

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

19. Jahrgang  
April 2011  
ISSN 1434-3460

7/2011

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 3, 11; UmwG §§ 20, 54 Abs. 1 S. 3 – Wirtschaftliche Neugründung bei einer GmbH (Mantelverwendung); Rechtsfolgen bei unterbliebener Offenlegung; Vorbelastungshaftung (Unterbilanzhaftung); Verlustdeckungshaftung; Abwendung der Haftungsgefahr durch Verschmelzung auf eine andere GmbH unter Verzicht auf Kapitalerhöhung und Anteilsgewährung

InsO §§ 287, 295 – Begründung und Erfüllung eines Zugewinnausgleichsanspruchs in der Wohlverhaltensperiode

### Gutachten im Abruf-Dienst

#### Rechtsprechung

GmbHG §§ 16 Abs. 1 u. 3, 40; BGB § 161 Abs. 1, 3 – Kein gutgläubiger Erwerb bei aufschiebend bedingter Veräußerung; keine Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste

#### Literatur

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**GmbHG §§ 3, 11; UmwG §§ 20, 54 Abs. 1 S. 3**

**Wirtschaftliche Neugründung bei einer GmbH (Mantelverwendung); Rechtsfolgen bei unterbliebener Offenlegung; Vorbelastungshaftung (Unterbilanzhaftung); Verlustdeckungshaftung; Abwendung der Haftungsgefahr durch Verschmelzung auf eine andere GmbH unter Verzicht auf Kapitalerhöhung und Anteilsgewährung**

### I. Sachverhalt

Im Dezember 2004 erwarb X sämtliche Geschäftsanteile an der X-GmbH. Die X-GmbH war zu diesem Zeitpunkt unternehmenslos, d.h. stellte lediglich eine „leere Hülse“ i. S. der BGH-Entscheidung vom 18.1.2010 (II ZR 61/09) dar. Im Zusammenhang mit dem Anteilserwerb wurden Firma und Gegenstand des Unternehmens geändert sowie neue Geschäftsführer bestellt. Die Gesellschaft nahm ihre wirtschaftliche Tätigkeit sodann wieder auf. Eine Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Handelsregister erfolgte nicht. Anschließend wurde die X-GmbH auf die Y-GmbH (Alleingesellschafter ebenfalls X) verschmolzen. Auf eine Kapitalerhöhung zur Durchführung der Verschmelzung sowie auf die Gewährung von Anteilen wurde verzichtet. Im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verschmelzung bestand keine Unterbilanz.

### II. Frage

Hat die Verschmelzung zur Folge, dass für X kein Risiko einer zeitlich unbefristeten Unterbilanzhaftung nach den Grundsätzen der wirtschaftlichen Neugründung mehr besteht?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Rechtsfolgen der wirtschaftlichen Neugründung; Anwendbarkeit der „Unterbilanzhaftung“

Liegen, wie im vorstehenden Sachverhalt, die Voraussetzungen einer sog. „wirtschaftlichen Neugründung“ vor (vgl. ausführlich **Gutachten DNotI-Report 2011, 1**), so sind hiermit nach den Grundsatzentscheidungen des BGH vom 9.12.2002 (DNotZ 2003, 443) und vom 7.7.2003 (DNotZ 2003, 951) folgende Rechtsfolgen verbunden: Die Wiederverwendung eines zwischenzeitlich leer gewordenen Gesellschaftsmantels bzw. die erstmalige Aktivierung einer Vorratsgesellschaft ist **gegenüber dem Registergericht offenzulegen**. Diese Offenlegung ist mit einer **Versicherung analog § 8 Abs. 2 GmbHG zu verbinden**, welche auf das vermögensmäßige Vorhandensein des satzungsmäßigen Stamm- bzw. Grundkapitals gerichtet ist. Bei der Verwendung einer Mantel- bzw. Vorratsgesellschaft soll zudem das **Haftungsmodell der Unterbilanzhaftung** entsprechend angewandt werden, um die Kapitalaufbringung zu gewährleisten (vgl. zum aktuellen Streitstand zur Reichweite der Unterbilanzhaftung **Gutachten DNotI-Report 2011, 1**). Auch wenn der BGH in den beiden Entscheidungen auf die Vorschriften der §§ 7, 8 GmbHG abstellte, welche die **Einlageleistung** betreffen, kommt in neueren Entscheidungen zum Ausdruck, dass bei einer wirtschaft-

lichen Neugründung **allein die Grundsätze der Unterbilanzhaftung** heranzuziehen sind (BGH DStR 2008, 933, 934: Klage des Insolvenzverwalters war „zu Recht“ auf Unterbilanzhaftung „und nicht etwa auf Einlagezahlung“ gestützt) und eine wirtschaftliche Neugründung **keine neuen Einlageforderungen begründet**.

Da der II. Zivilsenat in seinen Entscheidungen zur wirtschaftlichen Neugründung hinsichtlich des „Haftungsmodells der Unterbilanzhaftung“ ausdrücklich auf seine Rechtsprechung zur Vor-GmbH Bezug genommen hat (Leitentscheidungen insoweit: BGHZ 80, 129; 105, 300; 134, 333, zitiert in BGH DNotZ 2003, 443, 445 [Vorratsgesellschaften] und BGH DNotZ 2003, 951, 955 [Mantelgesellschaften]), sollen die Grundzüge dieses Haftungsmodells nachfolgend dargestellt werden.

## **2. Grundlagen der Verlustdeckungs- bzw. Vorbelastungshaftung im Gründungsstadium einer GmbH bzw. einer AG**

Die Modelle der Verlustdeckungshaftung und der Vorbelastungshaftung (letzterer Begriff wird häufig synonym verwendet mit „Unterbilanzhaftung“, vgl. BGHZ 134, 33, 1. Leitsatz sowie K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 34 III 4, S. 1031 mit Differenzierungen) sind in der Rechtsprechung ursprünglich im Zusammenhang mit der **Aufgabe des Vorbelastungsverbots bei der Vor-GmbH** entwickelt worden (vgl. BGHZ 80, 129; 105, 300; 134, 333), um die **Haftung der Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft** zu beschreiben. Nach der Rechtsprechung des BGH gilt für diese Haftungsmodelle Folgendes:

Seit der Leitentscheidung vom 27.1.1997 (II ZR 123/94, BGHZ 134, 333 = DNotZ 1998, 142) geht der II. Zivilsenat von einem **einheitlichen Konzept der Gründerhaftung** aus. Bis zur Eintragung der GmbH in das Handelsregister gilt danach die **Verlustdeckungshaftung**; ab der Eintragung steht dieser als „gleichwertiges Äquivalent“ die sogenannte **Vorbelastungshaftung** gegenüber. Beide Haftungsarten zeichnen sich übereinstimmend wie folgt aus: Sie sind **der Höhe nach unbeschränkt** (BGH DNotZ 1998, 142, 144); ferner haften die Gesellschafter **anteilig im Verhältnis ihrer Kapitalanteile zueinander** (BGH DNotZ 1998, 142, 146 f.; Ulmer, ZIP 1996, 703), wobei allerdings eine Ausfallhaftung **analog § 24 GmbHG** in Betracht kommt (Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 11 Rn. 25). Schließlich ist die Haftung grundsätzlich als **Innenhaftung ausgestaltet** (BGH DNotZ 1998, 142, 146 ff.). Wegen der vergleichbaren Interessenlage gilt für die Verjährung des Anspruchs **§ 9 Abs. 2 GmbHG entsprechend** (BGHZ 105, 300 = DNotZ 1989, 516, 518 f.), was ursprünglich zu einer fünfjährigen Verjährungsfrist führte. Mittlerweile wurde die Verjährungsfrist auf zehn Jahre verlängert.

In zeitlicher Hinsicht bildet die **Eintragung der GmbH in das Handelsregister** eine Zäsur: Da mit der Eintragung der GmbH alle Rechte und Pflichten der Vor-GmbH auf die GmbH übergehen, endet in diesem Zeitpunkt auch die Verlustdeckungshaftung; an ihre Stelle tritt die Vorbelastungshaftung (K. Schmidt, ZHR 156 [1992], 93, 133; Tiefel, Die Gründerhaftung in der Vor-GmbH, 2005, S. 136).

Die **Verlustdeckungshaftung als anteilige Innenhaftung für die Anlaufverluste der nicht eingetragenen Gesellschaft** greift ein, wenn es nicht zur Eintragung der

Gesellschaft kommt. **Ausnahmsweise** haftet der mit der Geschäftsaufnahme einverständene Gründer unmittelbar gegenüber Dritten (**Außenhaftung**), wenn es sich um eine **Einpersonenvorgesellschaft** handelt, wenn die **Vorgesellschaft vermögenslos** ist oder die **Gesellschafter nach Scheitern der Eintragung oder Aufgabe der Eintragsabsicht die Vorgesellschaft nicht umgehend liquidieren** (MünchKommGmbHG/Merkt, 2011, § 11 Rn. 177). Unterbleibt eine solche Liquidation, wandelt sich die Vor-GmbH kraft Gesetzes in eine **OHG oder GbR** um (MünchKommGmbHG/Merkt, § 11 Rn. 174: „unechte Vorgesellschaft“).

## **3. Vorbelastungshaftung bei nicht offengelegter „wirtschaftlicher Neugründung“**

### **a) Auswertung der Rechtsprechung: Anwendbarkeit der Vorbelastungs-/Unterbilanzhaftung anerkannt**

Der II. Zivilsenat hat sich zur genauen Ausgestaltung der Haftung der Gründer bei einer nicht offengelegten wirtschaftlichen Neugründung bislang nur cursorisch geäußert; die beiden Grundlagenentscheidungen (BGH DNotZ 2003, 443; DNotZ 2003, 951) betrafen **Rechtsbeschwerden im Handelsregisterverfahren**. Hinweise zur Konkretisierung des vom BGH vorausgesetzten Verständnisses finden sich jedoch in einem **Zurückweisungsbeschluss des II. Zivilsenats** aus dem Jahr 2008 (DStR 2008, 933 m. Anm. Goette). Dort wurde **jedenfalls für Altfälle** (wirtschaftliche Neugründung vor Bekanntwerden der Entscheidungsgründe vom 7.7.2003, DNotZ 2003, 951) die **entsprechende Anwendung des § 9 Abs. 2 GmbHG** auf die **Unterbilanzhaftung** bejaht (wie auch schon im Gründungsrecht, BGHZ 105, 300). Da mit dem „Erfordernis einer Offenlegung“ noch nicht gerechnet werden konnte, begann die Verjährungsfrist in Altfällen bereits **mit dem tatsächlichen Beginn der Geschäftsaufnahme**, also der wirtschaftlichen Neugründung.

Auch in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung ist die **entsprechende Anwendung der Unterbilanzhaftung** anerkannt (OLG Jena GmbHR 2004, 1468, 1470; DB 2006, 2624, 2625; OLG Schleswig DB 2006, 2737; OLG Hamburg GmbHR 2005, 164, 166). Dabei soll **für den Haftungsumfang** überwiegend der **Zeitpunkt der Offenlegung** maßgeblich sein (OLG Jena GmbHR 2004, 1468, 1470; DB 2006, 2624, 2625; OLG Köln ZIP 2008, 973, 974; abweichend jüngst KG NZG 2010, 387, n. rkr., Revision anhängig unter Az.: II ZR 13/10). Der Anspruch „aus Unterbilanzhaftung“ entsteht allerdings bereits mit der wirtschaftlichen Neugründung (OLG Schleswig DB 2006, 2737, 2738; Kresse, Die Verwendung von Mantel- und Vorratsgesellschaften, 2010, S. 440 m.w.N.; missverständlich OLG Köln, ZIP 2008, 973).

### **b) Rechtsnatur der „Belastung“ bei unterbliebener Offenlegung**

Dogmatische Schwierigkeiten bereitet der Vergleich mit der Unterbilanzhaftung bei Gründung in den Fällen, in denen die Offenlegung unterblieb und kein „Altfall“ im Sinne der BGH-Entscheidung vom 26.11.2007 (DStR 2008, 933) vorlag. Im Ausgangspunkt geht die Rechtsprechung (noch) mehrheitlich davon aus, dass eine „zeitlich unbeschränkte Haftung der Gesellschafter“ besteht (OLG München Mitt-BayNot 2010, 326, 1. Leitsatz; OLG Jena DB 2006, 2624 Tz. 18: „Wenn ... eine Offenlegung unterblieben ist, kann bei späteren Vermögensminderungen der GmbH **jederzeit die Vorbelastungshaftung eingreifen**“; a.A. KG NZG 2010, 387). Ein eventueller Anspruch aus dieser Vorbelas-

tungshaftung kann höhenmäßig schwanken, je nachdem, ob und in welchem Umfang das Gesellschaftsvermögen im Verhältnis zur Stammkapitalziffer verbraucht ist (OLG München MittBayNot 2010, 326, 1. Leitsatz; OLG Jena DB 2006, 2624 Tz. 18). Demzufolge würde der Anspruch der Gesellschaft **vor Offenlegung durch bloße Beseitigung der Unterbilanz erlöschen**, könnte allerdings **jederzeit durch eine zukünftige Vermögensminderung wieder aufleben**.

Insoweit **unterscheidet sich** der Anspruch der Gesellschaft bei unterbliebener Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung vom „**Unterbilanzanspruch**“ im **Gründungsstadium**: Letzterer ist mit **Eintragung** der Gesellschaft **höhenmäßig fixiert** (Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 11 Rn. 131). Verluste der Gesellschaft nach der Eintragung sind somit nicht von den Gesellschaftern auszugleichen. Andererseits genügt es für das Erlöschen dieses „**fixierten Anspruchs**“ nicht, wenn die Unterbilanz zwischenzeitlich bilanziell, aber ohne Tilgungsbestimmung beseitigt worden ist (kein „Erlöschen durch Zweckerreichung“, vgl. BGH DNotZ 2006, 539 m. Anm. Heidinger; a.A. Scholz/K. Schmidt, § 11 Rn. 131a; ebenso die Rechtsprechung zur Unterbilanzhaftung nach § 31 GmbHG, BGHZ 144, 336; 173, 1). Die Beseitigung der „fixierten“ **Unterbilanz- bzw. Vorbelastungshaftung** kann nach Auffassung der Literatur z. B. analog § 19 Abs. 2 GmbHG durch **Aufrechnung seitens der Gesellschaft** beseitigt werden, aber wohl auch im Wege einer einvernehmlichen Verrechnung (Hueck/Fastrich, § 31 Rn. 17 m.w.N.).

Vor Offenlegung dürfte die „Unterbilanzhaftung“ bei der wirtschaftlichen Neugründung somit höhenmäßigen Schwankungen ausgesetzt sein und **ähnelt** in dieser Hinsicht **eher der „Verlustdeckungshaftung“**. In den bisherigen Haftungsfällen war die Haftung „faktisch“ dadurch fixiert, dass entsprechende Ansprüche vom Insolvenzverwalter geltend gemacht wurden; dies ändert aber nichts an der (vor Insolvenz) grundsätzlich variablen Höhe dieses Haftungsrisikos.

#### **4. Auswirkungen der Verschmelzung auf die Unterbilanzhaftung bei wirtschaftlicher Neugründung**

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen ist zu untersuchen, ob das Risiko einer Unterbilanzhaftung nunmehr beim übernehmenden Rechtsträger, also der X-GmbH, fortbesteht.

##### **a) Übergang von Ansprüchen aus Unterbilanzhaftung**

Gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG geht bei einer Verschmelzung das **Vermögen des übertragenden Rechtsträgers einschließlich der Verbindlichkeiten** auf den übernehmenden Rechtsträger über. Grundsätzlich sind davon auch **Ansprüche der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter** gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG erfasst (Semler/Stengel/Kübler, UmwG, 2. Aufl. 2007, § 20 Rn. 63, 64, dort zu Ansprüchen auf **Zahlung der Einlage** sowie auf Rückzahlung eigenkapitalersetzender Darlehen; ebenso Widmann/Mayer/Vossius, Stand September 2010, § 20 Rn. 79; Rosner, AG 2011, 5, 10; Stratz, in: Schmitt/Hörnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, 5. Aufl. 2009, § 20 Rn. 22; KölnKommUmwG/Simon, 2009, § 20 Rn. 11); dasselbe dürfte für **Ansprüche aus Unterbilanzhaftung** gelten, da diese mit Einlageforderungen zumindest verwandt sind.

##### **b) Übergang des „Unterbilanzhaftungsrisikos“?**

Damit ist allerdings noch nicht entschieden, ob das „**Unterbilanzhaftungsrisiko**“ – falls man ein solches mit der derzeit noch überwiegenden obergerichtlichen Rechtsprechung bejaht – ebenfalls auf die neue Gesellschaft übergeht. Diese Frage ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verschmelzung **bei der übertragenden Gesellschaft keine Unterbilanz bestand** bzw. sich eine bestehende Unterbilanz nachträglich deutlich vergrößert hat. Bislang finden sich zu dieser Frage in Rechtsprechung und Literatur – soweit ersichtlich – keine Stellungnahmen. Eine gedankliche Übertragung der Erwägungen, welche bei der „Verschmelzung einer Vorgesellschaft als übertragendem Rechtsträger“ greifen, scheidet aus, weil nach ganz h.M. nur eingetragene Kapitalgesellschaften als übertragende bzw. übernehmende Rechtsträger in Betracht kommen (KölnKommUmwG/Simon, § 3 Rn. 22; Lutter/Drygala, in: Lutter, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 3 Rn. 5; Stengel, in: Semler/Stengel, § 3 Rn. 21; a.A. K. Schmidt, ZGR 1990, 580, 592).

Die Qualifizierung des „Unterbilanzhaftungsrisikos“ als eine Situation, in der eine wirtschaftliche Neugründung stattgefunden hat und eine Offenlegung unterblieben ist, fällt bei der übertragenden Gesellschaft mangels praktischer Erfahrungen nicht leicht. Soweit sich aber in der bisherigen Rechtsprechung Anhaltspunkte hinsichtlich dieses „Schwebezustandes“ finden, dürften die besseren Gründe **dafür sprechen, in den Fällen der Verschmelzung einen Fortbestand des Unterbilanzhaftungsrisikos** abzulehnen und stattdessen von der höhenmäßigen Fixierung des Haftungsumfangs auszugehen.

**aa)** Selbst wenn das Stammkapital vollumfänglich erhalten, aber eine Offenlegung unterblieben ist, kann nach der (neuerdings streitigen, aber wohl noch herrschenden) Rechtsprechung eine „Unterbilanzhaftung jederzeit eintreten“. Dies gilt aber nur dann, wenn „spätere Vermögensminderungen“ erfolgen (OLG München MittBayNot 2010, 326, 327). Hieraus dürfte zu schließen sein, dass in dem Zeitpunkt, in welchem **das Vermögen der Gesellschaft vollständig vorhanden ist**, ein Anspruch auf **Ausgleich der Unterbilanz nicht besteht**; ein solcher entsteht nur dann, wenn nachträglich Verluste eintreten (vgl. oben Ziff. 3 b). Fehlt es aber an einem derartigen Anspruch mangels Unterbilanz im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Verschmelzung, so existiert insoweit auch kein „Vermögen“ i. S. v. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG, welches ggf. übergehen könnte.

**bb)** Auch der **Sinn und Zweck des Offenlegungserfordernisses** dürfte es nicht gebieten, das „Unterbilanzhaftungsrisiko“ bei der übernehmenden Gesellschaft als fortbestehend zu betrachten: Die Offenlegung soll es dem Registergericht ermöglichen, eine effektive **präventive Kontrolle der „Kapitalaufbringung“ bei der wirtschaftlichen Neugründung** durchzuführen (vgl. BGH NJW 2003, 3198, 3199; Göz/Gehlich, ZIP 1999, 1653, 1659; Krolop, ZIP 2011, 305, 312 [Pendant zur Handelsregistereintragung bei der Gründung]); sie dient somit dem **Gläubigerschutz**. Bei einer Verschmelzung stehen für dessen Gewährleistung **eigenständige umwandlungsrechtliche Prüfungsinstrumente zur Verfügung**: Bei der Verschmelzung durch Aufnahme findet regelmäßig eine Kapitalerhöhung mit entsprechender Werthaltigkeitskontrolle statt (§ 55 UmwG, §§ 57a, 9c GmbHG); bei der **Verschmelzung durch Neugründung** greifen in aller Regel die Gründungsvorschriften für die jeweils zu gründende Rechtsform ein (§ 36 Abs. 2 UmwG). Zwar findet bei der Verschmelzung unter Verzicht

auf Anteilsgewährung (§ 54 Abs. 1 S. 3 UmwG) keine Kapitalerhöhung (§ 55 UmwG) statt; jedoch wird der Schutz der Gläubiger in diesen Fällen immerhin über **§ 22 UmwG** gewährleistet. Auch nach dieser Vorschrift ist Sicherheit nur dann zu leisten, wenn ein Anspruch bereits existiert und die Verschmelzung die Anspruchserfüllung konkret gefährdet (Lutter/Grunewald, § 22 Rn. 7, 12). Die bloße Möglichkeit einer Anspruchsentstehung begründet keinen Anspruch auf Sicherheitsleistung nach § 22 UmwG. Das Unterbilanzhaftungsrisiko ist **Ausdruck der Haftungsstruktur der übertragenden Gesellschaft**; diese Haftungsstruktur wird aber durch diejenige der übernehmenden Gesellschaft abgelöst. Dies wird besonders deutlich bei der Verschmelzung auf eine Personengesellschaft.

### c) Exkurs: Auswirkung der Verschmelzung bei bestehender Unterbilanz

Wäre auf der Ebene der übertragenden Gesellschaft tatsächlich eine Unterbilanz vorhanden gewesen, so bestünde ein echter Vermögenswert der übertragenden Gesellschaft (der Anspruch gegen die Gesellschafter auf Beseitigung der Unterbilanz), welcher gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf die übernehmende Gesellschaft überginge. Da aber nach den vorstehenden Ausführungen eine Verschärfung der Unterbilanz ausscheidet, würde sich ein etwa bestehender Anspruch nicht durch die Geschäftstätigkeit des übernehmenden Rechtsträgers höhenmäßig verändern. Verlustvorträge auf der Ebene der übertragenden Gesellschaft würden allerdings nicht auf die übernehmende Gesellschaft übergehen (§ 12 Abs. 3 HS. 2 i. V. m. § 4 Abs. 2 S. 2 UmwStG).

## 5. Zusammenfassung

Die Frage, ob eine Verschmelzung das „Unterbilanzhaftungsrisiko“ beseitigen kann, ist bislang nach unserer Kenntnis noch nicht erörtert worden. Ein bereits entstandener „Unterbilanzhaftungsanspruch“ dürfte ohne Weiteres auf die übernehmende Gesellschaft übergehen. Für einen Übergang des „Unterbilanzhaftungsrisikos“ bestehen u.E. dagegen keine Anhaltspunkte, zumal eine Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung der nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 UmwG erloschenen übertragenden Gesellschaft samt Versicherung „ins Leere“ ginge. Es spricht daher vieles dafür, dass aufgrund der Verschmelzung für X als Gesellschafter der X-GmbH kein zeitlich unbefristetes Unterbilanzhaftungsrisiko mehr besteht, ohne dass es noch einer Offenlegung samt Versicherung bedürfte. Ein bestehender Anspruch auf Ausgleich der Unterbilanz würde sich in seiner Höhe durch eventuelle, dem Wirksamwerden der Verschmelzung zeitlich nachfolgende Verluste des übernehmenden Rechtsträgers nicht ändern.

---

## InsO §§ 287, 295 Begründung und Erfüllung eines Zugewinnausgleichsanspruchs in der Wohlverhaltensperiode

### I. Sachverhalt

Über das Vermögen des Ehemannes ist das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Später wurde das Verfahren aufgehoben und gem. § 291 InsO die Restschuldbefreiung angekündigt. Die Ehegatten wollen sich scheiden lassen. Die Zugewinnausgleichsforderung des Ehemannes soll im Rahmen einer Scheidungsfolgenvereinbarung abgegolten werden.

## II. Fragen

1. Hat ein Ehegatte, der sich nach aufgehobenem Privatinsolvenzverfahren in der sog. Wohlverhaltensperiode befindet, Vermögen, das er während dieses Zeitraums zur Abgeltung einer Zugewinnausgleichsforderung aufgrund einer Scheidungsfolgenvereinbarung erwirbt, an den Treuhänder herauszugeben?

2. Unterliegt derartiges Vermögen in sonstiger Weise dem Zugriff von Insolvenzgläubigern?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Herausgabeobliegenheit bezüglich des Zugewinnausgleichs gem. §§ 1373 ff. BGB?

Die **Obliegenheit** des Insolvenzschuldners **zur Herausgabe von Vermögen**, welches er während der Wohlverhaltensperiode erwirbt, ist in **§ 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO abschließend geregelt** (vgl. Uhlenbruck/Vallender, InsO, 13. Aufl. 2010, § 295 Rn. 42). Danach hat der Insolvenzschuldner lediglich dasjenige Vermögen zur Hälfte des Wertes an den Treuhänder herauszugeben, welches er von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erwirbt. Eine höchst richterliche Entscheidung zur Frage, ob auch der Zugewinnausgleich unter § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu subsumieren ist, steht zwar noch aus. Da die Vorschrift ihrem Wortlaut nach nur auf das von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erworbene Vermögen abstellt und Überlegungen während des Gesetzgebungsverfahrens hin zu einer Ausdehnung auf zusätzliche Fallgruppen bewusst nicht verwirklicht wurden, steht die überwiegende Meinung in der Literatur auf dem Standpunkt, dass der **Zugewinnausgleich nicht unter § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu subsumieren ist**. Dies soll selbst dann gelten, wenn der Zugewinn aufgrund Beendigung der Ehe infolge Todes eines Ehegatten ausgeglichen wird (Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht/Streck, 3. Aufl. 2009, § 295 Rn. 10; MünchKommInsO/Ehricke, 2. Aufl. 2008, § 295 Rn. 54; Frankfurter Kommentar-InsO/Ahrens, 6. Aufl. 2011, § 295 Rn. 48; Uhlenbruck/Vallender, § 295 Rn. 42; Heidelberger Kommentar-InsO/Landfermann, 5. Aufl. 2008, § 295 Rn. 16; Leipold, FS Gaul, 1997, S. 367, 373). Etwas anderes wird allerdings teilweise für den Fall vertreten, dass der **Zugewinnausgleich pauschalierend zu einer Erhöhung des Erbteils um ein Viertel gem. § 1371 Abs. 1 i. V. m. § 1931 Abs. 3 BGB** führt (so Leipold, FS Gaul, S. 367, 373 f.; Kohte/Ahrens/Grote, Restschuldbefreiung und Verbraucherinsolvenzverfahren, 1999, § 295 Rn. 38), da es sich insoweit um einen Erwerb von Todes wegen handele.

Angesichts dessen, dass im vorliegenden Sachverhalt eine **konkrete Zugewinnausgleichsforderung** erfüllt werden soll, die **erst während der Wohlverhaltensperiode entstanden** ist, ist u. E. mit der überwiegenden Literaturmeinung aufgrund des Wortlauts und der Gesetzeshistorie des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO davon auszugehen, dass Leistungen zur Abgeltung der Zugewinnausgleichsforderung **keine Obliegenheit** des Insolvenzschuldners begründen, das so **erlangte Vermögen** zur Hälfte des Wertes an den Treuhänder **herauszugeben**.

### 2. Sonstiger Zugriff der Insolvenzgläubiger auf derartiges Vermögen des Schuldners

Wie sich aus § 294 Abs. 1 InsO ergibt, sind für einzelne Insolvenzgläubiger Zwangsvollstreckungen in das Vermögen des Schuldners während der Laufzeit der Abtretungserklärung gem. § 287 Abs. 2 InsO (Wohlverhaltensperiode) nicht zulässig. Mithin haben die Insolvenzgläubiger während der Wohlverhaltensperiode keine Möglichkeit, auf

**Einladung  
zur 14. Mitgliederversammlung in Würzburg 2011**

Sehr geehrtes Mitglied,

der Gesamtvorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung lädt alle Mitglieder herzlich zur  
14. ordentlichen Mitgliederversammlung am **Freitag, dem 20. Mai 2011**,  
in die **Julius-Maximilians-Universität Würzburg – Neubaukirche**,  
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg, ein.

Die Veranstaltung beginnt im Anschluss an das 11. Wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht  
an der Universität Würzburg um **17.00 Uhr** mit folgender **Tagesordnung**:

1. Begrüßung
2. Bericht des Vorsitzenden
3. Bericht des Schatzmeisters
4. Bericht der Rechnungsprüfer
5. Aussprache
6. Entlastung des Gesamtvorstandes
7. Neuwahl von drei Gesamtvorstandsmitgliedern (§ 8 Abs. 3 der Satzung)
8. Wahl der Rechnungsprüfer (§ 7 Abs. 6 der Satzung)
9. Festlegung eines verminderten Beitragssatzes für Studenten und Wissenschaftliche Mitarbeiter  
(§ 5 Abs. 1 der Satzung)
10. Verschiedenes

Wir freuen uns über ein zahlreiches Erscheinen unserer Mitglieder!

gez.  
Notar Prof. Dr. Rainer Kanzleiter  
(Vorsitzender)

gez.  
Rechtsanwalt und Notar Burkard Scherrer  
(stellv. Vorsitzender)

---

**Programm** zum vorher stattfindenden Symposium:

**11. Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg zum Thema „Erbrecht und Vermögenssicherung“**, am Freitag, 20. Mai 2011, 9:45 Uhr, Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Neubaukirche, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg. **Vorträge:** **Testament, Ausschlagung, Verzicht – Gestaltungsinstrumente zugunsten Behinderter?**, Roland Wendt, Stellv. Vorsitzender Richter, IV. Zivilsenat, Bundesgerichtshof; **Innovative Wege zur Pflichtteilsminimierung?**, RAin Dr. Gabriele Müller, Leiterin des Referats Familien- und Erbrecht, DNotI, Würzburg; **Vermögenssicherung durch Stiftung**, Dr. Anatol Dutta, M. Jur. (Oxon), Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; **Chancen und Risiken erbrechtlicher Planung und Beratung nach dem Vorschlag einer europäischen Verordnung über das internationale Erbrecht und das Europäische Nachlasszeugnis**, Prof. Dr. Oliver Remien, Universität Würzburg, Vorstandsmitglied des INotR Würzburg; **Aktuelle erbschaftsteuerrechtliche Gestaltungsprobleme der notariellen Praxis**, Dr. Eckhard Wälzholz, Notar, Füssen. **Tagungsleitung:** Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Notar, Regen/Zwiesel, Mitglied des Vorstands des INotR Würzburg

das Vermögen des Insolvenzschuldners zuzugreifen. Sofern dieser das Verfahren der Restschuldbefreiung erfolgreich durchläuft, wird er vielmehr nach Maßgabe der §§ 287-303 InsO von den im Insolvenzverfahren nicht erfüllten Verbindlichkeiten gegenüber den Insolvenzgläubigern befreit. Schutz erfahren die Insolvenzgläubiger während des Restschuldbefreiungsverfahrens nur dadurch, dass der Schuldner eine Abtretungserklärung gem. § 287 Abs. 2 InsO abzugeben und die in § 295 InsO normierten Obliegenheiten zu beachten hat. Somit haben die Insolvenzgläubiger keinen Zugriff auf Vermögen, welches der Insolvenzschuldner infolge der Erfüllung eines Zugewinnausgleichsanspruchs während der Wohlverhaltensperiode erwirbt. Für Neugläubiger gilt das Vollstreckungsverbot hingegen nicht.

## Gutachten im Abruf-Dienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abruf-Dienst im Internet unter:

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

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

**BGB §§ 305, 309 Nr. 8b, 433, 633, 640**

**Anwendung von Werkvertragsrecht bei vollständig fertiggestellten Neubauten; „Neu hergestellt“ bei Zwischennutzung; Zurechnung der Abnahme aus einem anderen Vertragsverhältnis**

Abruf-Nr.: 107182

**GBO §§ 22, 29, 13, 14; WEG § 27**

**Berichtigung des Grundbuchs aufgrund eines Urteils; Antragsberechtigung des Wohnungseigentumsverwalters**

Abruf-Nr.: 107180

**EGBGB Art. 14, 15, 17, 18**

**Ägypten: Ehevertrag zwischen deutscher Ehefrau und ägyptischem Ehemann**

Abruf-Nr.: 107306

**AktG §§ 101, 103, 250**

**Wahl eines Aufsichtsrats durch die Hauptversammlung trotz Entsenderechts; Rechtsfolgen der Wahl und der Amtsniederlegung eines fehlerhaft bestellten Aufsichtsrats**

Abruf-Nr.: 104451

## Rechtsprechung

**GmbHG §§ 16 Abs. 1 u. 3, 40; BGB § 161 Abs. 1, 3**  
**Kein gutgläubiger Erwerb bei aufschiebend bedingter Veräußerung; keine Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste**

1. Bei Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils ist nur der gute Glaube an die Anteilsinhaberschaft des Veräußerers, nicht aber an dessen uneingeschränkte Verfügungsbefugnis geschützt. Im Falle einer aufschiebend

**bedingten Veräußerung findet deshalb ein gutgläubiger Zwischenerwerb durch einen Dritten nicht statt.**

2. In diesen Fällen ist die Zuordnung eines Widerspruchs zur beim Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste weder erforderlich noch zulässig.

OLG München, Beschl. v. 11.3.2011 – 31 Wx 162/10  
Abruf-Nr.: 10967

### Problem

Vor Inkrafttreten des MoMiG war der aufschiebend bedingte Erwerb eines Geschäftsanteils (z. B. Bedingung der Kaufpreiszahlung, Rückfallklausel bei Treuhandvereinbarungen oder Regelungen zur vorweggenommenen Erbfolge, Kartellrechtsvorbehalt etc.) durch § 161 Abs. 1 BGB davor geschützt, dass der Veräußerer vor Eintritt der Bedingung seinen Geschäftsanteil ein zweites Mal wirksam veräußerte. Durch die **Einführung des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen** nach § 16 Abs. 3 GmbHG ist dies in Frage gestellt (vgl. MünchKommGmbHG/Heidinger, 2010, § 16 Rn. 283 m. w. N.). Denn § 161 Abs. 3 BGB ordnet bei aufschiebend bedingten Verfügungen ganz allgemein die entsprechende Anwendung der Vorschriften zugunsten derjenigen an, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten. In der notariellen Praxis wird daher des Öfteren eine **Absicherung des Ersterwerbers durch die Zuordnung eines Widerspruchs** zur Gesellschafterliste gem. § 16 Abs. 3 S. 4 GmbHG in Betracht gezogen. Das ebenfalls erwogene sog. Zwei-Listen-Modell (vgl. Herrler, BB 2009, 2272, 2275 ff.; König/Bormann, ZIP 2009, 1913; Reymann, GmbHR 2009, 343, 347; Wicke, DNotZ 2009, 871) hat das OLG München bereits verworfen (DNotZ 2009, 869 = DNotI-Report 2009, 185, Zurückweisung einer Gesellschafterliste durch das Registergericht, die einen Hinweis auf eine aufschiebend bedingte Abtretung enthält). Das zuständige Registergericht lehnte im vorliegenden Fall einer aufschiebend bedingten Veräußerung auch die Zuordnung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit der Gesellschafterliste ab.

### Entscheidung

Das OLG München wies die dagegen eingelegte Beschwerde zurück. Die Rechtsbeschwerde zum BGH wurde zugelassen. Der 31. Zivilsenat stellte zunächst fest, dass Sinn und Zweck der Eintragung eines Widerspruchs die Verhinderung eines gutgläubigen Erwerbs eines Geschäftsanteils aufgrund Unrichtigkeit der Gesellschafterliste sei. Eine solche **Unrichtigkeit der Gesellschafterliste** sei aber **nicht gegeben**, da nicht einmal eine Veränderung i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG vorliege (vgl. OLG München DNotZ 2009, 869 = DNotI-Report 2009, 185).

Die Eintragung eines **Widerspruchs** sei auch **nicht erforderlich, da ein Gutgläubigerwerb** bei (erneuter) Veräußerung durch den (bisherigen) Anteilsinhaber nach § 161 Abs. 3 BGB **nicht möglich sei**. Entgegen der überwiegenden Literaturmeinung folgt das OLG München dem OLG Hamburg (Beschl. v. 12.7.2010, GmbHR 2011, 32), das den gutgläubigen Erwerb nach § 161 Abs. 3 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG ohne vertiefte Begründung abgelehnt hatte. Zwar sei **ein Erwerb von einem (noch) Berechtigten erst recht schutzwürdig**, wenn der Erwerber das Recht kraft guten Glaubens auch von einem nicht Berechtigten hätte erwerben können, sofern er nur hinsichtlich der Beschränkungen der Verfügungsmacht gutgläubig war (Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl. 2011, § 161 Rn. 3). Ob ein Gutgläubigerwerb eines Zweiterwerbers

bei aufschiebender Übertragung grundsätzlich möglich ist, bestimme sich jedoch vorrangig nach denjenigen Vorschriften, die einen Gutgläubensschutz für den jeweiligen Verfügungsgegenstand vorsehen. Bei Forderungen und Rechten des § 413 BGB gebe es grundsätzlich keinen Schutz des guten Glaubens, weil es an einem Rechtsscheinsträger fehle. Nach Auffassung des OLG München ist der **Regelungsumfang des § 16 Abs. 3 GmbHG eingeschränkt**. Dementsprechend werde auch nur im Rahmen dieses Regelungsumfangs der allgemeine Grundsatz durchbrochen, dass ein gutgläubiger Erwerb von Forderungen und Rechten i. S. d. § 413 BGB nicht möglich ist.

Aus den Gesetzesmaterialien sei nicht erkennbar, dass nach dem Willen der Gesetzesverfasser ein umfassender Gutgläubenserwerb von Geschäftsanteilen eingeführt werden sollte. Eine vollständige Übernahme der Vorschriften zum guten Glauben an den Inhalt des Grundbuchs sei wegen des Fehlens einer strengen, objektiven und vorgelagerten Richtigkeitskontrolle der Liste nicht gewollt. Eine den gutgläubigen Zweiterwerb verhindernde Regelung, **vergleichbar der Vormerkung i. S. d. § 885 BGB** für das Grundbuch, **gebe es gerade nicht**. Da der Regelungsumfang des § 16 Abs. 3 GmbHG **nicht den Schutz des guten Glaubens Dritter an eine uneingeschränkte Verfügungsmöglichkeit des Gesellschafters** über seinen Geschäftsanteil umfasse, sondern sich dieser lediglich auf den Schutz des guten Glaubens an die Inhaberschaft des Veräußerers hinsichtlich des Geschäftsanteils beschränke, sei folglich ein gutgläubiger Erwerb bei aufschiebend bedingter Veräußerung gem. § 161 Abs. 3 BGB nicht möglich.

<p><b>Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)</b> - 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</p> <p><b>Hinweis:</b> Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.</p> <p><b>Verantwortlicher Schriftleiter:</b> Notar a. D. Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg</p> <p><b>Bezugsbedingungen:</b> 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.</p>	<p><b>Bezugspreis:</b> 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.</p> <p><b>Verlag:</b> Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg</p> <p><b>Druck:</b> Druckerei Franz Scheiner Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg</p>
---	--