

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ErbbauRG §§ 5 Abs. 2, 7 Abs. 2, 33 Abs. 2 – Vermeidung der persönlichen Haftung des Grundstückseigentümers beim Heimfall

BGB §§ 712, 1809, 1813, 1852; HGB § 161 – GmbH & Co. KG: Austausch des Komplementärs; familiengerechtliche Genehmigung bei der Änderung des Gesellschaftsvertrags; Begriff des Erwerbsgeschäfts

Literaturhinweise

Hinweis

Der DNotI-Report jetzt auch als Podcast!

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ErbbauRG §§ 5 Abs. 2, 7 Abs. 2, 33 Abs. 2 Vermeidung der persönlichen Haftung des Grundstückseigentümers beim Heimfall

I. Sachverhalt

E will ein Erbbaurecht an seinem Grundstück für C bestellen. C beabsichtigt, das Erbbaurecht zur Absicherung eines größeren Kredits mit einer Grundschuld zu belasten, wobei die Mittel aus den gesicherten Krediten nicht unbedingt in das Erbbaurecht investiert werden sollen.

E möchte sicherstellen, dass ihn bei einem etwaigen Heimfall keine Haftung für auf dem Erbbaurecht grundpfandrechtlich gesicherte Forderungen trifft, die über die Heimfall-Vergütung hinausgeht. Daher soll der Erbbaurechtsvertrag eine Vereinbarung nach § 5

Abs. 2 ErbbauRG enthalten, wonach die Belastung des Erbbaurechts mit Grundpfandrechten der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Angesichts der anstehenden Investitionen sollen E jedoch weitergehende Zustimmungspflichten treffen, als dies § 7 Abs. 2 ErbbauRG vorsieht. E ist hierzu grundsätzlich bereit, will sich jedoch, wie oben beschrieben, vor der persönlichen Haftung für den Fall des Heimfallanspruchs absichern.

II. Frage

Kann im schuldrechtlichen Teil des Erbbaurechtsvertrages vereinbart werden, dass E nur dann verpflichtet ist, der Belastung mit Grundpfandrechten zuzustimmen, wenn

- a) der Grundpfandrechtsgläubiger sich gegenüber E verpflichtet, das Grundpfandrecht bei Heimfall löschen zu lassen, Zug um Zug gegen Zahlung eines Geldbetrages, welcher die Heimfall-Vergütung nicht übersteigt und
- b) diese Verpflichtung durch Eintragung einer Löschungsvormerkung beim Grundpfandrecht gem. § 883 BGB dinglich gesichert wird?

III. Zur Rechtslage

1. Problemaufriss

Der Heimfallanspruch ist ein **schuldrechtlicher Anspruch auf Übertragung des Erbbaurechts** (BGH NJW-RR 1990, 1095, 1095 f.; Grüneberg/Wicke, BGB, 83. Aufl. 2024, § 32 ErbbauRG Rn. 1). In der Folge wird der Grundstückseigentümer regelmäßig auch Erbbauberechtigter (vgl. § 889 BGB) und Eigentümer des Bauwerks (Grüneberg/Wicke, § 32 ErbbauRG Rn. 2). Wird von dem Heimfallrecht (das dinglicher Inhalt des Erbbaurechts sein kann, § 2 Nr. 4 ErbbauRG) Gebrauch gemacht, so ist seitens des Grundstückseigentümers gem. § 32 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG grundsätzlich eine angemessene Vergütung für das Erbbaurecht zu bezahlen. Am Erbbaurecht lastende Grundpfandrechte Dritter bleiben bestehen (§ 33 Abs. 1 ErbbauRG, dingliche Haftung). **Zusätzlich übernimmt der Grundstückseigentümer gem. § 33 Abs. 2 ErbbauRG auch persönlich die mit dem Pfandrecht gesicherten Verbindlichkeiten**, sofern der Erbbauberechtigte selbst persönlich haftet (vgl. Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 352). Es handelt sich um einen gesetzlichen Fall der **Schuldübernahme** (dazu näher Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 121 f.; Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 356 f.).

Diese persönliche Schuld ist für den Grundstückseigentümer insbesondere dann misslich, wenn sie höher ausfällt als die – auf die Schuldübernahme anzurechnende (§ 33 Abs. 3 ErbbauRG) – an den ehemaligen Erbbauberechtigten zu zahlende Vergütung i. S. d. § 32 ErbbauRG (vgl. Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 149a). Der Grundstückseigentümer muss dann zwar wirtschaftlich betrachtet für das an ihn übertragene Erbbaurecht keine Vergütung mehr bezahlen, übernimmt aber eben noch einen Rest an Verbindlichkeiten des ehemaligen Erbbauberechtigten. Zwar besteht in diesen Fällen ein bereicherungsrechtlicher Anspruch des Grundstückseigentümers gegen den ehemaligen Erbbauberechtigten (vgl. BGH NJW 1992, 1681, 1682; Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 122; MünchKommBGB/Weiß, 9. Aufl. 2023, § 33 ErbbauRG Rn. 5), dieser ist aber u. U. wirtschaftlich nicht realisierbar.

Hiervor möchte sich E als Grundstückseigentümer und Erbbaurechtsausgeber von vornherein schützen. Schlicht vertraglich abdingbar ist die Norm des § 33 Abs. 2 ErbbauRG nach h. M. allerdings nicht (Graf Wolffskeel v. Reichenberg, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl. 2024, § 4 Rn. 83; Staudinger/Rapp, BGB, 2021, § 33 ErbbauRG Rn. 10; MünchKommBGB/Weiß, § 33 ErbbauRG Rn. 1; BeckOK-BGB/Maaß, Std.: 1.3.2024, § 33 ErbbauRG Rn. 3; zweifelnd jedoch Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 359 f.; BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 33 Rn. 23).

2. Schutz durch Zustimmungsvorbehalt nach § 5

Abs. 2 ErbbauRG

Im Schrifttum wird einhellig vorgeschlagen, der Grundstückseigentümer könne sich dadurch schützen, dass er eine Belastung des Erbbaurechts gem. § 5 Abs. 2 ErbbauRG von seiner Zustimmung abhängig mache (vgl. Grüneberg/Wicke, § 32 ErbbauRG Rn. 2; MünchKommBGB/Weiß, § 33 ErbbauRG Rn. 12). Dies ist zwar zutreffend. Allerdings sieht **§ 7 Abs. 2 ErbbauRG** eine **Zustimmungspflicht** des Grundstückseigentümers zur Belastung des Erbbaurechts vor, wenn die Belastung mit den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vereinbar ist und der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet wird.

Die genauen Maßstäbe, die insofern zugrunde gelegt werden, sind nicht vollständig geklärt (hierzu ausführlich Reul, in: FS 25 Jahre DNotI, S. 217; MünchKommBGB/Weiß, § 7 ErbbauRG Rn. 12; Grüneberg/Wicke, § 7 ErbbauRG Rn. 4 f.). Maßgeblich ist eine **Interessenabwägung im Einzelfall** (Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 236; MünchKommBGB/Weiß, § 7 ErbbauRG Rn. 12). Damit eine Zustimmungspflicht bestehen kann, wird gefordert, dass dem Erbbauberechtigten ein der Belastung entsprechender Gegenwert zufließt und keine Überbelastung erfolgt (OLG Hamm, Beschl. v. 15.6.2012, BeckRS 2012, 18132; OLG München NJW-RR 2009, 374, 375; OLG Hamburg OLGZ 1988, 385, 387; Grüneberg/Wicke, § 7 ErbbauRG Rn. 5). Es wird eine Belastung von 60 % bis höchstens 70 % des Verkehrswerts des Erbbaurechts für zulässig erachtet (OLG Celle NJW-RR 2006, 1076, 1077; BayObLG DNotZ 1989, 368, 370; Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 236; Freckmann/Frings/Grziwotz, Das Erbbaurecht in der Finanzierungspraxis, 3. Aufl. 2018, Rn. 307 [100 %]; s. a. Reul, S. 217, 231 m. w. N.). Die Bestellung einer **Finanzierungsgrundschuld**, die zur Errichtung oder Instandhaltung des auf dem Erbbaugrundstück vorgesehenen Bauwerks notwendig ist, kann den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft entsprechen (OLG Hamm, Beschl. v. 15.6.2012, BeckRS 2012, 18132; Reul, S. 217, 232 f.). Jedoch ist bei Grundschulden die Zweckbestimmungserklärung zu berücksichtigen (BeckOK-BGB/Maaß, § 7 ErbbauRG Rn. 11). Anerkannt ist ferner, dass die **Auswirkungen für den Eigentümer nach § 33 Abs. 2 ErbbauRG** zu beachten sind (BayObLG NJW-RR 1987, 459; OLG Hamburg OLGZ 1988, 385, 389 f.; Grüneberg/Wicke, § 7 ErbbauRG Rn. 5; Reul, S. 217, 231). Wie weit dieses Interesse allerdings zu berücksichtigen ist, ist hingegen nicht abschließend geklärt.

Es zeigt sich insgesamt, dass die erforderliche Abwägung **Unsicherheiten** mit sich bringt. Der Erbbaube-

rechtigte müsste einerseits seinen Zustimmungsanspruch – dessen Bestehen kaum rechtssicher abgeschätzt werden kann – notfalls einklagen, also die Zustimmung gerichtlich ersetzen lassen (§ 7 Abs. 3 S. 1 ErbbauRG). Andererseits ist aus Sicht des Grundstückseigentümers nicht ausgeschlossen, dass für den Fall der Geltendmachung des Heimfallanspruchs vor dem Hintergrund des § 33 Abs. 2 ErbbauRG die oben beschriebene Haftungsproblematik entsteht. Überdies kann sich für den Grundstückseigentümer die Situation ergeben, dass er einer höheren Belastung zustimmen möchte, etwa bei einem Bauvorhaben mit guter Prognose oder einem Erbbauberechtigten mit sehr guter Bonität. Auch dies kann – wie hier – das Erfordernis anderer oder ergänzender Sicherungsmittel hervorrufen (vgl. Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 149a).

3. Abweichende Vereinbarungen zur Zustimmungspflicht i. S. d. § 7 Abs. 2 ErbbauRG

Der Anspruch auf Zustimmung nach § 7 Abs. 2 ErbbauRG normiert **zwingendes Recht** und kann nicht eingeschränkt werden (vgl. BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 7 Rn. 22; Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 233; BeckOK-BGB/Maaß, § 7 ErbbauRG Rn. 2; Münch-KommBGB/Weiß, § 7 ErbbauRG Rn. 2).

Gleichwohl wird – im schuldrechtlichen Teil des Erbbaurechtsvertrags – eine Regelung für zulässig erachtet, wonach die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Belastung des Erbbaurechts nur erteilt wird, „*wenn sich der Gläubiger vorher unwiderruflich verpflichtet, beim Heimfall Zug um Zug gegen Bezahlung der Heimfallentschädigung die Grundsschuld löschen zu lassen und auf alle über die Heimfallentschädigung hinausgehenden Beträge aus der gesetzlichen Schuldübernahme gem. § 33 Abs. 2 ErbbauRG gegenüber dem Grundstückseigentümer zu verzichten*“ (Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 149c).

Dies stellt auf den ersten Blick eine Einschränkung des § 7 Abs. 2 ErbbauRG dar, es sei denn man ginge davon aus, dass der Grundstückseigentümer im Rahmen seiner gesetzlichen Zustimmungspflicht gem. § 7 Abs. 2 ErbbauRG die hier angedachte Begrenzung seines Haftungsrisikos auf den Wert der Vergütung gem. § 33 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG ohnehin einwenden darf. Gleichwohl ist anerkannt, dass im Rahmen der Abwägung das Interesse des Grundstückseigentümers vor dem Hintergrund der Schuldübernahme des § 33 Abs. 2 ErbbauRG zu berücksichtigen ist (oben Ziff. 2). Wir tendieren daher dazu, diese Klausel im Grundsatz als **zulässige Konkretisierung** des zwingenden Anspruchs aus § 7 Abs. 2 ErbbauRG anzusehen. Wenn die Interessen des Grundstückseigentümers im Rahmen der Abwägung anerkannt werden, so dürfte die vorliegende Klausel einen fairen Interessenausgleich darstellen, da zugleich

dem Erbbauberechtigten ermöglicht wird, weit über den anerkannten Rahmen von 60 bis 70 % des Werts des Erbbaurechts hinaus Grundpfandrechte zu bestellen. Rechtsprechung hierzu ist, soweit ersichtlich, jedoch bislang nicht ergangen.

4. Vertragsgestaltung und Abwicklung bei Geltendmachung des Heimfallanspruchs

Im Schrifttum setzen sich vor allem *Dieckmann* und *Winkler/Schlögel* mit den entsprechenden Gestaltungsfragen auseinander (Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 361 ff. und Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 149a-149c und § 11 Ziff. 14.VIII Muster Löschtungsvermerkung).

a) Vorgeschlagene Sicherungsmechanismen

Neben der oben (Ziff. 3) dargestellten Regelung im schuldrechtlichen Teil des Erbbaurechtsvertrags wird eine Reihe weiterer z. T. komplexer Sicherungsmechanismen vorgeschlagen, die i. E. nur durch Zusammenwirken von Eigentümer, Erbbauberechtigtem und Gläubiger erreicht werden können:

So sei im Rahmen der Grundsschuldbestellungsurkunde eine **Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB** zur Sicherung des Anspruchs des Grundstückseigentümers gegen den Erbbauberechtigten ebenso zu bewilligen und zu beantragen wie eine **Vormerkung nach § 883 BGB**, welche die **Abtretung der Rückgewähransprüche** und damit insbesondere denjenigen auf Abtretung der Grundsuld seitens des Erbbauberechtigten an den Grundstückseigentümer absichern soll (Winkler/Schlögel, § 11 Ziff. 14.VIII; Dieckmann, in: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 14. Aufl. 2022, IV.A.27). In Bezug auf die Rückgewähransprüche sei eine dreiseitige Anpassung des Sicherungsvertrags vorzunehmen, in deren Rahmen auch der Sicherungszweck eng zu fassen sei (Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 362).

Ferner wird eine **Zustimmungspflicht für den Fall der Neuvaluierung** der Grundsuld empfohlen, damit die Grundsuld nicht mehrfach „beliehen“ werden kann, wodurch das Risiko des Grundstückseigentümers entsprechend steigen würde (vgl. Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 149b; Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 362). Zudem müssten sowohl der Gläubiger als auch der Erbbauberechtigte **Verzichtserklärungen** betreffend den über die Heimfallvergütung hinausgehenden Betrag abgeben (Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 361). Ferner soll eine **Teillöschungsbewilligung** hinsichtlich des überschießenden Betrags vom Grundpfandrechtsgläubiger eingefordert werden können, damit auch die dingliche Haftung nach § 33 Abs. 1 ErbbauRG nicht über die beim Heimfall zu zahlende Vergütung hinausgeht (Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 362). Zu-

letzt sei eine **Weitergabeverpflichtung** aufzunehmen (Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 362 f.; vgl. auch Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 149c).

Insofern ist u. E. aber darauf hinzuweisen, dass die vorgeschlagene Eintragung einer **Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB eher nicht hilfreich** sein dürfte. Denn eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten gegenüber dem jeweiligen Grundstückseigentümer zur Löschung der Grundschuld für den Fall, dass sich das Grundpfandrecht mit dem Erbbaurecht in einer Person vereinigt (Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 149b und § 11 Ziff. 14.VIII; Dieckmann, in: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, IV.A.27) ist zwar möglich, jedoch wenig zielführend. Denn die Grundschuld vereinigt sich nur dann mit dem Erbbaurecht in einer Person, wenn ausnahmsweise *auf das dingliche Recht* gezahlt würde (vgl. MünchKommBGB/Lieder, 9. Aufl. 2023, § 1179 Rn. 15). Dies müsste ebenfalls dreiseitig vereinbart werden. Schuldbefreiende Zahlungen auf das dingliche Recht anstatt auf die zu sichernde Darlehensforderung werden von den Kreditinstituten aber regelmäßig nicht gewünscht und akzeptiert (und sind daher in ihren AGB regelmäßig ausgeschlossen).

b) Verschlinkung durch Sicherung der Lastenfreistellung vor Übertragung des Erbbaurechts im Rahmen des Heimfalls?

Anstelle des weitreichenden Maßnahmenpakets könnte es zielführender und zugleich schlanker sein, die **dingliche Übertragung des Erbbaurechts in Erfüllung des Heimfallanspruchs erst dann vorzunehmen**, wenn das Grundpfandrecht gelöscht (oder jedenfalls am Erbbaurecht freigegeben), also eine **Lastenfreistellung erreicht** ist. Sofern das Grundpfandrecht bereits gelöscht ist, wenn das Erbbaurecht dinglich auf den heimfallberechtigten Grundstückseigentümer übertragen wird, tritt auch **keine Schuldübernahme** nach § 33 Abs. 2 ErbbauRG ein (vgl. BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 33 Rn. 22). Erforderlich erscheint hierzu allein die unter Ziff. 3 dargestellte Verpflichtung des Grundpfandrechtsgläubigers, die Grundschuld bei einer berechtigten Geltendmachung des Heimfallanspruchs gegen Zahlung des Geldbetrags, der als Vergütung für das Erbbaurecht geschuldet wird, zu löschen und diesen Löschungsanspruch mittels Vormerkung (i. S. v. § 883 BGB) an der Grundschuld abzusichern.

Die Risiken, die die genannten Autoren absichern wollen, können somit vermieden werden. Denn diese Risiken bestehen schlicht nicht, wenn die Grundschuld gelöscht wird, *bevor* der Grundstückseigentümer aufgrund des dinglichen Vollzugs des Heimfallanspruchs zum Inhaber des Erbbaurechts wird. Ausreichend sein dürfte eine

Verpflichtung des Kreditinstituts gegenüber dem aktuellen Grundstückseigentümer als Versprechensempfänger zu Gunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers, die Löschung der Grundschuld unter den genannten Voraussetzungen vorzunehmen und zu bewilligen. Eine solche Vormerkung zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers wird überwiegend für zulässig gehalten (OLG München BeckRS 2010, 33298; MittBayNot 2017, 496; Lieder, in: Bauer/Schaub, GBO, 5. Aufl. 2023, AT C. Rn. 32; kritisch aber Staudinger/Kessler, BGB, 2020, § 883 Rn. 93-95; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 261i und Rn. 1495; Liedel, DNotZ 1991, 855, 860 ff.; hierzu auch DNotI-Report 2001, 113). Zur Löschung der Grundschuld bedarf es freilich auch der Mitwirkung des Erbbauberechtigten (§ 1192 Abs. 1, § 1183 BGB; § 27 GBO). In Betracht kommt insofern, den Erbbauberechtigten von vornherein zu verpflichten, diese Zustimmung schon bei Bestellung der Grundschuld zu erteilen (s. Grüneberg/Herrler, § 1183 Rn. 3).

Im Hinblick auf das Verfahren ist darauf zu achten, dass – nach Entlassung aus dem Treuhandauftrag durch die abzulösende Gläubigerin (und ggf. Bestätigung des Erhalts des verbleibenden Rests des Vergütungsanspruchs durch den Erbbaurechtsinhaber) – zunächst die Grundschuld gelöscht werden sollte, *bevor* der Antrag auf Übertragung des Erbbaurechts beim Grundbuchamt gestellt und vollzogen wird.

5. Ergebnis

Wenngleich die Gestaltungsliteratur zur Absicherung des Grundstückseigentümers einen weitreichenden Maßnahmenkatalog vorschlägt, erscheint es u. E. insofern hinreichend, wenn sich der Gläubiger (mit Zustimmung des Erbbauberechtigten) entsprechend zur Löschung der Grundschuld verpflichtet, dieser Anspruch mit einer Vormerkung an der Grundschuld abgesichert und die Eintragung der Übertragung des Erbbaurechts im Grundbuch erst nach Löschung der Grundschuld beantragt wird.

BGB §§ 712, 1809, 1813, 1852; HGB § 161 GmbH & Co. KG: Austausch des Komplementärs; familiengerichtliche Genehmigung bei der Änderung des Gesellschaftsvertrags; Begriff des Erwerbsgeschäfts

I. Sachverhalt

In einer GmbH & Co. KG sind vier Kommanditisten, darunter ein minderjähriges Kind. Die Komplementärin ist eine GmbH. Nun soll die Komplementärin durch

eine neu gegründete GmbH ausgetauscht werden. Im Zuge des Komplementärwechsels ist auch der privatschriftliche KG-Gesellschaftsvertrag zu ändern. Da die Eltern des minderjährigen Kindes selbst Gesellschafter sind, wird für das minderjährige Kind ein Ergänzungspfleger bestellt.

II. Frage

Ist für die Änderung des KG-Gesellschaftsvertrages eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich?

III. Zur Rechtslage

1. Rechtstechnik eines „Austauschs“ der Komplementärin

Eine Kommanditgesellschaft muss stets einen Komplementär, also persönlich haftenden Gesellschafter haben (§ 161 Abs. 1 HGB). Würde der einzige Komplementär ausscheiden, so würde die KG zur OHG, wenn nicht in angemessener Zeit die Liquidation der KG betrieben wird (vgl. MünchKommHGB/Grunewald, 5. Aufl. 2022, § 161 Rn. 3). Eine unbeschränkte Haftung der Kommanditisten droht jedoch nicht, wenn innerhalb angemessener Zeit ein neuer Komplementär aufgenommen wird (vgl. Schulte/Hushahn, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 2, 5. Aufl. 2019, § 37 Rn. 6; Kindler, in: Koller/Kindler/Düren, HGB, 10. Aufl. 2023, § 131 Rn. 8; s. a. BayObLG NZG 2000, 641, 641 f.). Sofern jedoch nach dem Ausscheiden des Komplementärs nur ein Kommanditist verbliebe, käme es zum liquidationslosen Erlöschen der KG und einer Gesamtrechtsnachfolge („Anwachsung“) bei dem einzig verbliebenen Kommanditisten, da es keine Ein-Mann-Personengesellschaft geben kann (vgl. BGH NZG 2004, 611; BeckOGK-HGB/Notz/Zinger, Std.: 1.1.2024, § 161 Rn. 94 f.; vgl. auch seit dem 1.1.2024 die Regelung in § 712a Abs. 1 BGB n. F.). Vorliegend jedoch sind vier Kommanditisten vorhanden, sodass auch nach dem Ausscheiden des einzigen Komplementärs innerhalb angemessener Zeit ein neuer Komplementär aufgenommen werden könnte, ohne dass eine persönliche Haftung der Kommanditisten droht.

Der „Austausch“ der Komplementärin kann im Wege des **Eintritts** der neuen GmbH in die KG und des **Austritts** der alten GmbH aus der KG erfolgen. Es würde sich jeweils um eine **Änderung des Gesellschaftsvertrags** handeln, der alle Gesellschafter zustimmen müssten (vgl. BGH NJW 1998, 1225, 1226; Grunewald, § 161 Rn. 41 Fn. 115; MünchKommHGB/Fleischer, 5. Aufl. 2022, § 105 Rn. 441). Selbst wenn der Austritt der alten Komplementärin eine (juristische) Sekunde vor dem Eintritt der neuen Komplementärin erfolgen und daher die KG für einen kurzen Zeitraum ohne Komplemen-

tär wäre, würde nach der oben dargestellten Rechtslage angesichts der sofortigen Neuaufnahme eines anderen Komplementärs keine unbeschränkte Haftung der vier Kommanditisten drohen.

Alternativ ist denkbar, dass der bisherige Komplementär seine **Komplementärstellung gem. §§ 413, 398 BGB überträgt**, also ein derivativer Rechtserwerb erfolgt. Diese Übertragung ist möglich, bedarf aber wegen der damit ebenfalls verbundenen Änderung des Gesellschaftsvertrags (Zusammensetzung der Mitglieder) ebenfalls der Zustimmung aller Gesellschafter, welche jedoch bereits antizipiert im Gesellschaftsvertrag erklärt sein kann (vgl. Fleischer, § 105 Rn. 453 ff.). Die Gesellschaftsanteile an einer KG sind von Gesetzes wegen vinkuliert (vgl. Binz/Mayer, NZG 2012, 201, 202; Bühler/Meier, MittBayNot 2023, 103, 105).

Nachfolgend wird unterstellt, dass eine Zustimmung zur Anteilsabtretung nicht bereits im Gesellschaftsvertrag enthalten ist (dann würde sich das Problem der Bestellung eines Ergänzungspflegers und der familiengerichtlichen Genehmigung nicht stellen, sofern die minderjährigen Kinder der Gesellschaft auf Basis dieses Gesellschaftsvertrags wirksam beigetreten waren). Da die Rechtstechnik (Zustimmung zur Änderung des Gesellschaftsvertrags wegen Ein-/Austritts oder wegen Anteilsübertragung) nicht geschildert wird, werden nachfolgend beide Varianten untersucht.

2. Familiengerichtliche Genehmigung

Über die **Änderung des Gesellschaftsvertrags** fassen die Gesellschafter regelmäßig einen Beschluss; dieser betrifft die Grundlagen der Gesellschaft (sog. **Grundlagenbeschluss**). Bei einem Grundlagenbeschluss gilt das Verbot des **§ 181 BGB** für die (gesetzlichen) Vertreter von Gesellschaftern (vgl. OLG München BeckRS 2022, 7476 Rn. 58 zu § 1795 BGB a. F.). Angesichts der Gesellschafterstellung der Eltern gehen wir daher davon aus, dass die **Bestellung eines Ergänzungspflegers für jeden minderjährigen Kommanditisten erforderlich** ist. Ein Ergänzungspfleger bedarf gem. §§ 1809, 1813 Abs. 1, § 1799 Abs. 1 BGB grundsätzlich der Genehmigung des Familiengerichts in den Fällen, in denen ein Betreuer nach den §§ 1848 bis 1854 Nr. 1 bis 7 BGB der Genehmigung des Betreuungsgerichts bedarf.

a) Erwerbsgeschäft i. S. d. § 1852 BGB

Vorliegend kommt nur eine Genehmigungspflicht nach § 1852 BGB in Betracht. Der Katalog dieser Norm ist abschließend (vgl. Everts, MittBayNot 2023, 9, 12; Werner, ZEV 2021, 618, 622). Wann ein „Erwerbsgeschäft“ i. S. d. Norm vorliegt, ist – wie schon vor Inkrafttreten der Reform am 1.1.2023 (damals maßgeb-

lich: § 1822 Nr. 3 BGB a. F.) – **umstritten**. Definiert wird es im Ausgangspunkt als „jede regelmäßig ausgeübte, auf selbstständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit, die mit dem Willen zur Gewinnerzielung ausgeübt wird und auf eine gewisse Dauer angelegt ist“ (OLG München MittBayNot 2019, 132 Rn. 14; OLG Schleswig NJW-RR 2020, 805 Rn. 12; BayObLG DNotZ 1995, 941, 942; Münch/Lotte, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2023, § 13 Rn. 215; jurisPK-BGB/Herberger, 10. Aufl. 2023, Std.: 17.4.2024, § 1852 Rn. 24 ff.; Eble, RNotZ 2021, 117, 119 m. N.).

Nach h. M. unterfallen rein vermögensverwaltende Gesellschaften nicht dem Genehmigungserfordernis des § 1852 Nr. 1 BGB (vgl. OLG München MittBayNot 2019, 132 Rn. 14 und OLG Schleswig NZG 2020, 593 Rn. 12 jeweils zu § 1822 Nr. 3 BGB a. F.; Grüneberg/Götz, BGB, 83. Aufl. 2024, § 1852 Rn. 6; Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 186, 186 f.; Staake/Weinmann, RFamU 2022, 493, 495). Die **Abgrenzung** zwischen vermögensverwaltender Tätigkeit und Erwerbsgeschäft im Einzelfall ist jedoch **schwierig** (vgl. Eble, RNotZ 2021, 117, 120; Harbecke, RNotZ 2022, 521, 539). Es wird vielfach bedauert, dass der Gesetzgeber anlässlich der aktuellen Reform keine klareren Vorgaben zur Abgrenzung von Erwerbsgeschäft und Vermögensverwaltung schuf (vgl. Everts, MittBayNot 2023, 9, 13; ähnlich Harbecke, RNotZ 2022, 521, 539).

Häufig jedoch wird ein **Erwerbsgeschäft** auch angenommen bei einer Gesellschaft, deren Gegenstand die **Verwaltung, Vermietung und Verwertung gewerblich nutzbarer Immobilien von erheblichem Wert** ist (vgl. BayObLGZ 1995, 230; BayObLGZ 1997, 113; OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 117, 119; OLG Schleswig NJW-RR 2020, 805 Rn. 12; tendenziell auch OLG Dresden MittBayNot 2019, 270 Rn. 12; Münch/Lotte, § 13 Rn. 216). Insofern soll es vor allem auf das unternehmerische Risiko sowie die geschäftsmäßige Tätigkeit der Verwaltung, Vermietung und Verwertung von gewerblich nutzbaren Immobilien ankommen (vgl. OLG Dresden MittBayNot 2019, 270 Rn. 12). Mitunter wird pauschal postuliert, **Familiengrundstücksgesellschaften** seien stets auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichtet (so KG NZG 2020, 548 Rn. 9; BeckOK-BGB/Kadelbach, Std.: 1.2.2024, § 1852 Rn. 4; jurisPK-BGB/Herberger, § 1852 Rn. 37; differenzierend hingegen OLG München MittBayNot 2019, 132 Rn. 14: jedenfalls Verwaltung eines selbstgenutzten Wohnhauses kein Erwerbsgeschäft).

Im Schrifttum wird angesichts der schwierigen Grenzziehung sowie der umstrittenen Maßstäbe dazu geraten,

sicherheitshalber vom Vorliegen eines Erwerbsgeschäfts auszugehen (Herrler/Berkefeld, in: Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 3. Aufl. 2022, § 14 Rn. 23; Bock, DNotZ 2020, 643, 648; Everts, MittBayNot 2023, 9, 13; Harbecke, RNotZ 2022, 521, 539 f.). Selbst wenn die KG also – wozu im Sachverhalt nichts geschildert wird – eine rein vermögensverwaltende Gesellschaft sein sollte, wäre sicherheitshalber davon auszugehen, dass die Genehmigungstatbestände der § 1852 Nr. 1 und Nr. 2 BGB im Grundsatz anwendbar sind.

b) Tatbestand des § 1852 Nr. 1 BGB

Auf den ersten Blick kommt bei der hier in Rede stehenden Zustimmung zum Eintritt/Austritt oder der Anteilsabtretung der Komplementär-GmbH nur der Tatbestand des § 1852 Nr. 2 BGB in Betracht, da die minderjährigen Kommanditisten in diesem Fall selbst keine Anteile erwerben oder veräußern. Jedoch ist zu bedenken, dass der etwaige Austritt der „alten“ GmbH die **Anwachsung** deren Anteils bei den Mitgesellschaftern und damit auch **bei den minderjährigen Kommanditisten** auslösen würde (§ 161 Abs. 2, § 105 Abs. 3 HGB i. V. m. § 738 Abs. 1 S. 1 BGB). Folge der Anwachsung gem. § 738 Abs. 1 S. 1 BGB a. F. (seit 1.1.2024 mit Inkrafttreten des MoPeG: § 712 Abs. 1 BGB n. F.) ist der kraft Gesetzes erfolgende **anteilige Übergang der Mitgliedschaft** des Ausscheidenden, insbesondere von seinem Kapitalanteil sowie von seiner Gesamthandsberechtigung, auf die übrigen Gesellschafter (vgl. Münch-KommBGB/Schäfer, 9. Aufl. 2024, § 712 Rn. 4 f.).

Streng genommen „erwerben“ die minderjährigen Gesellschafter damit kraft gesetzlich angeordneter Anwachsung in Folge des Austritts der GmbH jedoch keine „Anteile“. Denn die Anwachsung bewirkt bei rechtsfähigen Personengesellschaften keinen dinglichen Erwerbsakt und lässt die dingliche Zuordnung des Vermögens unberührt (Schäfer, § 712 Rn. 4; K. Schmidt, in: FS Huber, 2006, 969, 975 ff. und 981 ff.). Dies dürfte nach unserem Dafürhalten keine „Verfügung“ i. S. d. § 1852 Nr. 1 BGB darstellen. Diese Form des bloßen anteiligen Übergangs der Mitgliedschaft dürfte als nur mittelbare Folge des Austritts eines anderen Gesellschafters nicht vom Zweck des § 1852 Nr. 1 BGB erfasst sein. Diese Frage wird aber, soweit ersichtlich, nicht spezifisch thematisiert, sodass beim Modell des Eintritts/Austritts der Komplementärin (vgl. Ziff. 1) samt Anwachsung gem. § 738 Abs. 1 BGB a. F. bzw. § 712 Abs. 1 BGB n. F. ein **Restrisiko** verbleibt.

Dem **sichersten Weg** entspräche es daher, in der rechtstechnischen **Konstruktion des Austritts/Eintritts bereits eine § 1852 Nr. 1 BGB unterfallende Verfü-**

gung zu sehen, sodass die Zustimmung hierzu das Erfordernis einer Genehmigung nach dieser Norm nach sich zieht. Würde hingegen der Komplementäranteil der „alten“ an die „neue“ GmbH (Komplementärin) gem. §§ 413, 398 BGB **übertragen**, so wäre **§ 1852 Nr. 1 BGB nicht einschlägig**, da keine Anwachsung einträte.

c) Tatbestand des § 1852 Nr. 2 BGB

Denkbar ist ferner ein Genehmigungserfordernis gem. § 1852 Nr. 2 BGB. Diese Norm ist wortgleich mit der Vorgängervorschrift des § 1822 Nr. 3 Var. 2 BGB, sodass insofern auf die Diskussion zur alten Rechtslage zurückgegriffen werden kann (vgl. auch Eble, RNotZ 2021, 117, 125). Der Wortlaut der Norm nennt das „Eingehen“ eines solchen Gesellschaftsvertrags, vorliegend steht jedoch dessen Änderung im Raum (vgl. oben Ziff. 1).

Es ist **umstritten**, ob bzw. wann die **Änderung eines Gesellschaftsvertrags der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf** (hierzu Übersichten bei Eble, RNotZ 2021, 117, 125 f.; Fleischer, § 105 Rn. 193; BeckOGK-HGB/Sanders, Std.: 1.1.2024, § 105 Rn. 174-176; jurisPK-BGB/Herberger, § 1852 Rn. 47-47.3). Im Ergebnis wird überwiegend davon ausgegangen, dass eine Änderung des Gesellschaftsvertrags keine „Eingehung des Betriebs eines Erwerbsgeschäfts“ i. S. d. Norm darstellt. Ausnahmen sollen nur in Betracht kommen, wenn Vertragsänderungen in Rede stehen, die einem partiellen Neueintritt des Minderjährigen gleichstehen. Insbesondere hat der BGH in einer älteren Entscheidung deutlich ausgesprochen:

„Nicht aber ist die Genehmigung erforderlich, wenn ein anderer Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet (...). Die Tatsache, daß durch das Ausscheiden der Kl. die Stellung ihres Sohnes als Gesellschafter mittelbar berührt worden ist, kann dabei entgegen der Meinung der Kl. nicht von Bedeutung sein.“

(BGH NJW 1961, 724, 725)

Gerade für den **Aus- oder Eintritt eines anderen Gesellschafters** wird damit ein Genehmigungserfordernis **verneint** (so etwa auch Ebenroth/Boujong/Wertenbruch, HGB, 5. Aufl. 2024, § 105 Rn. 173 ff., 491). Dasselbe Ergebnis ergibt sich, wenn man von einer **generellen Genehmigungsfreiheit bei Änderungen des Gesellschaftsvertrags** ausgeht (so etwa Sanders, § 105 Rn. 174-176; Lamberz, NJW 2023, 249, 254 Rn. 41). Eine verbreitete Ansicht geht grundsätzlich von einer Genehmigungsfreiheit aus, macht jedoch eine **Ausnahme im Falle der Änderung des Gesellschaftszwecks**, insbesondere wenn durch die Änderung des Unter-

nehmensgegenstands nunmehr erstmals ein Erwerbsgeschäft betrieben wird (vgl. OLG München MittBay-Not 2019, 132 Rn. 16; OLG Dresden NZG 2018, 1108 Rn. 14; Staudinger/Veit, BGB, 2020, § 1822 Rn. 95 f.; Stenert/Gravenhorst, GmbHR 2022, 1232, 1240; Staake/Weinmann, RFamU 2022, 493, 498). Nach all diesen Auffassungen wäre vorliegend keine Genehmigungsbedürftigkeit in Bezug auf die Zustimmung der minderjährigen Kommanditisten zu dem Austritt/Eintritt bzw. der Anteilsübertragung erforderlich. Im konkreten Fall spricht dafür überdies, dass sich die Stellung der minderjährigen Gesellschafter durch den bloßen „Austausch“ der Komplementärin nicht nachteilig verändert.

Allerdings wird im Schrifttum mitunter dafür plädiert, generell eine Änderung des Gesellschaftsvertrags als genehmigungsbedürftig anzusehen (so etwa Münch-KommBGB/Kroll-Ludwigs, 9. Aufl. 2024, § 1852 Rn. 26; Kölmel, RNotZ 2010, 1, 21). Dem **(aller)sichersten Weg** würde es daher entsprechen, aufgrund der Existenz dieser Mindermeinung vorsichtshalber vom **Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung gem. § 1852 Nr. 2 BGB** auszugehen.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei 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. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Dr. Philipp Theuersbacher

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn