

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

11. Jahrgang
Dezember 2003
ISSN 1434-3460

24/2003

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1115 Abs. 1, 247, 1118, 1191 – Variabler Zinssatz einer Grundschuld unter Bezugnahme auf den Basiszinssatz

GmbHG §§ 54, 16; HGB § 12 – Prüfungskompetenz des Registergerichtes bei Anmeldung einer Änderung des GmbH-Gesellschaftsvertrages

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

RBerG Art. 1 § 1; ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5; BGB §§ 242, 134 – Keine Berufung auf Unwirksamkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung nach Rechtsberatungsgesetz bei wirksamer schuldrechtlicher Verpflichtung zur Unterwerfung

BGB § 1896 Abs. 2 – Überprüfung der Wirksamkeit mehrerer Vorsorgevollmachten im Betreuungsverfahren

HGB § 18 Abs. 1 – Unterscheidungskraft einer Firma

InsO § 11; GmbHG § 11 Abs. 1 – Vor-GmbH ist insolvenzfähig

Literatur

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1115 Abs. 1, 247, 1118, 1191 Variabler Zinssatz einer Grundschuld unter Bezugnahme auf den Basiszinssatz

I. Sachverhalt

Bei einer neu bestellten Grundschuld soll ein gleitender Zinssatz mit folgender Klausel vereinbart werden: "Die Grundschuld ist vom Tag der Eintragung an mit jährlich 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen".

II. Frage

Kann für ein Grundpfandrecht ein variabler Zinssatz durch Bezugnahme auf den Basiszinssatz (§ 247 BGB) vereinbart werden oder muss ein Höchstzinssatz angegeben werden?

III. Zur Rechtslage

1. Angabe eines Höchstzinssatzes bei Grundpfandrechteintragung erforderlich

a) Variabler Zinssatz zulässig

Nach §§ 1192 Abs. 2, 1115 Abs. 1 BGB muss bei der Eintragung einer Grundschuld u. a. der Zinssatz im Grundbuch angegeben werden. Anerkannt ist, dass auch ein variabler oder gleitender Zinssatz vereinbart werden kann (BGHZ 35, 22 = DNotZ 1961, 409 = NJW 1961, 1257; Staudinger/Wolfsteiner, BGB (2002), § 1115 Rn. 21; MünchKomm-Eickmann, BGB, 3. Aufl. 1997, § 1115 Rn. 27; Palandt/Bassenge, BGB, 62. Aufl. 2003, § 1115 Rn. 10; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001, Rn. 1960).

b) Angabe eines Höchstzinssatzes erforderlich

Aufgrund des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes lässt die ganz herrschende Ansicht in Rechtsprechung und Literatur die Eintragung des variablen Zinssatzes allein nicht genügen. Zwar sei die bisherige Belastung mit Hilfe des Beziehungszinssatzes errechenbar. Ungewiss bleibe aber die zukünftige Entwicklung der Zinsbelastung. Deshalb sei stets die zusätzliche Angabe eines Höchstzinssatzes oder neben einem Zinsrahmen die Angabe der Kriterien in der Eintragungsbewilligung, nach denen der Gläubiger den Zins erhöhen kann oder ermäßigen muss, erforderlich (BGHZ 35, 22, 25; BGH DNotZ 1975, 680 = NJW 1975, 1314, 1315; Demharter, GBO, 24. Aufl. 2002, Anh. § 44 Rn. 45; Palandt/Bassenge, § 1115 Rn. 10 und Rn. 12; Schöner/Stöber, Rn. 1960; Soergel/Konzen, BGB, 13. Aufl. 2001, § 1115 Rn. 16; Staudinger/Wolfsteiner, § 1115 Rn. 18).

c) Für Reallast genügt bloße Bestimmbarkeit

Anders ist dies bei einer Reallast nach § 1105 BGB. Bei einer Reallast müssen die Leistungen nicht ziffernmäßig bestimmt, sondern nur in ihrem Umfang **bestimmbar** sein (BGHZ 111, 324 = DNotZ 1991, 803; BGH DNotZ 1996, 93; BayObLG DNotZ 1993, 743; BayObLG DNotZ 1994, 181; Bamberger/Roth/Wegmann, BGB, 2003, § 1105 Rn. 14; Schöner/Stöber, Rn. 1297; Staudinger/Amann, BGB (2002), § 1105 Rn. 11, jeweils m. w. N.).

Von besonderer Bedeutung ist dabei die Bestimmung des **§ 1105 Abs. 1 S. 2 BGB**. Zulässiger Inhalt einer Reallast ist nunmehr auch eine Anpassung bzw. Änderung der mit der

Reallast gesicherten Leistungen, wenn anhand der in der entsprechenden Vereinbarung festgelegten Voraussetzungen Art und Umfang der Belastung des Grundstücks bestimmbar sind. Ist dies der Fall, so werden Änderungen der Reallast ohne weitere Bewilligung und Eintragung wirksam, wenn die vereinbarten Voraussetzungen vorliegen (Schöner/Stöber, Rn. 1297; Staudinger/Amann, § 1105 Rn. 11 ff.).

Diesem Bestimmbarkeitsgrundsatz bei einer Reallast genügen grundsätzlich auch **Wertsicherungsvereinbarungen**, soweit diese in den Inhalt einer Reallast aufgenommen werden. Entscheidend ist dabei, dass anhand dieser Wertsicherungsvereinbarungen der gewählte Vergleichsmaßstab zuverlässig feststellbar ist und entweder die Gewähr seines Fortbestands während der vereinbarten Leistungsdauer bietet oder jedenfalls so beschaffen ist, dass in Zukunft Parallelen zwischen ihm und dem an seine Stelle tretenden Maßstab möglich sind, die eine Bestimmung der Leistungshöhe erlauben. Der amtliche Verbraucherpreisindex wie er vom Statistischen Bundesamt monatlich veröffentlicht wird, entspricht diesen Anforderungen (BGH DNotZ 1994, 90; Bay-ObLG DNotZ 1969, 492; OLG Düsseldorf DNotZ 1968, 354; Staudinger/Amann, § 1105 Rn. 14; Bamberger/Roth/Wegmann, § 1105 Rn. 15).

2. Höchstzinssatz bei Bezugnahme auf Basiszinssatz entbehrlich?

Ob bei einem Grundpfandrecht auch nach der Einführung eines Basiszinssatzes in § 247 BGB (bzw. vorher nach dem Diskontsatz-Überleitungsgesetz) noch die Angabe eines Höchstzinssatzes erforderlich ist, erscheint jedoch zweifelhaft.

a) Literatur

In der Literatur hat sich mit diesem Problem zuerst *Volmer* auseinandergesetzt (ZfIR 2001, 246). Nach seiner Ansicht habe die Gesetzesnovellierung der §§ 247, 288 BGB, in welchen nunmehr der gesetzliche Zinssatz selbst variabel gestellt wird, der Auffassung, die bei der Eintragung eines Gleitzinssatzes bei einem Grundpfandrecht die zusätzliche Angabe eines Höchstzinssatzes verlangt, die Argumentationsgrundlage entzogen. Das Argument, andernfalls wäre aus dem Grundbuch anhand der Eintragung in Abt. III nicht ersichtlich, welche maximale Belastung auf dem Grundstück ruhe, gelte zwar auch nach Einführung eines variablen Zinssatzes gem. §§ 247, 288 BGB weiterhin. Soweit jedoch die Beteiligten beispielsweise eine Darlehensforderung hypothekarisch sichern, die nicht verzinst werden soll, ergebe sich auch in diesem Fall, dass namentlich im Hinblick auf einen allfälligen Verzug des Schuldners die höchstmögliche Belastung des Grundstücks nicht aus dem Grundbuch ersichtlich sei. Die für den Verzug anfallenden gesetzlichen Zinsen nach §§ 247, 288 BGB können aus der Grundbucheintragung überhaupt nicht abgelesen werden, da eine entsprechende Eintragung nach § 1118 BGB hierfür von vornherein unterbleibe (*Volmer*, ZfIR 2001, 246, 247). Gleichwohl hafte aber der Grundbesitz bei einer hypothekarisch gesicherten Forderung nach § 1118 BGB auch für Verzugszinsen, ohne dass hierfür eine gesonderte Eintragung im Grundbuch erforderlich sei. Wenn aber schon der gesetzliche Zinssatz variabel sei und sich die Grundstücksbelastung im Falle des Verzuges nicht unmittelbar aus dem Grundbuch ergebe, lasse sich folgern, dass nunmehr auch ein vertraglich vereinbarter Gleitzins im Grundbuch eintragungsfähig sei, ohne dass zusätzlich ein Höchstzinssatz angegeben werden müsse.

Auch *Wolfsteiner* hält seit dem 1.5.2000 gleitende Hypothekenzinsen ohne Höchstzinssatz für zulässig (Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2002, Einl. zu §§ 1113 ff. BGB Rn. 41; ders. MittBayNot 2003, 295; ähnlich Böhringer, Rpfleger 2003, 157, 163; ders. BWNotZ 2003, 129, 130).

b) Rechtsprechung

Mehrere Gerichte haben die Eintragung einer **Sicherungshypothek** unter Einbeziehung der gesetzlichen Verzugszinsen für zulässig erklärt, obwohl der gesetzliche Zinssatz von 5 Prozentpunkten über dem gesetzlichen Basiszinssatz nicht durch einen Höchstzinssatz begrenzt war (KG FGPrax 2003, 56 = KG-Report 2003, 92 = Rpfleger 2003, 204 = ZfIR 2003, 106; LG Kassel Rpfleger 2001, 176).

Das **LG Konstanz** hat dies entsprechend der dargestellten überwiegenden Literaturmeinung auch auf die Eintragung eines **rechtsgeschäftlich bestellten Grundpfandrechts** übertragen und auch hier die Angabe eines Höchstzinssatzes für entbehrlich gehalten, wenn ein variabler Zinssatz unter Bezug auf den Basiszinssatz vereinbart wurde (damals noch nach § 1 Diskontsatz-Überleitungsgesetz; LG Konstanz BWNotZ 2002, 11).

Anderer Ansicht ist demgegenüber das **OLG Schleswig** (DNotZ 2003, 354 = FGPrax 2003, 58 = NotBZ 2003, 76 = ZIP 2003, 250). Nehme ein variabler Zinssatz bei einem Grundpfandrecht auf den Basiszinssatz Bezug, könne der jeweils maßgebliche Zinssatz rückwirkend sicher bestimmt werden. Es fehle indessen die Bestimmbarkeit der Belastung für die Zukunft, so dass nach Auffassung des OLG Schleswig weiter die Angabe eines Höchstzinssatzes erforderlich sei. Dieser Auffassung stehe nicht entgegen, dass nunmehr nach § 288 Abs. 1 und 2 BGB n. F. der gesetzliche Verzugszins an den Basiszins anknüpfe, denn nach § 1118 BGB gebe das Grundbuch über diese Zinsen ohnehin keine Auskunft. Der Umstand, dass hieraus für die nachfolgenden Gläubiger im Hinblick auf den Ausnahmetatbestand des Verzuges ein Risiko hinsichtlich der höchstmöglichen Belastung bestehe, berechtere nicht, dieses Risiko auch auf die rechtsgeschäftlich vereinbarten Zinsen auszu dehnen.

In seiner ablehnenden Anmerkung führt *Wolfsteiner* (MittBayNot 2003, 295) u. E. überzeugend aus, dass das Grundbuchrecht das materielle Recht abbilden müsse. Da aber nach materiellem Recht unter § 1118 BGB als variable Zinsen nicht nur die Verzugszinsen fallen, sondern z. B. auch die Zinsen ab Abnahme nach § 641 Abs. 4 BGB bei der Bauhandwerkerhypothek, Fälligkeitszinsen nach § 353 HGB und Prozesszinsen bei Zwangshypotheken nach § 291 BGB, gebe es im materiellen Recht keinen Grundsatz, wonach die Belastungsobergrenze von Hypothekenzinsen immer bestimmt sein müsse.

3. Ergebnis

Im Ergebnis halten wir es mit der herrschenden Literaturmeinung und entgegen der **Entscheidung des OLG Schleswig** (DNotZ 2003, 354) **nicht für erforderlich, einen Höchstzinssatz anzugeben**, wenn ein gleitender Zinssatz durch Bezugnahme auf den gesetzlichen Basiszinssatz (§ 247 BGB) vereinbart wird.

GmbHG §§ 54, 16; HGB § 12

Prüfungskompetenz des Registergerichtes bei Anmeldung einer Änderung des GmbH-Gesellschaftsvertrages

I. Sachverhalt:

Eine GmbH hat nur noch einen einzigen Gesellschafter, nachdem dieser die Geschäftsanteile aller anderen Mitgesellschafter erworben hat.

Der alleinige Gesellschafter beschließt eine Änderung des Gesellschaftsvertrages. Diese wird zum Handelsregister angemeldet. Das **Handelsregister verlangt** zum Vollzug der Anmeldung die **Vorlage aller vorausgegangenen Geschäftsanteilsabtretungen**.

II. Frage:

Kann oder muss das Registergericht einen Nachweis verlangen, dass der beschließende Alleingesellschafter mittlerweile Inhaber aller GmbH-Geschäftsanteile ist?

III. Zur Rechtslage

1. Gegenstände der Prüfung des Registergerichts

a) Ordnungsgemäße Anmeldung

Das Prüfungsrecht des Registergerichtes hat die GmbH-Novelle 1980 für die Gründung in § 9c GmbHG und für die Kapitalerhöhung in § 57a GmbHG zum Ausdruck gebracht. Dementsprechend ist allgemein anerkannt, dass bei der Prüfung der Anmeldung einer Änderung des Gesellschaftsvertrages die Ordnungsgemäßheit der Anmeldung zu prüfen ist. Dazu gehören die **Legitimation der Anmelder**, die **Form der Anmeldung** und die Vollständigkeit der **beigefügten Unterlagen** (Zimmermann, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 54 Rn. 16; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1997, § 54 Rn. 42; Scholz/Priester, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 54 Rn. 31; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 54 Rn. 17; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 54 Rn. 6).

b) Unwirksamkeit der Satzungsänderungen

Ferner geht die ganz h. M. davon aus, dass der Satzungsänderungsbeschluss nicht eingetragen werden darf, wenn er **nichtig oder unwirksam** ist (BayObLG WM 1995, 572; OLG Köln MittBayNot 1982, 40 = Rpfleger 1981, 405 = WM 1981, 1263; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, § 54 GmbHG Rn. 18; Scholz/Priester, § 54 GmbHG Rn. 32; Michalski/Hoffmann, GmbHG, 2002, § 54 Rn. 28; kritisch nur Säcker, FS Stimpel 1985, S. 882, der sich gegen eine Kontrolle ausspricht, „wenn sich die Nichtigkeit lediglich im Innenverhältnis der Gesellschaft auswirkt“).

Ein Gesellschafterbeschluss ist analog § 241 Nr. 1 AktG u. a. bei Verletzung wesentlicher Regeln über die Einberufung der Gesellschafterversammlung nichtig. Die Nichtigkeit tritt daher ein, wenn nicht alle bei der GmbH nach § 16 GmbHG angemeldeten Gesellschafter geladen worden sind (BGHZ 36, 207, 211; BayObLG FGPrax 1997, 235 = GmbHR 1997, 1002 = NJW-RR 1998, 1254 = ZIP 1997, 1785; OLG Brandenburg GmbHR 1998, 193, 196 = NZG 1998, 263; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, Anh. § 47 GmbHG Rn. 20).

Dementsprechend darf das Registergericht eine Satzungsänderung jedenfalls dann nicht eintragen, wenn es **positive Kenntnis** davon hat, dass ein nach § 16 GmbH bei der Gesellschaft angemeldeter Gesellschafter **nicht ordnungsgemäß zur Gesellschafterversammlung geladen** wurde.

2. Prüfungsumfang

Hiermit ist freilich noch nicht die Frage beantwortet, in welchem Umfang das Registergericht berechtigt und verpflichtet ist, entsprechende Prüfungen anzustellen. Insoweit werden in Literatur und Rechtsprechung unterschiedliche Anforderungen gestellt.

a) Teile der Literatur gehen davon aus, dass das Registergericht grundsätzlich **von der Richtigkeit** des Inhalts des **notariellen Beschlussprotokolls auszugehen** habe. Dementsprechend sei auch davon auszugehen, dass die Feststellung über die Gesellschaftereigenschaft zutreffend sei (Hachenburg/Ulmer, § 54 GmbHG Rn. 41; Scholz/Priester, § 54 GmbHG Rn. 33).

b) Etwas vorsichtiger formulieren andere Autoren, die darauf hinweisen, dass nur bei Zweifeln an der Wirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses das Registergericht zu Ermittlungen verpflichtet sei. Es müssten also **konkrete Anhaltspunkte** bestehen, wonach der Gesellschafterbeschluss durch einen „Nichtgesellschafter“ gefasst bzw. nicht alle Gesellschafter geladen worden seien. (Zöllner, in: Baumbach/Hueck, § 54 GmbHG Rn. 18; Michalski/Hoffmann, § 54 GmbHG Rn. 28; Lutter/Hommelhoff, § 54 GmbHG Rn. 7).

Auch die **Rechtsprechung** verlangt, dass das Registergericht bei **begründeten Bedenken** die Richtigkeit der mitgeteilten Tatsachen prüft (OLG Köln MittBayNot 1989, 104 = MittRhNotK 1988, 181 = WM 1988, 1749; BayObLG BB 1991, 1729 = DB 1991, 1976 = GmbHR 1992, 304, 305 ff.).

c) *Baum* (Eintragung und Löschung von Gesellschafterbeschlüssen, 1981, 62) will hingegen weitergehend dem Registerrichter ein Eintragungsverweigerungsrecht **nur bei Evidenz der Nichtigkeit** geben.

d) Das **OLG Hamm** (DNotI-Report 2001, 167 = DNotZ 2001, 959 = GmbHR 2001, 920 = NZG 2001, 1038 = ZIP 2001, 1918) geht schließlich davon aus, dass, wenn der Erwerb des Geschäftsanteils i. S. d. § 16 GmbHG ordnungsgemäß bei der Gesellschaft angemeldet werde, der angemeldete Gesellschafter auch gegenüber dem Registergericht als Gesellschafter gelten müsse. Die **Fiktion des § 16 GmbHG habe insoweit materielle Wirkung**. Für die Feststellung, ob ein Gesellschafter zu Recht sein Stimmrecht ausgeübt habe, sei daher allein von Bedeutung, ob die Übertragungsvorgänge gegenüber der Gesellschaft wirksam angemeldet worden seien.

3. Anwendung auf den vorliegenden Fall

a) Prüfungsrecht und Prüfungspflicht bei begründeten Zweifeln

Folgt man der Auffassung von *Baum*, so könnte man vorliegend durchaus vertreten, dass das Registergericht nicht zur Prüfung der Gesellschaftereigenschaft berechtigt bzw. verpflichtet gewesen sei, sondern insoweit von der Richtigkeit des notariellen Protokolls hinsichtlich der Gesellschaftereigenschaft ausgehen müssen. Dasselbe gilt u. E., falls man der Meinung unter 2. a) folgt. Freilich ist gegen diese Ansicht einzuwenden, dass durch das Handelsregisterverfahren gewährleistet werden soll, dass der Inhalt des Registers zutreffend ist. Eine derart weite Einschränkung der Prüfungskompetenz lässt sich mit diesem Zweck aber nicht vereinbaren.

Vielmehr ist zu bedenken, dass es Aufgabe des Registergerichts ist, unrichtige Eintragungen zu vermeiden. Daher wird man ein Prüfungsrecht zumindest bei begründeten Bedenken bejahen müssen.

b) Fiktionswirkung der Anmeldung nach § 16 GmbHG
Dabei ist freilich zu beachten, dass eine ordnungsgemäße Anmeldung nach § 16 GmbHG – wie das OLG Hamm (DNotZ 2001, 959) zutreffend ausgeführt hat – ausreicht. § 16 GmbHG knüpft an die Anmeldung eine gesetzliche Fiktion. **Der Angemeldete gilt als Gesellschafter; auf die Wirksamkeit der Übertragung kommt es nicht an** (BGHZ 84, 47, 49 = DNotZ 1983, 192 = NJW 1982, 2822 = WM 1982, 787; BGHZ 112, 103, 113 = DNotZ 1991, 917 = NJW 1990, 2622 = ZIP 1990, 1057; OLG Hamm a. a. O.). Dementsprechend muss auch das Registergericht die Anmeldung nach § 16 GmbHG ausreichen lassen.

c) Prüfung der Anmeldung durch das Registergericht
Fraglich ist, ob daraus die Schlussfolgerung gezogen werden kann, dass die **bloße Erklärung des Geschäftsführers**, die Anmeldungen seien vorgenommen worden, genügt. Diese Frage ist in Rechtsprechung und Literatur – soweit ersichtlich – noch nicht behandelt worden. In dem Fall des OLG Hamm war das Gericht sogar ohne den Nachweis einer entsprechenden Erklärung von einer Anmeldung nach § 16 GmbHG ausgegangen, da die Gesellschaft den Gesellschafter als solchen behandelt hatte. Allerdings lagen dem Gericht auch die Abtretungsverträge vor.

Die Anmeldung kann, sofern die Satzung nichts anderes regelt, formlos erfolgen (Scholz/Winter, § 16 GmbHG Rn. 15; Michalski/Ebbing, GmbHG, 2002, § 16 Rn. 22). Die Anmeldung muss allerdings unter “Nachweis des Übergangs” erfolgen. Dementsprechend kann das Registergericht prüfen, ob die Anmeldung überhaupt erfolgt ist und ob sie unter “Nachweis des Übergangs” geschehen ist.

Die Rechtsprechung verlangt insoweit, dass die **GmbH über die Abtretung “überzeugend” unterrichtet** wird. Beweismittel sei insoweit die **Urkunde über die Abtretung** (BGH MittRhNotK 1997, 31 = NJW-RR 1996, 1377; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 4. Aufl. 2003, § 16 Rn. 10).

Jedoch kann sich die GmbH auch **mit einem geringeren Nachweis begnügen** oder ganz auf ihn verzichten (BGH DNotZ 1992, 164 = NJW-RR 1991, 926 = WM 1991, 996). Dies liegt letztendlich im Ermessen des Geschäftsführers (OLG Hamm GmbHR 1993, 660; OLG Dresden DB 1999, 326 = GmbHR 1999, 709, 710 = ZNotP 1999, 162). Geht der Geschäftsführer einem begründeten Verdacht der Unwirksamkeit der Übertragung nicht nach, so ist er der Gesellschaft gegenüber verantwortlich (Scholz/Winter, § 16 GmbHG Rn. 18; Michalski/Ebbing, § 16 GmbHG Rn. 29). Die Anmeldung bleibt aber wirksam, selbst wenn der Abtretungsvertrag nichtig sein sollte (Michalski/Ebbing, § 16 GmbHG Rn. 42 ff. m. w. N.).

Ausnahmen bestehen nur, wenn der Veräußerer oder Erwerber **geschäftsunfähig** war, ebenso beim Handeln als *falsus procurator* und bei **Fälschung** (Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 16 Rn. 5; Scholz/Winter, § 16 GmbHG Rn. 23; Michalski/Ebbing, § 16 GmbHG Rn. 42 ff.). Ferner hat der BGH festgestellt, dass trotz des Nachweises der Abtretung die Fiktionswirkung des § 16 GmbHG nicht eintrete, wenn die Unwirksamkeit der Übertragung **offensichtlich** sei, was im entschiedenen Fall ange-

nommen wurde, weil die Abtretung des Geschäftsanteils nur beglaubigt und damit nichtig war (BGH DNotZ 1995, 562 = NJW 1995, 128, 129 = ZIP 1994, 1855).

Dementsprechend muss die Erklärung des Geschäftsführers, dass die Anmeldung erfolgt sei, dem Registergericht grundsätzlich genügen. Da die **Anmeldung auch formlos** erfolgen kann, darf das Registergericht noch nicht einmal die Vorlage der schriftlichen Abtretungsanzeige verlangen. Da der Geschäftsführer zudem nach seinem Ermessen bestimmen kann, welche Anforderungen er an den Nachweis stellt, kann das Registergericht zudem u. E. auch keine weiteren Nachweise verlangen, wenn der Geschäftsführer aufgrund seiner Ermessenausübung hierauf verzichtet hat.

4. Ergebnis

Im Ergebnis **genügt u. E. die Erklärung des Geschäftsführers**, dass diejenigen Gesellschafter, die die Änderung des Gesellschaftsvertrages beschlossen haben, nach § 16 GmbHG als Gesellschafter bei der Gesellschaft angemeldet waren.

Eine Ausnahme kann u. E. nur bestehen, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Anmeldung – entsprechend den oben genannten Ausnahmefällen – nicht die Wirkung des § 16 GmbHG entfaltet.

Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** – Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2000, 8). Ein Inhaltsverzeichnis befindet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

Bitte beachten Sie: Unser Fax-Abruf-Dienst ist sprachmenügesteuert. Bitte benutzen Sie deshalb nicht die Fax-Abruf-Funktion an Ihrem Gerät, sondern wählen Sie vorstehende Telefonnummer und warten Sie dann auf die Eingabeaufforderung.

**BNotO § 23; BeurkG § 54b Abs. 3; ZPO §§ 282, 829, 845
Kein Erstarren zunächst mangels Doppelpfändung unwirksamer Pfändung in Notaranderkonto durch Eintritt der Auszahlungsvoraussetzungen**
Fax-Abruf-Nr.: **11330**

**GmbHG §§ 57a, 5 Abs. 4, 9c
Prüfungsrechte des Registergerichts bei der Bewertung von Sacheinlagen; Bewertung einer Darlehensforderung gegen die Gesellschaft**
Fax-Abruf-Nr.: **13124**

**EGBGB Art. 25
Republik Korea (Südkorea): Gesetzliche Erbfolge**
Fax-Abruf-Nr.: **14144**

**EGBGB Art. 25, 26
Portugal: Erbstatut; gemeinschaftliches Testament eines deutsch-portugiesischen Ehepaares**
Fax-Abruf-Nr.: **14145**

**EGBGB Art. 14, 15, 25, 26
Schottland: Güterstatut; Erbstatut; Behandlung eines in die Ehe eingebrachten Grundstücks**
Fax-Abruf-Nr.: **14146**

NotRV

Deutsche
Notarrechtliche
Vereinigung e.V.

Ausschreibung des "Helmut-Schippel-Preises" für das Jahr 2004

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. in Würzburg setzt für eine hervorragende praxisbezogene wissenschaftliche Arbeit auf dem Gebiet des Notarrechts den

"Helmut-Schippel-Preis"

in Höhe von **5.000,00 €** aus.

Zum Notarrecht zählen alle Fragen des materiellen oder formellen Rechts, die mit der Notariatspraxis im weitesten Sinne oder der Vertragsgestaltung im Zusammenhang stehen (z. B. auch Grundstücksrecht, Erbrecht, Familienrecht, Gesellschafts- und Unternehmensrecht).

Die Arbeit muss in deutscher Sprache verfasst und sollte in der Regel noch unveröffentlicht sein. Über die Vergabe entscheidet der Vorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. unter Ausschluss des Rechtsweges. Bewerber werden gebeten, ihre Forschungsarbeiten bis spätestens

30. Juni 2004

bei der

Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.,
Gerberstraße 19,
97070 Würzburg,

in drei Exemplaren (verbleiben bei der Notarrechtlichen Vereinigung) einzureichen. Die endgültige Vergabeentscheidung wird voraussichtlich Anfang 2005 getroffen. Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung behält sich eine Aufteilung des Preises auf mehrere Bewerber vor.

RBerG Art. 1 § 1; ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5; BGB §§ 242, 134

Keine Berufung auf Unwirksamkeit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung nach Rechtsberatungsgesetz bei wirksamer schuldrechtlicher Verpflichtung zur Unterwerfung

Ein Darlehensnehmer, der sich im Darlehensvertrag wirksam verpflichtet hat, sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen zu unterwerfen, darf aus der Nichterfüllung dieser Verpflichtung keine Vorteile ziehen (§ 242 BGB).

Ist die Unterwerfungserklärung nicht durch ihn selbst, sondern durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegeben worden, kann er sich daher gegenüber der kreditgebenden Bank auf die Unwirksamkeit der Erklärung nicht berufen (hier: Abgabe der Unterwerfungserklärung durch Treuhänderin aufgrund einer wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz gemäß § 134 BGB nichtigen Vollmacht).

BGH, Urt. v. 22.10.2003 – IV ZR 398/02

BGH, Urt. v. 22.10.2003 – IV ZR 33/03

Kz.: L III 8 – § 1 RBerG

Fax-Abruf-Nr.: 10355 und 10356

Problem

Beide Entscheidungen betreffen die Frage, ob die Bank die persönliche Zwangsvollstreckung aus einer Zwangsvollstreckungsunterwerfung betreiben darf, die im Zusammenhang mit einem **Kapitalanlagemodell** von einem Treuhänder als Vertreter des Darlehensnehmers unter Verstoß gegen Art. 1 § 1 RBerG abgegeben worden war.

Die Entscheidung reiht sich damit in eine ganze Kette von BGH-Entscheidungen zur Anwendung des RBerG auf Kapitalanlagemodelle seit dem Jahr 2000. In **BGHZ 145, 265** (= DNotZ 2001, 49 = NJW 2001, 70) hatte der BGH erstmals Grundsätze aufgestellt, unter welchen Voraussetzungen ein Treuhandvertrag zur Vertretung bei einem Kapitalanlagemodell gegen § 1 RBerG verstoße. Danach hatten verschiedene BGH-Senate entschieden, dass sich die Unwirksamkeit des Treuhandvertrages auch auf die dem Treuhänder erteilte **Vollmacht** erstrecke (BGH DNotZ 2002, 51; DNotI-Report 2003, 20; DNotI-Report 2003, 85; DNotI-Report 2003, 86 – vgl. auch bereits BGH DNotI-Report 2002, 110). Auch der vom Treuhänder als Vertreter abgeschlossene **Darlehensvertrag** ist mangels Vertretungsmacht unwirksam; jedoch greift zugunsten des Kreditinstituts eine Rechtsscheinhaftung nach §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 BGB ein, wenn die Vollmacht dem Kreditinstitut bei Abschluss des Darlehensvertrages im Original oder in Ausfertigung vorgelegt wurde (BGH DNotI-Report 2002, 110 = NJW 2002, 2325; DNotI-Report 2003, 85). Die Unwirksamkeit der Vollmacht führt auch zur Unwirksamkeit einer vom Treuhänder erklärten **Zwangsvollstreckungsunterwerfung**; insoweit kann sich der Erklärungsempfänger nicht auf eine Rechtsscheinhaftung nach §§ 172 ff. BGB berufen (BGH DNotI-Report 2003, 86). Dabei hatte der BGH zugleich entschieden, dass in der bloßen Inanspruchnahme des Darlehens noch keine Genehmigung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung liegt.

Entscheidung

Die beiden jetzt ergangenen Entscheidungen ergänzen diese Rechtsprechung um den zusätzlichen Aspekt, dass sich der Darlehensnehmer dann nicht auf die Unwirksamkeit der vom Treuhänder aufgrund der unwirksamen Vollmacht erklärten Zwangsvollstreckungsunterwerfung berufen dürfe (§ 242 BGB), wenn er schuldrechtlich wirksam zur Abgabe der Unterwerfungserklärung verpflichtet ist. Dies gelte sowohl, wenn der **Darlehensnehmer selbst den Darlehensvertrag abgeschlossen** hat (IV ZR 398/02) als auch wenn der Darlehensvertrag zwar vom Treuhänder aufgrund unwirksamer Vollmacht abgeschlossen wurde, der Vertrag aber gleichwohl nach **Rechtsscheinhaftungsgrundsätzen** (§§ 172 ff. BGB) wirksam ist (IV ZR 33/03).

In den Entscheidungsgründen weitgehend identisch stellt der BGH weiter fest, dass auch im Formularvertrag die schuldrechtliche Verpflichtung des Darlehensnehmers zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung sowohl hinsichtlich einer von ihm zu bestellenden Grundschuld als auch hinsichtlich eines noch abzugebenden abstrakten Schuldversprechens nicht gegen §§ 3 oder 9 AGBG verstoße (= §§ 305c Abs. 1, 307 BGB n. F.).

BGB § 1896 Abs. 2

Überprüfung der Wirksamkeit mehrerer Vorsorgevollmachten im Betreuungsverfahren

Liegen mehrere, verschiedenen Personen erteilte Vorsorgevollmachten vor, ist aber zweifelhaft, welche von diesen wirksam ist, so ist diese Frage im Verfahren über die Anordnung einer Betreuung aufzuklären.

BayObLG, Beschl. v. 14.8.2003 – 3Z BR 149/03

Kz.: L I 1 – § 1896 Abs. 2 BGB

Fax-Abruf-Nr.: 10357

Problem

Die Betroffene, bei der ein dementielles Syndrom festgestellt worden ist, hatte ihrem Sohn am 19.5.2000 eine notariell beurkundete Vorsorgevollmacht (in Gestalt einer Generalvollmacht) erteilt. Des weiteren erteilte die Betroffene am 26.6.2001 ihrer Tochter eine Generalvollmacht (in notariell beglaubigter Form). Am 27.12.2002 widerrief die Vollmachtgeberin die dem Sohn erteilte Generalvollmacht und bestätigte zugleich die ihrer Tochter erteilte Vollmacht. Der Sohn regte daraufhin die Einrichtung einer Betreuung für die Mutter an, was vom Amts- und Landgericht abgelehnt wurde.

Entscheidung

Zunächst stellt das BayObLG fest, dass zumindest eine der beiden Vorsorgevollmachten, die die Mutter erteilt hatte, wirksam sei. Dennoch dürfe das zwischenzeitlich eingeleitete **Betreuungsverfahren** nach Auffassung des BayObLG nicht eingestellt werden, ohne dass zuvor geklärt worden sei, **wer von beiden Bevollmächtigten die Betroffene vertreten könne**. Denn andernfalls bleibe diese Frage zu Lasten des Wohls der Betroffenen offen, welches im Betreuungsrecht die oberste Richtschnur für das Handeln aller Beteiligten (und damit auch des Vormundschaftsgerichts) sei.

Die Entscheidung ist als **Fortentwicklung der bisherigen Rechtsprechung** anzusehen, wonach das Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis von Betreuung und Vorsorgevoll-

macht (vgl. § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB) nicht gilt, wenn **Zweifel an der Wirksamkeit der erteilten Vollmacht** bestehen (vgl. dazu schon BayObLG FamRZ 1994, 720, 721).

HGB § 18 Abs. 1 Unterscheidungskraft einer Firma

Die Firma "Profi-Handwerker GmbH" ist mangels hinreichender Unterscheidungskraft unzulässig.

BayObLG, Beschl. v. 1.7.2003 – 3Z BR 122/03
Kz.: L IV 1 – § 18 HGB
Fax-Abruf-Nr.: 10358

Problem

Das Handelsregister hatte die Eintragung der Firma "Profi-Handwerker GmbH" abgelehnt.

Entscheidung

Das BayObLG bestätigte, dass der angemeldeten Firma die nach § 18 Abs. 1 HGB erforderliche Unterscheidungskraft fehle. Auch nach neuem Firmenrecht sei grundsätzlich die **Verwendung bloßer Branchen- oder Gattungsbezeichnungen** bzw. einer allgemeinen Bezeichnung des Geschäftsbereichs **nicht zulässig**, zumal die Verwendung solcher allgemeinen Begriffe ähnliche Firmenbildungen für Unternehmen des gleichen Geschäftszweckes häufig sperre, so dass einer solchen Firmenbildung das insoweit anerkannte Freihaltungsbedürfnis entgegenstehe. Die bloße Gattungsbezeichnung sei allerdings dann nicht schädlich, wenn die Firma durch **individualisierende Zusätze** von anderen Firmen unterscheidbar gemacht werde.

InsO § 11; GmbHG § 11 Abs. 1 Die Vor-GmbH ist insolvenzfähig

Zur Insolvenzfähigkeit der Vor-GmbH.

BGH, Beschl. v. 9.10.2003 – IX ZB 34/03
Kz.: L IV 3 – § 11 InsO
Fax-Abruf-Nr.: 10359

Problem

Nach bereits bisher ganz herrschender, wenn nicht sogar allgemeiner Meinung ist auch die Vor-GmbH (also die nach Abschluss des GmbH-Gesellschaftsvertrages bis zur Handelsregistereintragung bestehende Vor-Gesellschaft) insolvenzfähig. Entschieden wurde dies vom BayObLG (NJW 1965, 2254, 2257) zur Vor-AG. Der BGH selbst hatte bisher im Verfahrensrecht nur eine Entscheidung zur Parteifähigkeit der Vor-GmbH im Zivilprozess getroffen (BGH NJW 1998, 1079, 1080). Ebenso war entschieden, dass Vor-AG und Vor-GmbH materiell-rechtlich eigene Rechte und Verbindlichkeiten begründen können (BGHZ 117, 323, 326 = DNotZ 1994, 107 = NJW 1992, 1824 – zur Vor-AG).

Entscheidung

Knapp und bündig stellte der BGH nunmehr fest, dass die Vor-GmbH selbstverständlich auch insolvenzrechtsfähig sei.

Literaturhinweise

T. Keidel/A. Krafska/H. Willer, Registerrecht, 6. Aufl., C. H. Beck Verlag, München 2003, 914 Seiten, 68,- €

Nachdem die 5. Auflage des damals noch *Keidel/Schmatz/Stöber* betitelten Registerrechts (= Handbuch der Rechtspraxis, Band 7) bereits 1991 erschienen war, war eine Neuauflage mehr als überfällig. Verfasst wurde sie von *Willer*, dem Leiter des Registergerichts München und *Krafska*, Notarasessor in München. Kundig und detailreich geschrieben, mit umfangreichen Nachweisen, vor allem der Rechtsprechung aber auch wichtiger Literatur, hat das Werk alle Chancen, der "*Haegele*" (Schöner/Stöber) des Registerrechts zu werden. Es dürfte kaum eine Frage des Registerrechts geben, die *Krafska/Willer* nicht behandeln. Neben dem Handelsregister sind auch das Genossenschafts-, Partnerschafts- und Vereinsregister und selbst das Güterrechtsregister behandelt, wenn gleich etwas kürzer. Wie aus dem *Haegele* vertraut, enthält das Werk auch zahlreiche Muster für Registeranmeldungen und Eintragungen. Prädikat: **Für vertiefte Recherchen im Registerrecht unentbehrlich.**

Notar a. D. Christan Hertel

R. Böttcher/P. Ries, Formularpraxis des Handelsregisterrechts, RWS-Verlag, Köln 2003, 476 Seiten, 69,- €

Schwerpunkt des Werks von *Böttcher* und *Ries* sind die **über 130 Muster**, die im Druck deutlich hervorgehoben sind. Zu Recht trägt das Werk daher den Titel "Formularpraxis". Auch sonst ist Kennzeichen des Werks die übersichtliche Darstellung, die alle wesentlichen Grundlinien klar hervorhebt. Hier ist dem Werk positiv anzusehen, dass es aus der Lehrtätigkeit beider Autoren an der Fachhochschule für Rechtspfleger in Berlin hervorgegangen ist (und natürlich die praktischen Erfahrungen beider Autoren aus ihrer Tätigkeit an Registergerichten verwertet). Das Werk beschränkt sich auf das Handelsregister. Bewusst verzichtet wurde auch auf eine Darstellung des Umwandlungsrechts. Herausgekommen ist damit eine **stattliche, aber doch noch überschaubare Gesamtdarstellung der Praxis des Handelsregisterrechts.**

Notar a. D. Christan Hertel

R. Halaczinsky/A. Obermeier/R. Obermeier/W. Teß, Grundstücksbewertung, Erbschaft- und Schenkungsteuer, 2. Aufl., NWB-Verlag Herne, Berlin 2003, 511 Seiten, 49,- €

Die Autoren, teils als Steuerberater, teils in der Ministerialverwaltung tätig, bieten einen systematischen Überblick sowohl über das Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht wie das Bewertungsrecht. Besonders interessant für den Notar dürfte die fast die Hälfte des Buches ausmachende Darstellung der **erbschaftsteuerlichen Folgen verschiedener Gestaltungen** sein. Manches ist sicher vertraut (wie die Nichtausnutzung von Freibeträgen der Kinder beim klassischen Berliner Testament; ebenso die Tatsache, dass eine mittelbare Grundstücksschenkung zwar weniger Schenkungsteuer auslöst, dafür aber auch keine Eigenheimzulage möglich ist). Anderes wird der Notar aber mit Interesse für die eigene erbrechtliche Gestaltung und für das Verständnis der Gestaltungs-

vorschläge des Steuerberaters der Beteiligten durchlesen (so etwa den Hinweis auf die Möglichkeit, durch eine entgeltliche Erbschaftsausschlagung auch Freibeträge im Testament nicht bedachter Beteiligten auszunutzen). Insgesamt daher ein sehr informatives, auch für den Notar interessantes Buch.

Notar a. D. Christan Hertel

W. Böhringer, Gesetzliche und andere Neuerungen im Liegenschaftsrecht, BWNZ 2003, 129

A. Everts, Die Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsbeteiligungen in der notariellen Praxis, MittBayNot 2003, 427

R. Geck, Die Beschlüsse des Großen Senats des BFH zur Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen – Folgerung für die Beratungspraxis, ZEV 2003, 441

S. Gottwald, Nachträgliche Grunderwerbsteuerbelastung bei einem Formwechsel von einer Personen- in eine Kapitalgesellschaft, MittBayNot 2003, 438

A. Knapp, Vereinbarkeit der Vollstreckungsunterwerfung in Grundsschulden mit der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, MittBayNot 2003, 421

W. Lange, Kann die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs verlängert werden?, ZEV 2003, 433

G. Langenfeld, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung: Weniger Freiheit, mehr Rechtssicherheit, ZEV 2003, 449

N. Mayer, Hausbau bzw. Hauserwerb durch nichteheliche Partner bei Miteigentum beider Partner, ZEV 2003, 453

S. Naumann/M. Naumann, Zeitmanagement, MittBayNot 2003, 457

G. Papacharalampous/G. Lintz, Immobilien in Griechenland, MittBayNot 2003, 464

J. Servier, Wissensmanagement, MittBayNot 2003, 442

N. Sultanova, Das neue Erbrecht der Russischen Föderation im Vergleich zu den erbrechtlichen Normen des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, Osteuropa-Recht 2003, 433

Veranstaltungen

Termine für **Februar 2004** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 (www.anwaltsinstitut.de).

Grundkurs für angehende Anwaltsnotare, Teil 3 (Amann/Jerschke/Rapp), 5.2. – 7.2.2004 Bochum

Grundkurs für angehende Anwaltsnotare, Teil 4 (Blank/Eue/Limmer/Schlee), 19.2. – 21.2.2004 Bochum

Intensivkurs Erbrecht (Frenz/Nieder/Kössinger), 5.2. – 7.2.2003 Bad Kissingen

Die GmbH in der notariellen Praxis (Schaub), 6.2.2004 Bochum, 7.2.2004 Kaiserslautern

Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2003/2004 (Amann/Hertel), 13.2.2004 Bad Homburg, 14.2.2004 Bochum

Notarforum: Aktuelle Einzelfragen zum Wohnungseigentum in der notariellen Praxis (Hügel/Rapp/Wenzel), 28.2.2004 Berlin

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 3 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter <http://www.dnoti.de>.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: 09 31/3 55 76-0 Telefax: 09 31/3 55 76-2 25
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: <http://www.dnoti.de>

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Christian Hertel, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden.
Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 155,00 €, Einzelheft 6,50 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.
Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt.
Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg