der Gesellschaft
 - a) Fortbestand des Geschäftsanteils nach der Auflösung
 - b) Der Anspruch auf Zahlung der Liquidationsquote als eigenständiges Vermögenobjekt
3. Die Zusammenlegung mit einem anderen Geschäftsanteil
 - a) Zulässigkeit der Zusammenlegung von Geschäftsanteilen
 - b) Folgen für den Geschäftsanteil und Rechte Dritter am Geschäftsanteil
- V. Gesetzliche und vertragliche Schutzvorkehrungen zugunsten des Pfandgläubigers
 1. Rücksichtnahmepflichten und Mitwirkungsvorbehalte zugunsten des Pfandgläubigers
 - a) Relative Wirkung von Nebenpflichten aus dem Pfandbestellungsvertrag
 - b) Verdrängung des § 1276 Abs. 1, 2 BGB durch das gesellschaftsrechtliche Abspaltungsverbot
 2. Fortsetzung des Pfandrechts an Surrogatansprüchen des Verpfänders
 - a) Rechtsanalogie zu §§ 1075 Abs. 1, 1258 Abs. 3, 1287 S. 1 BGB und § 848 Abs. 2 ZPO
 - b) Anwendungsbereich des Surrogationsprinzips
- VI. Möglichkeiten der Ausgestaltung des Pfandrechts und des Pfandbestellungsvertrages, insbesondere beim Unternehmens- und Geschäftsanteilskauf
 1. Erweiterungsmöglichkeiten der Verpfändung
 - a) Nutzungspfandrecht, §§ 1273 Abs. 2, 1213 Abs. 1 BGB
 - b) Mitverpfändung künftiger Nutzungs- und Surrogatansprüche
 2. Gestaltungsmöglichkeiten im Pfandbestellungsvertrag
 - a) Schuldrechtliche Mitspracherechte des Pfandgläubigers
 - b) Stimmrechtsvollmacht und andere Mitwirkungsmöglichkeiten des Pfandgläubigers gegenüber der Gesellschaft
- VII. Gestaltungsfragen der Pfandverwertung
 1. Der Weg des § 1277 BGB – Pfändung des verpfändeten Geschäftsanteils
 - a) Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung zwecks erleichterter Titelschaffung
 - b) Unzulässigkeit der Verfallsabrede und des Verzichts auf die öffentliche Versteigerung vor Pfandreife
 - c) Wechsel des Sicherungsmittels: Pfandbestellung mit aufschiebend bedingter Sicherungszession des Geschäftsanteils?
 2. Das Nutzungspfandrecht – erleichterter Zugriff auf Nutzungen des Geschäftsanteils
- VIII. Fragen des Beurkundungsverfahrens und der Vertragsdurchführung

1. Umfang der Beurkundungspflicht nach § 15 Abs. 3, 4 GmbHG
 - a) Erweiterung der Beurkundungspflicht nach § 15 Abs. 3 GmbHG durch die Akzessorietät des Pfandrechts
 - b) Keine Beurkundungspflicht nach § 15 Abs. 4 GmbHG für den Pfandbestellungsvertrag
 - c) Keine Beurkundungspflicht bei der (Mit-)Verpfändung von Gesellschafterforderungen (Nutzungen und Surrogate)
2. Formelle Voraussetzungen wirksamer Verpfändung
 - a) Anmeldung bei der Gesellschaft analog § 16 Abs. 1 GmbHG?
 - b) Übergabe von Anteilsscheinen an den Pfandgläubiger?
3. Kostenfragen
4. Formulierungsvorschlag

I. Vorbemerkung

GmbH-Geschäftsanteile können mit einem rechtsgeschäftlich bestellten Pfandrecht i. S. v. § 1273 Abs. 1 BGB belastet werden. Die Verpfändung von Geschäftsanteilen ist zwar im GmbHG nicht ausdrücklich angesprochen, ihre Zulässigkeit ergibt sich aber als Minus aus der in § 15 Abs. 1 GmbHG geregelten Veräußerbarkeit von Geschäftsanteilen. Rechte, die übertragen werden können, können gem. § 1274 Abs. 1, 2 BGB nach den für ihre Übertragung geltenden Vorschriften auch verpfändet werden. Die Verpfändung eines Geschäftsanteils erfolgt daher durch eine gem. § 15 Abs. 3 GmbHG notariell zu beurkundenden, abstrakten Verfügungsvertrag (unten II.).

Anders als die Veräußerung zählt die Verpfändung eines Geschäftsanteils dennoch zu den in der notariellen Praxis heute eher selten vorkommenden Geschäften¹. Denn das so erworbene Pfandrecht bietet dem Gläubiger nur eine begrenzte Sicherheit für seine Forderung. Diese Erkenntnis macht für den Kautelarjuristen einerseits den Blick auf konkurrierende Sicherungsrechte an GmbH-Geschäftsanteilen und deren Vor- und Nachteile gegenüber der Verpfändung notwendig (unten III.). Speziell für die Fälle der Einziehung und Zusammenlegung des verpfändeten Geschäftsanteils sowie für den Fall der Auflösung der Gesellschaft stellt sich auch die Frage, welche konkreten Folgen diese Vorgänge für das Pfandrecht an einem Geschäftsanteil haben (unten IV.) und welchen Schutz die gesetzlichen Vorschriften und Nebenpflichten aus dem Pfandbestellungsvertrag dem Pfandgläubiger gewähren (unten V.). Im Anschluß hieran sind weitergehende Gestaltungsmöglichkeiten zu erörtern, die dem Pfandgläubiger für diese Fälle einen verbesserten Schutz bieten können. Ansatzpunkte hierfür sind einerseits der Umfang des Pfandrechts und der Inhalt des Pfandbestellungsvertrages (unten VI.), andererseits die Pfandverwertung (unten VII.). Abschließend sind noch der Umfang der Beurkundungspflicht gem. § 15 Abs. 3 GmbHG und einige formelle Fragen der Pfandrechtsbestellung zu klären (unten VIII.).

II. Das Pfandrecht an GmbH-Geschäftsanteilen

1. Der Verpfändungsvorgang

Das Pfandrecht an einem Geschäftsanteil wird nach den für seine Veräußerung maßgeblichen Rechtsvorschriften bestellt, § 1274 Abs. 1 BGB. Da § 15 Abs. 1 GmbHG die rechtsgeschäftliche Übertragung von Geschäftsanteilen zwar zuläßt, für den Übertragungsvorgang aber keine besonderen Regeln enthält, gelten hierfür die subsidiären Vorschriften der Forderungsabtretung, §§ 413, 398 ff. BGB.

a) Gesellschaftsvertragliche Beschränkungen der Verpfändbarkeit

Der Verweis des § 1274 Abs. 1 BGB auf die Vorschriften über die Abtretung von Geschäftsanteilen ergibt zugleich, daß Geschäftsanteile nur insoweit verpfändbar sind, als der Gesellschaftsvertrag dies zuläßt und daß bei der Verpfändung auch die besonderen Voraussetzungen beachtet werden müssen, die der Gesellschaftsvertrag für die Abtretung von Geschäftsanteilen statuiert, § 15 Abs. 5 GmbHG.

Ein vollständiger Ausschluß der Abtretbarkeit und/oder der Verpfändbarkeit von Geschäftsanteilen wird in § 15 Abs. 5 GmbHG zwar nicht ausdrücklich angesprochen. Daraus und aus § 15 Abs. 1 GmbHG – Grundsatz der Veräußerbarkeit von Geschäftsanteilen – könnte man den Umkehrschluß ziehen, die Abtretung oder Verpfändung eines Geschäftsanteils könne im Gesellschaftsvertrag zwar eingeschränkt, aber nicht völlig ausgeschlossen werden. Nach heute einhellig vertretener Ansicht² trifft dieser Umkehrschluß jedoch nicht zu. Neben dem Hinweis auf §§ 413, 399 BGB spricht hierfür das Argument, daß eine spätere Änderung des Gesellschaftsvertrages gerade auch in diesem Punkt ja nicht ausgeschlossen ist, so daß der Ausschluß der Abtretung oder Verpfändung mit derselben Mehrheit wieder rückgängig gemacht werden kann, die man nach § 15 Abs. 5 GmbHG ohnehin für eine Zustimmung der Gesellschafter zur Abtretung oder Verpfändung von Geschäftsanteilen gesellschaftsvertraglich festschreiben kann.

Üblicherweise und der personalistischen Struktur der GmbH entsprechend wird die Abtretung eines Geschäftsanteils im Gesellschaftsvertrag von der Zustimmung der Gesellschaft und/oder der Gesellschafter, d. h. entweder der Gesellschafterversammlung (ggf. mit qualifizierter Mehrheit) oder jedes einzelnen Gesellschafters abhängig gemacht³. Nicht selten werden aber auch formelle Erfordernisse zur Wirksamkeitsvoraussetzung erhoben, z. B. die Anmeldung der Abtretung bei der Gesellschaft⁴. Gem. § 1274 Abs. 2 BGB gelten diese materiellen oder formellen Grenzen der Abtretbarkeit eines Geschäftsanteils automatisch auch für seine Verpfändung. Dieser Gleichlauf von Abtretbarkeits- und Verpfändungsvoraussetzungen ist aber nicht zwingend, da § 15 Abs. 5 GmbHG auch in dieser Hinsicht eine Differenzierung erlaubt⁵.

b) Verpfändung als Verfügungsgeschäft, Inhalt des Pfandrechts

Da das Pfandrecht an einem Geschäftsanteil nach den für seine Übertragung maßgeblichen Rechtsvorschriften bestellt wird, handelt es sich bei der Verpfändung um ein abstraktes Verfügungsgeschäft, das – abgesehen von den besonderen, gesellschaftsvertraglich statuierten Voraussetzungen – durch rechtsgeschäftliche Einigung gem. §§ 413, 398 BGB zustandekommt. Nur für dieses Verfügungsgeschäft bedarf es auch der Form des § 15 Abs. 3 GmbHG; der ihm als causa zugrundeliegende Pfandbestellungsvertrag kann formlos abgeschlossen werden⁶. Ein gutgläubiger Ersterwerb eines Pfandrechts vom

1 Anders scheint dies noch bis in die dreißiger Jahre dieses Jahrhunderts gewesen zu sein, wie die im Vergleich zur spärlichen BGH-Judikatur zahlreichen Entscheidungen des Reichsgerichts und die Menge älterer, heute nicht mehr verwendbarer und daher im folgenden auch nicht mehr zitierter monographischer Lit. zu dieser Thematik vermuten lassen. Nachweise hierzu finden sich vor allem bei MünchKomm/Damrau, 2. Aufl. 1986, § 1274 BGB, in den Fn. zu den Erläuterungen Rd.-Nrn. 27 ff.

2 RGZ 80, 175, 179; Scholz/Winter, 7. Aufl. 1986, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 102; Hachenburg/Zutt, 8. Aufl. 1990, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 4; Lutter/Hommelhoff, 13. Aufl. 1991, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 26. Zur früher vertretenen Ansicht vgl.

MünchKomm/Damrau, a. a. O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 27.

3 Zu den unterschiedlichen Konsequenzen für das Zustimmungsverfahren vgl. Hachenburg/Zutt, a. a. O., § 15 GmbHG, Rd.-Nrn. 111–114.

4 Die ansonsten keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Abtretung ist, s. u. Abschnitt VIII. 2. a).

5 Rowedder, 2. Aufl. 1990, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 44; GmbH-Handb./Eder, Bd. I, Rd.-Nr. 371.2. A. A. i. S. eines Vorranges des § 1274 Abs. 1 BGB aber Hachenburg/Zutt, a. a. O., Anh. § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 41; Müller, Die Verpfändung von GmbH-Anteilen, GmbHR 1969, 4, 6.

6 Zur nur vereinzelt vertretenen Gegenansicht s. u. Abschn. VIII. 1. b).

Nicht-Gesellschafter ist gem. § 1274 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, da auch ein gutgläubiger Erwerb an Geschäftsanteilen nicht möglich ist⁷.

Verpfändet werden können auch Teile eines Geschäftsanteils⁸. Ein Bedürfnis hierfür kann sich dann ergeben, wenn ein Geschäftsanteil mehreren Gläubigern als Sicherheit dienen, keiner von ihnen aber den Vorrang oder Nachrang erhalten soll, so daß ihnen auch bei der Pfandverwertung der Veräußerungserlös zu gleichen Anteilen gebührt. Da es bei der Pfandverwertung zur Teilung des verpfändeten Geschäftsanteils kommt, ist allerdings schon bei der Pfandrechtsbestellung neben den übrigen Wirksamkeitsvoraussetzungen auch die Zustimmung der Gesellschaft nach § 17 Abs. 1 GmbHG erforderlich⁹.

Für den Inhalt des Pfandrechts am GmbH-Geschäftsanteil sind die Vorschriften der §§ 1273 ff. BGB zwingend, soweit das Gesetz abweichende Vereinbarungen nicht ausdrücklich zuläßt. Pfandrechte an Geschäftsanteilen können also insbesondere auch nur mit dem Inhalt bestellt werden, der sich aus dem Verweis des § 1273 Abs. 2 BGB auf die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen ergibt. Daraus ergibt sich vor allem die akzessorische Verknüpfung des Pfandrechts mit der zu sichernden Forderung (§ 1204 Abs. 1 BGB). Zwingend sind jedoch auch die Vorschriften für die Pfandverwertung, z. B. das Verbot der Verfallsabrede vor Pfandreife (§ 1229 BGB)¹⁰.

c) Verpfändung und Sicherungsvertrag (Pfandbestellungsvertrag)

Von dem abstrakten Rechtsgeschäft der Verpfändung ist der ihm als causa zugrundeliegende Sicherungsvertrag – vielfach auch als Pfandbestellungsvertrag bezeichnet – zu unterscheiden. Daß und welche bestimmte Forderung durch ein Pfandrecht gesichert werden soll, ergibt sich infolge der Akzessorität des Pfandrechts zwar schon aus der dinglichen Einigung über seine Bestellung und bedarf anders als bei nicht akzessorischen Sicherheiten keiner besonderen Vereinbarung im Sicherungsvertrag. Oft wird daher ein Sicherungsvertrag bei akzessorischen Sicherungsrechten ausdrücklich gar nicht abgeschlossen; die Einigung darüber, für welche Forderung ein Pfandrecht als Sicherheit bestellt werden soll, geht aus dem Zusammenhang von Forderungsbegründung und gleichzeitiger Pfandrechtsbestellung hervor. Dennoch sollte man den Sicherungsvertrag auch bei einer Kreditsicherung durch Pfandrechte nicht aus den Augen verlieren, bietet er doch die Möglichkeit, die unabdingbaren Normen des Sachenrechts um weitere Rechte und Pflichten des Verpfänders und des Pfandgläubigers – wenn auch ohne dingliche Wirkung – zu ergänzen.

d) Abtretung, Beendigung und Aufhebung des Pfandrechts

Als akzessorisches Sicherungsrecht kann das Pfandrecht an einem Geschäftsanteil nur zusammen mit der gesicherten Forderung übertragen werden, von deren Bestand es abhängig ist. Gem. § 401 BGB geht es zusammen mit der gesicherten Forderung auf den Zessionar über. Die Abtretung des Pfandrechts bedarf daher nur dann einer besonderen Form, wenn auch die gesicherte Forderung nur unter Einhaltung dieser Form abgetreten werden kann.

Das Pfandrecht erlischt ohne weiteres, wenn die gesicherte Forderung erlischt; einer Aufhebung oder Rückübertragung

auf den Verpfänder bedarf es in diesem Falle nicht. Auch ohne Wegfall der gesicherten Forderung kann das Pfandrecht jedoch wieder aufgehoben werden, wenn Verpfänder und Pfandgläubiger über diese Rechtsfolge einig sind (*actus contrarius*). Da die Formvorschrift des § 15 Abs. 3 GmbHG in erster Linie die Abtretung von Geschäftsanteilen erschweren soll und nicht dem Schutz des Inhabers oder des Pfandgläubigers an einem Geschäftsanteil dient, ist ein solcher Aufhebungsvertrag auch formlos möglich, z. B. anlässlich eines lastenfreien Verkaufs des Geschäftsanteils¹¹.

2. Die Auswirkungen der Verpfändung auf den Geschäftsanteil

Als Sicherungsrecht hat das Pfandrecht die Funktion, seinem Inhaber den Zugriff auf den wirtschaftlichen Wert des verpfändeten Gegenstands für den Fall zu ermöglichen, daß die gesicherte Forderung, die keine Geldforderung sein muß, wohl aber eine Forderung vermögensrechtlicher Art¹², trotz Fälligkeit und Einredefreiheit nicht erfüllt wird. Wertmindernde Einflüsse des Verpfänders oder Dritter auf das Pfandobjekt müssen also während der Dauer des Pfandrechts ausgeschlossen sein, und das Pfandobjekt muß durch Veräußerung leicht in seinen Geldwert umsetzbar sein. Die Erfüllung dieser Bedingungen ist jedoch beim Pfandrecht an einem GmbH-Geschäftsanteil dadurch in Frage gestellt, daß er weder ein absolutes Recht wie das Eigentum an Fahrnis noch eine einfache schuldrechtliche Leistungsbeziehung wie eine Forderung darstellt. Er läßt sich besser als Bündel von mitgliedschaftlichen Rechten und Pflichten charakterisieren¹³, dessen wirtschaftlicher Wert vielfachen Einflüssen seitens der GmbH und ihrer Gesellschafter unterliegt.

a) Die Befugnisse des Pfandgläubigers

Die reine Kapitalbeteiligung eines Gesellschafters am Vermögen der GmbH, seine Stammeinlage, ist zwar als solche nicht veräußerlich und auch nicht verpfändbar, sondern – wie sich aus § 14 GmbHG ergibt – im Geschäftsanteil untrennbar mit seinen mitgliedschaftlichen Rechten und Pflichten verbunden¹⁴. Als von seinem Zweck her auf die Sicherstellung des wirtschaftlichen Wertes des Geschäftsanteils beschränktes dingliches Recht erstreckt sich das Pfandrecht auf diese Mitgliedsrechte und -pflichten nicht. Sie verbleiben vielmehr bei dem Verpfänder bzw. können von der Gesellschaft geltend gemacht werden. Der Pfandgläubiger wird also weder Mitglied der Gesellschaft, noch stehen ihm nach den gesetzlichen Regelungen irgendwelche Mitwirkungsrechte (insbesondere Stimmrechte¹⁵) innerhalb der Gesellschaft zu. Da durch die Verpfändung keine rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen Gesellschaft und Pfandgläubiger zustandekommt, kann er nicht einmal verlangen, von der Geschäftsführung über die für sein Pfandrecht bedeutsamen Umstände informiert zu werden¹⁶.

b) Mitgliedsrechte des Verpfänders und ihre Auswirkungen auf das Pfandrecht

Die gespaltene Zuweisung von Vermögenswert und Mitgliedsrechten am Geschäftsanteil ist besonders mißlich, weil der Vermögenswert sich durch die Ausübung der Mitgliedsrechte wesentlich ändern kann. Der Verpfänder gibt zwar die wirtschaftliche Substanz seiner Beteiligung an der GmbH aus der Hand. Er selbst und seine Mitgesellschafter können jedoch durch die

7 MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 27 h.
8 Hachenburg/Zutt, a.a.O., § 17 GmbHG, Rd.-Nr. 40; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 157. Die bei MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 27 a zitierte Gegenansicht wird heute nicht mehr vertreten.
9 MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 27 a; Hachenburg/Zutt, a.a.O., Anh. § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 39 und § 17 GmbHG, Rd.-Nr. 40; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 157; Müller, GmbHR 1969, 4, 60.
10 S. u. Abschn. VII. 1. b).
11 Hachenburg/Zutt, a.a.O., Anh. § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 40; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 167; Rowedder, a.a.O. GmbHG, § 15, Rd.-Nr. 48 (jeweils ohne Begründung).
12 Palandt/Bassenge, § 1204 BGB, Anm. 6; vgl. auch das Beispiel bei Vossius, Sicherungsgeschäfte bei der Übertragung von Geschäftsanteilen, BB

Beilage 5/1988, 11: Pfandrecht zur Sicherung des Erwerbsanspruchs hinsichtlich des verpfändeten Geschäftsanteils.

13 Vgl. RGZ 82, 167, 169 f.; 97, 197, 200; Scholz/Winter, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 2; Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 1; Buchholz, Rechtsnachfolge in GmbH-Geschäftsanteile, MittRHNotK 1991, 1 f.
14 Vgl. zur Terminologie Hachenburg/Raiser, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nr. 1.
15 RGZ 139, 224, 228; 157, 52, 55; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nrn. 158 f.; Hachenburg/Zutt, a.a.O., Anh. § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 44; MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 27 i; Staudinger/Riedel/Wiegand, 12. Aufl. 1981, § 1274 BGB, Rd.-Nr. 55.
16 A.A. (jedoch ohne Begründung) Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, 432.

Ausübung ihrer Mitgliedsrechte über das Schicksal der Gesellschaft, des Geschäftsanteils und damit auch über den Wert des Pfandrechts bestimmen und es bis zur Grenze des § 138 Abs. 1 BGB zum Nachteil des Pfandgläubigers entwerten.

Da sich das Pfandrecht am Geschäftsanteil nicht automatisch auf seine Nutzungen erstreckt¹⁷, kann schon eine geschickte Verteilung der Gewinnausschüttungen dazu führen, daß der Verpfänder wesentliche Vermögenssubstanz der Gesellschaft am Pfandrecht vorbei in die eigene Tasche lenken kann. Noch weitergehende Auswirkungen können mit der Ausübung der Verwaltungs- und Teilhaberechte des Gesellschafters verbunden sein. Diese Mitgliedsrechte können insbesondere dazu führen,

- daß der verpfändete Geschäftsanteil unter bestimmten Voraussetzungen aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses mit oder ohne Zustimmung des Gesellschafters untergeht – Fall der *Einziehung*;
- daß der verpfändete Geschäftsanteil mit einem anderen Geschäftsanteil verschmolzen wird und dadurch seine Identität verliert – *Zusammenlegung* von Geschäftsanteilen;
- daß die Gesellschaft ihren werbenden Geschäftsbetrieb einstellt und ihr Vermögen sich auf den Zerschlagungswert reduziert – Fall der *Auflösung* der Gesellschaft

III.

Der Geschäftsanteil als Kreditsicherheit in der Praxis

1. Ungeeignetheit von Geschäftsanteilen als selbständige Kreditsicherheit

Kreditinstitute stehen GmbH-Geschäftsanteilen als Kreditsicherheit und insbesondere einer Verpfändung von Geschäftsanteilen schon aus den vorgenannten Gründen mit großer Skepsis gegenüber¹⁸. Für Sparkassen sind sie als Sicherheiten für Personalkredite nicht zugelassen¹⁹. Wenn überhaupt, werden Pfandrechte an Geschäftsanteilen nur als zusätzliche Sicherheiten zur Absicherung eines anderweitig bereits ausreichend besicherten Kreditengagements hereingenommen²⁰. Hierfür sind noch weitere, nicht nur für das Pfandrecht typische Nachteile von Sicherungsrechten an GmbH-Geschäftsanteilen verantwortlich:

a) Informations- und Bewertungsprobleme

Die Bewertung von Geschäftsanteilen, die über ihren Wert als Sicherheit entscheidet, ist außerordentlich diffizil²¹, dies schon deshalb, da sie Informationen über die internen Geschäftsvorgänge der GmbH erfordert, die dem Außenstehenden nicht zugänglich sind und auch von der Geschäftsführung nicht ohne weiteres zugänglich gemacht werden dürfen. Die Bewertungsmethode der Finanzbehörden (Stuttgarter Verfahren)²² ist zwar ein gewisser Anhaltspunkt, kann aber nur vom gegenwärtigen Geschäftserfolg und Vermögen der Gesellschaft ausgehen. Die für den Sicherungsnehmer entscheidenden künftigen Ge-

schafts- und Vermögensverhältnisse der Gesellschaft können für die steuerliche Bewertung nicht ausschlaggebend sein.

b) Mangelnde Fungibilität von Geschäftsanteilen

Ein weiterer Nachteil von Sicherungsrechten an GmbH-Geschäftsanteilen ergibt sich zwangsläufig aus den vorbeschriebenen Bewertungsproblemen. Solche Anteile sind infolge der personalistischen Ausgestaltung der meisten GmbH's im Regelfall nicht fungibel, d. h. es existiert kein Markt, auf dem man sie problemlos in ihren Geldwert umsetzen kann. Im Sicherungsfall ist der Sicherungsnehmer daher zunächst gezwungen, den Geschäftsanteil selbst zu übernehmen. Er muß ihn also in seiner Bilanz als Aktivposten ausweisen und unterliegt außerdem allen Pflichten eines Gesellschafters. Für Kreditinstitute sind diese Rechtsfolgen u. a. wegen der damit verbundenen Konsequenzen nach § 12 S. 1 KWG (Beteiligungsgrenze), der Anzeigepflicht nach § 24 Abs. 1 S. 3 KWG und ggf. auch nach § 23 GWB in der Regel nicht akzeptabel²³. Ob sich hier unter Berücksichtigung der stetig anwachsenden Summe der in GmbH-Anteilen gebundenen Vermögenswerte²⁴ oder im Zuge des Ausbaus des Geschäftsbereichs Unternehmensfinanzierung bei den Großbanken²⁵ eine Gegenteilstendenz durchsetzen kann, bleibt abzuwarten.

2. Verbleibende Anwendungsfälle der Verpfändung von Geschäftsanteilen

Als selbständige Kreditsicherheit werden GmbH-Geschäftsanteile in der Praxis regelmäßig nur bei einer Kreditgewährung durch Nicht-Kreditinstitute verwendet, und dies auch nur dann, wenn keine besser geeigneten Sicherheiten mehr verfügbar sind. Häufiger kommt dagegen ihre Nutzung als Sicherungsobjekt im Zusammenhang mit der Veräußerung oder dem Erwerb des betroffenen Geschäftsanteils vor. Die Verpfändung oder Sicherungsabtretung ist dann nur ein Bestandteil eines größeren Regelungszusammenhangs. Nur unter diesem Aspekt läßt sich auch die Empfehlung der Geschäftsanteilsverpfändung als übliche Art der Sicherheit verstehen²⁶.

a) Unternehmens- und Geschäftsanteilsveräußerung

In erster Linie kommt die Bestellung eines Sicherungsrechts an Geschäftsanteilen bei ihrer Veräußerung in Betracht²⁷, also als unselbständige Sicherheit für die Kaufpreisforderung beim Unternehmenskauf in der Form eines share-deal oder bei der Beteiligung an einem als GmbH geführten Unternehmen. Für den Sicherungsnehmer spielt hier weder das Bewertungs- noch das Veräußerungsrisiko eine Rolle. Als bisheriger Inhaber des Unternehmens oder des Geschäftsanteils ist er mit den Verhältnissen der Gesellschaft vertraut und im Zweifel auch dazu bereit, den veräußerten Geschäftsanteil selbst wieder zu übernehmen, wenn sich das Veräußerungsgeschäft mangels Kaufpreiszahlung zerschlägt.

b) Verdeckte Beteiligung an einer GmbH

Als weiterer Anwendungsfall ist an eine verdeckt finanzierte GmbH-Gründung zu denken, bei der einem Gesellschafter das

17 MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 27 b; Hachenburg/Zutt, a.a.O., Anh. § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 43; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 160. A.A. nur (ohne weitere Begründung) Wiedemann, a.a.O., 426.
18 Herget, Bankrecht und Bankpraxis, Köln 1979, Rd.-Nr. 4/580; Hadding/Schneider/Rümker/Franke, Gesellschaftsanteile als Kreditsicherheit, 1979, 13, 15 ff.
19 Vgl. § 13 SparkassenVO NW i.d.F. vom 8. 11. 1988 (GV NW 1988, 461).
20 Ebenso (allerdings für Kommanditanteile) Rümker, Kreditsicherung durch Sicherungsabtretung oder Verpfändung von Kommanditanteilen, WM 1973, 626, 634.
21 Vgl. hierzu Hachenburg/Raiser, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nrn. 6 ff.; Hadding/Schneider/Rümker/Franke, a.a.O., 13, 26 f.; Hadding/Schneider/Mühl, a.a.O., 129, 133.
22 Nrn. 76 ff. der Vermögenssteuer-Richtlinien (VStR) 1989.
23 Hadding/Schneider/Rümker/Franke, a.a.O., 13, 20 ff., 33 ff. Dennoch erläutern manche Formularbücher die Verpfändung von Geschäftsanteilen am Beispiel einer selbständigen Kreditsicherheit zugunsten von Banken, so Formularbuch/Schmidt-Hern, 4. Aufl. 1986, Form. IX.22; MünchVertrags-

handb./Heidenhain/Meister, Bd. II (Gesellschaftsrecht), 2. Aufl. 1985, Form. IV.69.
24 Vgl. die Angaben bei Hachenburg/Ulmer, a.a.O., Einl. GmbHG, Rd.-Nr. 70 f.
25 Auch bei den in den USA entwickelten, im Zuge der Privatisierung der von der Treuhandanstalt gehaltenen, gem. § 11 Abs. 1, 2 Treuhandgesetz in die Rechtsform der GmbH übergeleiteten Unternehmen in den neuen Bundesländern aber auch hierzulande vermehrt anzutreffenden Formen des Unternehmenskaufs (Management-Buy-Out, Leveraged-Buy-Out) geben jedoch die Kreditgeber Sicherheiten am Anlage- und Umlaufvermögen des Unternehmens Vorrang vor Sicherheiten an Unternehmensanteilen (Leveraged-Buy-Out: Fremdfinanzierter Unternehmenskauf mit gleichzeitiger Belastung des Unternehmensvermögens als Sicherheit. Der Leverage-Effekt kommt zustande, wenn die Gesamtkapitalrendite höher ist als die Fremdkapitalzinsen). S. hierzu Hölters (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs, 2. Aufl. 1989, 186 ff.
26 So MünchVertragshandb./Heidenhain/Meister, a.a.O., 481 f.
27 Vossius, a.a.O., 10 f.

Kapital für seine Beteiligung von einem Dritten vorgeschossen wird, für den der Gesellschafter seine Beteiligung treuhänderisch hält. Die Ausgestaltung des Treuhandverhältnisses kann unter verschiedenen Aspekten erfolgen. Soll die Beteiligung des Treugebers nur für Dritte nicht erkennbar sein, kann er sich weitreichende Einflußnahmerechte gegenüber der Gesellschaft vorbehalten (Stimmrechtsvollmacht). Muß die Beteiligung auch der Gesellschaft und ihrer Geschäftsführung gegenüber verdeckt bleiben, können nur Bindungen im Innenverhältnis zwischen Treugeber und Treuhänder vereinbart werden. Vor weisungswidriger Ausübung der Mitgliedsrechte durch den Treuhänder kann sich der Treugeber im Treuhandvertrag durch ein Angebot auf Übertragung des Geschäftsanteils schützen, das er jederzeit durch einseitige Erklärung annehmen kann²⁸. Der weiterhin notwendige Schutz gegen treuwidrige Verfügungen des Gesellschafters über den Geschäftsanteil läßt sich, wenn auch nur in beschränktem Maße, durch ein Pfandrecht sicherstellen, das der Treuhänder auch potentiellen Erwerbem entgegenhalten kann, da ein gutgläubig lastenfreier Erwerb des Geschäftsanteils nicht möglich ist²⁹. Dieses Pfandrecht kann im Treuhandvertrag bestellt werden, und zwar schon in der Gründungsphase der Gesellschaft als Pfandrecht am künftigen Geschäftsanteil (§§ 1273 Abs. 2, 1204 Abs. 2 BGB)³⁰.

3. Vor- und Nachteile anderer Sicherungsrechte an Geschäftsanteilen

Um die praktische Bedeutung des Pfandrechts an Geschäftsanteilen auch in den vorgenannten Fallgestaltungen richtig einzuschätzen, empfiehlt sich ein Blick auf ähnliche Kreditsicherheiten an Geschäftsanteilen.

a) Sicherungsabtretung eines Geschäftsanteils

Mit der Abtretung des Geschäftsanteils wird der Sicherungsnehmer Gesellschafter der GmbH mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten. Wird die Abtretung auch gem. § 16 Abs. 1 GmbHG bei der Geschäftsführung der Gesellschaft angemeldet, braucht der Sicherungsnehmer also keine Eingriffe des Sicherungsgebers in seine Sicherheit mehr zu fürchten, da ihm allein die Mitgliedsrechte des Gesellschafters zustehen. Diese gegenüber einem Pfandrecht verbesserte Position bringt aber auch Nachteile mit sich. Zum einen hat der Zessionar alle Pflichten zu erfüllen, die mit seiner Gesellschafterstellung verbunden sind. Er haftet nicht nur für die zur Zeit der Anmeldung bei der Gesellschaft rückständigen Einlageforderungen und sonstigen Leistungen, die sein Rechtsvorgänger zu erbringen hatte, sondern unterliegt auch der allgemeinen Mitwirkungs- und Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft, z. B. dem Verbot, der Gesellschaft in ihrem Geschäftszweig Konkurrenz zu machen. Steuerliche Nachteile hat die Sicherungszession gegenüber der Verpfändung von Geschäftsanteilen dagegen nach dem Wegfall der Börsenumsatzsteuer nur noch im Hinblick auf § 1 Abs. 3 Nr. 4 GrEStG³¹.

Der zweite wesentliche Nachteil der Sicherungszession besteht darin, daß sie sich gegenüber den Mitgesellschaftern nicht geheimhalten läßt – jedenfalls dann nicht, wenn ihr besonderer Vorzug, der Übergang der Mitgliedsrechte des Gesellschafters auf den Zessionar, durch die Anmeldung der Abtretung bei der Gesellschaft ausgeschöpft werden soll. Unter-

bleibt dies, muß der Zessionar gem. § 16 Abs. 2 GmbHG alle Rechtshandlungen, die der Sicherungsgeber in Ausübung der Mitgliedsrechte bei der Gesellschaft vornimmt, gegen sich gelten lassen. Immerhin hat er – anders als der Pfandgläubiger – bei der zunächst nicht angemeldeten Sicherungszession jederzeit die Möglichkeit, die Anmeldung vorzunehmen und danach die Mitgliedsrechte des Gesellschafters im eigenen Namen wahrzunehmen.

b) Abtretung einzelner Gesellschafterrechte; Nießbrauch am Geschäftsanteil

Neben der Abtretung der im Geschäftsanteil verkörperten Gesellschafterstellung kommt auch die Sicherungszession einzelner Ansprüche in Betracht, die dem Gesellschafter aus seiner Beteiligung erwachsen. Hier kann es allerdings nicht um Verwaltungs- und Teilhaberechte des Gesellschafters gehen, z. B. das Recht auf Mitwirkung und Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung. Diese Rechte sind untrennbar mit der Stellung des Gesellschafters verbunden und können von ihm nicht gesondert übertragen werden, auch nicht im Wege der Ermächtigung zur Ausübung im eigenen Namen (Abspaltungsverbot)³². Abtretbar sind aber die vermögensrechtlichen Mitgliedsrechte des Gesellschafters, wenn sie sich bereits zu Forderungen gegen die Gesellschaft selbstständig haben oder dies – als künftige Rechte – in Zukunft tun werden. In der Praxis fällt hierunter vor allem die Forderung auf Ausschüttung von Gewinnanteilen; als übertragbare Sonderrechte ausgestaltete Genußrechte von Gesellschaftern sind kaum verbreitet. Die Entstehung der Dividendenforderung hängt allerdings von einem entsprechenden Gesellschafterbeschuß ab, auf dessen Zustandekommen der Zessionar keinen Einfluß hat. Aus diesem Grunde kommt der Zession vermögenswerter Gesellschafterrechte auch im Rahmen der obengenannten Fallgestaltungen keine eigenständige Bedeutung zu, sie findet nur als ergänzende Bestimmung bei der Abtretung oder Verpfändung von Geschäftsanteilen Anwendung.

Der Nießbrauch gewährt dem Berechtigten lediglich Anspruch auf die Nutzungen und nicht auf die Vermögenssubstanz eines Geschäftsanteils. Die Nutzungen gehen zwar unmittelbar bei ihrem Entstehen in sein Vermögen über, so daß er z. B. die Gewinnanteile, die auf den belasteten Geschäftsanteil entfallen, im eigenen Namen einfordern und behalten kann³³. Als Sicherungsrecht einsetzen läßt sich der Nießbrauch nur, wenn bei einer Veräußerung des Geschäftsanteils vereinbart wird, daß das Entgelt ratenweise gezahlt und die gezogenen Nutzungen auf die einzelnen Raten angerechnet werden. Mit dem Pfandrecht am Geschäftsanteil gemeinsam hat der Nießbrauch jedoch die Aufteilung der Vermögensrechte aus dem Geschäftsanteil, die auf den dinglich Berechtigten übergehen, und der Mitgliedsrechte, die dem Gesellschafter verbleiben³⁴.

c) Aufschiebend bedingte Abtretung des Geschäftsanteils

Wird bei der Veräußerung eines Geschäftsanteils der Kaufpreis gestundet, erfolgt die dingliche Abtretung oft unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung. Das hat für den Erwerber den Nachteil, daß er nicht sofort Gesellschafter wird. Die mit der Gesellschafterstellung verbundenen Mitgliedsrechte darf also nach wie vor nur der Veräußerer ausüben. Dies kann bis zum Eintritt der Bedingung nur der Veräußerer, der dazu jedoch nach Beurkundung des Veräuße-

28 Vorausgesetzt, die gesellschaftsvertraglich statuierten Zustimmungserklärungen liegen vor oder sind kurzfristig zu beschaffen. Das Angebot führt zur Beurkundungspflicht gem. § 15 Abs. 3 GmbHG. Ob die Treuhandabrede auch ohne ausdrückliches Übertragungsangebot infolge der inzidenten Übertragungspflicht des Treuhänders nach Beendigung des Treuhandverhältnisses der Form des § 15 Abs. 4 GmbHG bedarf, hat BGHZ 35, 272, 277 = DNotZ 1962, 407 f. offengelassen; in der Lit. ist die Frage umstritten, vgl. Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 62 (bejahend), Hachenburg/Zutt, a.a.O., Anh. § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 52 (verneinend).

29 Zu anderen (ebenso unvollkommenen) Sicherungsmöglichkeiten des Treugebers gegen treuwidrige Verfügungen des Treuhänders vgl. Blaurock, Unterbeteiligung und Treuhand an Geschäftsanteilen, 1981, 127 ff.

30 Die Verpfändung künftiger Geschäftsanteile ist nach heute einhelliger Auffassung möglich; MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 27.

31 Ertragsteuerliche Konsequenzen hat die Kreditsicherung durch Geschäftsanteile nicht, da solche Sicherheiten vor dem Eintritt des Verwertungsfalles gem. § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO in der Bilanz des Sicherungsnehmers nicht auszuweisen sind; Falterbaum/Beckmann, Buchführung und Bilanz, 12. Aufl. 1987, 344 f.

32 BGHZ 43, 261, 267 = DNotZ 1966, 296 ff.; Hachenburg/Raiser, a.a.O., § 14 GmbHG, Rd.-Nrn. 32 ff.; Scholz/Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nrn. 20 f.; MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 27 l.

33 Hachenburg/Zutt, a.a.O., Anh. § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 61; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 190.

34 Vereinzelt ordnet die Lit. Mitgliedsrechte, insbesondere das Stimmrecht, allerdings auch dem Nießbraucher zu, so Sudhoff, Nochmals: Der Nießbrauch am Geschäftsanteil, NJW 1974, 2205, 2207 f.; MünchKomm/Petzold, a.a.O., § 1068 BGB, Rd.-Nr. 36.

rungsvertrages in der Regel nicht mehr befugt sein soll. Lösbar ist dieses Problem dadurch, daß der Veräußerer den Erwerber bevollmächtigt, die Mitgliedsrechte in der Gesellschaft ab sofort, zumindest aber vom Zeitpunkt des wirtschaftlichen Übergangs an (falls dieser vor der vollständigen Kaufpreiszahlung liegt) auszuüben. Da der Erwerber diese Vollmacht in der Gesellschafterversammlung nachzuweisen hat, ist er bis dahin allerdings nur Gesellschafter zweiter Klasse, dem der „Makel“ anhaftet, daß er nicht in der Lage war, den Kaufpreis für seine Beteiligung sofort zu zahlen. Umgehen läßt sich diese Schwierigkeit auch durch die Anmeldung des neuen Gesellschafters nach § 16 Abs.1 GmbHG nicht. Denn der dabei zu führende Nachweis des Übergangs kann ja nur durch Vorlage des Geschäftsanteilsübertragungsvertrages erfolgen, aus dem sich die aufschiebende Bedingung und damit die Tatsache ergibt, daß der Erwerber eben noch nicht Gesellschafter ist. Wirksam wird die Anmeldung und damit der Eintritt in die Gesellschafterstellung auch gegenüber der Gesellschaft deshalb erst dann, wenn der Eintritt der Bedingung nachträglich nachgewiesen wird³⁵.

Nur wenn der Zeitraum zwischen Beurkundung der Geschäftsanteilsveräußerung und -abtretung und der Zahlung des Kaufpreises recht kurz ist, erscheint daher die Vornahme der Abtretung unter der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung als geeignete Sicherheit. Zweckmäßigerweise wird sie mit der Anweisung an den Notar verbunden, den für die Gesellschaft, den Erwerber und den Veräußerer bestimmten Ausfertigungen der Abtretungsurkunde einen Zahlungsnachweis beizufügen. Auf diese Weise können der Veräußerer oder Erwerber des Anteils schon bei der Anmeldung gem. § 16 GmbHG den Nachweis des Eintritts der Bedingung führen. Der Gesellschaft wird dadurch bei künftigen Gesellschafterbeschlüssen unter Beteiligung des Erwerbers der Nachweis von dessen Gesellschafterstellung gegenüber dem Registergericht erleichtert.

d) Vorteile des Pfandrechts am Geschäftsanteil

Zusammengefaßt bietet die Verpfändung eines Geschäftsanteils nicht nur die oben beschriebenen Nachteile, sondern insbesondere bei der Veräußerung von Geschäftsanteilen auch Vorteile gegenüber anderen Sicherungsmöglichkeiten³⁶, die es bei der Rechtsgestaltung zu wahren gilt:

- (1) Anders als der Nießbrauch und die Abtretung des Gewinnauszahlungsanspruchs ermöglicht das Pfandrecht am Geschäftsanteil einen Zugriff auf die Substanz der Gesellschaftsbeteiligung, nicht nur auf die Nutzungen;
- (2) Anders als bei der Sicherungszession wird der Pfandgläubiger nicht Gesellschafter und unterliegt nicht den damit verbundenen Pflichten;
- (3) Bei der Veräußerung von Geschäftsanteilen wird der Erwerber anders als bei der aufschiebend bedingten Geschäftsanteilsabtretung sofort vollberechtigter Gesellschafter;
- (4) Da der Pfandgläubiger nicht Gesellschafter wird, läßt sich die Verpfändung gegenüber der Gesellschaft geheimhalten³⁷.

IV.

Einziehung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen, Auflösung der Gesellschaft – Folgen für das Pfandrecht

1. Die Einziehung des verpfändeten Geschäftsanteils

Die Einziehung eines Geschäftsanteils führt zu seinem Untergang. Dem Gesellschafter verbleibt nur noch der Anspruch auf die Zahlung einer Abfindung, soweit sie nach dem Geschäftsvertragsanspruch beansprucht werden kann. Inwieweit der Abfindungsanspruch beschränkt oder ausgeschlossen werden kann, ohne die Rechte eines Minderheitsgesellschafters oder der Gläubiger eines Gesellschafters unzulässig zu verkürzen, ist noch nicht abschließend geklärt³⁸. Hat der betroffene Gesellschafter durch in seiner Person begründete Umstände die Einziehung seines Geschäftsanteils veranlaßt, kann die Abfindung aber jedenfalls wesentlich geringer ausfallen als der wirkliche Wert dieses Geschäftsanteils.

a) Folgen für Geschäftsanteil, Stammkapital und Rechte Dritter am Geschäftsanteil

Die Einziehung wird wirksam, wenn sie von den Gesellschaftern beschlossen und dem betroffenen Gesellschafter – ggf. durch eine gesonderte Einziehungserklärung der Geschäftsführung – bekanntgegeben worden ist³⁹. In diesem Augenblick geht sein Geschäftsanteil mit allen damit verbundenen Mitwirkungsrechten und -pflichten unter, vorausgesetzt, das geschuldete Einziehungsentgelt kann gezahlt werden, ohne das Stammkapital der Gesellschaft anzugreifen (§§ 34 Abs. 3, 30 Abs.1 GmbHG). Kann dies zunächst nicht geschehen, bleibt der Geschäftsanteil noch so lange bestehen, bis genügend Rücklagen für die Auszahlung des Einziehungsentgelts vorhanden sind⁴⁰.

Der Untergang des eingezogenen Geschäftsanteils führt nicht zur Reduzierung des Stammkapitals, sondern nur zu einer Differenz zwischen dem in der Bilanz und im Handelsregister in unveränderter Höhe ausgewiesenen Stammkapital und der Summe der vorhandenen Geschäftsanteile. Der Wert des eingezogenen Geschäftsanteils wächst wirtschaftlich den übrigen Geschäftsanteilen anteilig zu. Es erhöht sich daher z. B. ihr Anteil am auszuschüttenden Jahresgewinn, es erweitern sich aber auch ihre gesellschaftsrechtlichen Pflichten, z. B. die Ausfallhaftung gem. § 24 GmbHG⁴¹. Von daher gesehen ist es eine reine Formalität⁴², wenn die Gesellschafter beschließen, die Nennbeträge ihrer Geschäftsanteile entsprechend aufzustocken und damit die Diskrepanz zwischen dem Stammkapital und der Summe der Geschäftsanteile zu beheben. Stattdessen können die Gesellschafter aber auch – gleichzeitig mit der Einziehung oder aber zu einem späteren Zeitpunkt – die Ausgabe eines oder mehrerer neuer Geschäftsanteile beschließen, die zunächst der Gesellschaft zustehen und von ihr veräußert werden können. In diesem Falle fließt der Wert des eingezogenen Anteils diesen neuen Anteilen zu. Als dritte Möglichkeit kommt schließlich eine Herabsetzung des Stammkapitals auf die Summe der verbliebenen Geschäftsanteile in Betracht. In diesem Fall entsteht ein Anspruch auf Ausschüttung eines Teils des Gesellschaftsvermögens, der wertmäßig dem eingezogenen Geschäftsanteil entspricht⁴³.

Für das Schicksal des an dem eingezogenen Geschäftsanteil bestellten Pfandrechts ist es bedeutungslos, wozu sich die Gesellschafter entschließen. Denn mit dem Untergang des Geschäftsanteils verliert das Pfandrecht seine Grundlage und erlischt ebenfalls. An den verbliebenen oder evtl. neugeschaffenen Geschäftsanteilen kann es sich nicht fortsetzen, da diese nicht Surrogat des untergegangenen Geschäftsanteils, son-

35 Hachenburg/Zutt, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 12.

36 S. zur Abwägung der Vor- und Nachteile von Sicherungszession und Verpfändung auch: Contzen, Die Abtretung und Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen, MittRhNotK 1967, 658, 684 f.; Hadding/Schneider/Rümker/Franke, a.a.O., 13, 15 ff.; Vossius, a.a.O., 12.

37 Mit den Einschränkungen, die sich aus der Mitverpfändung von Nutzungen und Surrogaten des Geschäftsanteils ergeben, s.u. Abschn. VIII. 2. a).

38 BGHZ 65, 22, 24 ff. = DNotZ 1976, 181 (zur Gläubigerbenachteiligung); umfassend hierzu Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nrn. 85 ff.; Scholz/Westermann, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 24.

39 Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nrn. 54 ff. Für einen Ausschluß des Stimmrechts des betroffenen Gesellschafters bei der Abstimmung

über die Einziehung gibt es keine Rechtsgrundlage, BGH DNotZ 1978, 166.

40 Weitergehend hat das RG in RGZ 142, 286, 290 die Einziehung generell unter die „gesetzliche Bedingung“ der Zahlung des Einziehungsentgelts gestellt. Die Lit. lehnt dies ab, ist aber über die Konsequenzen für den eingezogenen Geschäftsanteil und die Ausübung der Mitgliedsrechte daraus geteilter Ansicht; vgl. nur Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nrn. 60 f.

41 Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nrn. 62 ff.

42 Die allerdings keiner Satzungsänderung bedarf, BGH DNotZ 1989, 26 f.; BayObLG DB 1991, 2537.

43 Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 34; Scholz/Westermann, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nrn. 58, 61.

dern andere bzw. neue Anteile sind, die dem durch die Einziehung betroffenen Gesellschafter nicht zustehen. Ihm verbleibt als Ersatzgegenstand für seinen Geschäftsanteil nur der Abfindungsanspruch. Ob sich das Pfandrecht hieran fortsetzt, hängt davon ab, ob der Anspruch auf das Einziehungsentgelt mitverpfändet wurde oder im Wege der Surrogation dem Pfandrecht an dem untergegangenen Geschäftsanteil unterfällt.

b) Unzulässigkeit der Schaffung von Einziehungstatbeständen nach Verpfändung des Geschäftsanteils?

Die Einziehung von Geschäftsanteilen hängt nach § 34 Abs. 1 GmbHG von ihrer Zulassung im Gesellschaftsvertrag ab. Mit Blick auf die einschneidenden Folgen der Einziehung für den Pfandgläubiger stellt sich die Frage, ob die Gesellschafter diese Zulassung auch nach der Verpfändung eines Geschäftsanteils noch im Wege der Änderung des Gesellschaftsvertrages vereinbaren können. Soweit eine Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen ermöglicht werden soll, bedarf eine dahingehende Änderung des Gesellschaftsvertrages gem. § 53 Abs. 3 GmbHG der Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter⁴⁴. Obwohl durch eine derartige Zustimmung des verpfändenden Gesellschafters der Wert des Pfandrechts rückwirkend gemindert wird, kann er sie ohne Mitwirkung des Pfandgläubigers erteilen⁴⁵. Denn die Zustimmung gem. § 53 Abs. 3 GmbHG ist ein gesellschaftsinternes Mitwirkungsrecht, bei dessen Ausübung der Gesellschafter nicht nur seine individuellen Interessen verfolgen darf, sondern im Rahmen seiner Treuepflicht auch die Belange der Gesellschaft berücksichtigen muß. Wäre sie von einem Zustimmungsvorbehalt des Pfandgläubigers abhängig, könnte auf diesem Wege ein nicht den Belangen der Gesellschaft verpflichteter Dritter Einfluß auf gesellschaftsinterne Vorgänge nehmen. Ein derartiger Einfluß steht dem Pfandgläubiger nach der Struktur des Pfandrechts als Sicherungsrecht am reinen Vermögenswert der Gesellschaftsbeteiligung⁴⁶ nicht zu⁴⁷.

2. Die Auflösung der Gesellschaft

Mit dem Auflösungsbeschluß tritt die Gesellschaft in das Liquidationsstadium ein. Dies hat zur Folge, daß sich der Wert ihrer Vermögensgegenstände auf den Zerschlagungswert reduziert, sofern die Liquidation nicht durch die Abveräußerung des gesamten Handelsgeschäfters oder einzelner Teilbetriebe erfolgen kann.

a) Fortbestand des Geschäftsanteils nach der Auflösung

Anders als im Falle der Einziehung bleibt der Geschäftsanteil eines Gesellschafters bei der Auflösung der Gesellschaft bis zu deren Erlöschen bestehen. Bis zu diesem Zeitpunkt geht folglich auch ein daran bestelltes Pfandrecht nicht unter⁴⁸. Geschäftsanteil und Pfandrecht verlieren jedoch ihren wirtschaftlichen Wert, da der Liquidationswert des Gesellschaftsvermögens vom Zeitpunkt der Auflösung der Gesellschaft an durch den Anspruch auf die Zahlung der Liquidationsquote verkörpert wird. Diese schuldrechtliche Forderung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft entsteht mit dem Auflösungsbeschluß, wird aber frühestens fällig, wenn das Vermögen der Gesellschaft veräußert, die gegen sie gerichteten Forderungen befriedigt und das Sperrjahr abgelaufen ist. Die Liquidationsquoten der Gesellschafter bestimmen sich mangels abwei-

chender Regelung im Gesellschaftsvertrag nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile, § 72 GmbHG.

Die Literatur sieht den Anspruch auf anteilige Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens als Surrogat, nicht als Nutzung des Geschäftsanteils an. Der Liquidationsanspruch zehre die wirtschaftliche Substanz des Geschäftsanteils auf und könne daher nicht als dessen Ertrag angesehen werden⁴⁹. Daß eine Fruchtziehung die wirtschaftliche Substanz des Nutzungsobjekts unangetastet läßt, wird aber auch in anderen Fällen nicht zur Voraussetzung einer Nutzung gemacht⁵⁰. Ob ein Ertrag trotz wirtschaftlicher Entwertung des genutzten Objekts als Nutzung angesehen werden kann, hängt vielmehr allein von der Bestimmung ab, die die Beteiligten dem Nutzungsverhältnis zugrundegelegt haben. Der Anspruch auf die Zahlung des dieser Quote entsprechenden Geldbetrages ist daher nach hier vertretener Auffassung eine Nutzung des Geschäftsanteils, ein Ertrag, den der Geschäftsanteil bestimmungsgemäß (nach den Bestimmungen des § 72 GmbHG oder des Gesellschaftsvertrages) im Falle der Auflösung der Gesellschaft gewährt (Frucht i. S. v. § 99 Abs. 2 BGB).

b) Der Anspruch auf Zahlung der Liquidationsquote als eigenständiges Vermögensobjekt

Die Forderung auf Zahlung der Liquidationsquote ist mithin ein eigenständiges vom Geschäftsanteil getrenntes Vermögensrecht des Gesellschafters, über das er selbständig verfügen kann. Dieses Recht ist nur solange an den Geschäftsanteil gekoppelt, wie die Auflösung der Gesellschaft noch nicht beschlossen ist. Bis dahin handelt es sich um eine künftige Forderung, über die der Gesellschafter nicht ohne den Geschäftsanteil verfügen kann. Tritt er sie schon vor der Auflösung ab, muß sich der Zessionar die spätere Abtretung des Geschäftsanteils oder dessen spätere Pfändung entgegenhalten lassen. Der Zahlungsanspruch entsteht dann in der Hand des Geschäftsanteilserwerbers bzw. des Pfändungspfandgläubigers⁵¹. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, daß der Gesellschafter, der seinen Geschäftsanteil lediglich verpfändet hat, nach dem Auflösungsbeschluß ein neues Beteiligungsrecht in Händen hält. Er könnte die Forderung auf die Liquidationsquote zugunsten eines anderen Kreditgebers abtreten oder verpfänden, wenn sich das Pfandrecht am Geschäftsanteil nicht im Wege der Surrogation oder durch Mitverpfändung auf diese Forderung erstreckt.

3. Die Zusammenlegung mit einem anderen Geschäftsanteil

Die Notwendigkeit, einen Geschäftsanteil mit anderen Geschäftsanteilen zusammenzulegen, kann sich anlässlich der Veräußerung einer Unternehmensbeteiligung ergeben, die aus mehreren Geschäftsanteilen besteht, vom Erwerber aber in Form eines einheitlichen Anteils fortgeführt werden soll. Sie kann weiterhin bei einer Kapitalherabsetzung notwendig werden, wenn sie durch anteilige Herabsetzung der Nennbeträge der Geschäftsanteile erfolgen soll und der Nennwert eines Geschäftsanteils dadurch unter den Mindestwert von 500,- DM sinken würde⁵².

a) Zulässigkeit der Zusammenlegung von Geschäftsanteilen
Daß die Zusammenlegung mehrerer Geschäftsanteile in der

44 BGHZ 9, 157, 160 = DNotZ 1953, 429; BGH DNotZ 1978, 560; Scholz/Priester, a.a.O., § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 121; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 118.

45 Anders aber eine in der Lit vielfach vertretene Ansicht; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 23, 35; Scholz/Westermann, a.a.O., § 34 GmbHG, Rd.-Nr. 31. S. u. Abschn. V. 1. a).

46 S. o. Abschn. II. 2. a).

47 Hachenburg/Zutt, a.a.O., Anh. § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 42, 64; Staudinger/Promberger, a.a.O., Anh. § 1068 BGB, Rd.-Nr. 90; Müller, GmbHR 1969, 4, 8; Niemeier, Rechtsratsachen und Rechtsfragen der Einziehung von GmbH-Anteilen, 1982, 195.

48 Fischer, Die Pfändung und Verwertung eines GmbH-Geschäftsanteils, GmbHR 1961, 21 f.

49 Staudinger/Coing, 11. Aufl. 1957, § 99 BGB, Rd.-Nr. 11; Müller, GmbHR 1969, 4, 58.

50 Vgl. das Beispiel bei Staudinger/Coing, a.a.O., § 99 BGB, Rd.-Nr. 11: Nutzung eines Bergwerkseigentums.

51 BGHZ 88, 205, 207 f.: Hat der Gesellschafter zunächst seinen Auseinandersetzungsanspruch und dann seinen Geschäftsanteil abgetreten, entsteht der Auseinandersetzungsanspruch nicht in der Hand des Erstzessionars, sondern steht dem neuen Gesellschafter zu. Ebenso BGHZ 104, 351, 353 = DNotZ 1989, 26 für die Pfändung des Geschäftsanteils vor Auflösung der Gesellschaft: Der Auseinandersetzungsanspruch steht dann nicht dem Erstzessionar, sondern dem Pfändungspfandgläubiger zu. Anders noch das RG in RGZ 60, 126, 130 f., das den Auseinandersetzungsanspruch nicht – wie der BGH – als künftige, sondern als bereits bestehende Forderung einstufte. Differenzierend (in analoger Anwendung von § 537 BGB) dagegen Marotzke, Zwangsvollstreckung in Geschäftsanteile nach Abspaltung der Vermögensansprüche, ZIP 1988, 1509.

52 Priester, Die Zusammenlegung von GmbH-Anteilen, GmbHR 1976, 130.

Hand eines Gesellschafters durch § 15 Abs. 2 GmbHG jedenfalls dann nicht ausgeschlossen wird, wenn diese Vorschrift durch eine entsprechende, die Zusammenlegung zulassende Satzungsbestimmung abgedungen wird, ist heute allgemeine Meinung⁵³. Voraussetzung der Zusammenlegung ist allerdings, daß die betroffenen Geschäftsanteile voll eingezahlt sind und keine Nachschußpflicht mehr besteht, denn die Inanspruchnahme der (mehreren) Rechtsvorgänger des Gesellschafters gem. §§ 22 Abs. 1, 28 Abs. 1 GmbHG setzt die Identifizierbarkeit der von ihnen erworbenen Anteile und der damit verbundenen Einzahlungs- bzw. Nachschußpflichten voraus⁵⁴. Aus diesem Grunde kann es einem Gesellschafter auch nicht zugestanden werden, die Zusammenlegung seiner Geschäftsanteile durch einseitige Erklärung herbeizuführen. Da die Mitgesellschafter für die von dem Gesellschafter oder seinen Rechtsvorgängern nicht eingezahlten Stammeinlagen gem. § 24 GmbHG haften, müssen sie die Zusammenlegung von Geschäftsanteilen durch Gesellschafterbeschluß zulassen; der betroffene Gesellschafter braucht diesem Beschluß dann nur noch durch empfangsbedürftige Willenserklärung zuzustimmen⁵⁵.

b) Folgen für den Geschäftsanteil und Rechte Dritter am Geschäftsanteil

Die Zusammenlegung von Geschäftsanteilen führt nicht zu deren Untergang, sondern zur Fusion der zusammengelegten Anteile; der neu entstehende Geschäftsanteil ist nicht Surrogat der bisherigen Anteile, vielmehr wachsen diese zu einem einheitlichen Anteil zusammen. Probleme können sich hieraus für die mit den bisherigen Anteilen verbundenen Sonderrechte und -pflichten des Gesellschafters ergeben. Sonderpflichten dürfen hierdurch nicht untergehen oder auch nur schwieriger durchsetzbar werden; Sonderrechte (z. B. auf Vorzugsdividenden) dürfen nicht ohne Zustimmung der Mitgesellschafter ausgedehnt werden. Mit unterschiedlichen Sonderrechten und -pflichten ausgestattete Geschäftsanteile können deshalb nur zusammengelegt werden, wenn die Gesellschafter zuvor durch entsprechende Änderungen des Gesellschaftsvertrages Klarheit darüber schaffen, welche Rechte und Pflichten mit dem neu entstandenen Geschäftsanteil verbunden sein werden. Entsprechendes gilt, wenn Geschäftsanteile unterschiedlich belastet sind, z. B. mit Pfandrechten zugunsten verschiedener Gläubiger. Da eine gesetzliche Regelung über die Fortsetzung dieser Rechte an dem neuen Geschäftsanteil und ihren Rang untereinander fehlt, setzt eine Zusammenlegung belasteter Geschäftsanteile voraus, daß durch entsprechende Änderungsvereinbarungen mit den Gläubigern eine Kollision unterschiedlicher Belastungen vermieden wird⁵⁶.

Wird dagegen ein mit einem Pfandrecht belasteter Geschäftsanteil mit einem unbelasteten Anteil zusammengelegt, setzt sich das Pfandrecht ohne weiteres an dem gesamten neu entstandenen Anteil fort⁵⁷. Es gibt keinen Grund dafür, es dem Gesellschafter zu ermöglichen, sich ohne Mitwirkung des Pfandgläubigers von dem Pfandrecht zu befreien, indem er z. B. im Zuge des Verkaufs seiner Geschäftsanteile eine Zusammenlegung vornimmt. Nicht anders als bei einer Personengesellschaft, aus der ein Gesellschafter ausscheidet, so daß der Wert seiner Beteiligung den Mitgesellschaftern und deren Gläubigern zuwächst, wächst auch dem Pfandgläubiger der wirt-

schaftliche Wert des bislang unbelasteten Geschäftsanteils zu; seine Sicherheit erhöht sich entsprechend. Bei der Rechtsgestaltung sollte man aber bedenken, daß die Rechtsfolgen der Zusammenlegung belasteter mit unbelasteten Geschäftsanteilen bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur erörtert worden sind. Vorsorgliche Bestimmungen bei der Verpfändung und im Pfandbestellungsvertrag empfehlen sich daher in jedem Falle.

V. Gesetzliche und vertragliche Schutzvorkehrungen zugunsten des Pfandgläubigers

Auch ohne besondere Ausgestaltung der Verpfändung und des Pfandbestellungsvertrages ist der Pfandgläubiger in gewissem Umfang gegen Beeinträchtigungen seines Pfandrechts geschützt.

1. Rücksichtnahmepflichten und Mitwirkungsvorbehalte zugunsten des Pfandgläubigers

a) Relative Wirkung von Nebenpflichten aus dem Pfandbestellungsvertrag

Kernpunkt des Pfandbestellungsvertrages ist die Sicherungsabrede, also die Einigung zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger über die Sicherung einer bestimmten Forderung durch ein Pfandrecht. Mit der Bestellung dieses Pfandrechts ist der Pfandbestellungsvertrag zwar in seinen Hauptpflichten erfüllt, wirkt aber einerseits als causa des bestellten Pfandrechts, andererseits auch als Quelle vertraglicher Nebenpflichten fort. Diesen Nebenpflichten kommt besondere Bedeutung zu, wenn der Pfandgeber noch die Möglichkeit hat, auf das Pfandobjekt einzuwirken, wie es bei der Verpfändung von Geschäftsanteilen der Fall ist. Da es Vertragspartnern nicht zusteht, den von dem jeweils anderen erkennbar verfolgten Vertragszweck bewußt zu durchkreuzen⁵⁸, ist der Verpfänder grundsätzlich gehalten, alle Einwirkungen auf das Pfandobjekt zu unterlassen, die zu einer Minderung seines Wertes und damit der Sicherheit des Pfandgläubigers führen. Verpfändet ein GmbH-Gesellschafter seinen Geschäftsanteil, reduzieren sich dadurch allerdings seine Mitgliedsrechte und damit auch seine Treue- und Mitwirkungspflichten gegenüber der Gesellschaft nicht. Er gerät dadurch in eine Konfliktsituation, wenn sich z. B. bei der Frage, ob die Gesellschaft zweckmäßigerweise aufgelöst und ihr Unternehmen in anderer Rechtsform fortgeführt werden soll, die Interessen der Gesellschaft und des Pfandgläubigers konträr gegenüberstehen.

Da die Treuepflicht des Gesellschafters notwendigerweise und von Anfang an mit seinem Geschäftsanteil verbunden ist, kommt ihr der Vorrang vor später eingegangenen Treuepflichten gegenüber einem Pfandgläubiger zu⁵⁹. Wer sich ein Pfandrecht an einem Geschäftsanteil einräumen läßt, akzeptiert damit die Priorität der gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungs- und Treuepflichten des Pfandgebers⁶⁰. Der Gesellschafter, der seinen Geschäftsanteil verpfändet hat, verstößt daher nur dann gegen seine generelle Pflicht zur Wahrung der Interessen des Pfandgläubigers, wenn er seine Mitgliedsrechte in einer den Pfandgläubiger schädigenden Weise ausübt, ob-

53 RGZ 142, 36, 42; BGHZ 42, 89, 92 = DNotZ 1965, 490; Hachenburg/Zutt, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 140; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 104. Zum Teil wird eine die Zusammenlegung zulassende Satzungsbestimmung auch für entbehrlich gehalten: Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 7; Priester, GmbHR 1976, 130, 132.

54 RGZ 142, 36, 39; Hachenburg/Zutt, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 140.

55 H.M.: Hachenburg/Zutt, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 142; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 105; Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 7. Abweichend hiervon halten Priester, GmbHR 1976, 130, 132 und Hachenburg/Ulmer, 7. Aufl., § 53 GmbHG, Rd.-Nr. 98 für eine Zusammenlegung auch eine einseitige Erklärung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft für ausreichend.

56 Hachenburg/Zutt, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 141; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 104. Zur Begründung läßt sich der Rechtsgedanke des § 5 GBO heranziehen.

57 Auch bei einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, die durch Erhöhung des Nennbetrages der vorhandenen Geschäftsanteile vorgenommen wird, ändert sich die Identität des erhöhten Anteils nicht, so daß das Pfandrecht an der Erhöhung des Wertes des Anteils partizipiert. So zutreffend Kerbusch, Zur Erstreckung des Pfandrechts aus einem GmbH-Geschäftsanteil auf den durch Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln erhöhten oder neu gebildeten Geschäftsanteil, GmbHR 1990, 156, 158.

58 BGHZ 16, 4, 10 ff.; RGZ 161, 338; Palandt/Heinrichs, § 242 BGB, Anm. 29.

59 Ebenso Hachenburg/Zutt, a.a.O., Anh. § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 44; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 168 (nur „angemessene Berücksichtigung“ der Interessen des Pfandgläubigers). Noch deutlicher im Sinne eines Vorrangs der Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 27 i.

60 Müller, GmbHR 1989, 4, 34.

wohl andere, den Belangen der Gesellschaft ebensogut gerecht werdende Alternativen nachweisbar zur Verfügung gestanden hätten.

Ist der Verpfänder mithin berechtigt und gegenüber der Gesellschaft auch verpflichtet, ihren Belangen Vorrang vor denen des Pfandgläubigers einzuräumen, kommt seinen weiteren Nebenpflichten aus dem Pfandbestellungsvertrag um so größere Bedeutung zu. Danach ist er z. B. als verpflichtet anzusehen, den Pfandgläubiger von sich aus über die bevorstehende Ausübung seiner Mitgliedsrechte zu informieren und mögliche Alternativen in Betracht zu ziehen, die die Interessen der Gesellschaft wahren, ohne die des Pfandgläubigers zu schädigen. So kann es z. B. für den Gesellschafter, dessen Geschäftsanteil mit einem Nutzungspfandrecht belastet ist, geboten sein, beim jährlich anstehenden Beschluß über die Gewinnverwendung für dessen Ausschüttung statt für die Reinvestition zu stimmen. Steht eine Kapitalherabsetzung zur Debatte, kann er gehalten sein, dafür zu stimmen, daß dies nicht im Wege der Einziehung oder Herabsetzung verpfändeter Geschäftsanteile geschieht. Zumindest muß er versuchen, in solchen Fällen eine interne Abstimmung mit dem Pfandgläubiger zu erreichen. Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich, daß ein Gesellschafter mit der Verpfändung eines Geschäftsanteils konkludent einen Stimmbindungsvertrag abschließt, wonach ihm die Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung stets dann verboten ist, wenn damit eine vermeidbare Schädigung der Vermögensinteressen des Pfandgläubigers verbunden ist⁶¹.

Der Wert dieser Stimmbindung wie auch der Informations- und Abstimmungspflichten aus dem Pfandbestellungsvertrag steht jedoch unter zwei Vorbehalten. Zum einen wird es dem Pfandgläubiger nur selten gelingen, einem Gesellschafter nachzuweisen, daß eine bestimmte Alternativmaßnahme den Interessen der Gesellschaft ebensogut genügt hätte wie die Maßnahme, für die der Gesellschafter seine Stimme abgegeben hat, für das Pfandrecht aber mit weniger gravierenden Auswirkungen verbunden gewesen wäre. Welche Maßnahmen im Interesse der Gesellschaft geboten oder angemessen sind, unterliegt dem unternehmerischen Ermessen der Gesellschafter. Rücksichtnahmepflichten aus dem Pfandbestellungsvertrag können also nur solchen Gesellschafterbeschlüssen entgegengehalten werden, die erkennbar darauf abzielen, den Pfandgläubiger zu schädigen oder evidentermaßen den Unternehmens- und Marktverhältnissen zuwiderlaufen. Zum anderen wirken Nebenpflichten aus dem Pfandbestellungsvertrag, insbesondere die damit verbundene Stimmbindung, nur zwischen dessen Partnern, nicht auch gegenüber der Gesellschaft⁶². Ihre Verletzung führt also nur zu Schadensersatzansprüchen des Pfandgläubigers gegen seinen Vertragspartner. Auf die Wirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen und sonstigen Maßnahmen der Gesellschaft greift die Verletzung der Stimmbindung oder sonstiger Nebenpflichten nur in dem Ausnahmefall kollusiven Zusammenwirkens zwischen dem Verpfänder und seinen Mitgesellschaftern durch, § 138 Abs. 1 BGB⁶³. Nur in diesem Fall kann sich der Pfandgläubiger auf die Nichtigkeit solcher Beschlüsse und Maßnahmen berufen.

b) Verdrängung des § 1276 Abs. 1, 2 BGB durch das gesellschaftsrechtliche Abspaltungsverbot

Unmittelbar anwendbar ist § 1276 Abs. 1, 2 BGB nur dann, wenn eine Aufhebung oder Änderung des verpfändeten Rechts, also eine unmittelbar rechtsvernichtende oder -ändernde Verfügung des Gesellschafters über seinen Geschäftsanteil vorliegt⁶⁴. In den Fällen der Auflösung der Gesellschaft und der Einziehung oder Zusammenlegung von Geschäftsanteilen ist dies nicht der Fall:

(1) Im Falle der *Auflösung* der Gesellschaft stellt die Mitwirkung des Gesellschafters am Auflösungsbeschluß schon deshalb keine Verfügung über seinen Geschäftsanteil dar, weil dieser bis zum Erlöschen der Gesellschaft bestehen bleibt.

(2) Die zwangsweise *Einziehung* des Geschäftsanteils ohne Mitwirkung seines Inhabers ist keine Verfügung seitens des Gesellschafters, sondern seitens der Gesellschaft. Stimmt der Gesellschafter der Einziehung zu, liegt auch darin keine Verfügung, da die Zustimmungserklärung nicht unmittelbar zum Untergang des Geschäftsanteils führt, sondern lediglich Wirksamkeitsvoraussetzung für den dahingehenden Gesellschafterbeschuß ist.

(3) Die *Zusammenlegung* von Geschäftsanteilen läßt sich zwar als Inhaltsänderung des verpfändeten Rechts auffassen. Auch die Zusammenlegungserklärung des Gesellschafters bewirkt diese Änderung aber nicht unmittelbar, sondern lediglich im Zusammenwirken mit einem entsprechenden Gesellschafterbeschuß.

In allen hier zu behandelnden Fällen fehlt es mithin an einer unmittelbaren Aufhebung oder Änderung des verpfändeten Geschäftsanteils, so daß § 1276 Abs. 1, 2 BGB nur analog angewendet werden kann. Ein Bedürfnis hierfür läßt sich durchaus bejahen. Der dieser Vorschrift zugrundeliegende Rechtsgedanke ist ja klar ersichtlich und trifft auch auf die obengenannten Fälle zu: Alle rechtsgeschäftlichen Handlungen, mit denen der Verpfänder auf den Wert des Pfandobjektes Einfluß nehmen kann, sollen dem Pfandgläubiger gegenüber⁶⁵ nur noch mit seiner Zustimmung wirksam werden. Ein nicht unerheblicher Teil der Literatur vertritt daher die Auffassung, analog § 1276 BGB bedürfe es einer Zustimmung des Pfandgläubigers u. a. in den Fällen der Auflösung der Gesellschaft oder der Einziehung des verpfändeten Geschäftsanteils. Anders könne sein Schutz vor einer Entwertung des Pfandrechts nicht sichergestellt werden⁶⁶.

Die wohl herrschende Meinung lehnt die analoge Anwendung des § 1276 BGB in diesen Fällen mit Recht ab⁶⁷. Könnte die Gesellschaft nämlich nur noch mit Zustimmung des Pfandgläubigers über ihre Auflösung und die Einziehung oder Zusammenlegung verpfändeter Geschäftsanteile beschließen, gewönne ein Außenstehender maßgeblichen Einfluß auf ihre Willensbildung. Dies in jedem Falle zu verhindern, ist Zweck des sog. Abspaltungsverbots⁶⁸. Positiv ausgedrückt, sollen die Gesellschafter bei ihren Entscheidungen souverän sein und sich lediglich von der Erwägung leiten lassen, wie der Zweck der

61 Ruffmann, Stimmrechte bei der Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen, Diss. jur. Hamburg 1979. S. auch Scholz/Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 42.

62 BGHZ 48, 163, 169 ff. = DNotZ 1968, 108; Scholz/Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 60; Hachenburg/Schilling, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 31.

63 MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 27 i; Müller, GmbHR 1969, 4, 34.

64 MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1276 BGB, Rd.-Nr. 2; Müller, GmbHR 1969, 4, 8.

65 Das Fehlen der Zustimmung nach § 1276 Abs. 1, 2 BGB führt nur zur relativen Unwirksamkeit der Aufhebung oder Änderung gegenüber dem Pfandgläubiger; BayObLGZ 1967, 295, 301; Palandt/Bassenge, § 1276 BGB, Anm. 1.

66 Für die analoge Anwendung des § 1276 BGB daher vor allem Wiedemann, a.a.O., 429 ff.; Roth, 2. Aufl. 1987, § 15 GmbHG, Anm. 4.2. (mit der Einschränkung, daß dies nicht für einseitige, d. h. ohne Mitwirkung des Verpfänders wirksame Gestaltungsakte der GmbH gilt); Baumbach/Hueck, § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 26; MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 27, o (unter der Voraussetzung, daß eine Zustimmungserklärung des Verpfänders gegenüber der Gesellschaft notwendig ist, wie bei der freiwilligen Einziehung des Geschäftsanteils und der Zustimmung gem. § 53 Abs. 3

GmbHG); Niemeier, a.a.O., 190 ff.; Bülow, Kreditsicherheiten, 1988, Rd.-Nr. 187 f.

67 Im Anschluß an RGZ 139, 224, 226; RGZ 169, 80; Contzen, MittRhNotK 1967, 658, 683; Fischer, GmbHR 1961, 21, 27; Müller, GmbHR 1969, 4, 8, 35; Meyer-Landrut/Müller/Niehus, 1987, § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 49; Hadding/Schneider/Mühl, a.a.O., 129, 157 f.; Vossius, a.a.O., 11. Mit Einschränkungen auch Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 168-170, und Hachenburg/Zutt, a.a.O., Anh. § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 44, die eine analoge Anwendung des § 1276 BGB bei Gesellschafterbeschlüssen und einer Kündigung des Gesellschafters, mit der er sich erhöhten Pflichten entziehen kann, verneinen, sie aber für ein völlig freies Kündigungsrecht des Gesellschafters und für seine Zustimmung zur Einziehung des Geschäftsanteils bejahen. Für den Nießbrauch (§ 1071 BGB) ähnlich: Teichmann, Der Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen, ZGR 1972, 1, 15 ff.

68 BGHZ 3, 354, 357; 20, 363, 365 = DNotZ 1956, 495; RGZ 43, 261, 267 = DNotZ 1966, 296; BayObLG DNotZ 1986, 373; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 7; Müller, GmbHR 1969, 4, 9; Meyer-Landrut/Müller/Niehus, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 48; Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 2.

Gesellschaft am besten verfolgt werden kann. Letztlich ist dies eine Konsequenz der Verselbständigung der GmbH als juristische Person, der per definitionem eine eigene Willensbildung zugestanden ist. Diese Willensbildung darf rechtlich nicht unmittelbar von den Entscheidungen Außenstehender abhängig sein. Gewährleistet ist dies nur dann, wenn nicht nur die Beschlüsse der Gesellschafter und die sie umsetzenden Handlungen der Geschäftsführung, sondern auch die zur Umsetzung dieser Beschlüsse evtl. notwendigen Willenserklärungen einzelner Gesellschafter von Zustimmungsvorbehalten Dritter unabhängig sind. Wer ein Pfandrecht an einem GmbH-Geschäftsanteil als Kreditsicherheit akzeptiert, muß dies in Kauf nehmen. Schließlich spricht gegen die analoge Anwendung des § 1276 BGB, daß das Gesetz vergleichbare Fälle des Untergangs der Sicherheit anders bewältigt als durch ein Vetorecht des Sicherungsnehmers, nämlich durch das Prinzip der Surrogation.

2. Fortsetzung des Pfandrechts an Surrogatansprüchen des Verpfänders

a) Rechtsanalogie zu §§ 1075 Abs. 1, 1258 Abs. 3, 1287 S. 1 BGB und § 848 Abs. 2 ZPO

Der Surrogationsgrundsatz findet seinen Niederschlag speziell für dingliche Nutzungs- und Sicherungsrechte in § 1075 Abs. 1 BGB (Nießbrauch am geleisteten Gegenstand anstelle des Nießbrauchs am Recht auf Leistung), in § 1258 Abs. 3 BGB (Pfandrecht am Gegenstand statt am Anteil an der aufgehobenen Miteigentümergeinschaft) und in § 1287 S. 1 BGB sowie § 848 Abs. 2 ZPO (Pfandrecht am geleisteten Gegenstand statt an der Forderung auf Leistung). Die Analogiefähigkeit dieser Vorschriften wird oft mit dem Argument in Frage gestellt, das deutsche Recht kenne keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz der dinglichen Surrogation⁶⁹. Aus den genannten Vorschriften geht aber deutlich genug hervor, daß dieses Prinzip nach dem Willen des Gesetzgebers jedenfalls bei beschränkten dinglichen Nutzungs- und Sicherungsrechten allgemein anwendbar sein soll. Die geregelten Einzelfälle lassen erkennen, daß der Gesetzgeber, wo immer er das Problem einer mittelbaren Beeinträchtigung solcher Rechte gesehen hat, nicht zu dem Mittel gegriffen hat, dem Pfandgläubiger oder Nießbrauchsberechtigten ein Vetorecht gegen die Aufhebung oder Änderung des Sicherungs- oder Nutzungsobjekts zuzugestehen. Dahinter steht die richtige Erwägung, daß solche Beeinträchtigungen zunächst im Rechtsverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Verpfänder bewältigt werden müssen. Zu Lasten Dritter löst das Gesetz diesen Konflikt nur dann, wenn diese durch rechtsgeschäftliches Zusammenwirken mit dem Verpfänder unmittelbar eine Veränderung des verpfändeten Gegenstandes herbeigeführt haben – wie in dem in § 1276 BGB geregelten Fall der Aufhebung oder Änderung der verpfändeten Rechte.

b) Anwendungsbereich des Surrogationsprinzips

Ist demnach mit der ganz herrschenden Meinung⁷⁰ davon auszugehen, daß das Pfandrecht an einem Geschäftsanteil auch dessen Surrogatgegenstände erfaßt⁷¹, bleibt die Frage nach dem Anwendungsbereich dieses durch Rechtsanalogie gewonnenen Rechtssatzes. Von einem Surrogat kann zunächst nur bei einem Gegenstand die Rede sein, der an die Stelle des ursprünglich vorhandenen, dann aber untergegangenen Geschäftsanteils tritt⁷². Kein Anwendungsfall des Surrogationsprinzips ist daher die Zusammenlegung von Geschäftsanteilen. Der ursprünglich vorhandene Geschäftsanteil geht nicht unter, sondern in einem anderen Geschäftsanteil auf. Ein Pfandrecht setzt sich daher an dem durch die Fusion entstan-

denen Geschäftsanteil ohne weiteres fort⁷³. Nicht zum Zuge kommt das Surrogationsprinzip auch bei der Auflösung der Gesellschaft, da hierbei der verpfändete Geschäftsanteil nicht untergeht. Sein wirtschaftlicher Wert geht zwar in den Anspruch auf Zahlung der Liquidationsquote über; der Geschäftsanteil selbst bleibt aber bis zum Erlöschen der Gesellschaft bestehen. Ob das Pfandrecht auch den Anspruch auf die Liquidationsquote erfaßt, ist daher keine Frage der Surrogation, sondern seiner Erstreckung auf die Nutzungen des Geschäftsanteils⁷⁴.

Als Anwendungsfall für den Surrogationsgrundsatz verbleibt daher von den hier zur Rede stehenden Fallkonstellationen nur die Einziehung des verpfändeten Geschäftsanteils. Sie führt bei Vorliegen aller Wirksamkeitsvoraussetzungen (also ggf. auch der Zustimmung des Gesellschafters) unmittelbar zum Untergang des Geschäftsanteils und zum gleichzeitigen Entstehen des Abfindungsanspruchs. An ihm setzt sich das Pfandrecht im Wege der dinglichen Surrogation fort, und zwar von Gesetzes wegen. Entsprechende Bestimmungen im Verpfändungsvertrag haben also nur klarstellende Funktion.

VI.

Möglichkeiten der Ausgestaltung des Pfandrechts und des Pfandbestellungsvertrages, insbesondere beim Unternehmens- und Geschäftsanteilskauf

Der Schutz des Pfandgläubigers im Falle der Auflösung der Gesellschaft und der Einziehung oder Zusammenlegung von Geschäftsanteilen läßt sich einerseits durch die Erweiterung des Umfangs der Verpfändung, andererseits durch eine Präzisierung der sich aus dem Pfandbestellungsvertrag ergebenden Nebenpflichten verbessern.

1. Erweiterungsmöglichkeiten der Verpfändung

a) Nutzungspfandrecht, §§ 1273 Abs. 2, 1213 Abs. 1 BGB

Das Pfandrecht am Geschäftsanteil erstreckt sich nicht automatisch auf seine Nutzungen⁷⁵. Die einfachste Möglichkeit, die durch das Pfandrecht gewährte Kreditsicherheit zu verbessern, ist deshalb die Vereinbarung eines Nutzungspfandrechts (§ 1213 Abs. 1 BGB), das sich auf sämtliche künftigen Nutzungen des Geschäftsanteils erstreckt, auch wenn ihr Entstehen oder ihr Inhalt noch unbestimmt ist. Den Anspruch auf Auskehrung dieser Nutzungen erwirbt dadurch der Pfandgläubiger, dessen Forderung sich mangels abweichender Vereinbarung um die gezahlten Nutzungen reduziert, § 1214 Abs. 2, 3 BGB. Sinnvoll ist die Vereinbarung eines Nutzungspfandrechts daher bei Gesellschaften mit hoher Gewinnerwartung (allerdings nur dann, wenn auch mit entsprechenden Gewinnausschüttungsbeschlüssen zu rechnen ist) und bei Geschäftsanteilen, mit denen neben dem Gewinnausschüttungsanspruch noch andere, unlösbar mit der Gesellschafterstellung verbundene geldwerte Sonderrechte verbunden sind (z. B. auf Ausschüttung von Vorzugs- oder Naturaldividenden). Zu beachten ist allerdings, daß sich das Nutzungspfandrecht nicht auf solche Nutzungen erstreckt, die sich schon vor seiner Bestellung zu Forderungen des Gesellschafters verselbständigt haben. So können z. B. auf dem Gesellschafterkonto verbuchte, „stehengelassene“ Gewinne vergangener Geschäftsjahre, die aufgrund entsprechender Gesellschafterbeschlüsse an den Gesellschafter auszuzahlen sind, nicht mehr durch ein Nutzungspfandrecht, sondern nur noch durch selbständige Forderungsverpfändung der Pfandhaft unterstellt werden. Zu den Nutzungen des Geschäftsanteils gehört nach hier vertretener Auffas-

69 RGZ 105, 84, 87; Palandt/Bassenge, Einl. § 854 BGB, Anm. 20.

70 RGZ 142, 373, 378 (Surrogatpfandrecht am Anspruch auf die Liquidationsquote); Hachenburg/Zutt, a.a.O., Anh. § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 46; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 162; MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1274 BGB, Rd.-Nrn. 27 k, o; Hadding/Schneider/Mühl, a.a.O., 156; Müller, GmbHR 1969, 4, 36 f.; Niemeier, a.a.O., 354 ff.

71 A.A. (allerdings nur für die Fortsetzung des Pfandrechts an im Wege der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln erhöhten oder neugebildeten

Geschäftsanteilen): Kerbusch, GmbHR 1990, 156 ff.

72 Zutreffend Kerbusch, GmbHR 1990, 156, 158, der aber im folgenden nicht genau zwischen Surrogaten und Nutzungen unterscheidet.

73 S.o. Abschn. Iff. 3. b).

74 S.o. Abschn. Iff. 2. b).

75 Ganz h. M. MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 27 b; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 160. A.A. in neuerer Zeit nur noch Wiedemann, a.a.O., 426.

sung⁷⁶ auch der Anspruch auf die Zahlung des anteiligen Liquidationsguthabens.

b) Mitverpfändung künftiger Nutzungs- und Surrogatanprüche

Soweit der Anspruch des Gesellschafters auf Auskehr von Nutzungen sich bereits zu Forderungen gegen die Gesellschaft verfestigt hat (z. B. auf Auszahlung der für vergangene Geschäftsjahre auszuschüttenden Gewinnquote), können diese nur noch gem. §§ 1273, 1279 ff. BGB verpfändet werden, sofern nicht – was bei der GmbH kaum vorkommen wird – Dividendscheine ausgestellt wurden⁷⁷. Soweit solche Forderungen erst künftig entstehen und als Nutzungen des Geschäftsanteils zu qualifizieren sind, wie insbesondere die Forderung auf Auszahlung des für das laufende und künftige Geschäftsjahre auszuschüttenden Gewinns, bieten sich zwei Alternativen für ihre Unterstellung unter die Pfandhaft an, das Nutzungspfandrecht (s.o.) und eine Verpfändung künftiger Forderungen⁷⁸. Die Forderungsverpfändung sollte nur dann gewählt werden, wenn bestimmte, künftig anfallende Nutzungen nicht der Pfandhaft unterliegen, sondern unbelastet zur freien Verfügung des Gesellschafters verbleiben sollen. Da in diesem Fall nur einzelne Nutzungen verpfändet werden, müssen die verpfändeten künftigen Forderungen in der Verpfändungsurkunde so genau umschrieben werden, daß im jeweiligen Zeitpunkt ihres Entstehens zweifelsfrei erkennbar ist, welche Forderungen verpfändet sind und welche nicht⁷⁹. Dazu müssen der wesentliche Inhalt der Forderung und ihre Entstehungsbedingungen angegeben werden, bei der Verpfändung einzelner Gewinnauszahlungsansprüche also die Geschäftsanteile, denen diese Ansprüche zuzuordnen sind, und die Geschäftsjahre, für die die Gewinnauszahlungsansprüche verpfändet werden sollen.

Die Wirksamkeit der Verpfändung einzelner Forderungen des Gesellschafters gegen die Gesellschaft hängt gem. § 1280 BGB ferner davon ab, daß der Gesellschafter dies bei der Gesellschaft anzeigt. Die Mitverpfändung solcher Forderungen zwingt die Beteiligten daher zur frühzeitigen Offenlegung des Pfandrechts und macht seinen besonderen Vorteil als diskrete Sicherheit am Geschäftsanteil zunichte. Die Anzeige läßt sich auch nicht bis zum Eintritt des Verwertungsfalls verschieben, da sie absolute Wirksamkeitsvoraussetzung des Pfandrechts ist und nicht mehr nachgeholt werden kann, wenn der Verpfänder die Verfügungsbefugnis über die verpfändete Forderung verloren hat. Kommt es dem Gesellschafter auf die Geheimhaltung der Pfandrechtsbestellung an, sollte daher dem Nutzungspfandrecht der Vorzug gegeben werden, bei dem eine Offenlegung gegenüber der Gesellschaft zwar nicht völlig entbehrlich, aber jedenfalls nicht Wirksamkeitsvoraussetzung ist⁸⁰.

Neben den genannten materiellen Voraussetzungen ist auch bei der Verpfändung bestehender und künftiger Forderungen des Gesellschafters gegen die Gesellschaft darauf zu achten, ob der Gesellschaftsvertrag Restriktionen oder besondere Wirksamkeitsvoraussetzungen für ihre Abtretbarkeit oder Verpfändbarkeit enthält. Dahingehende Regelungen in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen, ist sinnvoll, um der Gesellschaft z. B. bei der Auszahlung verpfändeter Gewinnauszahlungsansprüche Ermittlungen zu ersparen, ob die Pfandreife eingetreten ist und wie hoch die gesicherte Forderung noch ist. Dies müßte sie nämlich gem. §§ 1281, 1282 BGB tun, um zu ermitteln, welchen Betrag sie an wen mit befreiender Wirkung auszahlen kann. Wer die Geschäftsführung von den damit verbundenen Risiken entlasten will, sollte also einen entsprechenden Ausschluß zumindest für die Verpfändung dieser Rechte im Gesellschaftsvertrag vereinbaren.

Künftige Forderungen, die keine Nutzungen des Geschäftsanteils sind, sondern als Surrogat an seine Stelle treten, müssen nicht im Wege separater Forderungsverpfändung mitverpfändet werden, da das Surrogationsprinzip sie schon kraft Gesetzes der Pfandhaft unterstellt. Eine dies klarstellende Regelung sollte dennoch in den Verpfändungsvertrag aufgenommen werden. Einerseits ist das Surrogationsprinzip in der Literatur nicht mehr völlig unangefochten, andererseits ist eine dahingehende Bestimmung geeignet, den Beteiligten die Reichweite des Pfandrechts und ihre dadurch bedingten Rechte und Pflichten vor Augen zu führen.

2. Gestaltungsmöglichkeiten im Pfandbestellungsvertrag

a) Schuldrechtliche Mitspracherechte des Pfandgläubigers

Die aus dem Pfandbestellungsvertrag folgenden Nebenpflichten des Verpfänders gegenüber dem Pfandgläubiger können schon anlässlich der Verpfändung präzisiert und erweitert werden. In dem praktisch bedeutsamen Fall des Geschäftsanteilsverkaufs unter Vorbehalt eines Pfandrechts kann schon das Bewußtsein des Käufers, daß ihm auch nach dem Erwerb des Anteils noch Rücksichtnahmepflichten gegenüber dem Veräußerer und Pfandgläubiger obliegen, zur Vermeidung von Konflikten im Verhältnis Veräußerer-Erwerber beitragen. Ausgangspunkt sollte daher eine allgemeine Verpflichtung des Gesellschafters sein, sämtliche Verwaltungs- und Teilhaberechte in der Gesellschaft nur nach vorheriger Information des Pfandgläubigers auszuüben, insbesondere, den Pfandgläubiger über die Tagesordnung künftiger Gesellschafterversammlungen und den Inhalt der ggf. ohne Versammlung zu fassenden Gesellschafterbeschlüsse zu unterrichten. Hierdurch wird es dem Pfandgläubiger möglich, die rechtliche oder wirtschaftliche Gefährdung seiner Sicherheit selbst abzuschätzen und entsprechende Maßnahmen zu ihrer Abwendung gegenüber der Gesellschaft oder Dritten zu ergreifen. So kann er sich gegen die Auflösung der Gesellschaft durch entsprechenden Gebrauch der ihm erteilten Stimmrechtsvollmacht zur Wehr setzen oder die Zwangsvollstreckung in den verpfändeten Geschäftsanteil und dessen daraufhin veranlaßte Einziehung durch Zahlungen an Drittgläubiger des Gesellschafters abwenden.

Weitergehende Informationsrechte und evtl. Weisungsrechte des Pfandgläubigers gegenüber dem Gesellschafter sollten dagegen unter den Vorbehalt gestellt werden, daß der Gesellschafter durch ihre Befolgung weder seine Geheimhaltungspflicht noch seine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft verletzt. Der Pfandgläubiger wird – wie dargestellt – nicht Mitglied der Gesellschaft und hat den Vorrang der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht des Verpfänders zu respektieren. Der Pfandbestellungsvertrag kann die genannten Pflichten des Gesellschafters nicht zu Lasten Dritter abbedingen. Eine unbedingte Verpflichtung des Gesellschafters, seine Stimme in der Gesellschafterversammlung stets gegen die Auflösung der Gesellschaft und die Einziehung oder Zusammenlegung verpfändeter Geschäftsanteile abzugeben, ist demnach nicht empfehlenswert.

Werden die Informations- und Schutzpflichten des Gesellschafters zugunsten des Pfandgläubigers im Pfandbestellungsvertrag in der genannten Weise konkretisiert, sollte dies mit einem Hinweis auf ihre begrenzte Durchsetzbarkeit im Krisenfall verbunden werden. Zum einen wird es wohl keinem Pfandgläubiger gelingen, einem Gesellschafter nachzuweisen, daß eine bestimmte Alternativmaßnahme den Interessen der Gesellschaft ebensogut genügt hätte wie die realisierte Maßnahme, aber für sein Pfandrecht mit weniger gravierenden

76 Anders die h. M.; s. o. Abschn. III. 2. b).

77 Dann kommt es für die Verpfändung der Gewinnauszahlungsforderung auf die wertpapierrechtliche Einordnung dieser Papiere an. Bei Inhaberpapieren (§ 793 BGB) erfolgt sie durch Einigung und Übergabe des Papiers (§§ 1293, 1204 BGB), bei Orderpapieren durch Einigung, Indossament und Übergabe (§§ 1292 BGB, 363 Abs. 1, 364 HGB). Ein Nutzungspfandrecht erstreckt sich in diesem Falle infolge ihrer wertpapierrechtlichen Verselbständigung nicht

auf die Gewinnausprüche; MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1274 BGB, Rd.-Nrn. 27 b, c.

78 MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 27 c.

79 Vgl. zur Bestimmbarkeit bei der Abtretung künftiger Forderungen: BGHZ 53, 60, 63; BAG NJW 1967, 751; MünchKomm/Roth, a.a.O., § 398 BGB, Rd.-Nr. 61.

80 S. hierzu und zur Nichtanwendbarkeit von § 16 GmbHG u. Abschn. VIII. 2. a).

Auswirkungen verbunden gewesen wäre. Denn welche Maßnahmen im Interesse der Gesellschaft geboten oder angemessen sind, unterliegt allein dem unternehmerischen Ermessen der Gesellschafter. Schutz- und Rücksichtnahmepflichten aus dem Pfandbestellungsvertrag können also nur solchen Gesellschafterbeschlüssen entgegengehalten werden, die offensichtlich nur darauf abzielen, den Pfandgläubiger zu schädigen, oder evidentermaßen den Unternehmens- und Marktverhältnissen zuwiderlaufen. Zum anderen entfalten die Nebenpflichten ihre Wirkung nur zwischen den Beteiligten des Pfandbestellungsvertrages, nicht auch gegenüber der Gesellschaft. Ihre Verletzung kann also nur zu Schadensersatzansprüchen des Pfandgläubigers gegen seinen Vertragspartner führen, nicht zu irgendwelchen Ansprüchen gegen die Gesellschaft.

b) Stimmrechtsvollmacht und andere Mitwirkungsmöglichkeiten des Pfandgläubigers gegenüber der Gesellschaft

Nicht-Gesellschafter wie dem Pfandgläubiger kann nicht das Recht übertragen werden, Stimmrechte und andere Verwaltungs- und Teilhaberechte in der Gesellschaft im eigenen Namen auszuüben (Abspaltungsverbot). Zweifelhaft ist auch, ob es möglich ist, den Pfandgläubiger zu ermächtigen, solche Rechte im eigenen Namen wahrzunehmen (Legitimationszession)⁸¹, da sie ebenso wie die Übertragung zu einer dem Abspaltungsverbot widersprechenden Fremdbestimmung der Gesellschaft führen kann. In der Praxis bedarf es ihrer auch nicht, da dem Pfandgläubiger als rechtlich zweifelsfrei zulässige Möglichkeit, Einwirkungsbefugnisse auf die Gesellschaft zur Sicherung seines Pfandrechtes zu gewinnen, eine Vollmacht erteilt werden kann, die ihn berechtigt, das Stimmrecht und andere Mitwirkungsbefugnisse im Namen des Gesellschafters auszuüben. Auch sie ist jedoch nur eine unvollkommene Absicherung, da die Ausübung der Vollmacht voraussetzt, daß der Pfandgläubiger zunächst von den Maßnahmen erfährt, die seine Mitwirkung sinnvoll erscheinen lassen. Selbst wenn sich die Vollmacht auch auf die Ausübung des Auskunfts- und Informationsrechtes gegenüber der Gesellschaft erstreckt, ist die Geschäftsführung von sich aus – da an der Pfandbestellung nicht beteiligt – nicht verpflichtet, gerade den Pfandgläubiger über gesellschaftsinterne Vorgänge zu informieren; sie kann und wird dies vorzugsweise gegenüber dem bei ihr angemeldeten Inhaber des Geschäftsanteils tun. Außerdem bleibt der Gesellschafter, der seinen Geschäftsanteil verpfändet hat, stets auch selbst zur Geltendmachung seines Stimmrechts befugt⁸². Macht der Pfandgläubiger von der Vollmacht Gebrauch, ist er überdies nicht berechtigt, die Mitwirkungsrechte in der Gesellschaft ausschließlich zur Wahrung eigener Interessen zu nutzen. Als Vertreter des Gesellschafters unterliegt er ebenso wie dieser den Bindungen des Gesellschaftsvertrages, muß also auch – und sogar vorrangig⁸³ – die Belange der Gesellschaft beachten. Dennoch ist der herrschenden Meinung⁸⁴ darin zu folgen, daß für die Dauer des Pfandrechtes die Vollmacht auch in unwiderrüflicher Form erteilt werden kann, da ihr Zweck darin besteht, dem Pfandgläubiger im zulässigen Rahmen die Wahrung eigener Belange in der Gesellschaft zu ermöglichen.

Die Aufnahme einer für die Dauer des Pfandrechtes unwiderrüflichen Vollmacht zugunsten des Pfandgläubigers in den Pfandbestellungsvertrag sollte also mit dem Vorbehalt verbunden werden, daß der Pfandgläubiger bei der Abgabe des Stimmrechts die Interessen der Gesellschaft in angemessener Weise zu berücksichtigen hat. Dasselbe muß für den Fall gelten, daß die Vollmacht neben dem Stimmrecht noch auf andere Mitwir-

kungsrechte des Gesellschafters erstreckt wird, z. B. auf sein Zustimmungsrecht bei der freiwilligen Einziehung und der Zusammenlegung von Geschäftsanteilen, auf die Zustimmungsbefugnis gem. § 53 Abs. 3 GmbHG, auf ein evtl. Kündigungsrecht oder das Recht, die Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen gerichtlich geltend zu machen.

VII.

Gestaltungsfragen der Pfandverwertung

1. Der Weg des § 1277 BGB – Pfändung des verpfändeten Geschäftsanteils

Gem. § 1277 S. 1 BGB muß die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem verpfändeten Geschäftsanteil aus einem vollstreckbaren Titel und nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften erfolgen. Der Pfandgläubiger muß also den Gesellschafter zunächst auf Duldung der Zwangsvollstreckung in seinen Geschäftsanteil aus dem Pfandrecht verklagen und auf der Grundlage des vollstreckbaren Titels die Pfändung des Geschäftsanteils beantragen. Weil ein Geschäftsanteil nicht durch den Pfandgläubiger allein eingezogen werden kann (es sei denn, im Gesellschaftsvertrag ist ein freies Kündigungsrecht des Gesellschafters vorgesehen), wird die Verwertung dadurch geschehen müssen, daß das Vollstreckungsgericht die öffentliche Versteigerung des Anteils nach den Vorschriften des Pfandverkaufs (§§ 1234–1240 BGB) anordnet (§§ 857 Abs. 1, 844 ZPO).

a) Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung zwecks erleichterter Titelschaffung

Die Unangemessenheit dieses Verfahrens bei der Verpfändung eines GmbH-Geschäftsanteils liegt auf der Hand und ist ein wesentlicher Grund dafür, daß die Praxis der Sicherungszession eines Geschäftsanteils trotz der mit ihr verbundenen Gesellschafterhaftung des Sicherungsnehmers den Vorzug vor der Verpfändung gibt. Denn Abhilfe durch Vertragsgestaltung ist hier nur in begrenztem Umfang möglich. Völlig umgehen läßt sich nur die erste Klippe der Pfandverwertung, die Schaffung eines geeigneten Vollstreckungstitels. Entweder wird dieses Erfordernis nach § 1277 S. 1, HS 2 BGB bei der Verpfändung abbedungen, oder es wird eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in den Pfandbestellungsvertrag aufgenommen und damit ein Vollstreckungstitel geschaffen.

Letzterenfalls ist jedoch darauf zu achten, daß dieser Titel nicht auf Zahlung einer Geldsumme lautet, sondern auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den verpfändeten Geschäftsanteil⁸⁵. Ist die Verpfändung Bestandteil eines Geschäftsanteilskaufvertrages, muß also zu der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen der Zahlung des Kaufpreises eine zweite Unterwerfungsklausel hinzutreten. Da die Verwertung des Pfandrechts auf der Grundlage dieses Titels letztlich auch auf die Zahlung einer Geldsumme „aus dem Rechte“ (§ 1277 S. 1 BGB) hinausläuft, kann ein Vollstreckungstitel auf Duldung der Zwangsvollstreckung in analoger Anwendung von § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO in notarielle Urkunde geschaffen werden⁸⁶. Die gelegentlich verwendete Bezeichnung dieser Vollstreckungsklausel als „dinglich“ ist nur zum Teil richtig. Zwar wird das Vollstreckungsobjekt in der Klausel benannt; diese wirkt aber nicht im Sinne von § 800 Abs. 1 ZPO gegen den Rechtsnachfolger des Gesellschafters – ein Grund, weshalb man der Abbedingung des Vollstreckungstitels gem. § 1277

81 Gegen die Zulässigkeit der Legitimationszession: BGHZ 3, 354, 357; 20, 363, 365 = DNotZ 1956, 495; Scholz/Schmidt, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 21; Staudinger/Riedel/Wiegand, a.a.O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 55. Diese Ansicht unterliegt aber im Hinblick auf die Regelung in § 119 Abs. 3 AktG zunehmender Kritik der Lit., etwa bei Hachenburg/Hüffer, a.a.O., § 47 GmbHG, Rd.-Nr. 54 f. In RGZ 157, 52, 55 hat das RG die Legitimationszession zugunsten eines Pfandgläubigers noch ausdrücklich für zulässig befunden.

82 Eine sog. verdrängende Vollmacht wird heute allgemein für unzulässig gehalten; BGHZ 3, 354, 358; 20, 363 f. = DNotZ 1956, 495; Palandt/Heinrichs, § 137 BGB, Anm. 4. Die verdrängende Stimmrechtsvollmacht ver-

stieße darüber hinaus gegen das Abspaltungsverbot; Müller, GmbHR 1969, 4, 10.

83 Müller, GmbHR 1969, 4, 9 f.; Blaurock, a.a.O., 134.

84 Hachenburg/Zutt, a.a.O., Anh. § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 34; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 159; Müller, GmbHR 1969, 4, 10. A.A. Meyer-Landrut/Müller/Niehaus, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 48.

85 RGZ 103, 137, 139; Palandt/Bassenge, § 1277 BGB, Anm. 2; MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1277 BGB, Rd.-Nr. 2.

86 KG JW 1938, 2494 f.; Palandt/Bassenge, § 1277 BGB, Anm. 2; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 1978, Rd.-Nr. 76.3 ff.

S. 1, HS 2 BGB, die Inhalt des Pfandrechts wird, den Vorzug vor der Aufnahme dieser „dinglichen“ Zwangsvollstreckungsklausel in den Pfandbestellungsvertrag geben sollte.

b) Unzulässigkeit der Verfallsabrede und des Verzichts auf die öffentliche Versteigerung vor Pfandreife

Weitere praxisingerechte Erleichterungen der Pfandverwertung stoßen jedoch auf unüberwindliche Schwierigkeiten. Obwohl § 1277 S. 1 HS 2 BGB abweichende Vereinbarungen über die Pfandverwertung erlaubt, verbietet er gerade eine diesem Anliegen Rechnung tragende Vereinbarung, wonach der Veräußerer eines Geschäftsanteils nach Eintritt des Kaufpreisverzuges automatisch wieder Inhaber dieses Geschäftsanteils wird⁸⁷. Denn nach §§ 1277 S. 2, 1229 BGB kann vor Eintritt der Pfandreife, also vor dem Fälligwerden der Kaufpreisforderung, keine wirksame Vereinbarung über den Verfall des Pfandes getroffen werden. Außerdem kann vor diesem Zeitpunkt gem. §§ 1245 Abs. 2, 1235, 1237 S. 1 BGB nicht wirksam auf eine öffentliche Versteigerung des Pfandes und auf deren öffentliche Ankündigung verzichtet werden. Da die Kaufpreisforderung aus einem Geschäftsanteilsveräußerungsvertrag gerade deshalb durch ein Pfandrecht gesichert wird, weil sie nicht sofort fällig wird, sondern auf Kredit verkauft wird, gibt es keinen Weg, um diese Vorschriften auszuschalten. Wird eine von §§ 1229, 1235, 1237 S. 1 BGB abweichende Vereinbarung über den Pfandverfall oder die Pfandverwertung dennoch schon im Pfandbestellungsvertrag getroffen und veräußert der Pfandgläubiger den Geschäftsanteil daraufhin nach Eintritt der Pfandreife aus freier Hand, ist die Veräußerung unrechtmäßig mit der Folge, daß der Erwerber nicht Inhaber des Geschäftsanteils wird, §§ 1273 Abs. 2, 1242 Abs. 1, 1243 Abs. 1 BGB.

Im Fall des Geschäftsanteilsverkaufs ist den Interessen des Verkäufers durch eine öffentliche Versteigerung des Geschäftsanteils oder einen freihändigen Verkauf durch den Gerichtsvollzieher aber nicht gedient. Nur in Ausnahmefällen wird nämlich ein geeigneter Erwerber bereitstehen, der willens ist, den vollen Wert des Anteils als Kaufpreis zu zahlen. Außerdem ist die öffentliche Versteigerung eines Geschäftsanteils durch einen Gerichtsvollzieher oder öffentlich angestellten Versteigerer (§ 383 Abs. 3 BGB) wohl die schlechteste Werbung für die Gesellschaft, die sich denken läßt. Dem Verkäufer und Pfandgläubiger muß daher daran liegen, seinen Geschäftsanteil möglichst schnell und unauffällig zurückzuerwerben, um selbst wieder die Gesellschafterrechte ausüben und evtl. in Ruhe einen neuen Käufer suchen zu können.

Die einzige Möglichkeit, diesem Wunsch Rechnung zu tragen, besteht darin, die Pfandverwertung aufgrund eines entsprechenden Vollstreckungstitels durch Pfändung des Geschäftsanteils nach den Vorschriften der §§ 857 Abs. 1, 829 Abs. 1, 2 ZPO vorzunehmen⁸⁸, so daß das Vollstreckungsgericht gem. § 844 ZPO als besondere Verwertungsart den Verfall des Geschäftsanteils zugunsten des Pfandgläubigers oder die freihändige Veräußerung durch ihn anordnen kann. Schon in den Pfandbestellungsvertrag sollte daher der Antrag an das Vollstreckungsgericht aufgenommen werden, bei der Pfändung des Geschäftsanteils zugleich eine dieser Verwertungsarten zuzulassen. Die positive Bescheidung dieses Antrags steht zwar im Ermessen des Vollstreckungsgerichts⁸⁹, sollte aber bei den evidenten Nachteilen einer Geschäftsanteilsveräußerung durch öffentliche Versteigerung außer Frage stehen. Allerdings wird der Pfandgläubiger durch diese Verfahrensweise gezwungen, den zeit- und kostenaufwendigen Weg einer Pfandverwertung durch Aufnahme eines vollstreckbaren „dinglichen“ Titels in den Pfandbestellungsvertrag, Pfändung mit Verwertungsbeschluß nach § 844 ZPO und anschließender Zustellung des Pfändungsbeschlusses an die Gesellschaft zu beschreiben, bevor er das erwünschte und einzig sinnvolle Verfahren der Pfandverwertung durchführen kann.

c) Wechsel des Sicherungsmittels: Pfandbestellung mit aufschiebender bedingter Sicherungszession des Geschäftsanteils?

Die dargestellten Probleme der Pfandverwertung verleiten geradezu zu dem Versuch, die Vorteile von Verpfändung und Sicherungsabtretung zu kombinieren. Erreichen ließe sich dies im Falle des Geschäftsanteilsverkaufs dadurch, daß die Verpfändung des veräußerten Geschäftsanteils unter die auflösende Bedingung des Eintretens des Kaufpreisverzuges gestellt wird. Gleichzeitig ist der Eintritt des Kaufpreisverzuges aufschiebende Bedingung für das Wirksamwerden einer Sicherungszession des Geschäftsanteils, durch die der Veräußerer wieder Inhaber des Geschäftsanteils wird und diesen – da der Sicherungsfall in diesem Augenblick ebenfalls eingetreten ist – beliebig verwerten kann.

Diese Gestaltung wirkt deshalb so verlockend, weil der Veräußerer in der Zeit, in der der Kredit noch nicht notleidend ist, nicht mit den Pflichten belastet ist, die einem Gesellschafter obliegen, diese Position aber automatisch und mit allen damit verbundenen Befugnissen an ihn zurückfällt, wenn sich herausstellt, daß die Veräußerung seiner Gesellschaftsbeteiligung infolge des finanziellen Unvermögens des Erwerbers nicht erfolgreich abgewickelt werden kann. Dennoch halte ich sie für praktisch nicht durchsetzbar. Aus rechtlicher Sicht liegt das Argument der Umgehung der §§ 1277 S. 2, 1229, 1235, 1237 BGB mit Nichtigkeitfolge gem. § 134 BGB geradezu auf der Hand. Für den Vollzug des Vertrages stellt sich das Problem, wie der Eintritt des Verzuges als aufschiebende Bedingung der Sicherungsabtretung zweifelsfrei nachgewiesen werden kann.

Als besondere Nebenpflicht könnte allerdings in den Pfandbestellungsvertrag auch die Verpflichtung des Gesellschafters aufgenommen werden, den verpfändeten Geschäftsanteil in bestimmten Fällen (z. B. Einziehung des Geschäftsanteils oder Auflösung der Gesellschaft, aber auch für den Fall bevorstehender Pfandverwertung) oder auf Verlangen des Pfandgläubigers sicherungsweise an diesen zu übertragen. Sinnvoll ist dies vor allem bei einem langfristigen Kredit, für dessen Laufzeit noch keine verlässlichen Prognosen über die Entwicklung der Gesellschaft möglich sind. Der Pfandgläubiger hat dann die Möglichkeit, in den vorgesehenen Fällen durch den Wechsel des Sicherungsmittels seine Situation zu verbessern. Da die zu regelnden Fälle Krisensituationen des Kredits oder der Gesellschaft betreffen, in denen der Verpfänder nicht mehr ohne weiteres zur Mitwirkung an der Sicherungszession bereit sein wird, könnte für diese Fälle gleich ein entsprechendes Abtretungsangebot in den Pfandbestellungsvertrag aufgenommen werden. Der Pfandgläubiger gewinnt so die Möglichkeit, die mit der Pfandverwertung verbundenen rechtlichen Schwierigkeiten zu umgehen und den Geschäftsanteil freihändig zu verwerten. Zu beachten ist allerdings, daß durch die Aufnahme einer solchen Abtretungspflicht oder eines Angebotes zur Geschäftsanteilsübertragung auch der Pfandbestellungsvertrag gem. § 15 Abs. 4 bzw. Abs. 3 GmbHG beurkundungspflichtig wird.

Jede derartige Form doppelter Absicherung stellt aber letzten Endes eine so unübersehbare Mißtrauenserklärung des Veräußerers eines Geschäftsanteils im Hinblick auf das finanzielle Leistungsvermögen des Erwerbers dar, daß sie das Zustandekommen des Vertrages fraglich macht. Nur in den Ausnahmefällen eindeutigen Verhandlungsübergewichts des Veräußerers werden solche Vertragsbestimmungen daher Anwendung finden können.

2. Das Nutzungspfandrecht – erleichterter Zugriff auf Nutzen des Geschäftsanteils

Keine Schwierigkeiten bereitet die Pfandverwertung bei der Verpfändung von Geschäftsanteilen nur, soweit dem Pfandgläubiger aufgrund der Bestellung eines Nutzungspfandrechts

87 RGZ 100, 274, 276; Hachenburg/Zutt, a.a.O., Anh. § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 47; MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 27 r.; Müller, GmbHR 1969, 4, 59; Hadding/Schneider/Mühl, a.a.O., 129, 158.

88 Wobei der Gläubiger den Pfändungsbeschluß der Gesellschaft als Drittschuldnerin gem. § 829 Abs. 3 ZPO zuzustellen hat, so jedenfalls die heute

einheitlich vertretene Meinung: Stein/Jonas/Münzberg, 20. Aufl. 1986, § 859 ZPO, Anm. II.4; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, 50. Aufl. 1992, Anh. § 859 ZPO, Anm. 3 A.; anders noch Fischer, GmbHR 1961, 21.

89 Vossius, a.a.O., 12.

auch die Nutzungen des Geschäftsanteils gebühren. Diese Nutzungen kann er im eigenen Namen einziehen; sie werden nach § 1214 BGB auf die gesicherte Forderung angerechnet. Diese Möglichkeit vermag allerdings nur dann die Entscheidung für die Verpfändung eines Geschäftsanteils zu erleichtern, wenn die Gesellschaft in nächster Zeit hohe Gewinne zu erwarten hat und der Pfandgläubiger (etwa aufgrund der bei ihm verbliebenen Mehrheitsbeteiligung an der GmbH) die Sicherheit hat, daß diese Gewinne an die Gesellschafter ausgeschüttet werden.

VIII.

Fragen des Beurkundungsverfahrens und der Vertragsdurchführung

1. Umfang der Beurkundungspflicht nach § 15 Abs. 3, 4 GmbHG

a) Erweiterung der Beurkundungspflicht nach § 15 Abs. 3 GmbHG durch die Akzessorietät des Pfandrechts

Das Pfandrecht an einem Geschäftsanteil ist akzessorisch, es hängt also vom Bestand und der Höhe der gesicherten Zahlungsforderung ab. Die Verpfändung findet immer nur für eine bestimmte Forderung des Gläubigers statt; anders als bei der Hypothek (vgl. §§ 1180, 1190 BGB) ist auch eine Verpfändung für eine der Höhe oder dem Entstehungsgrund nach unbestimmte Forderung, für eine Mehrheit von Forderungen oder für eine später gegen die ursprüngliche Forderung auszuwechselnde Forderung nicht möglich. Die Verpfändungsabrede läßt sich zwar so treffen, daß mehrere Forderungen – ggf. sogar alle Forderungen auslaufender Geschäftsverbindung – pfandgesichert werden⁹⁰. Damit entstehen dann aber mehrere Pfandrechte (u. U. mit gleichem Rang) an demselben Gegenstand⁹¹, nicht ein Pfandrecht für mehrere Forderungen.

Diese strikte Akzessorietät führt zur Inkorporation der gesicherten Forderung in das Pfandrecht. Dadurch können Zweifel hinsichtlich der Reichweite der Beurkundungspflicht aus § 15 Abs. 3 GmbHG entstehen, vor allem dann, wenn das Kausalgeschäft, dem die Forderung entstammt, nicht gleichzeitig beurkundet wird (etwa als Geschäftsanteilskaufvertrag nach § 15 Abs. 4 GmbHG). Denn welche Elemente eines Rechtsgeschäftes der Beurkundungspflicht unterliegen, richtet sich nach seiner materiellrechtlichen Abgrenzung⁹². Materiellrechtlich genügt es bei der Abtretung eines Geschäftsanteils, Angaben über die Beteiligten, die Abtretung als den beabsichtigten rechtlichen Erfolg und die Identifizierung des abzutretenden Geschäftsanteils in die Urkunde aufzunehmen⁹³. Bei der Verpfändung gehört dagegen auch der Inhalt der gesicherten Forderung zum Inhalt des Rechtsgeschäfts und unterliegt damit der Beurkundungspflicht gem. § 15 Abs. 3 GmbHG. Dies führt jedoch nicht dazu, daß sich die Beurkundungspflicht aus § 15 Abs. 3 GmbHG auf das gesamte kausale Rechtsgeschäft erstreckt, dem die verpfändete Forderung entspringt, z. B. bei einem Darlehen auf den gesamten Darlehensvertrag mit allen Bestimmungen über die Darlehensauszahlung und etwaige Leistungsstörungen. Nicht dieses Kausalgeschäft, sondern nur die Darlehensrückzahlungsforderung wird durch die akzessorische Verknüpfung mit dem Pfandrecht dessen Bestandteil und unterliegt der Beurkundungspflicht. Es genügt also, diese Forderung durch Angaben zu Gläubiger, Schuldner, Zahlungsbetrag und weiteren individualisierenden Merkmalen (z. B. Entstehungsgrund und -datum) so genau zu umschreiben, daß sie unverwechselbar wird. Mehr ist materiellrechtlich nicht notwen-

dig, um eine Forderung wirksam zu verpfänden⁹⁴, mehr ist deshalb auch nicht zu beurkunden.

Dieser Auffassung kann nicht entgegengehalten werden, daß für die Durchsetzung des Pfandrechts noch weitere Angaben zur gesicherten Forderung notwendig sein können, z. B. zu den Zinsen und sonstigen Nebenleistungen, zu etwaigen Sekundäransprüchen, für die das Pfandrecht ebenfalls haftet, zur Fälligkeit, zum Zahlungsort und -modus. Falls hierüber Vereinbarungen außerhalb der Urkunde nicht getroffen wurden, lassen sich diese Lücken durch die dispositiven Normen des Schuldrechts füllen. Es handelt sich hierbei nicht um essentielle Vereinbarungen, die schon im Zeitpunkt der Verpfändung getroffen und gem. § 15 Abs. 3 GmbHG mitbeurkundet werden müssen. Sonst wäre die Bestellung eines Pfandrechts am GmbH-Geschäftsanteil für eine künftige Forderung auch kaum möglich, da bei künftigen Forderungen diese Punkte vielfach noch nicht geklärt und gerade aus diesem Grunde die Forderung noch nicht entstanden ist.

Auch der Zweck des § 15 Abs. 3 GmbHG gebietet es nicht, die gesicherte Forderung vollständig mit allen dazu getroffenen Nebenabreden in die Verpfändungsurkunde aufzunehmen. Sinn dieser Formvorschrift ist ja nicht, eine umfassende Beratung der Beteiligten zu sichern oder die inhaltliche Richtigkeit und Vollständigkeit der in Urkundensform getroffenen Vereinbarungen zu gewährleisten. Die Notwendigkeit notarieller Beurkundung soll vielmehr den Nachweis der Inhaberschaft bei GmbH-Geschäftsanteilen erleichtern und ihre Umlauffähigkeit reduzieren⁹⁵. Dazu ist es nicht notwendig, mehr als die für das jeweilige Rechtsgeschäft (Abtretung oder Verpfändung) essentiellen und die es individualisierenden Bestandteile in die Urkunde aufzunehmen.

b) Keine Beurkundungspflicht nach § 15 Abs. 4 GmbHG für den Pfandbestellungsvertrag

Das Kausalgeschäft der Verpfändung, der Pfandbestellungsvertrag, ist nicht gem. § 15 Abs. 4 GmbHG beurkundungsbefähigt. Denn diese Formvorschrift betrifft nur den Fall der Verpflichtung zur Abtretung eines Geschäftsanteils und trifft mangels einer § 1274 Abs. 1 BGB entsprechenden Verweisungsvorschrift auf den Fall der Verpflichtung zur Verpfändung nicht zu⁹⁶. Nur vereinzelt wird die Ansicht vertreten, § 15 Abs. 4 GmbHG sei analog anzuwenden, weil die Verwertung des Pfandrechts ebenso wie die Abtretung des Geschäftsanteils zu dessen Verlust führen kann⁹⁷. Auch der Zweck des § 15 Abs. 4 GmbHG besteht aber nur darin, die Abtretung von Geschäftsanteilen zu erschweren; eine Warnfunktion für den Veräußerer eines Geschäftsanteils kommt ihm nicht zu⁹⁸. Diese Zielsetzung bietet für eine analoge Anwendung des § 15 Abs. 4 GmbHG keine Grundlage. Praktische Bedeutung dürfte das Problem ohnehin kaum haben, da ein formlos abgeschlossener Pfandbestellungsvertrag bei analoger Anwendung von § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG durch die notarielle Beurkundung der Verpfändung geheilt würde.

c) Keine Beurkundungspflicht bei der (Mit-)Verpfändung von Gesellschafterforderungen (Nutzungen und Surrogate)

Wird die Verpfändung auf die Forderungsrechte des Gesellschafters im Zusammenhang mit seiner Beteiligung erstreckt, ist darauf zu achten, in welcher Form dies geschieht. Unzweifelhaft formbedürftig, weil zum Inhalt der Einigung über die Verpfändung eines Geschäftsanteils gehörend, ist die Abrede, daß sich das Pfandrecht pauschal auf alle Nutzungen des Geschäftsanteils erstrecken soll (§§ 1274 Abs. 1, 1213 BGB)⁹⁹.

90 Vgl. Abschn. 19 Abs. 1 AGB Banken (Fassung v. 1. 1. 1988); Abschn. 21 Abs. 1 AGB Sparkassen, abgedruckt bei Baumbach/Duden/Hopt, HGB, 28. Aufl. 1989, unter (8) und (8a).

91 Canaris, Bankvertragsrecht, 2. Aufl. 1981, Rd.-Nrn. 2677 ff.

92 Brambring, Das Gesetz zur Änderung und Ergänzung beurkundungsrechtlicher Vorschriften in der notariellen Praxis, DNotZ 1980, 281, 283 ff.; Huhn/v. Schuckmann, 2. Aufl. 1987, § 9 BeurkG, Rd.-Nrn. 14 f.

93 Hachenburg/Zutt, a. a. O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 92.

94 Vgl. hierzu die in Fn. 79 angegebene Rspr. und Lit. zur Abtretung und Ver-

pfändung künftiger Forderungen.

95 RGZ 135, 70 f.; Schlüter, FS Bartholomeyczik, 1973, 359, 361 m. N. zu den Gesetzesmaterialien.

96 RGZ 58, 223; Hachenburg/Zutt, a. a. O., Anh. § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 40; Scholz/Winter, a. a. O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 156; Müller, GmbHR 1969, 4, 6.

97 Sie wird heute nur noch von MünchKomm/Damrau, a. a. O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 27 e vertreten.

98 Schlüter, a. a. O., 359, 361 ff.

99 MünchKomm/Damrau, a. a. O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 27 d.

Werden dagegen einzelne Gläubigerrechte des Gesellschafters mitverpfändet, handelt es sich rechtstechnisch um eine selbständige Verpfändung gegen die Gesellschaft gerichteter Forderungen, beispielsweise der Forderung auf die Auszahlung des Gewinns für vergangene oder künftige Geschäftsjahre oder der Forderung auf die Auskehrung der Liquidationsquote. Hier greift der Formzwang des § 15 Abs. 3 GmbHG nicht, weil diese Verpfändungen auch ohne gleichzeitige Verpfändung des Geschäftsanteils vorgenommen werden könnten¹⁰⁰.

3. Formelle Voraussetzungen wirksamer Verpfändung

a) Anmeldung bei der Gesellschaft analog § 16 Abs. 1 GmbHG?

Die Anmeldung gem. § 16 Abs. 1 GmbHG gehört nicht zum Tatbestand einer wirksamen Geschäftsanteilsübertragung¹⁰¹. Wird der Übergang des Geschäftsanteils der Gesellschaft angezeigt, beendet dies lediglich die zum Schutz der Gesellschaft normierte Fiktion, nach der nur der formgerecht angemeldete Geschäftsanteilsinhaber als Gesellschafter gilt. § 1274 Abs. 1 BGB verweist daher nicht auf § 16 Abs. 1 GmbHG, so daß die Gesellschaft den Pfandgläubiger am Geschäftsanteil auch ohne Anmeldung als solchen akzeptieren muß, wenn er ihr im Stadium der Pfandverwertung erstmals als solcher entgegentritt¹⁰².

Vereinzelt will die Literatur dieses Ergebnis nicht hinnehmen und wendet § 16 Abs. 1 GmbHG auch bei der Verpfändung von Geschäftsanteilen analog an, weil die Gesellschaft im Hinblick auf die Erfüllung von Surrogatansprüchen bei der Verpfändung schutzbedürftig sei¹⁰³. Ohne den Schutz des § 16 Abs. 1 GmbHG laufe sie Gefahr, Zahlungen auf den Anspruch auf die Liquidationsquote oder auf die bei der Einziehung zu leistende Abfindung an den Gesellschafter zu erbringen, ohne dadurch von ihrer Verbindlichkeit gegenüber dem Pfandgläubiger frei zu werden, dem diese Forderungen als Surrogat des verpfändeten Geschäftsanteils zustehen.

Die herrschende Meinung sieht – m.E. zu Recht – kein Bedürfnis für eine analoge Anwendung des § 16 Abs. 1 GmbHG bei der Verpfändung von Geschäftsanteilen¹⁰⁴. Was die Ausübung von Verwaltungs- und Teilhaberechten angeht, bedarf die Gesellschaft keines besonderen Schutzes, da diese auch nach der Verpfändung nur dem angemeldeten Gesellschafter zustehen. Hat der Pfandgläubiger Stimmrechtsvollmacht erhalten, muß er dies durch Vorlage der Vollmachtsurkunde nachweisen. Setzt sich das Pfandrecht im Wege dinglicher Surrogation an den genannten Gesellschafterforderungen fort, entsteht hierdurch ein Pfandrecht an diesen Forderungen. Die Gesellschaft unterliegt deshalb aber schon mit Rücksicht darauf, daß ihr der Übergang dieser Forderungen auf den Pfandgläubiger nicht gemäß § 1280 BGB angezeigt worden ist, nicht den Rechtsfolgen aus §§ 1281, 1282 BGB. Zur Anwendung kommen vielmehr §§ 1274 Abs. 1, 413, 407 Abs. 1 BGB¹⁰⁵. Zahlt die Gesellschaft mithin die Liquidationsquote oder die Einziehungsabfindung an den Gesellschafter aus, wird sie von diesen Verbindlichkeiten frei, es sei denn, ihr ist positive Kenntnis von der Verpfändung desjenigen Geschäftsanteils nachweisbar, der eingezogen worden ist oder auf den die Liquidationsquote entfällt. Es besteht kein Anlaß, der Gesellschaft durch die Fiktion des § 16

Abs. 1 GmbHG einen weitergehenden Schutz zu verschaffen. Eine Anmeldungspflicht gem. § 16 Abs. 1 GmbHG entsteht bei der Verpfändung eines Geschäftsanteils mithin erst dann, wenn er im Zuge der Verwertung durch öffentliche Versteigerung oder auf andere Art und Weise einen neuen Inhaber gefunden hat.

Ein Teil der herrschenden Meinung hält die Anmeldung nach § 16 Abs. 1 GmbHG aber für notwendig, wenn ein Geschäftsanteil im Wege des Nutzungspfandrechts verpfändet wurde¹⁰⁶. Rechtlich zwingend ist dies m.E. nicht. Dem Gläubiger eines dahingehend erweiterten Pfandrechts stehen die als Nutzungen des Geschäftsanteils einzustufenden Gesellschafterforderungen zwar im eigenen Namen zu; es ist aber kein Grund dafür ersichtlich, der Gesellschaft über §§ 1275, 413, 407 BGB hinaus einen weitergehenden Schutz gegen Zahlungen an den Nicht-Gläubiger zuzubilligen als nach einer Zession dieser Forderungen. In der Praxis wird eine Anmeldung der Verpfändung aber zumindest in diesem Fall nicht zu umgehen sein, da der Gesellschaft nur so ihre Bösgläubigkeit i. S. v. § 407 Abs. 1 BGB nachgewiesen und die Zahlung der auszugehenden Nutzungen auf ein Konto des Pfandgläubigers sichergestellt werden kann.

Werden neben dem Geschäftsanteil einzelne, vor allem die schon bestehenden Forderungen des Gesellschafters gegen die Gesellschaft nach §§ 1273, 1279 ff. BGB verpfändet, bedarf dies keiner Anmeldung gem. § 16 Abs. 1 GmbHG. Allerdings ist hier als Wirksamkeitsvoraussetzung der Verpfändung die Anzeige an die Gesellschaft gem. § 1280 BGB unumgänglich¹⁰⁷.

b) Übergabe von Anteilsscheinen an den Pfandgläubiger?

Anteilsscheine für Geschäftsanteile sind keine Inhaber- oder Orderpapiere, mithin keine echten Wertpapiere, bei denen der Übergang des verbrieften Rechts und des Papiers aneinander gekoppelt sind. Es handelt sich vielmehr um bloße Beweisurkunden, die vor allem in Publikums Gesellschaften ausgegeben werden, um der Gesellschaft die Nachprüfung der Gesellschafterstellung zu erleichtern. Zumeist wird dann auch der Gesellschaftsvertrag vorsehen, daß die Abtretung von Geschäftsanteilen nur unter Übergabe der Anteilsscheine erfolgen kann. Daß dies gem. § 1274 Abs. 2 BGB dann auch für die Verpfändung gelten muß, wie es die Literatur einhellig annimmt¹⁰⁸, ist im Ergebnis wenig sinnvoll. Denn als Beweisurkunden sollen die Anteilsscheine dem Nachweis der mit der Gesellschafterstellung verbundenen Mitwirkungsrechte und des Rechts auf Gewinnbezug gegenüber der Gesellschaft dienen, und diese Rechte stehen auch nach der Verpfändung dem Inhaber des Geschäftsanteils, nicht dem Pfandgläubiger zu. Eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, die nur die Abtretung eines Geschäftsanteils von der Übergabe des Anteilsscheins abhängig macht, sollte daher restriktiv ausgelegt und auf die Verpfändung des Anteils nicht angewandt werden, es sei denn, es handelt sich um ein Nutzungspfandrecht, bei dem der Pfandgläubiger den Anteilsschein zur Einforderung seiner Nutzungsrechte gegenüber der Gesellschaft benötigt.

In dem wohl selten vorkommenden Fall der Ausgabe von Anteilsscheinen ohne entsprechende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag dürfte entgegen der herrschenden Meinung¹⁰⁹ auch kein Anspruch des Pfandgläubigers auf ihre Aushändi-

100 MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 27 f.; Müller, GmbHR 1969, 4, 59.

101 RGZ 127, 236, 240 f.; BGH DNotZ 1960, 389; Hachenburg/Zutt, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 7.

102 Vorher kann es dazu nicht kommen, da der Pfandgläubiger keine eigenen Mitwirkungsrechte gegenüber der Gesellschaft hat und die Mitgliedsrechte des Gesellschafters nur als dessen Bevollmächtigter ausüben kann.

103 So allerdings in neuerer Zeit nur noch Baumbach/Hueck, a.a.O., § 16 GmbHG, Rd.-Nr. 2; Roth, a.a.O., § 15 GmbHG, Anm. 4.2; eine Anzeige analog § 16 GmbHG empfehlend auch Vossius, a.a.O., 11.

104 Hachenburg/Zutt, a.a.O., Anh. § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 42; MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 27 d; Müller, GmbHR 1969, 4, 4; GmbH-Handb./Eder, Bd. I, Rd.-Nr. 374; Hadding/Schneider/Mühl, a.a.O., 156. Unklar Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 155.

105 § 1275 BGB, der ebenfalls auf die Übertragungsvorschriften verweist, ist bei

der Verpfändung eines Geschäftsanteils nicht direkt anwendbar, da er sich nicht als „Recht auf eine Leistung“ einstufen läßt. S. dazu auch u. Abschn. VIII. 2. b). Der aus ihm erkennbare Rechtsgedanke – Schutz des Leistungsverpflichteten nach Maßgabe der Übertragungsvorschriften – bestätigt aber die hier vertretene Ansicht.

106 MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 27 b; Müller, GmbHR 1969, 4, 58.

107 S. hierzu o. Abschn. VI. 1. b).

108 Hachenburg/Zutt, a.a.O., Anh. § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 41; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 GmbHG, Rd.-Nr. 155; MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 27 f; Schuler, Die Verpfändung von GmbH-Anteilen, NJW 1956, 689, 692.

109 Die auf RG GmbHR 1928, 689 zurückgeht: MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 27 f; Schuler, NJW 1956, 689, 692.

gung gem. § 952 Abs. 2 BGB bestehen, denn ein Geschäftsanteil ist kein Recht auf eine Leistung im Sinne dieser Vorschrift. Es handelt sich vielmehr um eine Zusammenfassung vermögenswerter und nicht-vermögenswerter Teilhabe- und Mitwirkungsrechte. Ist die Übergabe des Anteilsscheins entsprechend der herrschenden Meinung im Verpfändungsvertrag vorgesehen, sollte sie an einen Treuhänder erfolgen, verbunden mit der Anweisung, den Anteilsschein sowohl zugunsten des Gesellschafters (zur Geltendmachung von Mitwirkungsrechten) als auch zugunsten des Pfandgläubigers (zur Geltendmachung von Nutzungsrechten) bei der Gesellschaft zuzulegen¹¹⁰.

3. Kostenfragen

Wird ein Pfandrecht an einem GmbH-Geschäftsanteil als selbständige Kreditsicherheit bestellt, richtet sich der Geschäftswert gem. § 23 Abs. 1 KostO nach dem geringeren Wert der gesicherten Forderung oder des verpfändeten Geschäftsanteils. Für den Wert des Geschäftsanteils wird man, da meist keine Handelsbilanz der Gesellschaft vorliegt und die Umrechnung der darin angesetzten Werte in eine Auseinandersetzungsbilanz im Rahmen der Schätzung nach § 30 Abs. 1 KostO auch nicht zumutbar wäre, vom betrieblichen Einheitswert der Gesellschaft ausgehen müssen. Statt des steuerlich angesetzten Einheitswertes für Grundbesitz der Gesellschaft muß jedoch dessen zu schätzender Verkehrswert berücksichtigt werden¹¹¹.

Surrogatforderungen, an denen sich das Pfandrecht in analoger Anwendung der gesetzlichen Surrogationsvorschriften einmal fortsetzen kann, müssen bei der Ermittlung des Geschäftswertes unberücksichtigt bleiben, da sie an die Stelle des Geschäftsanteils treten und den Wert der Sicherheit nicht erhöhen. Werden neben dem Geschäftsanteil selbständige Forderungen des Gesellschafters gegen die Gesellschaft verpfändet, z. B. die bestehenden und die künftigen Gewinnauszahlungsansprüche nach §§ 1273, 1279 ff. BGB, ist darin auch kostenrechtlich ein besonderes Pfandrecht i. S. v. § 23 Abs. 1 KostO zu sehen. Für den Geschäftswert ist dann neben dem bekannten oder – für künftige Gewinnauszahlungsansprüche – zu schätzenden Nennwert dieser Forderungen auch die Bonität der Gesellschaft zu berücksichtigen.

Wird – wie hier empfohlen – ein Nutzungspfandrecht bestellt, erhöht der Wert der voraussichtlich erzielbaren Nutzungen den Geschäftswert nur dann, wenn mit ihrer Einziehung tatsächlich zu rechnen ist. Wird das Nutzungspfandrecht also nur bestellt, damit die Sicherheit im Falle der Auflösung der Gesellschaft den Anspruch auf die Liquidationsquote erfaßt, und ist mit einer Anzeige an die Gesellschaft und der Einziehung der laufenden Gewinnansprüche durch den Pfandgläubiger nicht zu rechnen, hat die Erweiterung des Pfandrechtes auf Nutzungen des Geschäftsanteils keinen Einfluß auf die Kostenberechnung.

Der Kaufvertrag und die Abtretung eines Geschäftsanteils unter dem Vorbehalt eines Pfandrechts zur Sicherung der Kaufpreisforderung bilden kostenrechtlich denselben Gegenstand i. S. d. § 44 Abs. 1 KostO¹¹². Dies gilt auch für den der Verpfändung zugrundeliegenden kausalen Pfandbestellungsvertrag. Werden Geschäftsanteile bei der Veräußerung eines Unternehmens in GmbH-Rechtsform oder einer Beteiligung daran verpfändet, ist mithin der vereinbarte und nach § 15 Abs. 4 GmbHG zu beurkundende Kaufpreis für den Geschäftswert des gesamten beurkundeten Geschäfts maßgeblich.

4. Formulierungsvorschlag¹¹³

Der nachfolgende Formulierungsvorschlag beschränkt sich auf die grundlegenden Regelungsbestandteile für eine Verpfändung von Geschäftsanteilen, also auf Vereinbarungen zum

Pfandgegenstand, zur gesicherten Forderung, zur Verpfändung, der kausalen Pfandbestellungsabrede sowie zur Pfandverwertung. Die Formulierungen sind möglichst neutral abgefaßt, so daß sie sowohl bei einer selbständigen Verpfändung als auch im Rahmen eines Geschäftsanteil-/Unternehmenskaufvertrages verwendbar sind. Auf eine Mitverpfändung bestehender Gesellschafterforderungen nach §§ 1273, 1279 ff. BGB wurde verzichtet, um die Anzeige nach § 1280 BGB als Wirksamkeitsvoraussetzung der Verpfändung entbehrlich zu machen.

(1) Pfandgegenstand

Der Verpfänder ist mit zwei voll eingezahlten Geschäftsanteilen im Nennbetrag von je 20.000,- DM an der XYZ-GmbH (Gesellschaft) beteiligt. Das Stammkapital der im Handelsregister des Amtsgerichts A unter HRB 1234 eingetragenen Gesellschaft beträgt 100.000,- DM.

(2) Gesicherte Forderung

Aus einem unter dem 1.1.1992 privatschriftlich abgeschlossenen Darlehensvertrag steht dem Pfandgläubiger gegen den Verpfänder eine Darlehensrückzahlungsforderung in Höhe von 40.000,- DM (in Worten: vierzigtausend Deutsche Mark) nebst 12 % Jahreszinsen vom Tage der Auszahlung des Darlehns an zu.

(3) Verpfändung

Zur Sicherung der vorbezeichneten Forderung, der Zins- und sonstigen Nebenforderungen sowie aller sich aus dem genannten Darlehensvertrag sonst ergebenden Forderungen verpfändet der Verpfänder dem dies annehmenden Pfandgläubiger die vorbezeichneten Geschäftsanteile.

Das Pfandrecht setzt sich an allen Gegenständen fort, die der Verpfänder beim Wegfall der Geschäftsanteile an ihrer Stelle erwirbt, bei der Auflösung der Gesellschaft insbesondere den Anspruch auf anteilige Zahlung des Liquidationsguthabens. Es erfaßt auch die mit den verpfändeten Geschäftsanteilen zusammengelegten Geschäftsanteile. Des weiteren wird die Verpfändung auf sämtliche Nutzungen der Geschäftsanteile erstreckt, insbesondere auf die Ansprüche des Verpfänders auf Gewinnauszahlung, soweit sie vom heutigen Tage an entstehen.

Der Gesellschaftsvertrag macht die Abtretung und Verpfändung von Geschäftsanteilen und Gesellschafterforderungen von keinen weiteren Voraussetzungen abhängig.

Der Notar hat den Pfandgläubiger darauf hingewiesen, daß die Gesellschaft Leistungen auf die als Nutzungen der verpfändeten Geschäftsanteile entstehenden Forderungen mit befreiender Wirkung an den Gesellschafter erbringen kann, solange ihr die Verpfändung nicht bekanntgeworden ist. Der Pfandgläubiger erklärt, daß er die notwendigen Bekanntmachungen gegenüber der Gesellschaft zu gegebener Zeit selbst vornehmen wird. Bis zu diesem Zeitpunkt ist der Verpfänder auch im Verhältnis zum Pfandgläubiger zum Einzug dieser Forderungen im eigenen Namen ermächtigt.

(4) Weitere Bedingungen der Pfandbestellung

Der Verpfänder erteilt dem Pfandgläubiger die für die Dauer des Pfandrechts unwiderrufliche Vollmacht, alle Mitwirkungs- und Teilhaberechte in der Gesellschaft in seinem Namen auszuüben, insbesondere das Stimmrecht und das Recht auf Auskunfterteilung, soweit die Ausübung dieser Rechte durch einen Bevollmächtigten nicht ausgeschlossen ist. Bei der Wahrneh-

110 MünchKomm/Damrau, a.a.O., § 1274 BGB, Rd.-Nr. 27 f.

111 Korintenberg/Bengel, 12. Aufl. 1991, § 18 KostO, Rd.-Nr. 25 f.

112 Korintenberg/Bengel, a.a.O., § 23 KostO, Rd.-Nr. 4.

113 Weitere Formulierungsvorschläge finden sich in den in Fn. 23 angegebenen Handbüchern sowie bei Kanzleiter (Kersten/Bühling/Appell/Kanzleiter, For-

mularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 19. Aufl. 1987, Rd.-Nr. 1197); Langenfeld (Wurm/Wagner/Zartmann/Langenfeld, das Rechtsformularbuch, 12. Aufl. 1989, Rd.-Nr. 122 b); Streck, Schwedhelm, Steuerliches Vertrags- und Formularbuch, 1989, Muster 4.12).

mung dieser Rechte hat der Pfandgläubiger die Belange der Gesellschaft angemessen zu berücksichtigen,

Soweit der Verpfänder seine Mitwirkungs- und Teilhaberechte in der Gesellschaft selbst wahrnimmt, verpflichtet er sich, alles zu unterlassen, was den Wert der verpfändeten Geschäftsanteile beeinträchtigen oder zum Untergang dieser Geschäftsanteile führen könnte. Er ist insbesondere nicht berechtigt, der Auflösung der Gesellschaft oder der Einziehung seiner Geschäftsanteile zuzustimmen. Vorbehalten bleibt die Erfüllung der Mitwirkungs- und Treuepflichten des Verpfänders gegenüber der Gesellschaft.

Der Verpfänder verpflichtet sich, den Pfandgläubiger unaufgefordert und rechtzeitig über bevorstehende Maßnahmen der Gesellschaft oder der Gesellschafter zu unterrichten, wenn hiermit Auswirkungen auf den Bestand oder den Wert der verpfändeten Geschäftsanteile verbunden sein können. Die Verschwiegenheitspflicht des Verpfänders gegenüber der Gesellschaft bleibt unberührt.

(5) Pfandverwertung

Wegen einer zu Vollstreckungszwecken auf 40.000,- DM nebst

12 % Jahreszinsen seit dem 2. 1. 1992 festgesetzten Zahlungsforderung und wegen des aus dem Pfandrecht folgenden Anspruchs des Pfandgläubigers auf Duldung der Zwangsvollstreckung in die verpfändeten Geschäftsanteile unterwirft sich der Verpfänder dem Pfandgläubiger gegenüber der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein Vermögen.

Der Verpfänder erklärt sich schon jetzt mit einer anderweitigen Verwertung der aufgrund vorstehender Vollstreckungsunterwerfung gepfändeten Geschäftsanteile einverstanden, namentlich mit dem Verfall dieser Geschäftsanteile zugunsten des Pfandgläubigers oder mit ihrem freihändigen Verkauf durch den Pfandgläubiger.

Der Pfandgläubiger ist auch berechtigt, die verpfändeten Geschäftsanteile ohne vorherige Pfändung öffentlich versteigern zu lassen, falls er den Verpfänder zuvor schriftlich aufgefordert hat, die pfandgesicherten Verbindlichkeiten aus dem Darlehensvertrag innerhalb einer Frist von 6 Wochen vollständig zu erfüllen und diese Frist fruchtlos verstrichen ist. Eine Androhung der Versteigerung ist nicht erforderlich. Die Versteigerung kann an jedem beliebigen Ort der Bundesrepublik Deutschland stattfinden.

Rechtsprechung

1. Allgemeines/IPR – Organschaftliche Vertretungsmacht, Abgrenzung zwischen Vertrags- und Vertretungsstatut (BGH, Urteil vom 8.10.1991 – XI ZR 64/90)

EGBGB Art. 7 ff. BGB § 181

1. Ist für eine Vertragserklärung als Vollmachtsstatut deutsches, als Geschäftsstatut französisches Recht maßgebend, so richtet sich die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB; dagegen ist Art. 1375 CC – als eine Vertretungsregelung – nicht anwendbar.
2. Geben zwei Gesamtvertreter einer GmbH gemeinsam eine Vertragserklärung ab und verstößt dabei die Mitwirkung des einen gegen § 181 BGB, so kann seine Erklärung nicht in eine zulässige Ermächtigung des anderen zur Alleinvertretung (vgl. BGHZ 64, 71) umgedeutet werden.
3. Ist ein Vertrag wegen Selbstkontrahierens unwirksam, so richtet sich nur die Vertretungsmacht für eine spätere Genehmigung nach dem Vollmachtsstatut; die übrigen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Genehmigung bestimmen sich nach dem Geschäftsstatut.

Zum Sachverhalt:

Die in S. ansässige Kl. war Mehrheitsgesellschafterin der CML mit Sitz in Frankreich. Die CML befand sich über Jahre hinweg in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Am 6. 5. 1986 wurde der Konkurs über ihr Vermögen eröffnet. Konkursverwalter ist der Bekl. Er berührt sich gegenüber der Kl. einer zur Konkursmasse gehörenden Forderung von 5 Millionen FF und stützt sich dabei auf eine schriftliche Vereinbarung vom 27. 6. 1983. In dem in französischer Sprache abgefaßten Vertragstext heißt es, aufgrund einer Saldierung der zum 31. 12. 1982 festgestellten wechselseitigen Ansprüche erkenne die Kl. an, der CML 11 Millionen FF zu schulden. Dieser Betrag werde in ein zinsloses Darlehen umgewandelt, das die Kl. in jährlichen Raten in Höhe der Hälfte ihres Nettogewinns vor Steuern abtragen werde.

Die Vereinbarung wurde für die Kl., die nach dem Gesellschaftsvertrag durch zwei Geschäftsführer oder einen Geschäftsführer und einen Prokuristen vertreten wird, von den beiden Geschäftsführern H. und H. G. unterschrieben. Für die CML unterzeichnete H. als deren alleiniger Geschäftsführer.

Mit Schreiben vom 15. 7. 1983 bestätigten H. und H. G. die Vereinbarung für die Kl. Unter dem 15. 6. 1984 teilten sie der CML mit, daß die Kl. am 27. 6. 1983 begründete Darlehensverpflichtung mit 7 % jährlich verzin-

sen werde. In einem Schreiben vom 22. 1. 1986 erklärten H. G. und ein Prokurist der Kl., daß die aus der Vereinbarung vom 27. 6. 1983 herrührende Hauptverbindlichkeit der Kl., die sich zwischen Ende 1983 und Mitte 1985 unstreitig auf 5 Millionen FF ermäßigt hatte, nunmehr noch 3 Millionen FF betrage. Die Kl. hatte sich nämlich für die CML gegenüber mehreren französischen Banken verbürgt und demgemäß am 22. 1. 1986 an eine dieser Banken 2 Millionen FF geleistet.

Die Kl. hält die mit der CML getroffenen Vereinbarungen für unwirksam.

Aus den Gründen:

1. Das Berufungsgericht hat die Klage zu Recht für zulässig erachtet. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ergibt sich aus Art. 5 Nr. 1, 53 Abs. 1 EuGVÜ. Gegenstand des Verfahrens sind vertragliche Ansprüche, die von der Kl. in Deutschland zu erfüllen wären, gleichgültig ob die Beziehungen der Parteien deutschem oder französischem Recht unterliegen (vgl. §§ 269 Abs. 1 f., 270 Abs. 4 BGB und Art. 1247 Abs. 3 CC).

2. Welche Rechte dem Bekl. als Konkursverwalter über das Vermögen der CML aus den im Streit befindlichen Vorgängen gegen die Kl. zustehen, richtet sich entgegen der Auffassung der Kl. nicht ausschließlich nach deutschem Recht.

a) Deutsches Recht ist allerdings im Hinblick darauf anzuwenden, ob die Kl. am 27. 6. 1983 oder bei den späteren schriftlichen Erklärungen gegenüber der CML wirksam vertreten wurde. Denn insoweit ist die organschaftliche Vertretungsmacht der Geschäftsführer H. und H. G. oder des Geschäftsführers H. G. und eines gemeinsam mit ihm handelnden Prokuristen berührt; dafür ist als Vollmachtsstatut das Recht maßgeblich, in dessen Geltungsbereich die Hauptverwaltung der Kl. ihren Sitz hat (vgl. BGH IPRax 1985, 221 f.; BGHZ 97, 269, 271; Kegel, IPR, 6. Aufl., 397).

aa) Das führt zur Anwendbarkeit des § 181 BGB als einer die Reichweite der Vertretungsmacht regelnden Norm (vgl. Staudinger/Firsching, 10./11. Aufl., vor Art. 12 EGBGB, Rd.-Nr. 243; Soergel/Lüderitz, 11. Aufl., vor Art. 7 EGBGB Rd.-Nr. 303; a. A. Raape, IPR, 5. Aufl., 503). Danach muß man von der Unwirksamkeit der Vereinbarung vom 27. 6. 1983 ausgehen, weil H. dabei, wie dies durch die doppelte Unterschriftsleistung zum Ausdruck kam, sowohl für die Kl. als auch für die CML auftrat. Daß er auf Seiten der Kl. nicht allein, sondern gemeinsam mit dem weiteren Geschäftsführer H. G. handelte, steht der Anwendung des § 181 BGB nicht entgegen (vgl. RGZ 89, 367, 373;

BayObl.GZ 1979, 187, 189 ff.; Soergel/Leptien, 12. Aufl., § 181 BGB, Rd.-Nr. 12).

Zwar hätten die Bet. das Vertretungshindernis möglicherweise dadurch beseitigen können, daß sie H. G. entsprechend § 125 Abs. 2 S. 2 HGB, § 78 Abs. 4 S. 1 AktG zum alleinigen Vertragsabschluß für die Kl. ermächtigt und ihm so eine organschaftliche Einzelvertretungsbefugnis eingeräumt hätten (vgl. BGHZ 64, 72, 75 ff.).

Daran hat niemand gedacht. Deshalb bleibt allenfalls die Möglichkeit, die Unterschriften unter der Vereinbarung gem. § 140 BGB in eine solche Ermächtigungserklärung umzudeuten (vgl. dazu auch Rowedder/Koppensteiner, 2. Aufl., § 35 GmbHG, Rd.-Nr. 34; Lutter/Hommelhoff, 13. Aufl., § 35 GmbHG, Rd.-Nr. 27). Dagegen spricht jedoch bereits, daß sich dann die persönlichen Verantwortlichkeiten für den Vertragsschluß anders gestalten würden, als sie von den Bet. gewollt waren: Im Verhältnis zur Kl. wäre die Vereinbarung nicht mehr von H. und H. G. gemeinsam, sondern ausschließlich von H. G. zu verantworten (vgl. BGHZ 64, 72, 77). Außerdem liefe eine Umdeutung dem Sinn des § 181 BGB zuwider. Die Vorschrift erklärt, um Interessenkollisionen und damit verbundenen Gefahren für den Vertretenen zu begegnen, In-Sich-Geschäfte schlechthin für unwirksam, soweit nicht ausnahmsweise eine Sachverhaltsgestaltung vorliegt, in der sich eine Schädigung des Vertretenen typischerweise ausschließt (vgl. BGHZ 56, 97, 102 f. = DNotZ 1971, 670, BGH NJW 1975, 1885 f. = DNotZ 1975, 626). Dieser Gesetzeszweck würde in den Fällen organschaftlicher Gesamtvertretung vereitelt, wenn der Vertragserklärung eines von mehreren Vertretern, der auch auf der Gegenseite auftritt, über § 140 BGB praktisch zur Wirksamkeit verholfen werden könnte.

bb) Da die Vertretung der Kl. nach deutschem Recht zu beurteilen ist, läßt sich die Vertragswirksamkeit auch nicht mit Hilfe des Art. 1375 CC begründen, falls die Vereinbarung – wie der Bekl. behauptet hat – zu einer Stundung tatsächlich bestehender Ansprüche führte und deshalb für die Kl. wirtschaftlich günstig war. Art. 1375 CC enthält nämlich entgegen der Ansicht der Revision keine allgemeine Regelung der Vertragswirksamkeit, sondern eine Vertretungsregelung (vgl. Carbonnier, *Droit civil*, 10. Aufl., Bd. 4, 196; Planiol/Ripert/Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, 2. Aufl., Bd. 6, 72; auch Sonnenberger/Schweinberger, *Einführung in das französische Recht*, 2. Aufl., 58).

cc) War die Vereinbarung vom 27. 6. 1983 demnach unwirksam, ging das Schreiben der Kl. vom 15. 6. 1984, in dem die Verzinsung der seinerzeit begründeten Darlehensschuld zugesagt wurde, ins Leere. Ob sich hier zudem der ursprüngliche Vertretungsmangel wiederholte, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. So ist namentlich offen geblieben, wem das von den Geschäftsführern H. und H. G. unterzeichnete Schreiben, das ohne weitere Namensangabe an die CML gerichtet war, dort zuzuging.

b) Die Frage, ob die Kl. gleichwohl durch die am 27. 6. 1983 getroffenen Abreden und die nachfolgende Verzinsungszusage verpflichtet wurde, weil sie möglicherweise nachträglich eine Genehmigung erteilte, hat das Berufungsgericht verneint, indem es deutsches Recht herangezogen hat. Nach deutschem Recht ist jedoch lediglich zu beurteilen, von welchen Personen eine solche Genehmigung in Vertretung der Kl. ausgehen mußte. Im übrigen richtet sich die Beurteilung nach französischem Recht als dem im vorliegenden Fall maßgeblichen Vertragsstatut. Damit entscheidet das französische Recht nicht nur über die Rechtswirksamkeit der streitigen Abreden als solcher, sondern auch darüber, ob die ohne Vertretungsmacht für die Kl. abgegebenen Erklärungen genehmigungsfähig waren und welche Anforderungen an eine Genehmigung zu stellen sind (vgl. BGH WM 1965, 868 f. = DNotZ 1965, 636).

aa) Zur Ermittlung des Vertragsstatuts sind die bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts vom 25. 7. 1986 (BGBl. I, 1142) gültigen Grundsätze heranzuziehen, weil die den Rechtsstreit bestimmenden Vor-

gänge vor dem 1. 9. 1986 liegen (Art. 220 Abs. 1 EGBGB). Insofern kommt es ebenso wie nach heutigem Recht mangels einer ausdrücklichen Rechtswahl der Vertragsparteien in erster Linie auf eine stillschweigende Rechtsvereinbarung an. Das Berufungsgericht ist dieser Frage nicht weiter nachgegangen. Statt dessen hat es das Vertragsstatut – unabhängig von subjektiven Vorstellungen – nach dem hypothetischen Parteiwillen bestimmt.

Die vom Berufungsgericht unterlassene Prüfung einer stillschweigend getroffenen Rechtswahl kann der Senat nachholen. Sie führt zur Anwendung französischen Rechts. Nichts anderes ergäbe sich im übrigen, wenn man auf den hypothetischen Parteiwillen abhöbe, in dessen Beurteilung der Senat keinen Bindungen unterliegt (vgl. BGHZ 44, 183, 186; BGH LM, § 12 UWG, Nr. 6).

Für die Vereinbarung französischen Rechts mögen die französischsprachige Fassung der grundlegenden Erklärungen vom 27. 6. 1983 und die Bemessung der Zahlungsverpflichtungen der Kl. in französischer Währung von untergeordneter Bedeutung sein, zumal das spätere, die Verzinsung regelnde Schreiben der Kl. vom 15. 6. 1984 in deutscher Sprache gehalten war. Wichtig ist dagegen schon der Hinweis in der Vertragsurkunde vom 27. 6. 1983, daß die – nicht nur für die Kl. und die CML, sondern auch von der Ehefrau des Kl. als Zeugin unterzeichnete – Vereinbarung in drei Originalen ausgefertigt sei, weil damit ersichtlich ein Bezug zum französischen Recht (Art. 1325 Abs. 3 CC) hergestellt werden sollte. Das wurde dadurch unterstützt, daß man Sa. als tatsächlichen oder – nach dem Vorbringen der Kl., die einen Vertragsschluß in Deutschland behauptet hat – vorgeblichen Abschlußort wählte. Ausschlaggebend ist letztlich, daß die Absprachen – unter Berücksichtigung der Gegebenheiten in Frankreich – auf den Vorteil der CML als eines in Frankreich ansässigen Unternehmens abzielten. Wie die Parteien übereinstimmend vorgetragen haben, wollte man der CML für den französischen Rechtsverkehr einen Forderungsnachweis verschaffen und dabei französischen bilanz- und handelsrechtlichen Vorschriften Genüge tun. Von daher wurde eine Verbindung zum französischen Rechtskreis gesucht, die es nur folgerichtig erscheinen ließ, die Abreden französischem Recht zu unterstellen.

bb) Nach alledem läßt sich eine Genehmigung der streitigen Vereinbarungen nicht mit der Begründung verneinen, daß es dazu an den nach deutschem Recht erforderlichen Voraussetzungen gefehlt habe. Soweit – wie bei dem Schreiben vom 22. 1. 1986 – eine Genehmigung durch Erklärungen in Frage steht, die ausschließlich durch andere Personen als durch H. abgegeben wurden, so daß sich der ursprüngliche Vertretungsmangel nicht wiederholte, ist deren Wirksamkeit nach französischem Recht zu beurteilen, das in Art. 1998 Abs. 2 CC die Genehmigungsfähigkeit eines Handelns ohne Vertretungsmacht anerkennt. Im Hinblick darauf wird das Berufungsgericht den Sachverhalt erneut zu würdigen haben und prüfen müssen, ob die Unkenntnis der Bet. von der Unwirksamkeit des Schuldanerkenntnisses einer Genehmigung überhaupt entgegenstehen kann (vgl. Cour de Cassation, Bull. 1978, civ. III, Nr. 173), zumal der Wille der Kl., die Vereinbarungen für und gegen sich gelten zu lassen, unzweifelhaft zum Ausdruck gekommen ist.

3. Die Frage nach einer Genehmigung erübrigt sich grundsätzlich nicht schon für den Fall, daß der Vereinbarung vom 27. 6. 1983 – wie die Kl. unter Beweisaustritt vorgetragen hat – in Wahrheit keine Forderungen der CML zugrunde lagen. Auch wenn man unter diesen Umständen trotz des geschäftlichen Eigeninteresses der Kl., das H. und H. G. mit der Abgabe des Schuldanerkenntnisses verfolgten, die Voraussetzungen eines Schenkungsvertrages bejahen wollte, würde das nicht notwendig bedeuten, daß deshalb die notarielle Form hätte eingehalten werden müssen. Geht man nämlich davon aus, daß die Kl. und die CML französisches Recht als formbestimmend vereinbart haben (vgl. dazu BGHZ 53, 189, 191 = DNotZ 1970, 492; BGHZ 57, 337, 340 = DNotZ 1972, 232), so gewinnt das Rechtsinstitut der verschleierte Schenkung (*donation déguisée*) Bedeutung. Danach ist die notarielle Form des Art. 931 CC

bei Schenkungen, die ihren Charakter nicht offenbaren, sondern in das Gewand eines anderen Rechtsgeschäfts gekleidet sind, regelmäßig entbehrlich (vgl. Ferid/Sonnenberger, Das französische Zivilrecht, 2. Aufl., Bd. 2, 183).

2. Liegenschaftsrecht/Schuldrecht – Übernahme einer durch Grundschuld gesicherten Schuld

(BGH, Urteil vom 1.10.1991 – XI ZR 186/90)

BGB §§ 418 Abs. 1; 1191

Die Übernahme einer durch eine Grundschuld gesicherten Schuld bedarf zur Vermeidung einer entsprechenden Anwendung des § 418 Abs. 1 S. 2 BGB nur der Einwilligung des Eigentümers des belasteten Grundstücks und nicht auch der Zustimmung des Zessionars, an den der Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld sicherungshalber abgetreten ist.

Zum Sachverhalt:

Die bekl. Sparkasse ist Inhaberin der in Abt. III Nr. 1 des Wohnungsbuch von W. Blatt 1000 eingetragenen Brieftgrundschuld über 75.000,- DM. Diese sicherte zwei Darlehen, die die Bekl. den Wohnungseigentümern, den Eheleuten H., gewährt hatte. Im April 1984 traten die Eheleute H. ihren Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld zur Sicherung aller Ansprüche der Kl. gegen den Ehemann an diese ab. Die Wirksamkeit der Abtretung ist streitig.

In der Folgezeit erwarb Frau F. die belastete Eigentumswohnung und übernahm die Grundschuld und die gesicherten Darlehensverbindlichkeiten unter Anrechnung auf den Kaufpreis. Die Bekl., der die Abtretung des Rückgewähranspruchs angezeigt worden war, genehmigte die Übernahme der Verbindlichkeiten ohne Einschaltung der Kl.

Mit der Klage begehrt die Kl., die ihre Ansprüche gegen Herrn H. fällig gestellt hat, die Abtretung der Grundschuld und die Herausgabe des Grundschuldbriefes durch die Bekl. Die Kl. ist der Ansicht, der an sie abgetretene Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld sei fällig, weil die gesicherten Darlehensverbindlichkeiten der Eheleute H. infolge Übernahme durch Frau F. erloschen und die Ansprüche der Bekl. gegen Frau F. mangels Zustimmung der Kl. zur Änderung der Sicherungsabrede nicht gesichert seien.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Kl. ihren Klageantrag weiter. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Die Revision wirft die höchstrichterlich bisher nicht entschiedene, im Schrifttum unterschiedlich beantwortete Frage auf, ob der Zessionar eines sicherungshalber abgetretenen Anspruchs auf Rückgewähr einer Sicherungsgrundschuld der Übernahme der gesicherten Schuld zustimmen muß, wenn nicht die Rückgewährreife der Grundschuld eintreten soll.

Die überwiegende Meinung hält im Anschluß an Scholz, NJW 1966, 1739 f. eine Genehmigung des Zessionars für erforderlich (Staudinger/Kaduk, 10./11. Aufl., § 418 BGB, Rd.-Nr. 22; Staudinger/Scherübl, 12. Aufl., § 1191 BGB, Rd.-Nr. 47; MünchKomm/Möschel, 2. Aufl., § 418 BGB, Rd.-Nr. 5; Erman/Westermann, 8. Aufl., § 418 BGB, Rd.-Nr. 3; s. auch Scholz/Lwowski, das Recht der Kreditsicherung, 6. Aufl., Rd.-Nr. 246): Nur der Zessionar sei schutzwürdig. Dem Eigentümer des belasteten Grundstücks, der seinen Rückgewähranspruch abgetreten habe, gebühre die Grundschuld nicht. Eine durch den Zessionar nicht genehmigte Schuldübernahme löse in modifizierter entsprechender Anwendung des § 418 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB den Anspruch auf Rückgewähr, d. h. Abtretung der Grundschuld aus (Scholz, NJW 1966, 1739 f.).

Nörr (Nörr/Scheyhing, Sukzessionen, 313, Fn. 31) ist demgegenüber der Ansicht, auch bei abgetretenem Rückgewähranspruch sei die Einwilligung in die Übernahme der gesicherten Schuld gem. § 418 Abs. 1 S. 3 BGB allein Sache des Grundstückseigentümers, während Gaberdiel (Kreditsicherung durch Grundschulden, 5. Aufl., Rd.-Nr. 17.2.3) – allerdings für den Fall einer Schuldübernahme ohne Grundstücksveräußer-

ung – meint, sowohl der Sicherungsgeber als auch der rückgewährberechtigte Zessionar müßten zustimmen.

2. Der erkennende Senat teilt in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht die von Nörr insoweit vertretene Ansicht.

a) Auszugehen ist davon, daß § 418 Abs. 1 S. 2 BGB, der für den Fall des Fehlens einer Einwilligung des Hypothekenschuldners in die Schuldübernahme den Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek bestimmt, angesichts vergleichbarer Interessenlage auf Sicherungsgrundschulden entsprechend anwendbar ist. Die genannte Bestimmung dient dem Schutz des Eigentümers, der im Vertrauen auf die Zahlungsfähigkeit und -bereitschaft eines bestimmten Schuldners eine Hypothek bestellt. Er soll im Falle eines ohne seine Einwilligung vorgenommenen Schuldnerwechsels frei werden und nicht für einen anderen, möglicherweise unsicheren Schuldner mit seinem Grundstück haften müssen. In vergleichbarer Situation befindet sich ein Eigentümer, der nicht eine Hypothek, sondern eine Sicherungsgrundschuld bestellt hat. Auch er hat ein schutzwürdiges Interesse daran, nicht ohne seinen Willen für einen solchen Schuldner aufgrund der Grundschuld einstehen zu müssen. Die Akzessorietät der Hypothek und die Nichtakzessorietät der Sicherungsgrundschuld sind in diesem Zusammenhang allenfalls von untergeordneter Bedeutung (BGH WM 1966, 577, 579 = DNotZ 1966, 667).

b) Die Sicherungsabtretung des Rückgewähranspruchs berührt die durch § 418 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB geschützten Interessen des Eigentümers nicht. Sie betrifft allein den Rückgewähranspruch bei Erlöschen der gesicherten Forderung, läßt dagegen seine Haftung mit dem belasteten Grundstück fortbestehen. Die Gefahr einer Zwangsversteigerung bei Nichterfüllung der gesicherten Forderung wird durch die Abtretung des Rückgewähranspruchs nicht verringert. Es ist deshalb entgegen der im Schrifttum verbreiteten Auffassung kein Anlaß ersichtlich, seine Einwilligung in einen Schuldnerwechsel als entbehrlich anzusehen.

c) Eine Zustimmung auch des Zessionars des sicherungshalber abgetretenen Rückgewähranspruchs zu der Schuldübernahme ist dagegen nicht erforderlich. Die von der Revision in Übereinstimmung mit einem Teil des Schrifttums vertretene gegenteilige Meinung findet weder in einer modifizierten entsprechenden Anwendung des § 418 Abs. 1 S. 2 BGB noch in § 407 Abs. 1 BGB noch in anderen Gesetzesbestimmungen oder anerkannten Rechtsgrundsätzen eine Stütze.

aa) § 418 Abs. 1 S. 2 BGB ist nach dem Regelungszweck zugunsten des Zessionars eines sicherungshalber abgetretenen Rückgewähranspruchs nicht entsprechend anwendbar. Die genannte Bestimmung dient, wie dargelegt, dem Schutz des Eigentümers, der ein Grundpfandrecht bestellt hat, vor einer Änderung seines Haftungsrisikos. Die Interessenlage eines solchen Eigentümers ist mit der des Zessionars eines sicherungshalber abgetretenen Rückgewähranspruchs nicht vergleichbar. Der Eigentümer hat für die übernommene Schuld mit seinem belasteten Grundstück einzustehen, der Zessionar haftet dagegen weder dinglich noch persönlich. Er ist anders als der Eigentümer nicht Sicherungsgeber, sondern Sicherungsnehmer. Letzterer wird durch § 418 Abs. 1 BGB, der das Prinzip des unveränderten Übergangs der übernommenen Schuld nur zugunsten des Sicherungsgebers einschränkt (vgl. MünchKomm/Möschel, a.a.O., § 418 BGB, Rd.-Nr. 1), nicht geschützt.

bb) Auch § 407 Abs. 1 BGB, auf den sich die Revision weiter beruft, kann als Grundlage für das Erfordernis einer Zustimmung des Zessionars zur Schuldübernahme nicht herangezogen werden, da er nicht den Schutz, sondern die Einschränkung der Rechte des Zessionars bezweckt. Im Interesse des Schuldnerschutzes muß der Zessionar danach Leistungen sowie Rechtsgeschäfte in Ansehung der abgetretenen Forderung zwischen dem Zedenten und dem Schuldner, die ohne die Regelung des § 407 Abs. 1 BGB unwirksam wären, gegen sich gelten lassen (Soergel/Zeiss, 12. Aufl., § 407 BGB, Rd.-Nr. 1). Kannte der Schuldner die Abtretung, so kommt ihm der Schutz

des § 407 Abs. 1 BGB nicht zugute und es gelten für das Erfordernis einer Zustimmung zur Schuldübernahme die allgemeinen Bestimmungen und anerkannten Rechtsgrundsätze.

cc) Danach wäre eine Zustimmung seitens des Zessionars des Rückgewähranspruchs nur erforderlich, wenn durch die Auswechslung des persönlichen Schuldners im Wege der Schuldübernahme in eine gesicherte Rechtsposition des Zessionars eingegriffen würde. Das indes ist nicht der Fall.

Vor Tilgung der gesicherten Forderung kommt der Abtretung des Rückgewähranspruchs an einen Zessionar, der nicht durch ein nachrangiges Grundpfandrecht gesichert ist, nur ein geringer Sicherungswert zu. Der Zessionar ist nicht einmal vor dem Verlust des Rückgewähranspruchs geschützt. Dieser tritt etwa ein, wenn auf die Grundschuld geleistet wird und so eine Eigentümergrundschuld entsteht (BGHZ 110, 241, 246 = DNotZ 1990, 561). Gleiches gilt, wenn der Grundschuldgläubiger, der auch im Falle einer Abtretung des Rückgewähranspruchs über die Grundschuld verfügen kann, auf die Grundschuld gem. §§ 1192 Abs. 1, 1168 Abs. 1 u. 2 BGB verzichtet (BGHZ 108, 237, 246 = DNotZ 1990, 581). Der Zessionar erwirbt also durch den Übergang des obligatorischen Rückgewähranspruchs keine Einwirkungsmöglichkeiten auf die Grundschuld. Er wird dadurch nicht etwa zu einem – nachrangigen – Grundschuldgläubiger, der durch eine Beschränkung der Verfügungsmöglichkeit über die Grundschuld oder die durch sie gesicherte Forderung geschützt werden müßte. Insbesondere tritt er nicht – auch nicht teilweise – in die Rechte des Eigentümers ein. Dessen Freiheit, nach § 418 Abs. 1 S. 3 BGB in eine seinen Interessen entsprechende Auswechslung des persönlichen Schuldners einzuwilligen, wird danach durch die Abtretung des Rückgewähranspruchs nicht eingeschränkt. Ob bei einer Verweigerung dieser Einwilligung die Verzichtswirkung nach § 418 Abs. 1 S. 2 BGB im Hinblick auf die bei der Sicherungsgrundschuld fehlende Akzessorietät und die Interessen des Zessionars in der Weise zu modifizieren wäre, daß lediglich ein Rückgewähranspruch entsteht, kann offenbleiben. Dieser Fall liegt hier nicht vor.

3. Das Berufungsgericht hat die Rückgewährreife der für die Bekl. eingetragenen Grundschuld danach zu Recht verneint. Nach Übernahme der Darlehensverbindlichkeiten der Eheleute H. durch Frau F. sichert die Grundschuld die Ansprüche der Kl. gegen die neue Schuldnerin. Die nach § 418 Abs. 1 S. 3 BGB erforderliche Einwilligung der Eigentümer der belasteten Eigentumswohnung in die Übernahme der gesicherten Schuld ist nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts erteilt.

Entgegen der Ansicht der Revision steht der Kl. auch kein Anspruch auf Abtretung des infolge von Tilgungsleistungen der neuen Schuldnerin zur Zeit nicht mehr valutierten Teils der Grundschuld zu. Der Sicherungszweck der Grundschuld ist dadurch nicht endgültig weggefallen. Wie das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat, ist es nicht auszuschließen, daß es für die Bekl. im weiteren Verlauf des Darlehensverhältnisses erforderlich werden kann, die Grundschuld unter Berücksichtigung aufgelaufener rückständiger Zinsen in vollem Umfang in Anspruch zu nehmen.

3. Liegenschaftsrecht/Schuldrecht – Auslösung des Verkaufsfalles durch Umgehungsgestaltung (BGH, Urteil vom 11.10.1991, – V ZR 127/90)

BGB §§ 504; 1100

1. **Vertragsgestaltungen, die zur Umgehung des Vorkaufsrechts ohne formellen Kaufvertrag in ihrer Gesamtheit einem Kaufvertrag nahezu gleichkommen und in die der Vorkaufsberechtigte zur Wahrung seiner Erwerbs- und Abwehrinteressen „eintreten“ kann, ohne die vom Verpflichteten ausgehandelten Konditionen der Veräußerung zu beeinträchtigen, können nach Treu und Glauben den Verkaufsfall auslösen (hier im wesentlichen: unbefristetes, unwiderrufliches Kaufangebot mit Auflassungsvormerkung, unbefristete und unwiderrufliche Veräußerungs- und Belastungsvollmacht unter gleichzeitiger Bestellung eines Nießbrauchs und einer Grundschuld mit sofortigem Besitzübergang und Zurechnung aller Lasten und Nutzungen des Kaufobjekts an den „Erstkäufer“ gegen Leistung des vorgesehenen Entgelts).**

2. **Der Vorkaufsberechtigte hat nach Ausübung eines dinglichen Vorkaufsrechts schon vor seiner Eintragung im Grundbuch einen Herausgabeanspruch gegen den besitzenden Erstkäufer.**

Zum Sachverhalt:

Der Kl. und die unbekanntenen Erben des nach Einlegung der Revision im September 1990 verstorbenen früheren Bekl. zu 1) (im folgenden ist nur mehr vom Erblasser bzw. Bekl. die Rede) sind Miteigentümer eines Hausgrundstücks in W. Im Sondereigentum des Kl. stehen das Erdgeschoß mit Apotheke und das Dachgeschoß mit Wohnung, im Sondereigentum des Erblassers das erste Obergeschoß mit Arztpraxis. Beiden Miteigentümern steht ein dingliches Vorkaufsrecht zu.

Ende Februar 1987 verlor der Erblasser seine Approbation. Da er seine Praxis zum 1. 4. 1987 aufgeben mußte, wollte er Immobilie und Praxis schnell und günstig verkaufen; die Verhandlungen mit dem Bekl. zu 2) verliefen erfolgversprechend. Am 10. 3. 1987 bat der Erblasser den Kl. um Vorabverzicht auf das Vorkaufsrecht, was dieser jedoch ablehnte. Noch im weiteren Tagesverlauf einigten sich Kl. und Erblasser auf einen Kauf des Sondereigentums zum Preis von 200.000,- DM sowie auf einen Kauf der Arztpraxis zum Preis von 350.000,- DM und 40.000,- DM Schwarzgeld; zu einer Beurkundung kam es nicht.

Beide Bekl. trafen am 12. 3. 1987 in drei notariellen Urkunden folgende Vereinbarungen:

Der Erblasser bot dem Bekl. zu 2) den Abschluß eines Kaufvertrages über das Sondereigentum (Arztpraxis) zum Preis von 250.000,- DM an, der durch einen mit Wirkung vom 1. 4. 1987 vereinbarten Schuldbeitritt (als Selbst- und Alleinschuldner) zu Verbindlichkeiten des Erblassers (abgesichert durch eine Grundschuld in Höhe von 250.000,- DM auf dem Sondereigentum) getilgt wurde. Der Bekl. zu 2) wurde zum Vollzug des eventuellen Kaufvertrages und umfassend zu allen Verfügungen über das Sondereigentum bevollmächtigt, ihm wurden ohne weiteres Entgelt ein dinglicher Nießbrauch und eine Buchgrundschuld von 150.000,- DM an dem Sondereigentum bestellt. Zugleich verkaufte der Erblasser an den Bekl. zu 2) die Arztpraxis zum Preis von 290.000,- DM und 60.000,- DM Schwarzgeld.

Im Mai 1988 schlossen die Bekl. noch einen „Mietvertrag“ über die Eigentumswohnung, wobei der Mietzins mit Entrichtung des Kaufpreises gem. Urkunde vom 12. 3. 1987 abgegolten sein sollte. Gleichzeitig erteilte der Erblasser dem Bekl. zu 2) Vollmacht zur Vertretung in allen „Verwaltungsangelegenheiten des Wohnungseigentumsgesetzes“.

Der Kl., der mit Anwaltsschreiben vom 1.10.1987 die Ausübung seines dinglichen Vorkaufsrechts erklärt hat, hält die Vereinbarungen der Bekl. für eine unzulässige Umgehung seines Vorkaufsrechts. LG und OLG haben die Klage auf Übertragung des Sondereigentums, Herausgabe der Eigentumswohnung, Löschung der bewilligten Belastungen sowie Schadensersatz abgewiesen.

Aus den Gründen:

I. Die Revision des Kl. hat im wesentlichen Erfolg.

1. Das Berufungsgericht verneint Ansprüche des Kl., weil es in den beurkundeten Erklärungen vom 12. 3. 1987 keinen Verkaufsfall sieht. Wohl habe der Erblasser ein Kaufangebot gemacht, der Bekl. zu 2) dieses aber noch nicht angenommen. Diese fehlende Annahme könne nicht mit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ersetzt werden. Rechtsgedanken des § 6 AbzG und § 7 AGBG könnten nicht herangezogen werden, weil diese Vorschriften eine andere Zweckbestimmung hätten. § 162 BGB versage, weil vertragliche Beziehungen zwischen dem Kl. und dem Bekl. zu 2) nicht bestünden. Für die Annahme von Scheingeschäften oder einer Falschbezeichnung (falsa demonstratio) fehle jeglicher Anhaltspunkt. Entscheidend sei, daß das Vorkaufsrecht dem Kl. keinen Anspruch auf Herbeiführung des Verkaufsfalles einräume.

2. Es ist richtig, daß der Verkaufsfall nur eintritt, wenn der „Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag“ geschlossen hat (§§ 1098 Abs. 1, 504 BGB). Der Vorkaufsberechtigte hat auch keinen Anspruch auf Eintritt des Verkaufsfalles (BGHZ 110,

230, 232 f. = DNotZ 1990, 730). Eine einfallsreiche Kautelarpraxis hat seit jeher Versuche unternommen, Vorkaufsrechte zu unterlaufen. Die höchstrichterliche Rspr. hat darauf mit einem unterschiedlichen – im Laufe der Zeit verfeinerten – Instrumentarium reagiert. So stand zunächst die Erwägung im Vordergrund, daß Vertragsgestaltungen zur Vereitelung des Vorkaufsrechts wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein können (§ 138 BGB). Das bloße Vorhandensein einer Vereitelungsabsicht wurde jedoch dafür als nicht ausreichend angesehen. Erschwerend mußte hinzukommen, daß die Abmachung durch ihren Gesamtcharakter oder die Art und Weise ihres Zustandekommens das Gepräge der Sittenwidrigkeit erhielt, sei es, daß sie auf verwerflichen Beweggründen oder der Anwendung unlauterer Mittel beruhte, sei es, daß sie ausschließlich den Zweck verfolgte, dem Vorkaufsberechtigten Schaden zuzufügen (vgl. z. B. BGH WM 1964, 231 = DNotZ 1965, 35; BGH WM 1970, 321). Auch mit dem Gedanken des Scheingeschäfts wurde in einem Fall gearbeitet, bei dem zur Abschreckung des Vorkaufsberechtigten ein überhöhter Kaufpreis ausgewiesen und vereinbart wurde, bei Nichtausübung des Vorkaufsrechts solle der Käufer den überhöhten Kaufpreisteil abziehen, im Falle der Ausübung solle dieser Kaufpreisteil dagegen zwischen dem Erstkäufer und dem Verkäufer aufgeteilt werden (vgl. BGH WM 1980, 938 f.). Da ein nichtiges Geschäft aber keinen Vorkaufsfall auslösen kann, wurden mit dieser Betrachtungsweise nur die Abwehrinteressen des Vorkaufsberechtigten berücksichtigt, seine Erwerbsinteressen jedoch nicht.

Dogmatisch einen Schritt weiter ging die Entscheidung BGHZ 77, 359 ff. = DNotZ 1978, 240. Darin hat der Senat, von § 505 Abs. 2 BGB ausgehend, ausgesprochen, der Vorkaufsberechtigte werde durch solche Bestimmungen des Erstvertrages nicht verpflichtet, die wesensgemäß nicht zum Kaufvertrag gehörten, sich vielmehr darin als Fremdkörper darstellten. Dies sei in der Regel der Fall bei einer Vertragsgestaltung, die völlig außerhalb des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung des Kaufs liege, so nur für den Vorkaufsfall getroffen wurde und den Parteien des Erstvertrages bei dessen Durchführung keine irgendwie gearteten Vorteile bringe.

Einen weiteren Lösungsansatz bot die Überlegung, daß der Begriff des Kaufvertrages i. S. d. § 504 BGB wie jede andere gesetzliche Regelung einer interessengerechten Auslegung zugänglich ist und es durchaus Vertragsgestaltungen geben kann, die einem Kauf i. S. d. Vorkaufsrechts so nahe kommen, daß sie ihm unter Berücksichtigung der Interessen des Vorkaufsberechtigten und des Vorkaufsverpflichteten gleichgestellt werden können. So ist schon in den Motiven zum BGB davon die Rede, daß auf Interpretationsregeln zum Begriff des Kaufvertrages als überflüssig und bedenklich verzichtet werde, es vielmehr von der Prüfung des Einzelfalles abhängen, ob ein Kaufvertrag abgeschlossen sei (Mot. II, 345; Prot. II, 103). Der IV. Zivilsenat des BGH hat demgemäß die sicherungsweise erfolgte Übertragung eines Miterbenanteils gegen Gewährung eines Darlehens als Erbschafts Kauf angesehen, weil die Rückzahlung des Darlehens einerseits und die Rückübertragung des Erbanteils andererseits durch besondere Abmachungen praktisch für immer ausgeschlossen waren (BGHZ 23, 174 ff.). Mit ähnlichen Erwägungen hat das RG eine Vereinbarung, worin sich der Miterbe wegen eines den alleinigen Gegenstand des ungeteilten Nachlasses bildenden Grundstücks gegen Entgelt schuldrechtlichen Verpflichtungen unterwarf, die dem Vertragspartner die restlose, zeitlich unbeschränkte Wahrnehmung der Miterbenrechte für eigene Rechnung gewährleisten sollten, als Vorkaufsfall i. S. v. § 2034 Abs. 1 BGB behandelt (RGZ 171, 185, 191 ff.).

Vor diesem Hintergrund hält es der Senat nunmehr für eine sachgerechtere Lösung der Umgehungproblematik, den Begriff des Kaufvertrages i. S. v. § 504 BGB vorsichtig auf kaufähnliche Verträge auszudehnen, die einem Kaufvertrag nahezu gleichkommen und in die der Vorkaufsberechtigte zur Wahrung seiner Erwerbs- und Abwehrinteressen „eintreten“ kann, ohne die vom Verpflichteten ausgehandelten Konditionen der Veräußerung zu beeinträchtigen. Diese Auffassung

folgt aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (§§ 162, 242 BGB), der im Vorkaufsrecht – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – im Verhältnis zwischen Vorkaufsberechtigtem und Vorkaufsverpflichtetem nicht außer Betracht bleiben kann. Auf dieses Verhältnis kommt es zunächst an, nicht aber darauf, daß zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Dritten keine vertraglichen Beziehungen bestehen. Der Senat hat bereits in seinem Urteil vom 15. 6. 1957 (WM 1957, 1162, 1165 = DNotZ 1957, 654) die Möglichkeit angedeutet, daß Vertragsgestaltungen, die allein dazu dienen sollen, dem Vorkaufsberechtigten die Ausübung des Vorkaufsrechts unmöglich zu machen, in einer Gesamtbetrachtung als Vorkaufsfall angesehen werden könnten und die Berufung der Bet. auf die rein formale Rechtslage gegen § 242 BGB verstoßen könne. Er hat bereits in einem Teilbereich des Vorkaufsrechts dem Umgehungsgegenstandspunkt dadurch Rechnung getragen, daß er den Tatbestand des § 506 BGB auf Fälle ausdehnte, in denen die Parteien des Erstkaufes mit einem für den Vorkaufsberechtigten handelnden vollmachtlosen Vertreter einen Erlaßvertrag über die Nichtausübung des Vorkaufsrechts abschließen, um damit für den Fall der Nichtgenehmigung des Erlaßvertrages auch eine Unwirksamkeit des damit in Rechtseinheit stehenden Kaufvertrages (§ 139 BGB) zu erreichen (BGHZ 110, 230, 233 ff.). Auch bei der Frage, ob ein Vorkaufsfall gegeben ist, müssen entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts rein formale Kriterien unter Umständen zurücktreten gegenüber einer materiellen Betrachtungsweise und einem interessengerechten Verständnis. Dies entspricht einer in der Lit. auf breiter Ebene mit verschiedenen Nuancen in der Begründung vertretenen Auffassung (MünchKomm/Westermann, 2. Aufl., § 504 BGB, Rd.-Nr. 18 f., 21; Soergel/Stürmer, 12. Aufl., vor § 1094 BGB, Rd.-Nr. 8 und § 1097 BGB, Rd.-Nr. 3; Staudinger/Mayer-Maly, 12. Aufl., § 504 BGB, Rd.-Nr. 15–21; Schurig, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, 130 ff. und 157 ff.; mit Einschränkung wohl auch RGRK/Rothe, 12. Aufl., § 1097 BGB, Rd.-Nr. 9 f.).

In ähnlicher Weise wird die Umgehungproblematik im Bereich des Höferechts gelöst. Der Senat hat für § 13 HöfeO a.F. (und nichts anderes gilt für die insoweit nicht geänderte Neufassung) einerseits den Begriff der „Veräußerung“ als rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums definiert, die erst mit der Eintragung im Grundbuch vollzogen sei (BGHZ 73, 282, 287), und betont, daß es den Teilnehmern im Rechtsverkehr auch im Bereich des § 13 HöfeO nicht verwehrt sei, von den Möglichkeiten Gebrauch zu machen, die ihnen die Rechtsordnung biete (BGH NJW 1973, 798 f.). Andererseits hat er aber in den genannten Entscheidungen auch ausgeführt, daß unter dem Gesichtspunkt des Umgehungsgeschäfts Vertragsgestaltungen, die nach ihrem wirtschaftlichen Zweck auf Veräußerung des Hofes unter Vermeidung der Ausgleichspflicht gerichtet sind, einer Veräußerung dann gleichstehen, wenn sie gegen Treu und Glauben verstoßen (vgl. auch BGHZ 91, 154, 171 m. w. N.).

Die nunmehr vom Senat vertretene Auffassung folgt der Entwicklung der Gesetzgebung auf dem Gebiet gesetzlicher Vorkaufsrechte. § 11 RSG (i. d. F. v. 11. 8. 1919, RGBl. I, 1429 ff.) dehnte das gesetzliche Vorkaufsrecht gemeinnütziger Siedlungsunternehmen unter anderem auf alle Verträge aus, „die auf die Veräußerung eines Grundstücks gegen Entgelt gerichtet sind“. Diese Bestimmung wurde durch § 27 Nr. 9 GrdstVG vom 28. 7. 1961 unter anderem als „überflüssig“ aufgehoben, weil „Umgehungsgeschäfte, die bisher durch § 11 RSG erfaßt werden sollten, im Wege der Auslegung wie Kaufverträge behandelt werden“ können (vgl. Lange, GrdstVG, 2. Aufl., 356; Ehrenforth, RSG und GrdstVG, 172 f.; BT-Drucks. 3/2635, 16). Es besteht kein sachlicher Grund, das schuldrechtliche und dingliche Vorkaufsrecht des BGB in diesem Punkt anders zu behandeln als das siedlungsrechtliche Vorkaufsrecht, das ebenfalls nur durch „Kaufverträge“ ausgelöst werden kann.

Der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, mit dem es alleine auf die fehlende Annahmeerklärung des Bkl. zu 2) abstellt und eine Gesamtwürdigung aller Vereinbarungen vom

12. 3. 1987 unterläßt, ist mithin zu eng. Der Senat kann die notwendige – auch tatrichterliche Aufgaben umfassende – Würdigung selbst nachholen, weil weiteres Tatsachenmaterial hierzu nicht mehr zu erwarten ist (BGHZ 65, 107, 112; BGH WM 1988, 1599 = DNotZ 1989, 308). Die in allen drei Urkunden zwischen dem Erblasser und dem Bekl. zu 2) getroffenen Vereinbarungen sind danach in ihrer Gesamtheit einem Kaufvertrag gleichzustellen, der den Vorkaufsfall auslöst.

Der Erblasser hat dem Bekl. zu 2) nicht nur ein unbefristetes, unwiderrufliches und vererbliches Vertragsangebot zum Kauf unterbreitet, sondern ihn auch unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB ebenso unbefristet und unwiderruflich unter Bindung seiner Rechtsnachfolger zum Vollzug (Erklärung der Auflassung und aller zur Eigentumsumschreibung erforderlichen Erklärungen) bevollmächtigt. Dieser durch eine Auflassungsvormerkung gesicherten Rechtsposition folgt eine Vertragsgestaltung, die dem Bekl. zu 2) noch vor Annahme des Angebotes die „Stellung eines wirtschaftlichen Eigentümers“ (wie es im Vertrag ausdrücklich heißt) geben soll. Die Räume der Arztpraxis wurden mit Wirkung vom 1. 4. 1987 übergeben, „alle Nutzungen und Lasten des Wohnungseigentums“ dem Bekl. zu 2) zugewiesen. Ihm wurde nicht nur ab 1. 4. 1987 ohne besonderes Entgelt ein lebenslangliches dingliches Nießbrauchsrecht eingeräumt, sondern er wurde vom Erblasser unwiderruflich und über dessen Tod hinaus umfassend bevollmächtigt, über die Eigentumswohnung „beliebig zu verfügen, die Auflassung zu erklären, Grundschulden zu bestellen und den Kaufpreis in Empfang zu nehmen sowie den Erblasser in der Wohnungseigentümersammlung zu vertreten“. Verstärkt wurde die Stellung des Bekl. zu 2) schließlich durch Eintragung einer Buchgrundschuld an dem Wohnungseigentum in Höhe von 150.000,- DM. Von besonderer Bedeutung ist, daß der Bekl. zu 2) auch die Gegenleistung erbrachte, indem er schon vor Annahme des Angebotes mit Wirkung ab 1. 4. 1987 als Selbst- und Alleinschuldner die Verbindlichkeiten des Erblassers bis zu einer Höhe von 250.000,- DM durch kumulativen Schuldbeitritt „übernimmt“, die einer in Abt. III eingetragenen Grundschuld in gleicher Höhe zugrunde liegen, und zwar mit der Maßgabe, daß die Gläubigerin des Grundpfandrechts einen unmittelbaren Anspruch gegen ihn erhält. Nichts anderes war auch im Vertragsangebot selbst als Gegenleistung des Käufers vorgesehen. Sämtliche Rückgewähransprüche hinsichtlich der Grundschuld wurden an ihn abgetreten. Damit erbrachte der Bekl. zu 2) die Gegenleistung, obwohl – wie ihm bekannt war – sich der Erblasser in ganz erheblichen wirtschaftlichen Schwierigkeiten befand (auch der Kaufpreisanspruch für die gleichzeitig verkaufte Arztpraxis wurde in voller Höhe an die Gläubiger des Erblassers abgetreten) und er damit für den Fall der Nichtannahme des Angebotes keine reale Aussicht hatte, seine Leistungen zurückzuerhalten. Die Vertragsgestaltung zeigt damit insgesamt den Willen der Vertragsparteien, eine entgeltliche Veräußerung endgültig abzuschließen und auch zu vollziehen. Der Bekl. zu 2) hat die vorgesehene Gegenleistung kraft ausdrücklicher Verpflichtung erbracht und konnte, abgesichert durch Vormerkung, Nießbrauch, Grundschuld und umfassende Vollmachten, wie ein Eigentümer mit der Eigentumswohnung verfahren; der Erblasser hat sich aller Befugnisse eines Eigentümers praktisch entäußert und durch Freistellung von seinen Schulden schon die Gegenleistung hierfür erhalten.

Die Annahme des Vertragsangebots spielt keine wesentliche Rolle mehr. Sie wurde und wird nur deshalb unterlassen, um formal den Vorkaufsfall zu vermeiden. Nach der Lebenserfahrung hätte ein Leistungsaustausch im vorliegenden Umfang ohne Kaufvertrag sonst nicht stattgefunden. Dies ist gegenüber dem Kl. ein Verstoß gegen Treu und Glauben, weil dessen Erwerbsinteresse durch die einem Kaufvertrag gleichzustellende Vertragsgestaltung beeinträchtigt ist und andererseits das unmittelbare Interesse des Erblassers auf Erlangung der Gegenleistung ebensogut vom Kl. erfüllt werden kann. Es ist kein Unterschied mehr erkennbar zu dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall, in dem den Vertragspartnern eines Miterben gegen Entgelt die restlose zeitlich unbeschränkte Wahrnehmung der Miterbenrechte für eigene Rechnung eingeräumt wurde, ein

Verkauf des Miterbenanteils im strengen Sinne aber nicht stattfand (RGZ 171, 185, 191 ff.). Die Bekl. müssen sich deshalb so behandeln lassen, als sei der Vorkaufsfall eingetreten. Entbehrlich ist, daß der Kl., zunächst förmlich und notariell beurkundet die Annahme des Vertragsangebots erklärt. Es genügt vielmehr, wie auch sonst nach Eintritt des Vorkaufsfalles, daß der Vorkaufsberechtigte durch eine nicht formbedürftige Erklärung gegenüber dem Verpflichteten die Ausübung seines Vorkaufsrechts erklärt hat (§ 505 Abs. 1 BGB).

Soweit die Revisionserwiderung in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen hat, der Erblasser habe mit dem Bekl. zu 2) anlässlich des Praxisverkaufs unstreitig eine Schwarzgeldabrede getroffen, ändert dieser auf die Formunwirksamkeit (§§ 313, 125, 139 BGB) aller Vereinbarungen zielende Einwand nichts am Ergebnis. Die Berufung auf den etwaigen Formmangel verstößt hier gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). Dazu kann unterstellt werden, daß der Praxisverkauf mit den übrigen Abmachungen eine rechtliche Einheit bildet (§ 139 BGB), wozu das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat. Wie § 508 BGB zeigt, ist diese rechtliche Einheit jedenfalls i. d. S. gelockert, daß das Vorkaufsrecht auch dann ausgeübt werden kann, wenn sein Gegenstand zusammen mit anderen nicht erfaßten Gegenständen verkauft wird. Vor diesem Hintergrund ist es treuwidrig, wenn die Bekl. über vier Jahre ihre Vereinbarungen als gültig behandeln, sie erfüllen und nun auf die Formbedürftigkeit der Schwarzgeldabrede des längst vollzogenen Praxisverkaufs abheben. Sie wollen damit ersichtlich für ihr eigenes Rechtsverhältnis keinerlei Konsequenzen ziehen, sondern nur das Vorkaufsrecht des Kl. unterlaufen. Dies wäre ein schlechthin untragbares Ergebnis.

Daraus würde ein Auflassungsanspruch des Kl. gegen den Bekl. zu 1) (§§ 1098 Abs. 1, 505 Abs. 2, 433 Abs. 1 S. 1 BGB) und ein Lösungsanspruch gegen den Bekl. zu 2) hinsichtlich der eingetragenen Rechte (Auflassungsvormerkung; Nießbrauch und Grundschuld §§ 1098 Abs. 2, 883 Abs. 2, 888 BGB) folgen. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung hätte der Kl. auch gegen den Bekl. zu 2) einen Herausgabeanspruch, und zwar auch schon vor seiner (des Kl.) Eintragung als Eigentümer. Offen bleiben kann, ob jeder Inhaber einer Auflassungsvormerkung vom besitzenden Dritterwerber die Herausgabe verlangen könnte (was die Revisionserwiderung unter Hinweis auf Kommentarliteratur verneint), denn im Fall der wirksamen Ausübung eines dinglichen Vorkaufsrechts besteht jedenfalls ein Herausgabeanspruch des Vorkaufsberechtigten gegen den besitzenden Dritterwerber. Dies folgt aus § 1100 BGB, der einen solchen Anspruch voraussetzt. Diese Auffassung wird in Rspr. und Lit. durchgängig vertreten (vgl. RGZ 84, 100, 107 f.; BayObLGZ 1982, 222, 230; RGRK/Rothe, a.a.O., § 1100 BGB, Rd.-Nr. 2; Erman/Küchenhoff, 8. Aufl., § 1098 BGB, Rd.-Nr. 8; MünchKomm/Westermann, a.a.O., §§ 1098 BGB, Rd.-Nr. 11 und 1100 BGB, Rd.-Nr. 2 m. w. N.; Soergel/Stürner, a.a.O., § 1100 BGB, Rd.-Nr. 2; Staudinger/Mayer-Maly, a.a.O., § 1098 BGB, Rd.-Nr. 17; Hoche, NJW 1963, 301 f.; Meyer, NJW 1971, 1318; Schwerdtner, BWNotZ 1972, 415, 418). Der Senat schließt sich dieser Auffassung an (vgl. Senatsurt. v. 18. 12. 1986, V ZR 137/85, S. 14; incidenter auch schon BGHZ 87, 296 f.).

Dem Herausgabeanspruch des Kl. kann der Bekl. zu 2) auch nicht gem. § 571 BGB den mit dem Erblasser erst später (1988) abgeschlossenen „Mietvertrag“ entgegenhalten. Es handelt sich insoweit schon nicht um einen Mietvertrag (Gebrauchsüberlassung gegen Mietzins), vielmehr um einen in Ausführung des Umgehungskonzepts geschlossenen Nutzungsvertrag; die Gegenleistung sollte mit der Übernahme der Verbindlichkeiten nach der Urkunde vom 12. 3. 1987 abgegolten sein, und der Vertrag hatte neben dem bereits eingetragenen Nießbrauchsrecht keine Bedeutung mehr. Im übrigen war die Wohnung dem Bekl. zu 2) nicht aufgrund des „Mietvertrages“ überlassen, als sie an ihn veräußert wurde. § 571 BGB kann deshalb auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finden.

Gleichwohl ist die Sache noch nicht zur Endentscheidung reif, denn das Berufungsgericht hat sich bisher – von seinem Stand-

punkt aus zu Recht – nicht mit dem unter Beweis gestellten Vortrag der Bekl. befaßt, Kl. und Erblasser seien sich bei Bestellung des Vorkaufsrechts darüber einig gewesen, dieses Recht solle bei einem Zusammenfallen von Immobilienverkauf und Praxis – bzw. Apothekenverkauf – nicht bestehen; dies ergebe sich auch aus einer Auslegung des schriftlichen Vertrages vom 8. 8. 1983, in dem vereinbart worden sei, bei Beendigung der Nutzung von Apotheke oder Arztpraxis solle unverzüglich ein geeigneter Nachfolger gefunden werden, wobei das Vorschlagsrecht zunächst dem seine Berufstätigkeit aufgebenden Sondereigentümer zustehe.

Bei der erneuten Verhandlung wird der Kl. Gelegenheit haben, die Zug-um-Zug-Einschränkung der Tatsache anzupassen, daß nach dem Vertragsangebot lediglich ein Schuldbeitritt nach §§ 305, 328 BGB vorgesehen ist; auch wird er dem Umstand Rechnung tragen können, daß auf der Grundlage des Valutenstandes vom 1. 4. 1987 ein eventuell durch „Schuldübernahme“ nicht getilgter Kaufpreisteil in bar an den Verkäufer zu zahlen ist. Die Bekl. haben bislang allerdings nicht geltend gemacht, daß ein solcher bar zu tilgender Kaufpreisteil überhaupt verbleibt.

Für den Fall einer wirksamen Vorkaufsrechtsausübung erscheint es angemessen, dem Bekl. zu 2) in entsprechender Anwendung von § 1100 BGB auch einen – im Wege des Zurückbehaltungsrechts einwendbaren – Anspruch gegen den Kl. auf Erstattung derjenigen Beträge zuzubilligen, die er aufgrund des vereinbarten Schuldbeitritts bereits an die Gläubigerbank bezahlt hat. Ein solcher Erstattungsanspruch steht allerdings grundsätzlich nur demjenigen Erstkäufer (oder dessen Rechtsnachfolger) zu, der schon als neuer Käufer im Grundbuch eingetragen war (vgl. RGRK/Rothe, a.a.O., § 1100 BGB, Rd.-Nr. 1; Erman/Küchenhoff, a.a.O., § 1100 BGB, Rd.-Nrn. 1 und 3; MünchKomm/Westermann, a.a.O., § 1100 BGB, Rd.-Nr. 1; Palandt/Bassenge, 50. Aufl., § 1100 BGB, Anm. 1; Staudinger/Mayer-Maly, a.a.O., § 1100 BGB, Rd.-Nrn. 2 f.; Soergel/Stürner, a.a.O., § 1100 BGB, Rd.-Nr. 1). Zu einer solchen Eintragung ist es bisher wegen der fehlenden Vertragsannahme nicht gekommen. Andererseits läßt sich nicht übersehen, daß dem Bekl. zu 2) im Rahmen der vorliegenden Vertragsgestaltung weitgehend alle Eigentümerbefugnisse übertragen wurden. Dies unter anderem hat dazu geführt, einen Vorkaufsfall anzunehmen. Muß der Bekl. zu 2) die Nachteile dieser Vertragsgestaltung (Annahme eines Vorkaufsfalles) tragen, so erscheint es angemessen, ihm auch die Vorteile einer vereinfachten Abwicklung im Verhältnis zwischen Vorkaufsberechtigtem und Erstkäufer (Erstattungsanspruch nach § 1100 BGB) zuzubilligen.

II. Ohne Erfolg bleibt die Revision hinsichtlich des Antrags auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht des Bekl. Von dem Ergebnis der Entscheidung im übrigen (s.o.) ist sie nicht abhängig. Das Berufungsgericht hat Schadensersatzansprüche des Kl. zu Recht verneint. Es hat insbesondere rechtsfehlerfrei festgestellt, daß der Umgehungstatbestand allein für den Vorwurf der Sittenwidrigkeit (§ 826 BGB) nicht ausreicht und zusätzliche Anhaltspunkte fehlten, die dem Geschäft durch seinen Gesamtcharakter oder die Art und Weise seines Zustandekommens das Gepräge der Sittenwidrigkeit verleihen (vgl. BGH WM 1970, 321). Einen Rechtsfehler vermag die Revision insoweit nicht aufzuzeigen.

4. Liegenschaftsrecht/Personengesellschaftsrecht – Grundbuchberichtigung bei Tod eines BGB-Gesellschafters (BayObLG, Beschluß vom 12. 8. 1991 – 2 Z 93/91 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

**GBO §§ 22; 29
BGB § 727**

1. Die Berichtigung des durch den Tod eines im Grundbuch eingetragenen Gesellschafters bürgerlichen Rechts unrichtig gewordenen Grundbuchs setzt die Vorlage des Gesellschaftsvertrags voraus.

2. Ausnahmsweise genügt die Vorlage eines nicht der grundbuchrechtlichen Form entsprechenden Gesellschaftsvertrags, wenn sonst die Grundbuchunrichtigkeit auch aufgrund einer Berichtigungsbewilligung nicht beseitigt werden könnte.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. sind zusammen mit ihrem Vater als Gesellschafter bürgerlichen Rechts im Grundbuch als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen. Der im September 1990 gestorbene Vater der Bet. ist von den Bet. und ihrer Mutter zu je einem Drittel beerbt worden, die im November 1990 gestorbene Mutter der Bet. von diesen je zur Hälfte.

Die Bet. haben unter Vorlage der beiden Erbscheine beantragt, im Wege der Grundbuchberichtigung einzutragen, daß ihr Vater aus der GbR ausgeschieden ist. Das GBA hat durch Zwischenverfügung vom 15. 1. 1991 den Antrag beanstandet und die Vorlage des Gesellschaftsvertrags oder eine Versicherung des Notars verlangt, daß der Gesellschaftsvertrag weder eine Fortsetzungsklausel noch eine Nachfolgeklausel oder eine Eintrittsklausel enthält. Die Erinnerung/Beschwerde der Bet. hat das LG am 30. 4. 1991 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Bet.

Aus den Gründen:

Die weitere Beschwerde ist im wesentlichen unbegründet.

1. Das LG hat ausgeführt . . .

2. Die Entscheidung hält im wesentlichen der rechtlichen Nachprüfung stand; jedoch wird die Zwischenverfügung insoweit aufgehoben, als zur Behebung des Eintragungshindernisses eine Versicherung des Notars zugelassen wird.

a) Sind als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch mehrere Personen als Gesellschafter bürgerlichen Rechts eingetragen, wird das Grundbuch mit dem Tod eines Gesellschafters unrichtig. Die Berichtigung des Grundbuchs aufgrund Unrichtigkeitsnachweises gem. § 22 Abs. 1 GBO setzt nicht nur den Nachweis der Unrichtigkeit voraus; vielmehr müssen auch alle Möglichkeiten ausgeräumt werden, die der Richtigkeit der beantragten neuen Eintragung entgegenstehen würden (BayObLG Rpfleger 1982, 141; OLG Hamm Rpfleger 1989, 148; Horber/Demharter, 19. Aufl., § 22 GBO, Anm. 11 a). Danach genügt beim Tod eines im Grundbuch eingetragenen Gesellschafters bürgerlichen Rechts allein der Nachweis des Todes und der Erbfolge nicht. Denn durch die Eintragung der Erben anstelle des gestorbenen Gesellschafters könnte das Grundbuch weiterhin unrichtig bleiben.

(1) Nach § 727 Abs. 1 BGB wird die GbR durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrag sich ein anderes ergibt. Nur wenn es bei dem Grundsatz des § 727 Abs. 1 BGB bleibt, nämlich der Auflösung der Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters, wird das Grundbuch durch die Eintragung der Erben richtig. In diesem Fall treten die Erben anstelle des gestorbenen Gesellschafters in die durch den Tod als Liquidationsgesellschaft fortbestehende Gesellschaft und damit auch in die Rechtsposition des gestorbenen Gesellschafters hinsichtlich des Grundstücks ein (MünchKomm/Ulmer, 2. Aufl., § 727 BGB, Rd.-Nr. 9).

(2) Der Gesellschaftsvertrag kann aber andere Rechtsfolgen beim Tod eines Gesellschafters vorsehen. Er kann bestimmen, daß die Gesellschaft mit dem Tod eines Gesellschafters nicht aufgelöst wird, sondern fortbestehen soll. In diesem Fall kann bestimmt sein, daß die Gesellschaft mit den Mitgesellchaftern fortgeführt wird (Fortsetzungsklausel) oder mit den Erben (einfache Nachfolgeklausel) oder nur mit bestimmten Personen als Erben (qualifizierte Nachfolgeklausel) oder mit einem Dritten, dem ein Eintrittsrecht eingeräumt wird (Eintrittsklausel).

Im Fall einer *Fortsetzungsklausel* wächst der Anteil des durch den Tod ausgeschiedenen Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern an (§§ 736, 738 BGB); er fällt also nicht in den Nachlaß, geht vielmehr unmittelbar und ohne Einzelübertragung auf die Mitgesellchafter über (Palandt/Thomas, 50. Aufl., § 738 BGB, Anm. 1). Die Eintragung der Erben würde das Grundbuch wiederum unrichtig machen. Dies gilt auch dann, wenn wie hier

die Erben die Mitgesellschafter sind. Denn die Eintragung ist unterschiedlich vorzunehmen, je nachdem, ob die Erbfolge (§ 1922 Abs.1 BGB) oder die Anwachsung (§ 738 Abs.1 BGB) Grundlage der Eintragung ist (vgl. die Beispiele Abschn. VIII Nr.1.2 Buchst. a einerseits und b andererseits bei Eickmann, Rpfleger 1985, 85, 92 f.).

Im Fall der *einfachen Nachfolgeklausel* geht der Anteil des verstorbenen Gesellschafters zwar auf die Erben über; durch ihre Eintragung als solche wird das Grundbuch aber unrichtig, weil nach allg. M. der erbrechtliche Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge durchbrochen wird und jeder einzelne Miterbe persönlich Gesellschafter ohne die erbengemeinschaftliche Bindung wird (Palandt/Thomas, a.a.O., Anm. 3; MünchKomm/Ulmer, a.a.O., Rd.-Nr. 26, je zu § 727 BGB). Auch hier unterscheidet sich die Eintragung im Grundbuch von einer Eintragung allein aufgrund der Erbfolge (vgl. die Beispiele Abschn. VIII Nr.1.2 Buchst. a einerseits und c andererseits bei Eickmann, Rpfleger 1985, 85, 92 f.). Sind wie hier die Mitgesellschafter die Erben, findet eine Anwachsung statt, die im Grundbucheintrag zum Ausdruck zu bringen ist. Außer der Rötung des ausgeschiedenen Gesellschafters könnte der Vermerk über die Eintragungsgrundlage etwa wie folgt lauten: „Der Anteil des verstorbenen Gesellschafters ist den Mitgesellschaftern aufgrund Nachfolvereinbarung als Erben angewachsen.“

Bei einer *qualifizierten Nachfolgeklausel* geht der Anteil des gestorbenen Gesellschafters im ganzen auf den oder die als Nachfolger in Betracht kommenden einzelnen Erben über und nicht nur in Höhe ihrer Erbquote (Palandt/Thomas, a.a.O., Anm. 4; MünchKomm/Ulmer, a.a.O., Rd.-Nr. 31, je zu § 727 BGB). In diesem Fall würde durch die Eintragung aller Erben das Grundbuch unrichtig.

Im Fall einer *Eintrittsklausel* tritt mit dem Tod des Gesellschafters zunächst wie bei einer Fortsetzungsklausel eine Anwachsung des Anteils bei den Mitgesellschaftern ein. Mit Ausübung des Eintrittsrechts durch den Eintrittsberechtigten findet eine entsprechende Abwachsung bei diesen und eine Anwachsung bei dem Eintrittsberechtigten statt (vgl. MünchKomm/Ulmer, a.a.O., § 727 BGB, Rd.-Nr. 36). Durch die Eintragung der Erben als solche würde das Grundbuch selbst dann unrichtig, wenn diese unmittelbar nach dem Tod vorgenommen würde und die Erben Mitgesellschafter sind. Insoweit unterscheidet sich der Fall nicht von dem einer Fortsetzungsklausel. Abgesehen davon kann im Wege der Grundbuchberichtigung immer nur der im Zeitpunkt der Berichtigung zutreffende Rechtszustand eingetragen werden. Die Möglichkeit eines zwischenzeitlichen Eintritts aufgrund einer Eintrittsklausel kann daher nicht unberücksichtigt und einer weiteren Grundbuchberichtigung vorbehalten bleiben.

b) Die unterschiedlichen Rechtsfolgen bei den in Betracht kommenden verschiedenen gesellschaftsvertraglichen Gestaltungen haben zur Folge, daß der grundbuchrechtliche Unrichtigkeitsnachweis zur Berichtigung des Grundbuchs beim Tod eines im Grundbuch eingetragenen Gesellschafters bürgerlichen Rechts in keinem Fall ohne den Gesellschaftsvertrag geführt werden kann; der Gesellschaftsvertrag ist damit in jedem Fall dem GBA vorzulegen (Eickmann, Rpfleger 1985, 85, 92; Meikel/Böttcher, 7. Aufl., § 22 GBO, Rd.-Nr. 124). Dies gilt selbst im Regelfall des § 727 Abs.1 BGB zum Nachweis dafür, daß keine abweichende gesellschaftsvertragliche Vereinbarung vorliegt.

Auf die Vorlegung des Gesellschaftsvertrags könnte allerdings dann verzichtet werden, wenn es sich bei einer gesellschaftsvertraglichen Abweichung von der gesetzlichen Regel des § 727 Abs.1 BGB nur um eine ganz entfernt liegende, bloß theoretische Möglichkeit handeln würde (BayObLGZ 1971, 336, 339; vgl. auch BayObLGZ 1988, 102, 107; Horber/Demharter, a.a.O., § 22, Anm. 11 a). Davon kann aber entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerdeführer keine Rede sein.

c) Der Berichtigungsantrag der Bet. ist dahin auszulegen, daß ihnen der Anteil des gestorbenen Gesellschafters angewach-

sen ist. Die Bet. haben nämlich beantragt, im Grundbuch einzutragen, daß ihr Vater aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. Zur Begründung ist ausgeführt, die Beteiligung ihres Vaters sei auf sie als Erben übergegangen. Der Berichtigungsantrag geht damit von einer einfachen Nachfolgeklausel aus; das Erlöschen der Gesellschaft wird nämlich nicht behauptet; auch wird nicht beantragt, die Bet. als Erben anstelle ihres Vaters einzutragen.

Bei einer dem Berichtigungsantrag zugrundeliegenden Nachfolgeklausel setzt der Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit den durch die Erbscheine bereits erbrachten Nachweis des Todes des noch eingetragenen Gesellschafters und seiner Beerbung durch die Bet. voraus, außerdem aber auch den Nachweis einer Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag des Inhalts, daß die Gesellschaft mit den Erben fortgeführt wird. Dieser Nachweis kann nur durch Vorlage eines Gesellschaftsvertrags geführt werden, der eine entsprechende Nachfolgeklausel enthält. Ob der Gesellschaftsvertrag eine Klausel dieses Inhalts enthält, hat das GBA als Eintragungsvoraussetzung festzustellen; diese Feststellung kann nicht dem Notar überlassen werden. Deshalb scheidet die in der Zwischenverfügung vorgesehene Vorlage einer Versicherung des Notars, daß der Gesellschaftsvertrag keine von der Regel des § 727 Abs.1 BGB abweichende Vereinbarung enthält, als Mittel zur Beseitigung des Eintragungshindernisses aus. Insoweit wird die Zwischenverfügung vom Rechtsbeschwerdegericht abgeändert. Das Eintragungshindernis kann daher nur durch Vorlage des Gesellschaftsvertrags behoben werden. Allerdings genügt nur die Vorlage eines Gesellschaftsvertrags mit einer entsprechenden Nachfolgeklausel; dahin ist die Zwischenverfügung auszulegen.

d) Der Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit ist in der Form des § 29 GBO zu führen; dies gilt auch dann, wenn der Nachweis in dieser Form nur unter erheblichen Erschwerungen geführt werden kann. Rspr. und Schrifttum halten an dem Formerfordernis selbst für den Fall fest, daß der Nachweis in der Form des § 29 GBO überhaupt nicht geführt werden kann. In diesem Fall bleibe nur die Berichtigung aufgrund Berichtigungsbewilligung, die im Einzelfall im Prozeßweg erstritten werden müsse (BayObLG Rpfleger 1984, 463; 1988, 525; OLG Hamm Rpfleger 1984, 312 f.; Horber/Demharter, a.a.O., Anm. 11 b; Meikel/Böttcher, Rd.-Nr. 108; KEHE/Ertl, 3. Aufl., Rd.-Nr. 59, je zu § 22 GBO).

Obwohl der Gesellschaftsvertrag einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts grundsätzlich keiner Form bedarf, könnte die Grundbuchunrichtigkeit danach nur durch einen der Formvorschrift des § 29 GBO genügenden Gesellschaftsvertrag nachgewiesen werden. Das grundsätzlich berechnete Festhalten an einem formgerechten Nachweis darf jedoch nicht zur Folge haben, daß für eine Grundbuchberichtigung kein denkbarer Weg mehr verbleibt. In einem solchen Ausnahmefall muß es genügen, daß der Inhalt des Gesellschaftsvertrags in anderer Weise zur Überzeugung des GBA nachgewiesen wird. Rspr. und Schrifttum haben bei dem Nachweis der Eintragungsvoraussetzung, daß eine Verfügung des Testamentsvollstreckers entgeltlich ist, aus den gleichen Gründen ausnahmsweise auf die Einhaltung der Form des § 29 GBO verzichtet (Horber/Demharter, a.a.O., Anm. 11 c; KEHE/Eickmann, Rd.-Nr.15, je zu § 52 GBO und je m. w. N.). Dies muß auch hier gelten, weil eine Berichtigungsbewilligung ebenfalls nicht in Betracht kommt.

Enthält nämlich der Gesellschaftsvertrag die dem Berichtigungsantrag zugrundeliegende einfache Nachfolgeklausel, dann könnte bei einem formlos abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag das GBA auch nicht aufgrund einer Bewilligung berichtigt werden, denn der ebenfalls nur in der Form des § 29 GBO zu erbringende Nachweis der Bewilligungsberechtigung könnte wiederum nur anhand des Gesellschaftsvertrags geführt werden.

5. Liegenschaftsrecht/Höferecht – Dauerwirkung der Hof-erklärung

OLG Köln, Beschluß vom 14. 2. 1991 – 23 Wlw13/90, mitgeteilt von Notar Dr. Anton Moll, Jülich)

HöfeO § 1 Abs. 4 S. 1

VO über die Aufhebung der Hofeigenschaft NW vom 4. 3. 1949

Eine landwirtschaftliche Besitzung, die durch Erklärung der Hofaufgabe und Löschung des Hofvermerks ihre Hofeigenschaft verloren hat, erlangt diese weder durch Erbgang noch durch Übergabevertrag und auch nicht durch Veräußerung wieder. Der Verlust der Hofeigenschaft dauert bis zur Wiedereintragung des Hofvermerks an.

(Leitsatz nicht amtlich)

Aus den Gründen:

Die verfahrensrechtlich bedenkenfreie Beschwerde der Ast. (§§ 11 Abs. 1 a HöfeVfO, 21 f. LwVG, 21 f. FGG) hat in der Sache Erfolg.

Die landwirtschaftliche Besitzung des E. war Erbhof und nach dem Inkrafttreten der HöfeO a.F. „Hof“ in diesem Sinne (§ 19 Abs. 1 S. 1 HöfeO a.F.). Sie hat die Hofeigenschaft am 19. 8. 1949 verloren, als die Erklärung des E., die Besitzung solle nicht mehr die Eigenschaft eines Hofes haben, beim AG einging (§§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 VO über die Aufhebung der Hofeigenschaft NW vom 4. 3. 1949). E. war damals noch alleiniger Hofeigentümer und infolgedessen zur Abgabe der Hofaufhebungserklärung gegenüber dem Landwirtschaftsgericht berechtigt.

Die Frage, ob eine Hofaufhebungserklärung und damit auch die Hofaufhebungserklärung gem. der VO vom 4. 3. 1949 Dauerwirkung hat und – bis zur Wiedereintragung des Hofes – auch die nachfolgenden Eigentümer der Hofgrundstücke bindet oder ob jeweils bei Eigentumsübergang wiederum kraft Gesetzes ein Hof entsteht, sofern die sonstigen Voraussetzungen dafür vorliegen, ist umstritten (vgl. die Zusammenstellung der Meinungen zu dem im wesentlichen gleichgelagerten Problem in § 1 Abs. 4 S. 1 HöfeO n.F. in AgrarR 1982, 226 ff.).

Einerseits wird die Auffassung vertreten, die durch Erklärung und Löschung aufgehobene Hofeigenschaft könne nur auf dem entsprechenden Wege, also durch Erklärung und Eintragung, wiederhergestellt werden. Daß der Betrieb die gesetzlichen Voraussetzungen für einen „Ist-Hof“ aufweise, sei bedeutungslos, und zwar auch dann, wenn die Besitzung durch Erbgang, Übergabevertrag oder sonstige Veräußerung in andere Hände gelangt sei (vgl. LG Bonn RdL 1953, 225; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1975, 522; für unbeschränkte Wirkung auf erbrechtlichem Gebiet: OLG Köln RdL 1954, 131; 1959, 22; für unbeschränkte quasidingliche Wirkung: Steffen, Lütke-Handjery, Stöcker, AgrarR 1982, 227, 230, 232 ff., je m. w. N.).

Die Gegenmeinung ist der Ansicht, der Eigentümer habe lediglich die Befugnis, für die Dauer seines Eigentums und mit Wirkung für seinen eigenen Todesfall die Hofeigenschaft aufzuheben oder sie wieder einzuführen. Sei der Betrieb dann aber in andere Hände gelangt, komme es für die Hofeigenschaft allein darauf an, ob die gesetzlichen Voraussetzungen vorlägen. Sobald dies der Fall sei, lebe die Hofeigenschaft wieder auf (vgl. Moll u. a., AgrarR 1982, 235).

Beide Auffassungen berufen sich auf das Gesetz, das sie unterschiedlich auslegen. Die einen (Moll u. a.) verstehen unter „Eigentümer“ nur denjenigen, der vorher den Hofvermerk hat löschen lassen. Die anderen (Steffen u. a.) sind der Ansicht, daß der „jeweilige Eigentümer“ gemeint sein müsse.

Neben diesen gegensätzlichen Positionen gibt es noch differenzierende Ansichten. So nimmt Faßbender (AgrarR 1982, 238) an, daß nach Vererbung und Übergabevertrag die Hofeigenschaft nur durch neue Erklärung wiederhergestellt werden könne, während sie stillschweigend wieder auflebe, wenn der Rechtsnachfolger den Betrieb durch ein Verkehrsgeschäft erworben habe. Ähnlich argumentiert Pikalo (AgrarR 1982, 236), der aber an den Übergabevertrag dieselben Rechtsfolgen knüpfen will wie an das Verkehrsgeschäft.

Die genannten Meinungsäußerungen beziehen sich zwar in erster Linie auf die gesetzliche Regelung des § 1 Abs. 4 HöfeO n.F. vom 26. 7. 1976. Da die seinerzeit in NW nach § 1 HöfeO a.F. i.V.m. der Verordnung vom 4. 3. 1949 geltende Rechtslage der des § 1 Abs. 4 HöfeO n.F. vergleichbar war, ist die Heranziehung jener Überlegungen auch im vorliegenden Fall geboten.

Der Senat hält die Ansicht, daß die einmal durch Erklärung und Löschung aufgehobene Hofeigenschaft nur durch „actus contrarius“ wiederhergestellt werden kann unabhängig davon, ob der Hof durch Erbgang, Übergabevertrag oder Veräußerung in andere Hände gelangt ist, für folgerichtiger, der Klarheit und Rechtssicherheit dienlicher und daher vorzugswürdig.

Es entspricht der heute ganz überwiegenden Meinung, daß die Hof- bzw. Hofaufhebungserklärung die anwendbare Rechtsordnung für Erbfälle nach dem Hofeigentümer und nach seinen Erben bestimmt (vgl. OLG Köln a.a.O.; Lütke-Handjery, a.a.O.). Ausgehend davon spricht der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit (OLG Düsseldorf a.a.O.) in entscheidendem Maße dafür, nicht zwischen Vererbung, Übergabevertrag und Verkehrsgeschäft zu unterscheiden. In welcher dieser Formen der Übergang einer landwirtschaftlichen Besitzung vollzogen wird, ist – wie auch der vorliegende Fall zeigt – oft vom Zufall abhängig. Der von E. mit seinen Kindern abgeschlossene notarielle Vertrag von 1947/49 enthielt in der praktischen Auswirkung eine vorweggenommene erbrechtliche Regelung. E. wäre nicht gehindert gewesen, sein Ziel statt dessen durch letztwillige Verfügung zu erreichen. Daß seine Hofaufhebungserklärung in diesem Falle eine „Dauerwirkung“ entfaltet hätte, nicht dagegen bei vorweggenommenen Erbaueinandersetzungen, die dasselbe Ziel verfolgen, erscheint wenig sinnvoll. Der Rechtssicherheit wäre es vielmehr abträglich, wenn Regelungen, die zumindest aus der Sicht von Laien „aufs selbe hinauslaufen“, mit so gravierend unterschiedlichen Rechtsfolgen versehen werden sollten. Erheblich klarer und eindeutiger ist dagegen der Standpunkt, daß die Hofaufhebungserklärung mit dem Eingang bei Gericht den Verlust der Hofeigenschaft herbeiführt und daß der Verlust bis zur Wiedereintragung des Hofvermerks andauert.

Diese Betrachtung liegt auch nach dem Wortlaut der §§ 1, 3 der VO vom 4. 3. 1949 nahe. Dort ist von „Hofeigenschaft“ die Rede. Die Eigenschaft haftet einem Gegenstand im allgemeinen aber unabhängig von der Person des Eigentümers an. Deshalb deutet mehr darauf hin, daß auch in § 1 der VO vom 4. 3. 1949 der „jeweilige Eigentümer“ gemeint ist. Hinzu kommt, daß nach der neueren Rspr. des BGH (vgl. AgrarR 1976, 350 f. = DNotZ 1976, 750 = MittRhNotK 1976, 450; BGH AgrarR 1987, 222 f. = DNotZ 1988, 37) die Hoferklärung entgegen der seinerzeit vom OLG Köln (a.a.O.) vertretenen Ansicht nicht nur letztwillige, sondern auch lebzeitige Wirkungen äußert (vgl. dazu auch: Lütke-Handjery, a.a.O., 231).

Für eine „Dauerwirkung“ der Hofaufhebungserklärung spricht ferner die Löschung des Hofvermerks im Grundbuch (§ 2 Abs. 2 der VO vom 4. 3. 1949). Zwar findet insoweit kein Gutgläubenschutz statt. Andererseits kann es jedoch nicht der Sinn und Zweck der Einführung des Hofvermerks und seiner Löschung sein – in vermeidbarer Weise –, Fälle zu schaffen und zuzulassen, in denen der Lösungsvermerk auf dem Grundbuch nicht mit den tatsächlichen Gegebenheiten übereinstimmt. Mit der Löschung des Hofvermerks wird vielmehr u. a. die Kennzeichnung einer nicht mehr bestehenden Vererbbarkeitsqualität des Hofes als solchen bezweckt. Folglich wird auch nicht die Vererbbarkeit im Einzelfall, sondern die Hofeigenschaft aus dem Grundbuch verlaubar. Die Vererbbarkeit des landwirtschaftlichen Betriebes nach Höferecht besteht danach ohne Rücksicht darauf, wer gerade ihr Eigentümer ist, und währt so lange, bis sie vom Eigentümer durch entsprechende Erklärung im Rahmen der höferechtlichen Vorschriften geändert wird.

Die abweichende Auffassung des Landwirtschaftsgerichts, wonach gerade bei Annahme einer „Dauerwirkung“ der Hofaufhebungserklärung „große Rechtsunsicherheit“ entstehe,

überzeugt nicht. Hier gilt das von Stöcker (a.a.O., 232) Ausgeführte. Es ist Aufgabe und Pflicht des Notars, der das Grundbuch einsieht (§ 21 BeurkG), den Erwerber darüber zu belehren, daß im Grundbuch ein Hofvermerk eingetragen oder gelöscht ist, und ihn zu befragen, ob er die sich daraus ergebende höferechtliche Lage hinnehmen oder ändern will. Die vom AG ins Feld geführten Befürchtungen sind daher nach Auffassung des Senats unbegründet. Rechtsunsicherheit wird im Gegenteil dadurch hervorgerufen, daß die „Dauerwirkung“ verneint wird. Der Gesichtspunkt, daß vor dem 2. HöfeOÄndG das Zwangserbrecht der HöfeO a.F. die Regel, das fakultative Höferecht gem. der Verordnung vom 4. 3. 1949 dagegen die Ausnahme war, ist insgesamt nicht geeignet, eine abweichende Interessenwertung des Gesetzgebers zu rechtfertigen.

Die zuvor genannten Grundsätze können allerdings nur gelten, wenn es um die Veräußerung landwirtschaftlicher Betriebe in ihrer Gesamtheit geht. Werden einzelne Hofgrundstücke veräußert, so verlieren sie die sich aus einem etwaigen Hofvermerk ergebende Hofeigenschaft ohne weiteres, weil sie nicht mehr zur Wirtschaftseinheit des Hofes gehören. Soweit die Ag. unter Hinweis darauf geltend machen, A. habe von seinem Vater nur Stückland erhalten und die Hofstelle viele Jahre später „zufällig“ hinzuerworben, kann dieser Darstellung nicht gefolgt werden (wird ausgeführt).

6. Erbrecht/Höferecht – Aufhebung der Hofeigenschaft durch Vorerben

(BGH, Beschluß vom 19. 7. 1991 – BLW 8/90)

HöfeO § 1

Erwirbt der Miteigentümer einer landwirtschaftlichen Besizung als Erbe das restliche Miteigentum, so wird – wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 1 HöfeO erfüllt sind – die Besizung grundsätzlich auch dann Hof i. S. d. HöfeO, wenn der Alleineigentümer hinsichtlich des ererbten Anteils nur Vorerbe ist. Er kann dann ohne Zustimmung des Nacherben die Hofeigenschaft aufheben.

Zum Sachverhalt:

Das Rittergut N. stand im Eigentum des F. Nach dessen Tod im Jahre 1920 war Alleineigentümerin die Ehefrau J. Aus der Ehe waren sieben Kinder (ein Sohn und sechs Töchter) hervorgegangen. Durch notariellen Vertrag vom 13. 9. 1946 übertrug J. ihrem Sohn A. den Hälfteanteil am Hofgut. J. verstarb am 9. 1. 1950. In ihrem „Haupttestament“ bestimmte sie ihren Sohn A. zum Hoferben. In einem „Zusatztestament“ ordnete sie an, daß das Erbe nach dem Tod des Hofbesitzers an dessen Geschwister zurückfallen solle, falls er nicht heirate, eine Ehe kinderlos bleibe oder keine leiblichen Erben vorhanden seien. Durch notarielle Urkunde vom 15. 2. 1950, an deren Errichtung alle Geschwister sowie die drei minderjährigen Kinder der bereits 1948 verstorbenen K. (die Bet. zu 3), vertreten durch ihren Vater, beteiligt waren, wurde der auf den Namen der Erblasserin eingetragene ½ Miteigentumsanteil am Hofgut auf A. zu Alleineigentum übertragen.

Am 15. 2. 1950 erklärte A. schriftlich und in notariell beglaubigter Form, daß der in seinem Alleineigentum stehende Grundbesitz nicht die Eigenschaft eines Hofes haben solle. Er bewilligte und beantragte zugleich die Löschung des Hofvermerkes im Grundbuch. Auf dem Deckblatt des Grundbuches wurde daraufhin folgende Eintragung vorgenommen:

„Hof gem. Höfeordnung. Eingetragen am 28. 2. 1950. . . . Hofvermerk gelöscht am 28. 2. 1950. . . .“

Durch notariellen Vertrag vom 5. 8. 1964 übertrugen die fünf noch lebenden Schwestern ihrem Bruder die aufgrund des „Zusatztestamentes“ ihrer Mutter bestehenden Nacherbenrechte. Am 16. 6. 1970 nahm A. den Bet. zu 2) an Kindes Statt an. Der Genehmigungsbeschluß des AG ist seit dem 16. 8. 1975 rechtskräftig. Durch notariellen Vertrag vom 25. 4. 1979 übertrugen auch die Bet. zu 3) ihre Nacherbenrechte auf A. Dieser erklärte zugleich die erneute Einführung der Hofeigenschaft bezüglich des Hofgutes.

Am 23. 8. 1983 verstarb A. In seinem privatschriftlichen Testament bestimmte er den Bet. zu 2) zum Hoferben und setzte den Bet. zu 1) zum Testamentsvollstrecker ein. Inzwischen ist der Bet. zu 2) vorbehaltlich etwaiger Nacherbenrechte als Eigentümer des Hofes in das Grundbuch

eingetragen worden. Der Bet. zu 1) hat beantragt, festzustellen, daß die landwirtschaftliche Besizung Gut N. seit dem 16. 8. 1975 (dem Tag der Rechtskraft der Adoption) Hof im Sinne der höferechtlichen Bestimmungen sei.

Landwirtschaftsgericht und OLG haben den Feststellungsantrag abgewiesen. Die Rechtsbeschwerde hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

1. Fehlerfrei ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, daß Gut N. bis zum Tode von J. am 9. 1. 1950 kein Hof i. S. v. § 1 Abs. 1 HöfeO a.F. war, da es an dem gesetzlichen Erfordernis des Alleineigentums mangelte. J. und A. waren nämlich seit 1946 Miteigentümer des Gutes.

Nicht zu beanstanden ist auch die Feststellung des Beschwerdegerichts, die Hofeigenschaft könne auch nicht aus § 19 Abs. 1 S. 1 HöfeO a.F. hergeleitet werden, da weder dargetan noch aus den Unterlagen ersichtlich sei, daß Gut N. im Zeitpunkt des Inkrafttretens der HöfeO a.F. als Erbhof in die Erbhöferolle eingetragen gewesen sei.

2. Zutreffend ist auch die Annahme des Beschwerdegerichtes, mit dem Tod von J. sei A. nur Vorerbe bezüglich des von seiner Mutter ererbten Miteigentumsanteils geworden.

3. Gut N. stand also seit dem Tode von J. im Alleineigentum des A. Er war bereits seit 1946 Miteigentümer zu ½; die andere Hälfte erwarb er als Vorerbe nach J.

Eine im Alleineigentum stehende land- oder forstwirtschaftliche Besizung, die – wie Gut N. – einen 10.000,- DM übersteigenden Einheitswert hat, war nach § 1 Abs. 1 und Abs. 2 HöfeO a.F. kraft Gesetzes Hof i. S. d. Höferechts. Das Eigentum des Vorerben ist nach dem bürgerlichen Recht echtes Eigentum. Es ist nur durch den künftigen Wegfall des Erbrechtes – und damit des Eigentums – beschränkt. Bis dahin steht es vollwertig neben sonstigem Eigentum. Eine im alleinigen Vorerbschaftseigentum stehende landwirtschaftliche Besizung konnte daher – wenn die sonstigen höferechtlichen Voraussetzungen erfüllt waren – Hof i. S. d. HöfeO sein. Davon gehen z. B. selbstverständlich die §§ 6 Abs. 2 und 8 Abs. 1 HöfeO a.F. aus. Hätte J. ihrem Sohn A. im Jahre 1946 nicht einen Hälfteanteil am Gut N. übertragen, sondern ihn nur testamentarisch zum Vorerben des gesamten Gutes eingesetzt, so wäre die Besizung mit dem Erbfall insgesamt in das Vorerbeneigentum des A. gefallen und gem. § 1 Abs. 1 und 2 HöfeO a.F. Hof i. S. d. Höferechtes geworden.

Eine abweichende Beurteilung ist nicht geboten, wenn der Erbe eines Miteigentumsanteils bereits aus einem anderen Rechtsgrund im Zeitpunkt des Erbfallbesitzes Eigentümer des weiteren Miteigentumsanteils war. Besondere schutzwürdige Interessen der Nacherben würden durch die gesetzliche Unterstellung der gesamten Besizung unter das Höferecht nicht verletzt. Müssen die Nacherben im Falle des nur auf dem Anfall der Vorerbschaft beruhenden Alleineigentums die gesetzlichen Konsequenzen der Unterstellung unter das Höferecht hinnehmen und gilt dies auch für jeden alleinigen Vollerben, der Miteigentum (gleich welcher Art) erbt, so ist kein Grund ersichtlich, entgegen dem Wortlaut von § 1 Abs. 1 HöfeO a.F. bei einem aus Vorerben- und sonstigem Eigentum zusammengesetzten Alleineigentum anders zu verfahren. Die Unterstellung des gesamten Besizes unter das Höferecht gewährleistet im übrigen, daß sich auch die Erbfolge nach dem nicht durch Nacherbschaft beschränkten Anteil am Gesamtvermögen nach dem Höferecht richtet. Anderenfalls wäre bei einem einheitlichen landwirtschaftlichen Betrieb hinsichtlich eines Miteigentumsanteils die gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge unabhängig von den Beschränkungen des Höferechtes möglich.

Ob ausnahmsweise eine andere Beurteilung angezeigt ist, wenn Nacherben nach dem Vorerbschaftseigentum und gesetzliche Erben nach dem sonstigen Eigentum nicht identisch sind, weil dann die vom Höferecht bezweckte geschlossene Vererbung nicht gewährleistet ist (vgl. Lange/Wulff/Lütke-Handjery, 8. Aufl., § 1 HöfeO, Rd.-Nr. 35 m. w. N.), bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Nach den zutreffenden Ausführungen

rungen des Beschwerdegerichts war im Zeitpunkt des Todes der J. eine solche Konstellation nicht gegeben. Rechtsnachfolger des A. hinsichtlich seines früheren Miteigentumsanteils wären vielmehr nur diejenigen Personen geworden, die auch zum Nacherben bestimmt waren.

4. War also das Gut N. nach dem Tod der J. kraft Gesetzes Hof i. S. d. damaligen Höferechts in der Hand des A. geworden, so stand diesem auch das Recht zu, gem. § 1 der VO vom 4. 3. 1949 die Aufhebung der Hofeigenschaft herbeizuführen. Hierzu bedurfte es nicht der Zustimmung der Nacherben. Der Senat schließt sich auch insoweit den überzeugenden Ausführungen des Beschwerdegerichts an. Für die durch die Unterstellung unter das Höferecht gegenüber dem normalen Erbrecht des BGB benachteiligten Nacherben stellt die Löschung des Hofvermerkes wieder die günstigere Rechtslage nach dem BGB her. Sie werden also in ihrer Rechtsposition nicht nachteilig berührt. Ihre Zustimmung ist daher nicht erforderlich. Für den durch die Unterstellung unter das Höferecht bevorzugten Hofnacherben, welcher nach der Löschung des Hofvermerkes wieder voll mit den Mit-Nacherben konkurrieren muß, ist zwar im Verhältnis zu den sonstigen Miterben seine günstigere Rechtsposition betroffen. Auf ihre Erhaltung hatte er jedoch als Erbe nach dem Erblasser keinen Anspruch. Zu Lebzeiten der Erblasserin war das Gut N. kein Hof i. S. d. Höferechts. Die Löschung des Hofvermerkes stellt also im Verhältnis Erblasser – Vorerbe – Nacherbe wieder die Situation her, die erbrechtlich gegeben war. Die Unterstellung des gesamten Gutes unter das Höferecht aufgrund des schon in der Hand des A. befindlichen Miteigentumsanteils verschaffte dem Hofnacherben folglich mehr, als er bloß kraft Erbrechtes hätte erlangen können. Berücksichtigt man im übrigen, daß A. hinsichtlich des nicht von der Nacherbschaft betroffenen Anteils am Grundstückseigentum keiner Verfügungsbeschränkung als Vorerbe unterworfen war und er daher durch Abveräußerung eines Miteigentumsanteils jederzeit die Aufhebung der Hofeigenschaft hätte herbeiführen können (die Besitzung hätte dann nämlich nicht mehr in Alleineigentum gestanden, wie § 1 Abs. 1 HöfeO a.F. erfordert), so ist nicht einzusehen, daß die Herbeiführung der Löschung des Hofvermerkes der Mitwirkung oder Zustimmung eines Nacherben der vorliegenden Art bedürfen soll.

5. Da der durch Löschung des Hofvermerkes herbeigeführte Verlust der Hofeigenschaft nur durch Neueintragung des Hofvermerkes nach § 1 Abs. 2 der VO vom 4. 3. 1949 rückgängig gemacht werden konnte, diese Eintragung aber erst nach dem im Feststellungsbegehren genannten Stichtag erfolgt ist, mußte der Feststellungsantrag abgewiesen werden.

7. Erbrecht – Unwirksamkeit des Widerrufs einer in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen wechselbezüglichen Verfügung

(OLG Hamm, Beschluß vom 16. 7. 1991 – 15 W 133/91 – mitgeteilt von Richter am OLG Konrad Arps, Hamm)

BGB §§ 2271 Abs. 1; 2296 Abs. 2; 130 Abs. 2

- 1. Der von einem Ehegatten erklärte Widerruf seiner in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen wechselbezüglichen Verfügungen ist unwirksam, wenn die notarielle Widerrufsverhandlung zu Lebzeiten des Widerrufenden dem anderen Ehegatten nur in beglaubigter Abschrift zugegangen ist und ihm erst nach dem Tod des Widerrufenden in Ausfertigung zugestellt wird, um dem erst zu dieser Zeit erkannten Wirksamkeitsmangel abzuhelfen (wie BGHZ 48, 374 = NJW 1968, 496).**
- 2. Allenfalls ist ein Widerruf dann wirksam erklärt, wenn sich eine Ausfertigung der Widerrufsverhandlung beim Tode des Widerrufenden „auf dem Weg“ zum anderen Ehegatten befand und diesem alsbald zuzuging.**

Zum Sachverhalt:

Die Erblasserin erklärte zu notarieller Urkunde vom 3. 8. 1990 den Widerruf ihrer letztwilligen Verfügung in einem von ihr gemeinsam mit ihrem Ehemann errichteten gemeinschaftlichen Testament. Am 6. 8. 1990 übersandte der Notar dem Gerichtsvollzieher eine Ausfertigung und eine beglaubigte Abschrift der Widerrufserklärung vom 3. 8. 1990 mit der Bitte, die Ausfertigung dem Ehemann der Erblasserin zuzustellen. Der Gerichtsvollzieher veranlaßte jedoch nur die Zustellung einer beglaubigten Abschrift, nicht jedoch der Ausfertigung der Widerrufserklärung selbst. Die beglaubigte Abschrift wurde dem Ehemann der Erblasserin am 7. 8. 1990 durch Niederlegung bei der Post zugestellt.

Am 17. 9. 1990 verstarb die Erblasserin. Auf Veranlassung des Urkundsnotars wurde dem Ehemann der Erblasserin am 31. 10. 1990 eine Ausfertigung der Widerrufserklärung der Erblasserin vom 3. 8. 1990 förmlich zugestellt. Die Bet. verfolgen unterschiedliche Erbscheinsanträge.

Aus den Gründen:

Die Erblasserin konnte sich von der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments zu Lebzeiten ihres Ehemannes nur dadurch befreien, daß sie ihre in dem gemeinschaftlichen Testament getroffene letztwillige Verfügung nach den für den Rücktritt von einem Erbvertrag geltenden Vorschriften des § 2296 BGB widerrief (§ 2271 Abs. 1 S. 1 BGB). Gem. § 2296 Abs. 2 BGB war diese beurkundungsbedürftige Widerrufserklärung dem Bet. zu 3) gegenüber abzugeben. Die in Abwesenheit des Erklärungsempfängers abgegebene Erklärung bedurfte zu ihrer Wirksamkeit nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB des Zugangs bei ihrem Ehemann. Gem. § 132 Abs. 1 BGB gilt eine Willenserklärung auch dann als zugegangen, wenn sie durch Vermittlung eines Gerichtsvollziehers nach den Vorschriften der ZPO zugestellt worden ist. Die Wirksamkeit einer solchen Zustellung setzt nach der Rspr. des BGH (BGHZ 31, 5 = NJW 1960, 33; BGHZ 36, 201 = NJW 1962, 736; BGHZ 48, 374 = NJW 1968, 496 = DNotZ 1968, 360), der sich die Rechtspraxis (vgl. z. B. Nachweise bei Staudinger/Kanzleiter, 12. Aufl., § 2296 BGB, Rd.-Nr. 8). insbesondere auch der Senat (NJW 1967, 1440), angeschlossen hat, voraus, daß die Widerrufserklärung dem Erklärungsempfänger in (Urschrift oder) Ausfertigung übermittelt werden muß; die Übergabe einer beglaubigten Abschrift reicht hingegen nicht aus. Begründet wird dies im wesentlichen damit, daß die *beurkundete Erklärung* als solche dem Empfänger zugehen müsse. Diese liege aber in der Urschrift der Beurkundung, die für den Rechtsverkehr nur durch eine Ausfertigung ersetzt werden könne. Eine beglaubigte Abschrift beweise demgegenüber nicht mehr als die Übereinstimmung der Abschrift mit einer Urkunde, sei also nicht die empfangsbedürftige Erklärung selbst (gegen diese Argumentation z. B. Staudinger/Kanzleiter, a.a.O.; Dilcher, JZ 1968, 188).

Rechtsfehlerfrei stellt das LG hierzu fest, daß dem Bet. zu 3) die Widerrufserklärung der Erblasserin vom 3. 8. 1990 nicht vor dem am 17. 9. 1990 eingetretenen Tode der Erklärenden zugegangen ist, so daß bis dahin ihre wechselbezügliche Verfügung in dem gemeinschaftlichen Testament nicht wirksam widerrufen war. Bei der am 7. 8. 1990 durch den Gerichtsvollzieher veranlaßten Zustellung war dem Ehemann der Erblasserin lediglich eine beglaubigte Abschrift der notariellen Urkunde vom 3. 8. 1990 übergeben worden.

c) Auch die am 31. 10. 1990 nach dem Tode der Erblasserin bewirkte Zustellung einer Ausfertigung der Widerrufsverhandlung vom 3. 8. 1990 war nicht geeignet, den Widerruf wirksam werden zu lassen.

Der BGH hat in seiner bereits zitierten Entscheidung vom 19. 10. 1967 (BGHZ 48, 374 = NJW 1968, 496 = DNotZ 1968, 360) auf Vorlagebeschluß des Senats (NJW 1967, 1440) ausgeführt, daß im Falle der Zustellung einer Widerrufserklärung nach dem Tode des widerrufenden Ehegatten § 130 Abs. 2 BGB einschränkend auszulegen sei. Nach dieser Bestimmung ist es allerdings auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung ohne Einfluß, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt. Der BGH hat angenommen, daß § 130 Abs. 2 BGB aber nur solche Fälle erfasse, bei denen sich diese Willenserklärung beim Tode des Erklärenden „auf dem Weg“ zum Adressaten befinde und der Zugang alsbald nachfolge. Einer Widerrufserklärung nach § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB, die dem Erklärungsgegner zu Lebzeiten des Erblassers nur in beglaubigter Abschrift zugegangen ist

und die ihm erst nach dessen Tode in Ausfertigung zugestellt wird, um dem erst zu diesem Zeitpunkt erkannten Zustellungsmangel abzuhelfen, wird danach keine Wirkung zuerkannt (so auch: MünchKomm/Musielak, 2. Aufl., § 2271 BGB, Rd.-Nr. 9; Palandt/Edenhofer, 50. Aufl., § 2296 BGB, Anm. 2; Staudinger/Kanzleiter, § 2296 BGB, Rd.-Nr. 10, der aber den Zugang einer beglaubigten Abschrift genügen lassen will).

Diese Rspr. des BGH beruht auf der Erwägung, daß § 130 Abs. 2 BGB dem Schutze des Erklärungsempfängers dient. Dieser Schutz erlangt beim Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments besondere Bedeutung, weil diese Willenserklärung nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt abgegeben werden kann. Die in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen wechselbezüglichen Verfügungen kann jeder Ehegatte grundsätzlich nur zu Lebzeiten des anderen Ehegatten frei widerrufen. Nach § 2271 Abs. 2 BGB erlischt das Widerrufsrecht des Überlebenden mit dem Tode des anderen Ehegatten, sofern es ihm nicht ausdrücklich vorbehalten worden war oder die in §§ 2294, 2335 f. BGB aufgeführten Gründe ihn auch noch nach diesem Zeitpunkt zum Widerruf berechtigen. Die zeitlich begrenzte Widerrufsmöglichkeit des § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB erstrebt den Schutz des testamentstreuen Partners. In seinem Interesse soll möglichst bis zum Tode des Vorversterbenden die Frage der Testamentsfortdauer und -bindung geklärt sein. Der Widerrufende soll seinen Partner rechtzeitig von der durch seinen Sinneswandel geänderten Rechtslage unterrichten (Bärmann, NJW 1964, 53; Dilcher, JuS 1961, 22). Der überlebende Ehegatte soll möglichst der durch den Widerruf bedingten Unwirksamkeit auch seiner testamentarischen Verfügungen zugunsten Dritter noch Rechnung tragen können. Er kann außerdem damit rechnen, aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments nach dem Tode seines Ehepartners dessen Vermögen zu erben, was erheblich zu seiner wirtschaftlichen Sicherung beitragen kann. Erfährt er erst nach dem Tode des Partners vom Wegfall einer solchen Sicherung, entfällt die Möglichkeit zu entsprechender Vorsorge und Disposition.

Ob den Ausführungen des BGH zur Anwendung des § 130 Abs. 2 BGB bei dem Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments letztlich zu folgen ist, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Dagegen könnte sprechen, daß es eine von § 130 Abs. 2 BGB nicht berührte weitere Frage ist, ob die Widerrufserklärung noch *fristgerecht* bis zum Tode abgegeben worden ist, und daß die erläuterte Schutzwirkung des § 2271 Abs. 1 S. 1 BGB praktisch entfele, wenn der Zugang des Widerrufs noch nach dem Tode des Erklärenden möglich wäre (Kreft, Anm. zu LM, § 130 BGB, Nr. 10). Die Anwendung des § 130 Abs. 2 BGB für das vorliegende Verfahren führt zum gleichen Entscheidungsergebnis. Denn dem Schutzgedanken dieser Bestimmung ist allenfalls dann Rechnung getragen, wenn das Wirksamwerden des Widerrufs auf einen Zeitraum nach dem Tode des Widerrufenden beschränkt wird, in dem unter normalen Umständen noch mit der Zustellung einer vor dem Tode abgegebenen Widerrufserklärung des vorversterbenden Ehegatten gerechnet werden kann (Kreft, a.a.O.).

Vorliegend ist die Widerrufserklärung vom 3. 8. 1990 nicht wirksam geworden, weil die am 7. 8. 1990 vom Gerichtsvollzieher unter Verstoß gegen den Auftrag des Notars bewirkte Zustellung nur eine beglaubigte Abschrift dieser Erklärung betraf. Das konnte der Notar erfahren, als er am 10. 8. 1990 von dem Gerichtsvollzieher die Vollstreckungsunterlagen zurückerhielt. Als die Erblasserin am 17. 9. 1990 verstarb, war die beurkundete Widerrufserklärung selbst oder eine von ihr gefertigte Ausfertigung nicht auf den Weg zum Adressaten gebracht, sondern der eingeleitete Zustellungsvorgang abgeschlossen.

8. Notarrecht – Widerruf der Hinterlegungsanweisung (OLG Schleswig, Beschluß vom 26. 9. 1991 – 2 W 62/91)

BNotO § 15 Abs. 1 S. 2

- 1. Die Beschwerde nach § 15 Abs. 1 S. 2 BNotO steht auch dem Vertragsteil zu, der der Auszahlung eines auf Anderkonto hinterlegten Geldbetrages widerspricht.**

- 2. Enthält der Kaufvertrag die unwiderrufliche Anweisung an den Notar, den Kaufpreis nach Erfüllung bestimmter Voraussetzungen an den Verkäufer auszuzahlen, so ist ein einseitiger Widerruf des Käufers unbeachtlich, wenn dieser lediglich die Minderung des Kaufpreises begehrt.**

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Durch Vertrag vom 31. 1. 1991 verkaufte V. an K. ein Erbbaurecht mit den darauf befindlichen Gebäuden. In § 2 Abs. 3 des Vertrages wiesen die Bet. den Notar unwiderruflich an, aus dem bei ihm hinterlegten Kaufpreis zunächst die Lastenfreistellung zu veranlassen und den Restbetrag nach Erfüllung weiterer Voraussetzungen an V. auszuzahlen. § 5 des Vertrages enthält einen umfassenden Gewährleistungsausschluß.

Mit Schreiben vom 10. 6. 1991 bat K. den Notar, einen Betrag von 40.000,- DM einzubehalten. Zur Begründung führte K. aus, das Gebäude könne nur eingeschränkt für Wohnzwecke genutzt werden. V. widersprach der Einbehaltung. Der Notar kündigte mit Schreiben vom 10. 7. 1991 an, den Betrag von 40.000,- DM an V. auszukehren. Hiergegen hat K. Beschwerde eingelegt mit dem Antrag, den Notar anzuweisen, über den bei ihm verwahrten Betrag in Höhe von 40.000,- DM nur nach ihrer Weisung zu verfügen. Er mache wegen der baurechtlichen Beschränkung Ansprüche auf Schadensersatz und Minderung aus Verschulden bei Vertragsschluß und § 463 BGB gegen V. geltend.

Aus den Gründen:

Die nach §§ 15 Abs. 1 S. 3 BNotO, 27, 29 FGG zulässige weitere Beschwerde ist unbegründet.

Die Erstbeschwerde war zulässig. Nach einhelliger Auffassung ist die Beschwerde wegen Amtsverweigerung des Notars nicht nur bei Urkundstätigkeit, sondern auch bei Betreuungstätigkeiten nach §§ 23, 24 BNotO – wie vorliegend – statthaft (vgl. BGH NJW 1980, 1106). In § 15 Abs. 1 S. 2 BNotO ist nämlich ganz allgemein von Beschwerden wegen Amtsverweigerung die Rede. Desgleichen steht die Beschwerde sowohl dem Vertragsteil zu, der die Auszahlung verlangt, als auch dem Vertragsteil – hier K. –, der ihr widerspricht (vgl. OLG Hamm DNotZ 1985, 56, 58 = MittRhNotK 1984, 170; OLG Düsseldorf DNotZ 1983, 703 f.; Brambring, DNotZ 1990, 615, 641). Auch im letztgenannten Fall liegt eine Amtsverweigerung des Notars – nämlich seine Weigerung, der Anweisung der Käufer zu folgen – vor (a.A. LG Frankfurt DNotZ 1989, 650). Klarstellend wird darauf hingewiesen, daß der Notar im Beschwerdeverfahren nicht Bet. ist, sondern die erste Instanz darstellt (vgl. OLG Hamm DNotZ 1989, 648 f.).

Die angefochtene Entscheidung beruht auch in der Sache selbst nicht auf einer Verletzung des Gesetzes (§§ 27 FGG, 550 ZPO).

Der Senat hält in Übereinstimmung mit der nunmehr wohl einhellig vertretenen Meinung (vgl. KG DNotZ 1987, 577; 1985, 51, 53; LG Lüneburg DNotZ 1989, 651; LG Braunschweig DNotZ 1983, 778; LG Berlin DNotZ 1981, 318; Brambring, DNotZ 1990, 614, 635 ff.; Zimmermann, DNotZ 1980, 467 ff.) an seiner schon mehrfach geäußerten Auffassung fest, daß im Grundsatz der Notar weder berechtigt noch verpflichtet ist, die Weisung des Käufers oder Verkäufers zu beachten, anders über den hinterlegten Kaufpreis zu verfügen, als in der unwiderruflichen Hinterlegungsvereinbarung festgelegt. Die übereinstimmende Weisung im Kaufvertrag entfaltet nicht lediglich schuldrechtliche Wirkung unter den Bet., sondern enthält zugleich das an den Notar gerichtete – ebenfalls unwiderrufliche – verfahrensrechtliche Ersuchen, mit dem verwahrten Geld in bestimmter Weise zu verfahren. Wollte ein Bet. – etwa der Käufer in Fällen der Gewährleistung – hiervon abweichen, müßte dies im Vertrag besonders vereinbart sein. Ohne die Bindung auch des Notars würde der von den Bet. mit dessen Einschaltung übereinstimmend verfolgte gegenläufige Sicherungszweck in bezug auf Leistung und Gegenleistung unterlaufen werden. Der Notar müßte seine neutrale Stellung aufgeben und würde sich dem benachteiligten Bet. gegenüber schadensersatzpflichtig

machen. Die von dem Käufer für seine Ansicht in Anspruch genommene Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1959 (DNotZ 1960, 265), in der es heißt, der Notar dürfe den Auftrag grundsätzlich nicht mehr ausführen, wenn nur einer der mehreren Bet. den gemeinsam erteilten Vollzugsauftrag widerrufe, denn der Notar dürfe seine Amtstätigkeit nicht gegen den Willen der Bet. ausüben, steht dem nicht entgegen. Der BGH hat ausdrücklich offengelassen, ob diese für den Grundbuch- und Registerverkehr entwickelten Grundsätze auch für die Behandlung von verwahrten Geldbeträgen gilt. Ferner erwähnt er ausdrücklich, daß es Fälle geben könne, in denen die Bet. das einseitige Widerrufsrecht beschränken und dem Notar eine Rechtsmacht verleihen wollten, welche die vorgesehene Abwicklung unabhängig von weiteren Widersprüchen ermöglichen solle. Das trifft aber gerade – wie dargelegt – in Fällen wie dem vorliegenden zu. Weiter ist zu berücksichtigen, daß die Entscheidung aus der Zeit vor dem BeurkG stammt, das in § 53 die von allen Bet. gemeinsam getroffene Vollzugsanweisung vorsieht, die sie und den Notar bindet (BGH DNotZ 1990, 441 = MittRhNotK 1990, 58). Schließlich übersieht der Käufer, daß der Notar seine Amtstätigkeit jedenfalls gegen den Willen des Verkäufers ausübt, wenn er seiner Anweisung folgt.

Allerdings ist – wie auch in der erwähnten Rspr. und Lit. anerkannt – ausnahmsweise der einseitige Widerruf dann beachtlich, wenn sich der widerrufende Bet. auf die Unwirksamkeit des Vertrages – und damit der Hinterlegungsvereinbarung – beruft oder wenn bei Befolgung der Weisung der Notar an der Erreichung unerlaubter und unredlicher Zwecke mitwirken würde oder dem widerrufenden Bet. ein nicht mehr gutzumachender Schaden drohen würde. Diese Voraussetzungen sind hier nicht gegeben. Der Käufer begehrt wegen arglistig verschwiegener Fehler des Grundstücks nicht Wandlung des Kaufvertrages, sondern lediglich Minderung, so daß dieser weiterhin Bestand hat und der weiteren – vereinbarten – Durchführung bedarf (vgl. Brambring, DNotZ 1990, 638). Für die Verfolgung unerlaubter und unredlicher Zwecke durch den Verkäufer, was bei behauptetem arglistigem Verhalten in Betracht zu ziehen wäre, fehlt es an substantiiertem Vortrag des Käufers, in den Tatsacheninstanzen. Sein Schreiben vom 10. 6. 1991 an den Notar enthält zur baurechtlichen Beschränkung nur Vermutungen vom Hörensagen. Ihre Beschwerde vom 18. 7. 1991 läßt maßgebliche Einzelheiten zu den Vertragsverhandlungen, aus denen eine Aufklärungspflicht des Verkäufers folgen soll, nicht erkennen. Weiterhin bleibt zumindest unklar, ob die angeblichen baurechtlichen Beschränkungen unheilbar sind. Desgleichen ist der Minderungsbetrag nicht nachvollziehbar dargetan. Der Notar wäre überfordert, müßte er bei dem Verwahrungsgeschäft im Zusammenhang mit Gewährleistungsansprüchen Sachverhaltsaufklärung betreiben, mithin Aufgaben wahrnehmen, die in einem Rechtsstreit zu erfüllen sind. Soweit der Käufer hierzu in der weiteren Beschwerde weitergehenden Vortrag bringt, ist dieser für das Rechtsbeschwerdegericht unbeachtlich. Dessen Überprüfung liegt grundsätzlich nur der vom LG festgestellte Sachverhalt zugrunde. Dieser läßt letztlich auch nicht erkennen, worin für den Käufer die Gefahr einer Schädigung bei Durchführung des Vertrages besteht. Insbesondere sind keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen, daß der Verkäufer nicht in der Lage sein werde, den Minderungsbetrag ggf. zurückzuzahlen.

9. Steuerrecht/Einkommensteuer – Teilentgeltlicher Erwerb eines Einfamilienhauses durch Übergabevertrag (BFH, Urteil vom 7. 8. 1991 – X R 116/89)

**ESTG §§ 7 b; 10 e; 52 Abs. 21 S. 4
ESTDV § 11 d**

- 1. Erwirbt ein Steuerpflichtiger im Wege vorweggenommener Erbfolge ein Einfamilienhaus teilentgeltlich, indem er die auf dem Grundstück lastenden Verbindlichkeiten übernimmt, steht ihm unter den weiteren Voraussetzungen dieser Vorschrift ein Abzugsbetrag nach § 10 e Abs. 1 ESTG zu.**

Zur Bemessungsgrundlage für den Abzugsbetrag gehören die Verbindlichkeiten nur, soweit sie auf die dem Rechtsvorgänger entstandenen Anschaffungs- oder Herstellungskosten des Gebäudes und die Hälfte der Anschaffungskosten des Grund und Bodens entfallen.

- 2. Die vom Rechtsvorgänger in Anspruch genommenen erhöhten Absetzungen nach § 7 b ESTG kann der Erwerber weder hinsichtlich des entgeltlich noch hinsichtlich des unentgeltlich erworbenen Teils fortführen.**

Zum Sachverhalt:

Die Eltern der Kl. errichteten 1982 auf einem ihnen gehörenden Grundstück ein Einfamilienhaus und nahmen hierfür erhöhte Absetzungen nach § 7 b ESTG in Höhe von 10.000,- DM jährlich in Anspruch (Herstellungskosten des Gebäudes: 209.354,- DM). Durch notariellen Vertrag vom 23. 4. 1987 übertrugen die Eltern diesen Grundbesitz zum 1. 6. 1987 im Wege vorweggenommener Erbfolge auf die Kl. Die Kl. übernahm die im Grundbuch eingetragenen Rechte in den Abt. II und III nebst Zinsen und Nebenleistungen und stellte die Eltern von der Inanspruchnahme aus diesen Rechten frei. Die eingetragenen Grundpfandrechte valutierten nach § 8 des Vertrages mit 106.700,- DM. Die Kl. nutzte das Grundstück zu eigenen Wohnzwecken.

Im Antrag auf Lohnsteuerermäßigung 1987 begehrte die Kl., einen Freibetrag für erhöhte Absetzungen nach § 7 b ESTG für den Zeitraum Juni bis Dezember 1987 in Höhe von 5.833,- DM ($\frac{7}{12}$ von 10.000,- DM) als Freibetrag auf der Lohnsteuerkarte einzutragen. Bis einschließlich Mai 1987 beanspruchten die Eltern der Kl. die erhöhten Absetzungen.

Das FA lehnte die Eintragung dieses Freibetrages ab. Der Einspruch war erfolglos. Das FG gab der hiergegen erhobenen Klage statt. Mit der Revision beantragt das FA, die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Aus den Gründen:

Die Revision führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 FGO).

1. ...

2. Zu Unrecht hat das FG angenommen, die Ablehnung des FA, den begehrten Freibetrag in Höhe von 5.833,- DM auf der Lohnsteuerkarte einzutragen, sei in vollem Umfang rechtswidrig gewesen.

Nach § 39 a Abs. 1 Nr. 6 ESTG können u. a. die nach § 10 e ESTG und § 52 Abs. 21 S. 4 ESTG abziehbaren Beträge sowie der bei Inanspruchnahme erhöhter Absetzungen nach § 7 b ESTG sich ergebende Betrag der negativen Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung als Freibetrag auf der Lohnsteuerkarte eingetragen werden.

- a) Das FG hat die Voraussetzungen für einen Abzugsbetrag nach § 10 e Abs. 1 ESTG verneint, weil die Kl. das Einfamilienhaus unentgeltlich erworben habe. Entgegen der Auffassung des FG liegt jedoch kein in vollem Umfang unentgeltlicher, sondern ein teilentgeltlicher Erwerb vor, der zur Inanspruchnahme der Vergünstigung nach § 10 e Abs. 1 ESTG berechtigt.

Wie der Große Senat des BFH mit Beschluß vom 5. 7. 1990 (BFHE 161, 317 = BStBl. II 1990, 847 = MittRhNotK 1990, 261) unter Änderung der bisherigen Rspr. entschieden hat, ist die Übertragung eines Grundstücks im Wege vorweggenommener Erbfolge unter Übernahme von Verbindlichkeiten steuerrechtlich ein teilentgeltliches Rechtsgeschäft. In Höhe der übernommenen Verbindlichkeiten entstehen dem Übernehmer Anschaffungskosten. Zur Vermeidung von Wiederholungen verweist der Senat auf die Ausführungen des Großen Senats unter C II.

Im Streitfall übernahm die Kl. lt. Übergabevertrag mit dem Grundstück auch die darauf lastenden Verbindlichkeiten in Höhe von 106.700,- DM. Soweit die übernommenen Verbindlichkeiten auf die Herstellungskosten des Gebäudes und die hälftigen Anschaffungskosten des Grund und Bodens entfallen, steht der Kl. ein Abzugsbetrag nach § 10 e Abs. 1 ESTG zu.

- b) Im Streitfall wird die Höchstbemessungsgrundlage des § 10 e Abs. 1 ESTG nicht ausgeschöpft. Nach der Rechtslage vor 1987 konnte der Stplf. bei teilentgeltlichem Erwerb nicht nur eigene erhöhte Absetzungen nach § 7 b ESTG aus seinen Anschaffungskosten geltend machen, sondern auch hinsichtlich

des unentgeltlichen Teils des Erwerbs im Rahmen des für ihn gültigen Höchstbetrages nach § 7 b Abs. 1 S. 3 EStG – anteilig – die nach den Verhältnissen des Rechtsvorgängers bemessenen erhöhten Absetzungen fortführen – § 11 d EStDV – (vgl. BFH/NV 1991, 449 sowie Thürmer, 1989, 1838, 1896). Diese Möglichkeit besteht bei nach dem 31. 12. 1986 abgeschlossenen teilentgeltlichen Rechtsgeschäften nicht. Eine (Teil-)Fortführung der erhöhten Absetzungen des Rechtsvorgängers läßt sich weder auf § 7 b EStG i.V.m. § 11 d EStDV noch auf § 52 Abs. 21 S. 4 EStG noch auf eine analoge Anwendung des § 11 d EStDV stützen.

aa) Nach § 7 b Abs. 1 S. 1 EStG kann der Bauherr bei einem vor dem 1. 1. 1987 hergestellten Einfamilienhaus im Jahr der Fertigstellung und in den folgenden sieben Jahren – abweichend von § 7 Abs. 4 und 5 EStG – bis zu 5 v.H. der Herstellungskosten (bei einem Einfamilienhaus höchstens 10.000,- DM) absetzen. Da die erhöhten Absetzungen an die Stelle der Absetzungen von § 7 EStG treten, muß auch die Voraussetzung des § 7 Abs. 1 S. 1 EStG erfüllt sein, daß der Stpfl. das Wirtschaftsgut zur *Erzielung von Einkünften* nutzt. AfA und erhöhte Absetzungen können daher grundsätzlich nur im Rahmen einer Einkunftsart als Betriebsausgaben oder Werbungskosten berücksichtigt werden.

Bis zum Veranlagungszeitraum 1986 gehörte zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung auch der Nutzungswert der Wohnung im eigenen Haus. Folglich waren bis zu diesem Zeitraum auch bei selbst genutzten Einfamilienhäusern erhöhte Absetzungen nach § 7 b EStG als Werbungskosten abziehbar und ein sich daraus für diese Einkunftsart ergebender negativer Betrag als Freibetrag auf der Lohnsteuerkarte eintragbar (§§ 9 Abs. 1 Nr. 7, 21 a Abs. 3 Nr. 2, 39 a Abs. 1 Nr. 6 EStG). Ab dem Veranlagungszeitraum 1987 wird der Nutzungswert des selbstgenutzten Einfamilienhauses aber nicht mehr versteuert (§ 52 Abs. 21 S. 1 i.V.m. §§ 21 Abs. 2, 21 a EStG). Wer nach dem 31.12.1986 ein Einfamilienhaus zu eigenen Wohnzwecken nutzt, verwirklicht daher keine Einkunftsart mehr und kann somit keine erhöhten Absetzungen nach § 7 b EStG beanspruchen.

Das gilt auch für den Einzelrechtsnachfolger, der nach 1986 ein zu eigenen Wohnzwecken genutztes Einfamilienhaus unentgeltlich erworben hat. Denn § 11 d EStDV enthält keine selbständige Anspruchsgrundlage für den Abzug von AfA oder erhöhten Absetzungen, sondern regelt entsprechend der Ermächtigung in § 51 Abs. 1 Nr. 2 p EStG lediglich die Bemessungsgrundlage und den Abzugszeitraum für die Absetzungen des Rechtsnachfolgers. Ebenso wie der Bauherr oder Erwerber kann der Rechtsnachfolger erhöhte Absetzungen nur in Anspruch nehmen, wenn er das unentgeltlich erworbene Wirtschaftsgut zur Einkünfterzielung einsetzt (vgl. auch BFH/NV 1991, 450).

Da die Kl. das Einfamilienhaus im Streitjahr 1987 zu eigenen Wohnzwecken genutzt und somit nach der für diesen Veranlagungszeitraum geltenden Rechtslage keine Einkunftsart verwirklicht hat, kann sie keine erhöhten Absetzungen in Anspruch nehmen.

bb) Ebensowenig kann sie die den erhöhten Absetzungen entsprechenden Beträge wie Sonderausgaben abziehen. Diese Möglichkeit steht nach § 52 Abs. 21 S. 4 EStG nur Stpfl. zu, bei denen im Veranlagungszeitraum 1986 die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme erhöhter Absetzungen vorgelegen haben. Einen solchen Abzug hätten nur die Eltern der Kl. geltend machen können, sofern sie nach 1986 das Einfamilienhaus zu eigenen Wohnzwecken genutzt hätten, nicht aber die Kl., die nie zur Inanspruchnahme erhöhter Absetzungen berechtigt war.

cc) Der Sonderausgabenabzug steht der Kl. auch nicht – wie zum Teil in der Lit. vertreten wird (z. B. Schmidt/Drenseck, 10. Aufl., § 10 e EStG, Anm. 6 d m. w. N.) – aufgrund analoger Anwendung des § 11 d EStDV zu. Eine Gesetzeslücke i. S. einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes, die zu einer Analogie zugunsten der Kl. berechtigen würde, liegt nicht vor. Es gibt keinen übergeordneten einkommensteuerrechtlichen Grundsatz, nach dem der Einzelrechtsnachfolger mit dem Einrücken in die zivilrechtliche Rechtsstellung des Rechtsvorgängers auch dessen steuerliche Vergünstigungen weiterführen kann. Der Grund für die Berechtigung des Einzelrechtsnachfolgers bei unentgeltlichem Erwerb die AfA des Rechtsvorgängers fortzuführen, folgt aus dem Einsatz des Wirtschaftsgutes zur Einkünfterzielung. Wird das unentgeltlich erworbene Wirtschaftsgut privat verwendet, ist dieses Tatbestandsmerkmal nicht verwirklicht.

Die Regelung in § 52 Abs. 21 S. 4 EStG, nach der es dem Erwerber oder Bauherrn eines zu eigenen Wohnzwecken genutzten Einfamilienhauses gestattet ist, die den erhöhten Absetzungen entsprechenden Beträge wie Sonderausgaben abzuziehen, ist aus Gründen des Vertrauensschutzes in das Gesetz aufgenommen worden. Eigentümer eines Einfamilienhauses, die 1986 erhöhte Absetzungen in Anspruch nehmen konnten, sollten durch den Wegfall der Nutzungswertbesteuerung nicht die ihnen bis zum Ablauf des Begünstigungszeitraums zustehenden erhöhten Absetzungen verlieren. Dieser Vertrauensschutz ist aber nicht notwendig für Stpfl., die nach Inkrafttreten der gesetzlichen Neuregelung ein Grundstück unentgeltlich erwerben. Da sie weder Einkünfte damit erzielen noch hierfür Aufwendungen hatten, ist es nicht geboten, den Einzelrechtsnachfolger die erhöhten Absetzungen des Rechtsvorgängers fortführen zu lassen.

3. Das FG ist von anderen Rechtsgrundsätzen ausgegangen. Die Vorentscheidung war daher aufzuheben. Die Sache ist nicht spruchreif. Bei erneuter Verhandlung und Entscheidung wird das FG die genaue Höhe der Bemessungsgrundlage für den Abzugsbetrag nach § 10 e Abs. 1 EStG feststellen und ermitteln, inwieweit die übernommenen Verbindlichkeiten auf die Herstellungskosten des Gebäudes und die hälftigen Anschaffungskosten des Grund und Bodens entfallen. Ferner wird es prüfen, ob noch weitere Anschaffungskosten, wie z. B. Anschaffungsnebenkosten, angefallen sind.

Buchbesprechung

Reiff, Die Dogmatik der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt und Auswirkungen auf die Ergänzung des Pflichtteils und die Schenkungsteuer. 1989, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 120, Verlag Duncker & Humblot, Berlin, 327 Seiten, 132,- DM.

Wer sich als Praktiker vor die Aufgabe gestellt sieht, einen Vertrag zu gestalten, der eine „Schenkungsunter Nießbrauchsvorbehalt“ zum Inhalt hat, wird dies im allgemeinen ohne größere Schwierigkeiten bewältigen. Ist er nicht ganz sicher, ob die Bestellung des Nießbrauchs als Eigentümer-Nießbrauch durch den Veräußerer genügt oder ob auch der Erwerber den Nießbrauch bestellen sollte, wird er im Zweifel doppelt nagen, um so auf jeden Fall zu dem gewünschten Ergebnis, der Übertragung des Eigentums auf den Erwerber und die Bestellung des Nießbrauchs für den Veräußerer zu kommen. Ist der Praktiker aber nicht nur am Ergebnis, sondern auch an den rechtlichen Grundlagen interessiert und geht durch Prüfung von Lit. und Rspr. der Frage nach, wie die Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt schuldrechtlich zu qualifizieren und sachenrechtlich zu konstruieren ist, kommt er aus dem Staunen nicht heraus. Wie die hier anzuzeigende Arbeit von Reiff zeigt, die im Wintersemester 1988/1989 der juristischen Fakultät der Universität Mannheim als Dissertation vorlag, ist vieles ungesichert und nahezu alles umstritten. Gleiches gilt für die Probleme, die die Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt bei der Ergänzung des Pflichtteils gem. § 2325 Abs. 1 BGB aufwirft. Umstritten ist auch die Regelung des § 25 ErbStG, soweit sie Vorbehaltsschenkungen betrifft.

I. In Teil 1 seiner Arbeit befaßt sich Reiff mit der Dogmatik der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt und hierbei zunächst mit dem dinglichen Vollzug des Vorbehaltsgeschäftes und sodann mit dessen schuldrechtlicher Qualifikation. Die Untersuchung der Fragen, wie die Wertbewegung vom Schenker zum Beschenkten verläuft und was Schenkungsgegenstand ist, schließt sich an.

1. Für den dinglichen Vollzug, den Reiff getrennt nach Grundstücken, beweglichen Sachen und Rechten untersucht, kommen drei Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht. Reiff benennt sie mit den Arbeitstiteln Weg 1, Weg 2 und Weg 3:

a) Übertragung des unbelasteten Gegenstandes vom Veräußerer auf den Erwerber und anschließende Bestellung des Nießbrauchs durch den Erwerber, was zwei sachenrechtliche Verträge notwendig macht (Weg 1);

b) Bestellung des Nießbrauchs durch den Veräußerer in einem einseitigen Bestellungsakt und anschließende Übertragung des belasteten Gegenstandes auf den Erwerber – hier wird zwischen den Beteiligten nur ein einziger Vertrag geschlossen (Weg 2);

c) Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt als Teilveräußerung durch ein einziges dingliches Vollzugsgeschäft *in actu* – Übertragung des Eigentums oder der Rechtsinhaberschaft unter Abzug der darin enthaltenen Nutzungsbefugnisse (Weg 3).

Bevor sich Reiff der Frage nach der Zulässigkeit der drei Gestaltungsmöglichkeiten zuwendet, gibt er in einem rechtsgeschichtlichen Unterkapitel einen Überblick über die Geschichte des Rechtsinstituts „Vorbehaltsgeschäft“ – ein hochinteressanter, aber auch notwendiger Exkurs, da die Diskussion über die Zulässigkeit in ganz besonderer Weise mit rechtshistorischen Argumenten geführt wird. Im altrömischen Recht, das eigenständige, beschränkte dingliche Rechte noch nicht kannte, gab es eine allgemeine rechtliche Sachherrschaft, die real teilbar war. Demgemäß konnte sich der Veräußerer einer Sache bestimmte Befugnisse als Teils seiner Sachherrschaft zurückbehalten – Veräußerung unter Nießbrauchsvorbehalt als Übertragung *deducto usu fructu* (Weg 3). Im vorklassischen und klassischen römischen Recht erhielt der Erwerber bei einer Übertragung *deducto usu fructu* das bereits mit dem Nießbrauch des Veräußerers belastete Eigentum, wobei nur unge-

klärt ist, ob der Nießbrauch durch einen einseitigen Rechtssetzungsakt des Veräußerers, *lex dicta*, entstanden ist (Weg 2). Das Mittelalter (Glossatoren und Postglossatoren) erkannte die Bestellung des Nießbrauchs durch den Veräußerer als Noch-Eigentümer aus praktischen Gründen an und statuierte dadurch eine Ausnahme von dem Satz *nulli res sua servit* (Weg 2). Im gemeinen Recht herrschte zunächst darüber Einigkeit, daß nicht der Erwerber, sondern der Veräußerer den Nießbrauch bestellte. Später wurde eine Auffassung stärker, die sich streng an das Dogma *nulli res sua servit* hielt. Das Preußische ALR definierte den Nießbrauch einerseits als Nutzungsrecht an fremder Sache, andererseits reichte bei einer Übertragung die Erklärung des Veräußerers, daß er sich den Nießbrauch vorbehalte, für die Entstehung des Nießbrauchs aus.

Bei Weg 3 (Teilveräußerung) behält sich der Eigentümer etwas vor, was er schon vorher hatte. Diese Gestaltungsmöglichkeit, für die sich insbesondere Heck unter Berufung auf die römisch-rechtliche Übertragung *deducto usu fructu* eingesetzt hat, ist aber mit dem geltenden Recht nicht vereinbar, da beschränkte dingliche Rechte nicht im Wege der Subtraktion, sondern, soweit es um die rechtsgeschäftliche Entstehung geht, nur nach § 873 BGB bestellt werden können. Im übrigen berücksichtigt die Berufung auf die römisch-rechtliche Übertragung *deducto usu fructu* nicht, daß sich der Begriffsinhalt schon bei den klassischen römischen Juristen entscheidend verändert hatte.

Während bei Weg 3 die Unzulässigkeit der Konstruktion auf der Hand liegt, kann bei Weg 1, der Konstruktion mit den beiden Verträgen, umgekehrt die Zulässigkeit nicht in Frage gestellt werden. Hingegen ist diese Feststellung bei der Frage, ob die für Weg 2 erforderliche Bestellung eines Eigentümernießbrauchs zulässig ist, nicht mit derselben Eindeutigkeit zu treffen. Die Gegenargumente werden einerseits von dem gemeinrechtlichen Dogma *nulli res sua servit* beeinflusst, andererseits beruft man sich auf § 873 Abs. 1 BGB, wonach für den Eintritt der dinglichen Rechtsänderung ein sachenrechtlicher Vertrag notwendig sei. Schließlich wird geltend gemacht, der Nießbrauch beinhalte begrifflich ein Recht an einer fremden Sache. Diese Gegenargumente, auf die Reiff sehr ausführlich und unter minutiöser Nachweisung der Fundstellen eingeht, können heute als überwunden angesehen werden. So bejaht die heute ganz h. M. denn auch die grundsätzliche Zulässigkeit der Bestellung eines Eigentümer-Nießbrauchs. Offen bleibt die Frage, ob ein Eigentümer-Nießbrauch nur bei besonderem rechtlichen Interesse bestellt werden kann, was die noch h. M. verlangt, oder ob dieses Erfordernis ersatzlos aufzugeben ist, wofür Reiff mit guten Gründen plädiert. Bei Grundstücken wäre der Grundbuchbeamte mit der ihm obliegenden Prüfung, ob ein solches Interesse vorliegt, überfordert, ganz abgesehen davon, daß es dem Eigentümer kaum möglich wäre, sein Interesse in grundbuchmäßiger Form nachzuweisen.

In einem den dinglichen Vollzug des Vorbehaltsgeschäfts abschließenden Unterkapitel vergleicht Reiff die beiden Gestaltungsmöglichkeiten und fragt danach, ob es einen typischen Vollzugsweg gibt. Er beantwortet die Frage zugunsten des Weges 2 unter Hinweis darauf, daß

a) die Bestellung des Eigennießbrauchs durch den Veräußerer dessen Willen, sich den Nießbrauch vorzubehalten, am ehesten entspricht,

b) dieser Weg den Schutzinteressen des Veräußerers, der verhindert wissen will, daß ihm vom Erwerber herrührende dingliche Rechte im Range vorgehen, Rechnung trägt,

c) Weg 2 unter Umständen billiger ist,

d) Weg 2 die Bestellung eines Pflegers im Falle einer Übertragung an Minderjährige vermeidet.

Die Bestellung eines Pflegers ist nach h. M. zwar auch bei Weg 1 nicht erforderlich, wobei in Rspr. und Lit. immer wieder betont wird, es dürfe keinen Unterschied machen, ob eine

Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt nach Weg 1 oder Weg 2 vollzogen werde. Reiff glaubt jedoch, dieser h. M. Ungereimtheiten vorhalten zu können. Das Argument, die Gesamtwirkung sei entscheidend, beinhalte in Wahrheit die Hinwendung zur – im Rahmen des § 107 BGB unzulässigen – wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Das Gegenteil sei richtig: Ein rechtlicher Nachteil sei zu bejahen, wenn der Minderjährige zunächst Eigentümer eines unbelasteten Grundstücks und erst danach durch Eintragung des von ihm bestellten Nießbrauchs belastet werde. Der Auffassung von Reiff kann ich, was ihre Folgerichtigkeit anbelangt, nur zustimmen. Auf der anderen Seite ist nicht zu verkennen, daß eine Rspr., die vom Ergebnis her argumentiert und auf krummen Wegen gerade schreibt, bislang jedenfalls heilsame Wirkung hatte, indem sie das verhinderte, was auch Reiff mit anderer Begründung vermeiden will: die Pflegerbestellung.

2. Was die schuldrechtliche Qualifikation der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt anbelangt, so kommt Reiff für solche Verträge, deren Inhalt ausschließlich in der Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt besteht (isolierte Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt im Gegensatz zu solchen Verträgen, die neben der Regelung der Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt noch weitere Bestimmungen enthalten), folgerichtig zu der Einordnung, daß es sich um eine reine Schenkung handelt. Der Veräußerer, der sich zunächst einen Eigennießbrauch bestellt und anschließend den mit dem Nießbrauch belasteten Gegenstand überträgt, ist der einzige, der eine Leistung erbringt; dem Erwerber werden keinerlei Leistungspflichten auferlegt. Demgegenüber steht die h. M. in Lit. und Rspr. auf dem Standpunkt, daß eine Schenkung unter Auflage vorliegt. Reiff wendet demgegenüber ein, die Qualifikation als Auflagenschenkungen widerspreche dem historisch gewachsenen Verständnis des Rechtsinstituts der Schenkung unter Auflage. Das gemeine Recht habe die Auflagenschenkungen unter den Begriff der *donatio sub modo* gebracht, die Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt sei aber kein Fall der *donatio sub modo* gewesen. Außerdem verweist er auf Widersprüche und Schwierigkeiten, die durch die h. M. im Zusammenhang mit § 107 BGB verursacht würden. Während einerseits betont werde, eine Schenkung unter Auflage bringe nicht nur rechtliche Vorteile, werde andererseits eine Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt als rechtlich nur vorteilhaft angesehen. Reiff will den Widerspruch dadurch auflösen, daß eine isolierte Übertragung unter Nießbrauchsvorbehalt keine Verpflichtung zur Belastung beinhalte, sondern nur Rechtsgrund eines belasteten Erwerbs darstelle. Auf diese Weise kommt er zum Ergebnis, daß der schuldrechtliche Vertrag als reine Schenkung zu qualifizieren ist, unabhängig davon, auf welchem sachenrechtlichen Weg er vollzogen wird (Seite 107). Reiffs Einwände ist die Stringenz nicht zu versagen, allerdings widersprechen sie, was § 107 BGB anbelangt, den Argumenten, die er vorher vorgetragen hat (Seite 92 ff.). Dort hat Reiff dargelegt, daß bei Vollzug nach Weg 1 ein rechtlicher Nachteil zu bejahen sei und ein Pfleger bestellt werden müsse, andernfalls die Schenkung unwirksam sei. Wenn Reiff dafür plädiert, aus der jeweils beschrittenen Vollzugsform alle Konsequenzen zu ziehen (Seite 97), wirkt es unverständlich, daß durch die Qualifizierung des Vorbehaltsgeschäfts als Rechtsgrundabrede, soweit es um die Bestellung des Nießbrauchs geht, diese Konsequenzen gerade vermieden werden.

3. Die Wertbewegung bei einer Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt vollzieht sich in drei Stufen: Mit dem dinglichen Vollzug des Rechtsgeschäftes geht der Wert des belasteten Gegenstandes auf den Erwerber über (Differenz aus dem Wert des unbelasteten Gegenstandes und dem kapitalisierten Nießbrauchswert = sog. Hüllenwert als 1. Stufe). Mit fortschreitender Zeit vermindert sich der Wert des kapitalisierten Nießbrauchs, entsprechend steigt der Hüllenwert (2. Stufe). Nach dem Tod des Schenkers befindet sich im Vermögen des Beschenkten der unbelastete Gegenstand (3. Stufe). Trotz dieser klaren Diagnose verbleiben noch ungelöste Fragen: Wie hat man sich die Wertbewegung in der 2. Stufe, die fließend erfolgt, vorzustellen? Gehen auf den Eigentümer allmählich die Nut-

zungen über? Was passiert in der 3. Stufe, geht mit dem Tod des Schenkers der Wert des nichtverbrauchten Nießbrauchs auf den Beschenkten über, wie es verbreitete Ansicht ist? Reiff weist demgegenüber im Anschluß an Kessler (BB 1985, 1386 ff.) darauf hin, daß durch den Nießbrauch das gesamte Nutzungspotential zeitlich geteilt werde und der Nießbraucher nur ein zeitlich befristetes Segment des Gesamtnutzungspotentials erwerbe. Demgemäß erwerbe der Beschenkte neben dem Eigentümer ein in der Zukunft liegendes Nutzungspotentialsegment. Mit dem Tod des Nießbrauchers endet dessen Nutzungspotentialsegment, so daß nichts mehr vorhanden ist, was auf den Eigentümer übergehen könnte. Der dreistufigen Wertbewegung liegt, wie Reiff mit Recht betont, kein mehrstufiger Rechtsübergang – erst des Eigentums, dann der Nutzungen – zugrunde.

4. Was ist Gegenstand der Schenkung, die gesamte, in drei Stufen sich vollziehende Wertbewegung oder nur der Wert der belasteten Sache im Zeitpunkt des Vollzugs? Zweifelhaft ist hier, ob hinsichtlich des durch den Wegfall des Nießbrauchs bedingten Wertzuwachses eine Entreicherung des Schenkers vorliegt, da er diesen Wert zu Lebzeiten nicht mehr aus seinem Vermögen abgibt. Er verfügt aber aufschiebend befristet: Der Erwerber hat bezüglich der Lastenfreiheit, die mit dem Tod des Schenkers eintritt, eine Anwartschaft, die ihm nicht mehr entzogen werden kann. Vor allem mit diesem Argument kommt Reiff zu dem zutreffenden Ergebnis, daß auch der Wertzuwachs der dritten Stufe unentgeltlich erfolgt, eine Gegenleistung von dem Beschenkten nicht zu erbringen ist. Gegenstand der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt ist also die unbelastete Sache, wobei der Schenker das Eigentum sofort und die durch das Eigentum vermittelte Nutzungsmöglichkeit erst ab dem Erbfall erhält.

II. War Teil 1 den dogmatischen Grundlagen gewidmet, erörtert Reiff in Teil 2 seiner Arbeit die Auswirkungen der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt auf die Ergänzung des Pflichtteils. Hierbei geht es um die Fragen, ob dem Nachlaß nur der Hüllenwert oder der Sachwert ohne Berücksichtigung des Nießbrauchs hinzuzurechnen ist und ob der Wert zur Zeit der Übertragung oder zur Zeit des Erbfallens oder der jeweils niedrigere maßgebend ist. Im Anschluß an eine ausführliche Darstellung des Pflichtteilsrechts und des Rechts der Pflichtteilergänzung einschließlich des verfassungsrechtlichen und rechtspolitischen Umfeldes berichtet Reiff über den Stand der Meinungen im Schrifttum und in der Rspr., die ein buntes Bild erkennen lassen.

Nach der einen Ansicht, die von Dieckmann begründet worden ist, ist der Wert des verschenkten Gegenstandes zur Zeit des Erbfallens (ohne Berücksichtigung des Nießbrauchs) mit dem Wert des Gegenstandes zur Zeit der Schenkung abzüglich des Wertes des kapitalisierten Nießbrauchs zu vergleichen. Umstritten ist innerhalb dieser Ansicht allerdings, ob bei der Berechnung des kapitalisierten Nießbrauchs auf die Lebenserwartung des Schenkers zur Zeit des Schenkungsvollzugs i. S. einer *ex ante*-Betrachtung oder auf die wirkliche Lebensdauer des Schenkers im Sinne einer *ex post*-Betrachtung (so Sostmann, MittRhNotK 1976, 503) abzustellen ist. Nach einer a. A., der auch der BGH im Ergebnis folgt, ist der Wert des kapitalisierten Nießbrauchs auch vom Sachwert zur Zeit des Erbfallens abzuziehen. Beide Sachwerte sind miteinander zu vergleichen; der niedrigere Wert ist maßgebend. Nach einer dritten Ansicht wird der Wert des Nießbrauchs von keinem der zu vergleichenden Sachwerte abgezogen. Diese Ansicht wird auch in der einzigen untergerichtlichen Entscheidung, nämlich der Entscheidung des LG Landau aus dem Jahre 1911 vertreten. Daß die Höhe des Pflichtteilergänzungsanspruchs völlig verschieden ausfällt, je nach dem, welcher Ansicht man folgt, zeigt Reiff an einem konkreten Beispiel (95.200,- DM, wenn man Dieckmann folgt; 187.500,- DM bei Sostmann; 70.200,- DM, wenn man dem BGH folgt; 225.000,- DM, wenn man sich dem LG Landau anschließt). Schon diese Unterschiede machen die Brisanz der Fragestellung und die Notwendigkeit einer überzeugenden Lösung deutlich.

Reiff lehnt die dargestellten Ansichten, die er in einem umfang-

reichen Kapitel eingehend und kritisch würdigt, bis auf die des LG Landau ab. Aber auch das LG Landau findet nur im Ergebnis, nicht in der Begründung seinen Beifall. Reiff entscheidet sich – gegen die h. M. im Schrifttum und gegen den BGH – für den Nichtabzug des Nießbrauchs, was in der Logik seiner Argumentation zur Rechtsnatur der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt liegt. Wenn diese reine Schenkung ist, dann kann es keinen Abzug geben. Die von Reiff eingenommene Position entspricht aber auch, wie er im einzelnen darlegt, dem Grundgedanken des Pflichtteilergänzungsrechts, nämlich den Berechtigten so zu stellen, wie er ohne die Schenkung stünde, und der Systematik des Gesetzes: Der Pflichtteilergänzungsanspruch entsteht erst mit dem Erbfall, so daß grundsätzlich auch die Lage beim Erbfall und nicht eine frühere entscheidend ist. Übrigens wird auch in Frankreich, in der Schweiz und wohl auch in Österreich, wie ein rechtsvergleichender Überblick zeigt, dem Nettonachlaß der Wert des lastenfreien Gegenstandes hinzugerechnet.

Reiff komplettiert seine Untersuchungen, die in erster Linie dem ergänzungspflichtigen Wert einer weniger als zehn Jahre vor dem Erbfall vollzogenen Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt gelten, durch ein ergänzendes Kapitel, in dem die Verhältnisse dargestellt werden, wenn die Schenkung mehr als 10 Jahre vor dem Erbfall vollzogen ist.

III. Die Arbeit wird beschlossen mit einem Blick über den zivilrechtlichen Tellerrand – ins Schenkungssteuerrecht. Bekanntlich hatte der Gesetzgeber im Jahre 1974 mit dem § 25 ErbStG das Abzugsverbot eingeführt: Auf dem erworbenen Gegenstand lastende Nutzungsrechte konnten vom Wert der Sache also nicht mehr – wie früher – mit ihrem kapitalisierten Wert abgezogen werden. Dem Beschenkten war nur das Recht eingeräumt worden, zwischen der Aussetzung der Besteuerung bis zum Tode des Schenkers oder der sofortigen Durchführung zu wählen. Wählte er die Aussetzung, war der Wert der Sache im

Zeitpunkt des Erbfalls zu versteuern. Bei sofortiger Durchführung dagegen war vom Wert der Sache im Zeitpunkt der Schenkung auszugehen, wobei die auf den Wert des Nießbrauchs entfallende Steuer zinslos gestundet wurde. Die „Reform der Reform“ im Jahre 1980 beschränkte das Abzugsverbot auf Nutzungen und wiederkehrende Verpflichtungen, die den Schenker oder dessen Ehegatten begünstigen. Außerdem wurde die Möglichkeit der Aussetzung abgeschafft.

Reiff billigt das Abzugsverbot, was in der Logik seiner Gedankenführung liegt, die Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt als reine Schenkung anzusehen, und schlägt damit den Kritikern des Gesetzgebers das entscheidende Argument aus der Hand, § 25 ErbStG stehe im Widerspruch zum auch im Schenkungs- und Erbschaftsteuerrecht geltenden Prinzip der Maßgeblichkeit des Zivilrechts. Ergänzende Überlegungen runden den steuerrechtlichen Teil ab.

IV. In der hier vorgestellten Arbeit von Reiff werden Teil 1 auf ca. 100 Seiten, Teil 2 auf ca. 170 Seiten und Teil 3 auf ca. 10 Seiten abgehandelt. Wenn ich in meiner Besprechung die Gewichte anders verteilt habe, so liegt dies allein an der kautelarjuristischen Brille, mit der ich die Arbeit gelesen habe. Unter diesem Blickwinkel ist natürlich Teil 1, der sich mit den dogmatischen Grundlagen der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt und der vertraglichen Konstruktion befaßt, von größerem Interesse. Hinzu kommt, daß in Teil 2 manches – so z. B. die Darstellung des verfassungsrechtlichen und rechtspolitischen Umfeldes des Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsrechts – hätte knapper gehalten werden können. Gleichwohl kann ich für die gesamte Arbeit mit ihren drei Teilen feststellen, daß sie ungewöhnlich gedankenreich ist und zu überzeugenden Lösungen kommt. Sie zu studieren, bedeutet außerordentlichen Gewinn. Reiff wäre zu wünschen, daß seine Gedanken bald Eingang in die Vertragspraxis und in die Rspr. finden.

Notar Dr. Hans Custodis, Köln