

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

20. Jahrgang
März 2012
ISSN 1434-3460

5/2012

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

HGB §§ 25, 28, 161; UmwG § 152 – Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns; Umwandlung eines einzelkaufmännischen Unternehmens in eine GmbH & Co. KG; Ausgliederung; Komplementär-GmbH ohne Kapitalbeteiligung

GBO §§ 19, 20, 35, 40; ZPO §§ 415 ff. – Urteil gegen Erben eines eingetragenen Grundstückseigentümers, den Grundbesitz aufzulassen; Erforderlichkeit des Nachweises der Erbfolge bei Vollzug ohne Zwischeneintragung der Erben

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

GmbHG §§ 34, 30 Abs. 1 – Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen; Abfindungszahlung keine Bedingung für Wirksamwerden der Einziehung

BGB §§ 181, 184; GBO § 20 – Mehrfachvertretung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht; keine ausdrückliche Befreiung von § 181 BGB in Genehmigung erforderlich; Genehmigung durch nicht befreiten Vertreter

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

HGB §§ 25, 28, 161; UmwG § 152 Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns; Umwandlung eines einzelkaufmännischen Unternehmens in eine GmbH & Co. KG; Ausgliederung; Komplementär-GmbH ohne Kapitalbeteiligung

I. Sachverhalt

Ein Einzelunternehmen soll v. a. aus haftungsrechtlichen sowie steuerlichen Gründen in eine GmbH & Co. KG umgewandelt werden.

II. Frage

Kann eine GmbH in das Unternehmen eines Einzelkaufmanns unter gleichzeitiger Umwandlung **in eine GmbH & Co. KG eintreten**, ohne dass sie am Vermögen des Einzelkaufmanns beteiligt wird?

III. Zur Rechtslage

1. Gestaltungsvarianten

a) „Eintritt“ in das Unternehmen eines Einzelkaufmanns

§ 28 HGB sieht die **Haftung der Gesellschaft** für alle im Betrieb des Geschäfts eines Einzelkaufmanns entstandenen Verbindlichkeiten vor, wenn jemand als persönlich haftender Gesellschafter oder als Kommanditist **in das Geschäft des Einzelkaufmanns eintritt**. Anders als es der Wort-

laut des § 28 HGB vermuten ließe (Staub/Burgard, HGB, 5. Aufl. 2009, § 28 Rn. 1, spricht von „irreführend“), kann die **„Umwandlung“ eines einzelkaufmännischen Unternehmens in eine GmbH & Co. KG gesellschaftsrechtlich nicht durch Eintreten eines weiteren Gesellschafters** in das Geschäft eines Einzelkaufmanns gestaltet werden. § 28 HGB stellt lediglich eine Haftungsnorm dar, die einen Spezialfall des § 25 HGB regelt (Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl. 2012, § 28 Rn. 1). Die letztgenannte Vorschrift sieht für den Erwerber eines Handelsgeschäfts die Haftung für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers vor, wenn dieser die bisherige Firma fortführt. Im **Unterschied zu § 25 HGB** (völliges Ausscheiden des früheren Inhabers) betrifft § 28 HGB den Fall, dass der frühere Inhaber (der „Einzelkaufmann“) am neuen Unternehmensträger weiterhin als Gesellschafter beteiligt ist (MünchKommHGB/Thiessen, 3. Aufl. 2010, § 28 Rn. 1). Nach dem Gesetzeswortlaut kommen dafür **OHG und KG** in Frage. In der Literatur wird § 28 HGB teilweise auch dann für anwendbar gehalten, wenn das bisherige Handelsgeschäft in eine **juristische Person** eingebracht wird (MünchKommHGB/Thiessen, § 28 Rn. 10; Staub/Burgard, § 28 Rn. 22; Zimmer, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2008, § 28 Rn. 38; a. A. BGH NJW 2000, 1193 = DNotI-Report 2000, 63; vgl. auch K. Schmidt, NJW 2000, 1521).

Gesellschaftsrechtlich vollzieht sich der „Eintritt“ der GmbH durch **Neugründung einer Kommanditgesellschaft** unter Beteiligung des Einzelkaufmanns. Hierzu **bringt** der Einzelkaufmann sein bisheriges „Geschäft“ im Wege der Singularsukzession **als Einlage** in die neu zu

gründende Gesellschaft **ein** (MünchKommHGB/Thiessen, § 28 Rn. 1). § 28 HGB regelt also die Gesellschaftsneugründung unter Beteiligung des bisherigen Einzelkaufmanns. Es vollzieht sich hier ähnlich wie bei § 25 HGB ein Wechsel des Unternehmensträgers (Hopt, § 28 Rn. 1).

b) Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmanns

Als Alternative stellt § 152 UmwG die Möglichkeit der **Ausgliederung** aus dem Vermögen eines (im Handelsregister eingetragenen) Einzelkaufmanns zur Verfügung. Ausweislich des Wortlauts von § 152 UmwG kann eine solche Ausgliederung **auf eine Personenhandelsgesellschaft, Kapitalgesellschaft** oder eingetragene Genossenschaft **zur Aufnahme** erfolgen. Nur **auf eine Kapitalgesellschaft** kann die Ausgliederung **auch zur Neugründung** durchgeführt werden. Da bei der Ausgliederung Anteile an dem neu entstehenden aufnehmenden Rechtsträger allein an den ausgliedernden Rechtsträger (hier Einzelkaufmann) gewährt werden dürfen (§ 123 Abs. 3 UmwG), würde bei der Ausgliederung zur Neugründung einer Personenhandelsgesellschaft eine **Einmann-Personengesellschaft** entstehen. Dies hielt der Gesetzgeber begrifflich für ausgeschlossen (Regierungsbegründung zu § 152 UmwG, abgedruckt bei Ganske, Umwandlungsrecht, 2. Aufl. 1995, S. 183). Dem folgt die (noch) ganz h. M. in Rechtsprechung und Literatur (vgl. nur MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl. 2011, § 105 Rn. 24 ff. m. zahlr. Nachweisen in Fn. 74 u. 75 auch zur Gegenansicht)

Damit erfordert diese Gestaltungsvariante (Ausgliederung zur Aufnahme) ebenfalls **zunächst eine Neugründung der gewünschten GmbH & Co. KG**. Bei der Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmanns zur Aufnahme auf eine bestehende GmbH & Co. KG kommt es – ebenso wie beim „Eintritt“ gem. Ziff. 1 a) – zur Übertragung des einzelkaufmännischen Unternehmens. Diese erfolgt allerdings im Wege der **Gesamtrechtsnachfolge**, die sich kraft Gesetzes zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Ausgliederung mit der Eintragung im Handelsregister des Einzelkaufmanns vollzieht (§ 131 Abs. 1 Ziff. 1 UmwG). Der Vorgang beinhaltet also **ebenfalls einen Rechtsträgerwechsel**.

2. Neugründung einer GmbH & Co. KG ohne Kapitalbeteiligung

Die Neugründung einer GmbH & Co. KG mit einer **Komplementär-GmbH ohne Kapitalbeteiligung** am Vermögen der Gesellschaft ist allgemein **anerkannt**. OHG und KG stellen ebenso wie die GbR rechtsfähige Gesamthandsgesellschaften dar (Wertenbruch, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 105 Rn. 7). Eine Mitgliedschaft, bei der von vornherein jede **dingliche Mitberechtigung am Gesamthandsvermögen abstrakt-generell ausgeschlossen** wird, ist bei einer Personengesellschaft zwar nicht möglich (vgl. §§ 718, 719 BGB i. V. m. §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB). Davon **zu unterscheiden** ist aber die **wertmäßige Beteiligung** der Gesellschafter, die sich grundsätzlich nach dem Stand des Kapitalkontos (Kapitalanteil) richtet (Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 11. Aufl. 2010, § 4 Rn. 25). Die Verhältnisse der Kapitalanteile zueinander sind für die Gewinn- und Verlustverteilung sowie für die Berechnung des Auseinandersetzungs Guthabens von Bedeutung. Daraus folgt für die GmbH & Co. KG, dass eine GmbH sich als Komplementärin auch ohne jegliche Gewinn- und Verlustbeteiligung und ohne Auseinandersetzungsanspruch beteiligen kann (Binz/Sorg, § 4 Rn. 29).

3. Ergebnis

Eine GmbH & Co. KG kann nicht dadurch entstehen, dass eine GmbH in das Unternehmen eines Einzelkaufmanns eintritt. Die **GmbH & Co. KG** muss vielmehr mit den gewünschten Gesellschaftern (Einzelkaufmann und GmbH) **neu gegründet** werden. Dabei ist es möglich, die Komplementär-GmbH am Vermögen der GmbH & Co. KG nicht wertmäßig zu beteiligen. Das einzelkaufmännische Unternehmen kann entweder im Wege der **Einzelrechtsübertragung** auf die bestehende GmbH & Co. KG oder im Wege der **Gesamtrechtsnachfolge** durch Ausgliederung nach § 152 UmwG übertragen werden.

GBO §§ 19, 20, 35, 40; ZPO §§ 415 ff. Urteil gegen Erben eines eingetragenen Grundstückseigentümers, den Grundbesitz aufzulassen; Erforderlichkeit des Nachweises der Erbfolge bei Vollzug ohne Zwischeneintragung der Erben

I. Sachverhalt

Ein Kläger hat ein Urteil erwirkt, nach dem eine nicht im Grundbuch eingetragene Person ein Grundstück auf ihn aufzulassen hat. Diese Auflassung soll nun vollzogen werden. Im Tatbestand des Urteils ist ausgeführt, dass es sich beim Beklagten um den Erben der im Grundbuch eingetragenen Person handelt.

Das Grundbuchamt ist der Auffassung, es habe trotz der Verurteilung und des Verweises auf die Erbfolge im Tatbestand die Erbfolge als Eintragungsvoraussetzung zu prüfen, und fordert einen Erbnachweis. Hiergegen wendet sich der Kläger.

Seines Erachtens kann der Nachweis der Erbfolge nicht verlangt werden, wenn das aufzulassende Grundeigentum und der Erbe des im Grundbuch noch eingetragenen Bucheigentümers eindeutig und unverwechselbar im Urteil bezeichnet sind. Zur Auflassung verurteilt sei nicht der Bucheigentümer, sondern dessen im Urteil namentlich benannter Erbe. Das Gericht habe die Sachbefugnis einschließlich der Passivlegitimation als Prozessvoraussetzung von Amts wegen zu prüfen. Wenn das Grundbuchamt gleichwohl die Vorlage des Erbnachweises verlange, sei dies insoweit eine Überprüfung des gerichtlichen Verfahrens hinsichtlich der Feststellungen zur Passivlegitimation des Verurteilten. Eine derartige Überprüfung sei aber nur im Rahmen der hierfür durch die ZPO vorgesehenen Rechtsmittelverfahren möglich. Das Grundbuchamt sei an Entscheidungen aus anderen gerichtlichen Verfahren gebunden.

II. Frage

Verlangt das Grundbuchamt zu Recht einen Erbnachweis, wenn die Auflassung ohne Zwischeneintragung der Erben vollzogen werden soll?

III. Zur Rechtslage

1. Umfang der Prüfungspflicht des Grundbuchamts a) Zur Eintragung erforderliche Unterlagen

Zur Eintragung einer Auflassung hat das Grundbuchamt neben dem Antrag (§ 13 Abs. 1 S. 1 GBO) auch die Bewilligung des von der Eintragung Betroffenen (§ 19 GBO) sowie die erforderliche dingliche Einigung (§ 20 GBO) zu

verlangen. Im Rahmen der Einigung prüft das Grundbuchamt u. a. die **Verfügbungsmacht des Erklärenden**, die aus der Rechtsinhaberschaft, vorliegend also aus der Eigentümerstellung, folgt (Demharter, GBO, 28. Aufl. 2012, § 20 Rn. 40; Bauer/v. Oefele/Kössinger, GBO, 2. Aufl. 2006, § 20 Rn. 184 f.; Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl. 2009, § 20 Rn. 127). Im Rahmen der Bewilligung ist darüber hinaus die **Bewilligungsmacht** zu prüfen, die sich wiederum aus der materiell-rechtlichen Verfügungsmacht ableitet (Demharter, § 19 Rn. 56; Hügel/Holzer, GBO, 2. Aufl. 2010, § 19 Rn. 75). Insoweit ist zu beachten, dass auch im Grundbuchverfahren die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB gilt. Folglich darf das Grundbuchamt davon ausgehen, dass der eingetragene Rechtsinhaber bewilligungsbefugt ist, solange diese Vermutung nicht widerlegt wird (Demharter, § 19 Rn. 46, 48; Bauer/v. Oefele/Kössinger, § 19 Rn. 136 ff.; Meikel/Böttcher, § 19 Rn. 38, § 20 Rn. 127).

b) Nachweis der Erbfolge bei Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz

Eine Eintragung soll gem. § 39 Abs. 1 GBO grundsätzlich nur dann erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als Berechtigter (vor-)eingetragen ist (sog. Voreintragungsgrundsatz). Nach § 40 Abs. 1 GBO ist die **Voreintragung des Erben** des eingetragenen Berechtigten allerdings dann **nicht erforderlich, wenn die Übertragung oder die Aufhebung des betroffenen Rechts eingetragen werden soll**. Dies gilt auch, wenn ein Titel gegen den Erben existiert (hierzu Meikel/Böttcher, § 40 Rn. 35). Wegen der Rechtsübertragung infolge der Auflassung kann eine Zwischeneintragung des Erben vorliegend also grundsätzlich unterbleiben.

Zu beachten ist allerdings, dass § 40 GBO nur eine Ausnahme vom Voreintragungserfordernis selbst statuiert, die **übrigen Eintragungsvoraussetzungen aber nicht entbehrlich macht**. Wenn demnach die mit der Voreintragung der Erben verbundene Legitimationsprüfung entfällt, muss dem Grundbuchamt gerade die Verfügungs- und Bewilligungsberechtigung des Erben, also die Erbfolge, nachgewiesen werden (vgl. Demharter, § 40 Rn. 2; KEHE/Herrmann, Grundbuchrecht, 6. Aufl. 2006, § 40 GBO Rn. 17).

2. Nachweis durch Vorlage des Urteils?

Ob der erforderliche Nachweis durch bloße Vorlage des gerichtlichen Urteils erbracht werden kann, erscheint zweifelhaft, zum einen mit Blick auf die Aussagekraft des Urteils, zum anderen mit Blick auf das im Grundbuchverfahren für den Nachweis der Erbfolge vorgesehene Prozedere.

a) Urteil als öffentliche Urkunde

Nach § 29 Abs. 1 S. 1 GBO müssen die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen **durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen** werden. Die im Grundbuchverfahren zulässigen Beweismittel sind also beschränkt (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 152). Öffentliche Urkunden sind nach der Legaldefinition des § 415 Abs. 1 ZPO Urkunden, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind. Bei **gerichtlichen Urteilen** als Urkunden über eine Entscheidung handelt es sich um sog. **bewirkende Urkunden**, die der Vorschrift des § 417 ZPO unterfallen (vgl. KG Berlin FGPrax 2009, 201; Zöller/Geimer, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 417 Rn. 1; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Aufl. 2006, § 417 Rn. 1; siehe

zu bewirkenden Urkunden im Grundbuchverfahren auch Bauer/v. Oefele/Knothe, § 29 Rn. 106). Das **Urteil begründet** somit den **vollen Beweis seines Inhalts**.

b) Nachweis der erforderlichen Erklärungen

Nach § 894 S. 1 ZPO gilt eine Willenserklärung als abgegeben, wenn der Schuldner rechtskräftig zu deren Abgabe verurteilt ist. Das **rechtskräftige Urteil ersetzt** also die **Erklärung in der erforderlichen Form** (Zöller/Stöber, § 894 Rn. 5; MünchKommZPO/Gruber, 3. Aufl. 2007, § 894 Rn. 15). Die Fiktion der Abgabe bewirkt somit sämtliche Rechtsfolgen, die eine wirksame Willenserklärung des Schuldners mit entsprechendem Inhalt im maßgeblichen Zeitpunkt hätte (MünchKommZPO/Gruber, § 894 Rn. 14; Stein/Jonas/Brehm, § 894 Rn. 21). Zum Nachweis genügt die Vorlage einer Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift des Urteils mit Rechtskraftvermerk (Meikel/Hertel, § 29 Rn. 120; Schöner/Stöber, Rn. 747; **Gutachten DNotI-Report 2007, 49, 50**).

Nach § 894 Abs. 1 ZPO gelten allerdings nur die Willenserklärungen des Schuldners mit Eintritt der Rechtskraft als abgegeben. Die **Erklärungen des Gläubigers oder Dritter werden demgegenüber nicht ersetzt** und müssen noch in der vorgeschriebenen Form abgegeben werden (MünchKommZPO/Gruber, § 894 Rn. 16; Zöller/Stöber, § 894 Rn. 7). Vorliegend muss daher noch die Auflassungserklärung des Klägers vor einem Notar erfolgen. Die von § 925 Abs. 1 S. 1 BGB verlangte gleichzeitige Anwesenheit von Veräußerer und Erwerber vor dem Notar wird nach h. M. dadurch ersetzt, dass das Urteil dem Notar bei Erklärung der Auflassung vorgelegt wird (BayObLGZ 83, 181 = Rpfleger 1983, 390; RNotZ 2005, 362 = ZNotP 2005, 277 = DNotI-Report 2005, 103; Demharter, § 20 Rn. 24; Meikel/Böttcher, § 20 Rn. 68; siehe zudem **Gutachten DNotI-Report 2007, 49, 50** m. w. N., auch zur Gegenansicht). Die erforderlichen Erklärungen können somit durch Vorlage des Urteils und der notariellen Urkunde über die Erklärung des Klägers in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden.

c) Nachweis der Verfügungs- und Bewilligungsbechtigung

Im Folgenden gilt es zu klären, ob die Verfügungs- und Bewilligungsberechtigung des Erben vorliegend ebenfalls durch das Urteil nachgewiesen werden kann.

aa) Umfang der Beweiskraft des Urteils

Fraglich ist bereits, ob die Verfügungs- und Bewilligungsberechtigung der verurteilten Personen überhaupt von der Beweiskraft des Urteils erfasst wird. Nach § 417 ZPO begründen bewirkende behördliche Urkunden den **vollen Beweis ihres Inhalts**. Die Urkunde beweist also, dass die betreffende Entscheidung mit demjenigen Inhalt, der sich aus der Urkunde ergibt, tatsächlich getroffen worden ist (Stein/Jonas/Leipold, § 417 Rn. 1; Zöller/Geimer, § 417 Rn. 2). Die Beweiskraft erstreckt sich dabei auf den Inhalt der Urkunde insgesamt (MünchKommZPO/Schreiber, § 417 Rn. 6; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 69. Aufl. 2011, § 417 Rn. 3). Allerdings wird **nur der Inhalt der Entscheidung selbst von der Beweiskraft erfasst**, nicht dagegen die Motive der Entscheidung oder deren sachliche Richtigkeit (Zöller/Geimer, § 417 Rn. 3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 417 Rn. 3; MünchKommZPO/Schreiber, § 417 Rn. 6). Dementsprechend erstreckt sich die Beweiskraft des Urteils **nicht** auf das entschiedene Rechtsverhältnis, die inhaltliche Richtig-

keit der Entscheidung im Tenor, die **Beurteilung rechtlicher Vorfragen** oder die **Richtigkeit der getroffenen Tatsachenfeststellungen** (vgl. Stein/Jonas/Leipold, § 417 Rn. 2; MünchKommZPO/Schreiber, § 417 Rn. 6).

Für den vorliegenden Sachverhalt folgt daraus, dass nur die Tatsache, dass das Urteil mit dem betreffenden Inhalt ergangen ist, von der Beweiskraft der Urkunde erfasst wird. Ob demgegenüber das Urteil so hätte ergehen dürfen, ob also der Anspruch tatsächlich besteht und die getroffenen Feststellungen und rechtlichen Würdigungen zutreffend sind, **ob somit insbesondere die in dem Urteil bezeichnete Person Erbe des im Grundbuch eingetragenen Eigentümers ist**, kann durch Vorlage des Urteils **nicht bewiesen** werden.

bb) Gegenargumente des Klägers

Die Ausführungen des Klägers vermögen u. E. ein anderes Ergebnis nicht zu rechtfertigen.

(1) So ist es bereits **unzutreffend, dass das Gericht von Amts wegen zu prüfen hatte, ob die in dem Urteil genannte Person tatsächlich Erbe des Grundstückseigentümers ist**. Zwar hat das Gericht die **Prozessführungsbefugnis**, also das Recht, einen bestimmten Prozess als richtige Partei im eigenen Namen zu führen, **als Prozessvoraussetzung von Amts wegen zu prüfen** (BGHZ 100, 217 = NJW 1987, 2018; BGHZ 131, 90 = NJW 1996, 391; BGHZ 161, 161; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Grdz. § 50 Rn. 22; vgl. auch Schellhammer, Zivilprozess, 13. Aufl. 2010, Rn. 1204). Das (passive) Prozessführungsrecht des Erben ergibt sich vorliegend aber bereits daraus, dass gegen diesen ein Anspruch geltend gemacht wurde. Die **Prozessführungsbefugnis ist von der Passiv- bzw. Sachlegitimation zu unterscheiden**, welche die materielle Verpflichtung des Beklagten betrifft. Fehlt letztere, ist die Klage als unbegründet abzuweisen (vgl. Schellhammer, Rn. 1204; Zöller/Greger, Vor § 253 Rn. 25; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Grdz. § 50 Rn. 23).

Die **Erbenstellung** der im Urteil bezeichneten Personen betrifft u. E. die **Sachlegitimation**, da es sich hierbei um eine materielle Anspruchsvoraussetzung handelt. Diese hat das Gericht **nicht von Amts wegen zu prüfen**. Vielmehr gilt insoweit der **Beibringungsgrundsatz**, demzufolge das Gericht seiner Entscheidung nur das Tatsachenmaterial zugrunde legen darf, das von den Parteien vorgetragen ist (MünchKommZPO/Rauscher, Einl. Rn. 290 f.; Zöller/Greger, Vor § 128 Rn. 10). Wenn also etwa die in dem Urteil bezeichnete Person ihre Eigentümer- oder Erbenstellung nicht bestritten hat, durfte das Gericht die Erbenstellung seiner Entscheidung ohne weitere Prüfung zugrunde legen. Wäre das Urteil als Versäumnisurteil ergangen, so hätte das Gericht gar das tatsächliche Vorbringen des Klägers als zugestanden angenommen (§ 331 Abs. 1 S. 1 ZPO), sodass insoweit nur noch eine Schlüssigkeitsprüfung stattgefunden hätte (vgl. MünchKommZPO/Prütting, § 331 Rn. 10 ff.).

(2) Anders als der Kläger meint, wird durch die Annahme einer Prüfungscompetenz für das Grundbuchamt auch **nicht das Rechtsmittelverfahren der ZPO** entgegen rechtsstaatlichen Grundsätzen **umgangen**. Richtig ist zwar, dass das **Grundbuchamt an andere Entscheidungen** jedenfalls **insoweit gebunden ist, als diese in materielle Rechtskraft erwachsen sind** (Meikel/Böttcher, Einl. H Rn. 83; zur Bindung des Grundbuchamts an Entscheidungen, die im Verantwortungsbereich eines Gerichts liegen, vgl. auch OLG

Köln RNotZ 2011, 43 = ZEV 2011, 193 = Rpfleger 2011, 158). Die Bindung besteht u. E. aber **nur im Hinblick auf die Entscheidung selbst**. Das Grundbuchamt darf also nicht prüfen, ob die Voraussetzungen für den Erlass der Entscheidung vorgelegen haben (Bauer/v. Oefele/Knothe, § 29 Rn. 106). Die **Beweiskraft einer bewirkenden Urkunde** wird andererseits aber auch **nicht erweitert**. Wenn das Grundbuchamt über eine Frage zu entscheiden hat, die Vorfrage einer gerichtlichen Entscheidung war, steht es ihm folglich frei, diese Frage eigenständig zu beurteilen. An das Urteil gebunden ist das Grundbuchamt insoweit nicht. Denn lediglich die Entscheidung selbst erwächst in Rechtskraft, hinsichtlich derer in erster Linie die Urteilsformel maßgebend ist; nicht erfasst sind Vorfragen, abstrakte Rechtsfragen oder vom Gericht festgestellte Tatsachen (vgl. MünchKommZPO/Gottwald, § 322 Rn. 86 ff.; Zöller/Vollkommer, Vor § 322 Rn. 31 ff.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 322 Rn. 9 ff.).

cc) Urteil kein taugliches Beweismittel zum Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren

Selbst dann, wenn die Beweiswirkung des Urteils die Erbfolge entgegen den vorstehenden Ausführungen umfassen würde, wäre die Vorlage des Urteils zum Nachweis der Erbfolge nicht möglich. Dies folgt aus **§ 35 Abs. 1 S. 1 GBO**, wonach der **Nachweis der Erbfolge grundsätzlich nur durch einen Erbschein** geführt werden kann, sofern keine der gesetzlich normierten Ausnahmen eingreift (zu den Ausnahmen, für deren Vorliegen hier allerdings nichts ersichtlich ist, vgl. Bauer/v. Oefele/Schaub, § 35 Rn. 31 ff.). Das Grundbuchamt braucht die oftmals zeitintensive und rechtlich schwierige Prüfung der erbrechtlichen Verhältnisse nicht vorzunehmen (Meikel/Roth, § 35 Rn. 1). Andere Beweismittel sind demnach ausgeschlossen (Bauer/v. Oefele/Schaub, § 35 Rn. 52).

3. Ergebnis

Somit bleibt festzuhalten, dass das Grundbuchamt u. E. zu Recht einen Nachweis der Erbfolge verlangt.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

BGB §§ 463, 469; ErbbauRG §§ 5, 6, 7

Änderung eines Erbbaurechtskaufvertrags; Neuanlauf der Ausübungsfrist eines Vorkaufsrechts; erneute Zustimmungspflicht des Eigentümers des Erbbaugrundstücks

Abruf-Nr.: **110706**

WEG § 15; StVO §§ 1, 13, 45

Verkehrszeichen auf Privatgelände; öffentlicher Verkehr

Abruf-Nr.: **109263**

Verschmelzungsrichtlinie Art. 16; MgVG §§ 3, 4, 5 Nr. 1, 2, 3

Grenzüberschreitende Verschmelzung; Mitbestimmung bei Hineinverschmelzung; Verhandlung über Mitbestimmung; Verhältnis der Tatbestandsmerkmale zueinander; Anknüpfung an abstrakte oder konkrete Mitbestimmungsregelung

Abruf-Nr.: 110738

EGBGB Art. 25

Frankreich: Erbausschlagung

Abruf-Nr.: 109145

Rechtsprechung

GmbHG §§ 34, 30 Abs. 1

Zwangseinziehung von GmbH-Geschäftsanteilen; Abfindungszahlung keine Bedingung für Wirksamwerden der Einziehung

a) **Wenn ein Einziehungsbeschluss weder nichtig ist noch für nichtig erklärt wird, wird die Einziehung mit der Mitteilung des Beschlusses an den betroffenen Gesellschafter und nicht erst mit der Leistung der Abfindung wirksam.**

b) **Die Gesellschafter, die den Einziehungsbeschluss gefasst haben, haften dem ausgeschiedenen Gesellschafter anteilig, wenn sie nicht dafür sorgen, dass die Abfindung aus dem ungebundenen Vermögen der Gesellschaft geleistet werden kann, oder sie die Gesellschaft nicht auflösen.**

BGH, Urt. v. 24.1.2012 – II ZR 109/11

Abruf-Nr.: 11021R

Problem

Der Gesellschaftsvertrag der X-GmbH lässt die Zwangseinziehung eines Geschäftsanteils zu, wenn in der Person des Gesellschafters ein wichtiger Grund gegeben ist; dem Gesellschafter ist in diesem Fall innerhalb von zwei Jahren eine Abfindung zu zahlen. Im Jahr 2001 fasste die Gesellschafterversammlung einen Zwangseinziehungsbeschluss. Der betroffene Gesellschafter erhielt jedoch in der Folge keine Abfindung.

Im Jahr 2007 beantragte der ausgeschlossene Gesellschafter die Fassung eines Gesellschafterbeschlusses, durch den der einzige weitere Gesellschafter der GmbH auf Zahlung in Anspruch genommen werden sollte. Da ein derartiger Beschluss offenbar nicht zustande kam, erhob der ausgeschlossene Gesellschafter Klage auf Feststellung eines entsprechenden Beschlussinhalts. Das LG Leipzig entschied i. S. d. klägerischen Antrags, die dagegen eingelegte Berufung des Beklagten wurde vom OLG Dresden zurückgewiesen. Das Berufungsgericht ging insbesondere davon aus, dass der Kläger mangels Abfindungszahlung bisher nicht aus der Gesellschaft ausgeschieden und somit in der fraglichen Gesellschafterversammlung noch stimmberechtigt gewesen sei.

Entscheidung

Auf die Revision des Beklagten hin hat der BGH die Klage abgewiesen. Nach Ansicht des BGH stand dem Kläger in

der Gesellschafterversammlung kein Stimmrecht mehr zu, weil er mit der Bekanntgabe des Einziehungsbeschlusses aus der Gesellschaft ausgeschieden sei. Ein Einziehungsbeschluss sei zwar entsprechend § 241 Nr. 3 AktG nichtig, wenn bereits bei Beschlussfassung feststehe, dass das Einziehungsentgelt nicht aus freiem, die Stammkapitalziffer nicht beeinträchtigendem Vermögen gezahlt werden könne (BGH, Urt. v. 5.4.2011, NJW 2011, 2294 = MittBayNot 2011, 414 = NotBZ 2011, 332). Hierfür fehlten jedoch konkrete Anhaltspunkte. Laut BGH muss es daher bei dem Grundsatz bleiben, dass der weder nichtige noch für nichtig erklärte **Einziehungsbeschluss** – wie andere Beschlüsse – **mit Beschlussfassung (bzw. mit Bekanntgabe** an den betroffenen Gesellschafter) **wirksam und vollziehbar** ist (vgl. Tz. 8, 13).

Anders sieht dies die in Rechtsprechung und Literatur bisher vielfach vertretene sog. „**Bedingungslösung**“ (vgl. die Nachweise in Tz. 10). Hiernach steht das Wirksamwerden der Einziehung unter der aufschiebenden Bedingung einer Abfindungszahlung aus dem freien Vermögen. Die dadurch entstehende Schwebelage ist nach Ansicht des BGH aber mit erheblichen Nachteilen für die Gesellschaft verbunden. So blieben dem ausgeschlossenen Gesellschafter die mitgliedschaftlichen Rechte während der Schwebelage jedenfalls grundsätzlich erhalten, obwohl sein Verbleib in der Gesellschaft – zumindest bei einer Einziehung aus wichtigem Grund – der Gesellschaft und den übrigen Gesellschaftern gerade unzumutbar sei. Ebenso werde der Zweck der Einziehung bei einer Schwebelage teilweise verfehlt, wenn mit der Einziehung unerwünschte Dritte von der Gesellschaft ferngehalten werden sollten (z. B. bei Einziehung wegen Pfändung des Geschäftsanteils, vgl. Tz. 15).

Der ausgeschlossene Gesellschafter muss laut BGH allerdings davor geschützt werden, „dass die verbleibenden Gesellschafter sich mit der Fortsetzung der Gesellschaft den wirtschaftlichen Wert des Anteils des ausgeschiedenen Gesellschafters aneignen und ihn aufgrund der gläubigerschützenden Kapitalerhaltungspflicht mit seinem Abfindungsanspruch leer ausgehen lassen“ (Tz. 14). Zur **Sicherung des Abfindungsanspruchs** genüge es aber, die **verbleibenden Gesellschafter selbst in die Haftung zu nehmen**. Die Mitgesellschafter sind also verpflichtet, die Abfindung *pro rata* ihrer Beteiligung zu zahlen, soweit die Gesellschaft die Abfindung nicht leisten darf (vgl. Tz. 12; siehe auch Heidinger/Blath, GmbHR 2007, 1184, 1187).

Zur Anwendung der Bedingungslösung im Fall der **Ausschlussklage** äußert sich der BGH nicht ausdrücklich. In der insoweit maßgeblichen Entscheidung aus dem Jahre 1953 (BGHZ 9, 157) hatte der BGH die **Wirksamkeit** des Ausschlussurteils **unter die aufschiebende Bedingung der Abfindungszahlung** gestellt. In seiner aktuellen Entscheidung weist der BGH jedenfalls auf die grundlegenden Unterschiede zwischen Einziehung und Ausschlussklage hin: Während der Gesellschafter im Fall der (statutarisch zugelassenen) Einziehung einer Einziehung auch des eigenen Anteils antizipiert zugestimmt hat, erfolgt die Ausschließung durch Klage gerade unabhängig von einer Bestimmung im Gesellschaftsvertrag und somit ohne Zustimmung des Gesellschafters. Der von einer Einziehung betroffene Gesellschafter ist laut BGH also weniger schutzwürdig als der im Klagewege ausgeschlossene (vgl. Tz. 16).

BGB §§ 181, 184; GBO § 20

Mehrfachvertretung eines Vertreters ohne Vertretungsmacht; keine ausdrückliche Befreiung von § 181 BGB in Genehmigung erforderlich; Genehmigung durch nicht befreiten Vertreter

1. Ist ein Rechtsgeschäft infolge Mehrfachvertretung (§ 181 Var. 2 BGB) schwebend unwirksam, so können die vertretenen Vertragsbeteiligten das Rechtsgeschäft auch durch einen Vertreter genehmigen lassen. Einer höchstpersönlichen Genehmigung bedarf es nicht.

2. Die nachträgliche Genehmigung eines Beteiligten muss lediglich zum Ausdruck bringen, dass das Rechtsgeschäft wirksam werden soll. Eine ausdrückliche Befreiung von § 181 BGB muss die Genehmigungserklärung nicht enthalten, da sie das vorgenommene Rechtsgeschäft so erfasst, wie es abgeschlossen wurde.

3. Ein Vertreter kann ein wegen § 181 BGB schwebend unwirksames Rechtsgeschäft auch dann genehmigen, wenn er seinerseits nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist, sofern die Abgabe der Genehmigungserklärung nicht selbst den Tatbestand des § 181 BGB verwirklicht. (Leitsätze der DNotI-Redaktion)

OLG Zweibrücken, Beschl. v. 5.1.2012 – 3 W 99/11
Abruf-Nr.: 11022R

Problem

Eine einzige natürliche Person handelte als Vertreter ohne Vertretungsmacht für zwei Beteiligte (Land Rheinland-Pfalz und eine Gemeinde). Während die Gemeinde in der Genehmigungserklärung nach § 184 BGB zusätzlich eine „Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB“ aussprach, fehlte ein solcher Zusatz in der von einem nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Vertreter namens des Landes abgegebenen Genehmigungserklärung. Das Grundbuchamt hielt Letztere nicht für ausreichend, da in der Genehmigung auch ausdrücklich eine Gestattung gem. § 181 BGB ausgesprochen werden müsse.

Entscheidung

Nach Auffassung des OLG Zweibrücken äußerte das Grundbuchamt dieses Verlangen zu Unrecht. Das Gericht erkennt zunächst die Befugnis des Grundbuchamts an, die Erklärungen eines Vertreters im Hinblick auf ihre Wirksamkeit gem. § 181 BGB zu überprüfen. Ob § 181 BGB überhaupt auf das Handeln eines beiderseitigen Vertreters ohne Vertretungsmacht anwendbar ist, wird ausdrücklich offengelassen, da selbst bei unterstellter Anwendbarkeit die Genehmigung namens des Landes dem Rechtsgeschäft zur Wirksamkeit verhilft. Eine **ausdrückliche Befreiung** von § 181 BGB **brauche die Genehmigungserklärung nicht zu enthalten**, da sie das vorgenommene Rechtsgeschäft so erfasst, wie es abgeschlossen wurde. Es sei nicht erforderlich, dass sich die Genehmigung zum Grund der schwebenden Unwirksamkeit äußert. Denn der Zweck einer Genehmigungserklärung bestehe lediglich in der Beseitigung einer schwebenden Unwirksamkeit.

In Übereinstimmung mit der h. M. steht das OLG Zweibrücken auf dem Standpunkt, dass ein **Vertreter, der** das Handeln eines anderen Vertreters ohne Vertretungsmacht **genehmigt, nicht seinerseits** von den Beschränkungen des § 181 BGB **befreit** sein muss. Etwas anderes gelte nur

dann, wenn die Genehmigung aus Sicht des genehmigenden Vertreters ihrerseits in den Anwendungsbereich des § 181 BGB fällt.

Literaturhinweise

Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter
www.dnoti.de.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: 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. Sebastian Herrler, 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 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, 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