

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

18. Jahrgang  
Februar 2010  
ISSN 1434-3460

3/2010

## Inhaltsübersicht

### Hinweis in eigener Sache

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2311 – Pflichtteilsreduzierung durch Verschaffungsvermächtnis des erstversterbenden Ehegatten

HGB §§ 108, 161, 171 ff. – Handelsregisteranmeldung bei „Anwachsung des Gesellschaftsanteils“ eines ausscheidenden Kommanditisten zugunsten der verbleibenden Gesellschafter; Erhöhung der Haftsumme?

### Gutachten im Abruf-Dienst

#### Rechtsprechung

HGB § 25 Abs. 1 – Haftung für betriebliche Altverbindlichkeiten bei Firmenfortführung; erforderliche Unternehmensfortführung bezüglich Teilbereich eines Unternehmens (wesentlicher Kernbereich)

BNotO §§ 9 Abs. 3, 17 Abs. 1 S. 4 – Anwaltsnotar, der Einnahmen aus Notartätigkeit an Rechtsanwalts- und NotarsGbR abführt, verstößt nicht gegen Gebührenteilungsverbot

#### Literatur

## Hinweis in eigener Sache

### 100.000. Gutachtenanfrage

Am 11.1.2010 wurde die 100.000. Gutachtenanfrage seit Bestehen des Deutschen Notarinstituts beantwortet.

Von anfänglich 440 Anfragen im Jahr 1993 ist die Anfragenzahl auf mittlerweile rund 9.000 Anfragen pro Jahr angestiegen.

Seit Ende 2008 kann der Fachanwender zusätzlich zum individuellen Anfrageservice auf eine **umfassende Datenbank (DNotI-Online-Plus)** zugreifen, die derzeit aus fast **11.000 ausgewählten Gutachten** und notarrelevanter Rechtsprechung besteht.

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB § 2311

#### Pflichtteilsreduzierung durch Verschaffungsvermächtnis des erstversterbenden Ehegatten

##### I. Sachverhalt

Ehegatten, die zwei gemeinsame Kinder (Kind 1 und Kind 2) haben, möchten in einem Erbvertrag den Pflichtteil von Kind 2 weitmöglichst reduzieren. Der Nachlass besteht aus einem Hausgrundstück, welches den Eheleuten zu je 1/2-

Anteil gehört, und weiterem gemeinsamem Vermögen. Es wird erwogen, den Überlebenden zum befreiten Vorerben und Kind 1 zum Nacherben zu berufen.

Weiterhin möchte der Erstversterbende ein Verschaffungsvermächtnis aussetzen, wonach Kind 1 den derzeitigen Mit-eigentumsanteil des Überlebenden am Haus erhält,

1. soweit dieser Anteil zum Zeitpunkt des Todes des Überlebenden noch in dessen Vermögen steht. Dieses Vermächtnis soll erst mit dem Tode des Überlebenden anfallen. Eine Sicherstellung soll von Kind 1 nicht verlangt werden können.

2. Alternativ soll das Vermächtnis sofort fällig werden, der Überlebende sich jedoch den Nießbrauch und ein jederzeitiges Rückübertragungsrecht vorbehalten können.

In jedem Fall soll es dem Überlebenden möglich bleiben, das Haus notfalls verkaufen zu können. Die Voraussetzungen von § 1992 BGB liegen nicht vor. Kind 1 soll im Übrigen alleiniger Erbe nach dem Längerlebenden werden.

##### II. Frage

Ist eine solche Gestaltung geeignet, das Haus insgesamt den Pflichtteilsansprüchen von Kind 2 nach dem Tode des Überlebenden zu entziehen?

##### III. Zur Rechtslage

###### 1. Pflichtteilsberechnung im ersten Erbfall

Hinsichtlich der Pflichtteilsansprüche ist zu berücksichtigen, dass es sich bei K1 und K2 um gemeinsame Kinder der

Ehegatten handelt. Die Kinder wären daher an sich in beiden Erbfällen pflichtteilsberechtigt, soweit sie enterbt würden. Dies ist hinsichtlich K2 schon beim ersten Erbfall der Fall.

Der Pflichtteil berechnet sich nach dem **Bestand und Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls (§ 2311 Abs. 1 S. 1 BGB)**. Dabei ergibt sich der Nachlassbestand aus einem Vergleich der im Zeitpunkt des Erbfalls vorhandenen Aktiva und Passiva des Nachlasses (vgl. nur Palandt/Edenhofer, BGB, 69. Aufl. 2010, § 2311 Rn. 1). Zu dem festzustellenden **Aktivbestand** gehören alle Vermögensgegenstände des Erblassers, worunter nicht nur die zum Zeitpunkt des Erbfalls begründeten Rechtspositionen, sondern alle vermögensrechtlichen Positionen oder Beziehungen zu verstehen sind, die der Erblasser noch zu seinen Lebzeiten eingeleitet hat, die aber erst mit seinem Tod oder nach seinem Tod endgültig Rechtswirkung entfalten. Damit ist ohne Weiteres auch der **hälftige Miteigentumsanteil** des erstverstorbenen Ehegatten, der sich im Zeitpunkt des Todes des Erblassers in dessen Eigentum befindet, mit seinem Verkehrswert in die Pflichtteilsberechnung am Nachlass des Erstversterbenden einzustellen.

Von dem so ermittelten Aktivbestand des Erblasservermögens ist der **Passivbestand** abzuziehen. Zum Passivbestand zählen jene Nachlassverbindlichkeiten und Lasten, die beim Eintritt der gesetzlichen Erbfolge gegeben wären, **nicht also jene, die aus einer Verfügung des Erblassers von Todes wegen herrühren**. Anderenfalls hätte es der Erblasser in der Hand, den Nachlasswert beispielsweise durch Aussetzung umfangreicher Vermächtnisse zu reduzieren. Dabei werden nach h. M. die **Erbfallsschulden** i. S. v. § 1967 Abs. 2 BGB sowie die **sonstigen Erblasserschulden** als **abzugsfähig** angesehen (Staudinger/Haas, Neubearb. 2006, § 2311 Rn. 26, 31 f.). Erfasst werden damit nicht nur die Nachlassverbindlichkeiten, die im Zeitpunkt des Erbfalls bereits entstanden sind, sondern auch diejenigen, die zu diesem Zeitpunkt bereits im Keim angelegt waren (Staudinger/Haas, § 2311 Rn. 26).

Demzufolge kann beim ersten Erbfall das vom Erblasser ausgesetzte Verschaffungsvermächtnis **nicht pflichtteilsreduzierend** angesetzt werden.

## 2. Pflichtteilsberechnung im zweiten Erbfall

a) Nach dem Tod des Längerlebenden ist K1 alleiniger Erbe. Damit ist das weitere gemeinsame Kind K2 auch beim zweiten Erbfall enterbt. Folglich steht ihm nach § 2303 Abs. 1 BGB ein **Pflichtteilsanspruch** auch am Nachlass des zweitversterbenden Elternteils zu.

b) Dabei ist zu berücksichtigen, dass das der **Nacherbfolge unterliegende Vermögen** nicht auf der Aktivseite in die Pflichtteilsberechnung eingestellt werden kann, da es sich insoweit um ein **Sondervermögen** handelt, das mit Eintritt des Nacherbfalls (Tod des Vorerben) auf den Nacherben übergeht. Die Personenidentität von Nacherbe und Erbe steht dem nicht entgegen, da die rechtliche Trennung der beiden Nachlässe hierdurch unbeeinflusst ist. Denn es ist anerkannt, dass durch die Anordnung der Nacherbfolge die Nachlässe der beiden Ehegatten über den ersten Erbfall hinaus rechtlich getrennt bleiben, mit der Folge, dass sich der erbrechtliche Zuerwerb des überlebenden Ehegatten nicht pflichtteilerhöhend auswirkt.

In die Pflichtteilsberechnung als **Aktivum** einzustellen wäre allerdings die **Miteigentumshälfte**, die dem überlebenden Ehegatten als Eigentümer gehört.

c) Fraglich ist nur, ob auf der **Passivseite** das sich auf diese Miteigentumshälfte beziehende **Verschaffungsvermächtnis des erstverstorbenen Ehegatten** nachlassreduzierend angesetzt werden kann. Rechtsprechung und Literatur liegen zu dieser Frage bislang nicht vor.

aa) Wie oben bereits ausgeführt, gehören zu den im Rahmen der Pflichtteilsberechnung abzugsfähigen Nachlassverbindlichkeiten auch die sog. **Erblasserschulden**. Dies sind Verbindlichkeiten, die vom Erblasser herrühren und ihn bereits selbst belasteten (§ 1967 Abs. 2 BGB), soweit sie vererblich und auch nicht aufschiebend bedingt oder zweifelhaft (§ 2313 BGB) sind (Bamberger/Roth/J. Mayer, BGB, 2. Aufl. 2008, § 2311 Rn. 8). Eine derartige Erblasserschuld könnte auch die Verbindlichkeit aus dem Verschaffungsvermächtnis darstellen. Der Umstand, dass mit Eintritt des Erbfalls sich Verbindlichkeit und Anspruch aus dem Vermächtnis in der Person des Alleinerben (K1) vereinigen (**Konfusion**), steht dem nicht ohne Weiteres entgegen. Denn nach h. M. ist **für die Berechnung des Pflichtteilsanspruchs** nach § 2311 Abs. 1 BGB anerkannt, dass Rechtsverhältnisse, die infolge des Erbfalls durch Konfusion (Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit in einer Hand) oder durch Konsolidation (Zusammenfallen von Recht und dinglicher Belastung) erlöschen, **als nicht erloschen anzusehen** sind. Dies ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Gesetz, wird aber aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 1976, 1991 Abs. 2, 2143, 2175 und 2377 BGB hergeleitet (KG OLGE 30, 234; BGH NJW 1975, 1123, 1124; Staudinger/Haas, BGB, § 2311 Rn. 15 m. w. N.).

bb) Dennoch ist die Rechtslage bei **Vermächtnissen** nicht unproblematisch (vgl. oben Ziffer 1). Z. T. wird vertreten, dass Vermächtnisse allgemein – unabhängig davon, von welchem Erblasser diese ausgesetzt waren – im Rahmen der Pflichtteilsberechnung nicht abgesetzt werden können (vgl. Zavar, Das Vermächtnis in der Kautelarjurisprudenz, 1983, S. 61). Zunehmend wird aber danach differenziert, ob es sich um ein vom Erblasser selbst ausgesetztes Vermächtnis handelt oder um ein solches, mit dem bereits der Erblasser als Erbe oder Vermächtnisnehmer beschwert war. Im letzteren Fall geht man **überwiegend von einer Abzugsmöglichkeit des Vermächtnisses** aus, selbst dann, wenn das Vermächtnis (z. B. im Fall des **Nachvermächtnisses** oder des **aufschiebend bedingten oder befristeten Herausgabevermächtnisses**) erst mit dem Tod des Beschwerten gem. § 2177 BGB anfällt (Reimann, MittBayNot 2002, 4, 7; Watzek, MittRhNotK 1999, 37, 41 f.; Staudinger/Haas, § 2311 Rn. 38a; DNotI-Report 1999, 149 ff.; Muscheler, AcP 208 (2009), 69, 94; Baltzer, Das Vor- und Nachvermächtnis in der Kautelarjurisprudenz, 2007, Rn. 322 ff.).

Allerdings wurde die Pflichtteilsfestigkeit eines Vermächtnisses, welches erst mit dem Tod des beschwerten Erben anfällt, in der Literatur z. T. bezweifelt (J. Mayer, ZEV 2000, 1, 9). Denn die Vermächtnisanordnung sei in diesem Fall bis zum Tod des Erben noch **nicht entstanden** (§ 2176 BGB). Es sei daher auch fraglich, ob sie bei der Bewertung des Nachlasses nach § 2311 BGB als Nachlassverbindlichkeit in Abzug gebracht werden könne. Außerdem erscheine es problematisch, ein den länger lebenden Ehegatten nur formal belastendes, aber für diesen nicht lästiges Vermächtnis seinen Pflichtteilsberechtigten gegenüber zu berücksichtigen, insbesondere wenn man sich die tendenziell pflichtteilsfreundliche Rechtsprechung des BGH vor Augen halte. J. Mayer schlug daher als „sicheren Weg“ vor, das

Vermächtnis sofort mit dem Erbfall anfallen zu lassen und erst mit dem Tod des Erben fällig zu stellen (sog. **betagtes Vermächtnis**, vgl. ZEV 2000, 1, 9). Zwischenzeitlich hat *J. Mayer* allerdings seine Bedenken weitgehend zurückgestellt und vertritt beispielsweise in seiner Kommentierung im *Bamberger/Roth* (§ 2311 Rn. 8), dass auch Ansprüche aus einem mit dem Erbfall fälligen Nachvermächtnis (§ 2191 BGB) oder einem aufschiebend auf den Tod befristeten Herausgabevermächtnis, soweit damit bereits der Erblasser aufgrund eines früheren erbrechtlichen Erwerbs belastet war, im Rahmen der Pflichtteilsberechnung **abgezogen** werden könnten. Rechtsprechung liegt zu dieser Problematik allerdings noch nicht vor.

Die bisherige Diskussion hat sich – wie dargelegt – lediglich auf das Nachvermächtnis sowie das aufschiebend bedingte Herausgabevermächtnis bezogen. Zum Verschaffungsvermächtnis fehlen Ausführungen. Da es sich sowohl beim Nachvermächtnis als auch beim Herausgabevermächtnis um Gegenstände handelt, die **im ursprünglichen Erblasservermögen tatsächlich vorhanden waren**, während beim Verschaffungsvermächtnis ein externer, nicht nachlasszugehöriger Gegenstand zugewandt wird, dürfte die Gestaltung in ihrer „Pflichtteilsfestigkeit“ daher u. E. **erst recht problematisch** sein.

cc) Soweit ersichtlich wurde in der Literatur bislang nur das Problem der **Annahme einer überschuldeten Erbschaft** durch den Erblasser und deren Auswirkung auf die Pflichtteilsberechnung gem. § 2311 BGB ausdrücklich erörtert, wenn der Erblasser später verstirbt. Insoweit wird vertreten, dass die Annahme eines im Ergebnis negativen Wertes den Pflichtteil, wie er sich sonst ergäbe, nicht beeinträchtigen könne, da davon ausgegangen werden müsse, dass der Erbe (und spätere Erblasser) die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung hatte (Staudinger/Haas, § 2311 Rn. 34 m. w. N.). Nach dieser Auffassung dürfe der Nichtgebrauch der Haftungsbeschränkung den Pflichtteilsberechtigten nicht schaden, indem z. B. der Wert des Erbnachlasses mit einem negativen Wert angesetzt und dieser mit dem Zweitenachlass verrechnet würde (Staudinger/Haas, a. a. O.; vgl. auch Brüstle, BWNotZ 1976, 78). Zumindest dann, wenn die dem Überlebenden hinterlassene Erbschaft infolge Aussetzung des Verschaffungsvermächtnisses **überschuldet** wäre, liegt es danach nahe, dass zumindest in Höhe der Überschuldung des Nachlasses diese Verbindlichkeit bei der Pflichtteilsberechnung nicht abgesetzt werden kann.

dd) Fehlt es an einer Überschuldung – was nach dem mitgeteilten Sachverhalt wohl anzunehmen ist –, könnte man noch an die Annahme einer missbräuchlichen und daher nicht zu berücksichtigenden Gestaltung denken. Zwar wird die Zuwendung eines Verschaffungsvermächtnisses (als grundsätzlich zulässige letztwillige Verfügung) nur in Ausnahmefällen als sittenwidrig angesehen werden können. Zielt die von den Ehegatten gewählte Gestaltung aber allein darauf ab, die Pflichtteilsansprüche des zweiten Kindes zu verringern, ist u. E. nicht ausgeschlossen, dass ein ggf. zur Entscheidung berufenes Gericht die Gestaltung als missbräuchlich einstuft. Denn wird zu Lebzeiten des Erblassers eine Verbindlichkeit allein zu dem Zweck begründet, den pflichtteilerheblichen Nachlass durch die Erhöhung der Passiva später zu verringern, so könnte die Aussetzung des Vermächtnisses bzw. die Annahme des Vermächtnisses durch den Erben ggf. als missbräuchlich angesehen werden. Dies gilt erst recht im Hinblick darauf, dass dem überlebenden Ehegatten eine Verfügung über den Grundbesitz weiterhin möglich ist und das endbedachte

Kind keinerlei Sicherstellung verlangen kann, so dass letztlich nur ein **Rechnungsposten geschaffen** werden soll, der dem Pflichtteilsberechtigten im zweiten Erbfall entgegengehalten werden kann. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass dieser Rechnungsposten bei der Pflichtteilsberechnung unberücksichtigt bleibt.

d) Mangels einschlägiger Rechtsprechung und Literatur ist die **Rechtslage** aber **unsicher**, so dass die vorliegende Gestaltung u. E. jedenfalls – zusammenfassend betrachtet – nicht mit Sicherheit das gesetzte Ziel erreicht.

---

## **HGB §§ 108, 161, 171 ff. Handelsregisteranmeldung bei „Anwachsung des Gesellschaftsanteils“ eines ausscheidenden Kommanditisten zugunsten der verbleibenden Gesellschafter; Erhöhung der Haftsumme?**

### **I. Sachverhalt**

Der Gesellschaftsvertrag der X GmbH & Co. KG sieht für den Fall des Betreibens der Zwangsvollstreckung in die Kommanditbeteiligung aus einem nicht nur für vorläufig vollstreckbar erklärten Titel das automatische Ausscheiden des Kommanditisten unter Fortführung der Gesellschaft vor. Nach der Regelung im Gesellschaftsvertrag wächst „der Gesellschaftsanteil des ausgeschiedenen Kommanditisten [...] den Gesellschaftsanteilen der verbleibenden Kommanditisten im Verhältnis ihrer festen Kapitalkonten zu“. Der ausscheidende Kommanditist erhält eine Abfindung.

Durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluss aus einem nicht nur vorläufig vollstreckbaren Titel wurde die Zwangsvollstreckung in die Kommanditbeteiligung eines Kommanditisten der Gesellschaft betrieben. Nunmehr soll das Ausscheiden des Kommanditisten beim zuständigen Handelsregister angemeldet werden.

### **II. Frage**

Hat die im Gesellschaftsvertrag einer KG getroffene Regelung, dass bei Ausscheiden eines Kommanditisten (z. B. aufgrund des Betreibens der Zwangsvollstreckung in die Kommanditbeteiligung) dessen Anteil den Gesellschaftsanteilen der verbleibenden Kommanditisten im Verhältnis ihrer festen Kapitalkonten zuwächst, zur Folge, dass sich sämtliche Kommanditbeteiligungen der verbleibenden Kommanditisten erhöhen und diese Änderungen zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden müssen?

### **III. Zur Rechtslage**

#### **1. Hafteinlage und Pflichteinlage**

Bei der KG ist stets **zwischen der so genannten Hafteinlage und der Pflichteinlage zu unterscheiden**. Die Hafteinlage (auch Haftsumme) begrenzt den Umfang der Kommanditistenhaftung (BGHZ 60, 324, 327 = NJW 1973, 324). Die Höhe der Haftsumme wird durch die Eintragung im Handelsregister bestimmt. Sie kann sowohl höher als auch niedriger als die Pflichteinlage angesetzt werden.

Die Pflichteinlage bezeichnet die im Innenverhältnis – sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebende – zu leistende Einlage des Kommanditisten (BGH DNotZ 1995, 956). Das Gesetz bringt Haftsumme und Pflichteinlage in einem Zusammenhang, indem es die Leistung der Einlage auf



beide Gesichtspunkte bezieht. Der Kommanditist erfüllt seine gesellschaftsvertragliche Einlagepflicht und befreit sich gleichzeitig von der Außenhaftung i. S. v. § 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB.

Nach h. M. ist **im Zweifel anzunehmen, dass die Höhe der Haftsumme im Zweifel der Höhe der Pflichteinlage entspricht** (BGH DNotZ 1978, 163; Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 171 Rn. 1).

## 2. Erhöhung der Haftsumme durch Anwachsung eines Kommanditanteils?

### a) Handelsregistereintragung der Haftsummenveränderung

Nach §§ 174, 175 HGB ist die **Erhöhung oder Herabsetzung der „Hafteinlage“** – gemeint ist die Haftsumme (s. Baumbach/Hopt, § 175 Rn. 1; MünchKomm-HGB/K. Schmidt, 2. Aufl. 2005, §§ 174, 175 Rn. 1) – des Kommanditisten **in das Handelsregister einzutragen** (hierzu etwa Krafka/Willer, Registerrecht, 7. Aufl. 2007, Rn. 773). Für **eine nach diesen Vorschriften einzutragende Änderung der Haftsumme ist die Handelsregistereintragung konstitutiv**, wie sich aus § 172 Abs. 2 und § 174 HGB ergibt (Strohn, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2008, § 175 Rn. 1).

### b) Keine Haftsummenveränderung bei todesbedingtem Ausscheiden eines Gesellschafters

Die vorliegende gesellschaftsvertragliche Regelung lässt sich in ihrer angeordneten Rechtsfolge mit einer sog. **Fortsetzungsklausel** vergleichen: Hiernach treten die Erben eines verstorbenen Gesellschafters nicht in die Gesellschafterstellung des Erblassers ein, sondern dessen Anteil am Gesellschaftsvermögen wächst den verbleibenden Gesellschaftern zu. Die Fortsetzungsklausel bewirkt, dass **die Beteiligung des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen kraft Gesellschaftsvertrags den Mitgesellschaftern zufällt** (K. Schmidt, FS Huber, 2006, S. 969 ff.; ders. Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2001, § 45 V 3 b), S. 1336 f.; Wiedemann, Gesellschaftsrecht II, 2004, S. 466: Beteiligungszuwachs kraft Gesellschaftsvertrags). Im Personengesellschaftsrecht ist diese Rechtsfolge etwa in **§ 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, S. 2 HGB** für den Fall des Versterbens eines persönlich haftenden Gesellschafters einer oHG vorgesehen. Verstirbt in einer KG ein persönlich haftender Gesellschafter und wird er gem. §§ 161 Abs. 2, 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, S. 2 HGB in der Gesellschafterstellung nicht von seinen Erben beerbt, wächst „der Gesellschaftsanteil“ den übrigen Gesellschaftern zu. Für diesen Fall geht die h. M. davon aus, dass sich die **Haftsumme des begünstigten Kommanditisten nicht erhöht** (Koller, in: Koller/Roth/Morck, HGB, 6. Aufl. 2007, § 131 Rn. 9; vgl. auch DNotl-Report 2003, 1).

### c) Erwerb eines Kommanditanteils durch einen anderen Kommanditisten

Ob in den Fällen des (Teil-)Erwerbs eines Kommanditanteils durch einen anderen Kommanditisten die Haftsumme des erwerbenden Kommanditisten zwingend um die Haftsumme des veräußernden Kommanditisten zu erhöhen ist, wird in Rechtsprechung und Literatur nur wenig ausführlich erörtert (zu der Frage, ob diese Grundsätze auch für den Anwachsungs-„Erwerb“ gelten, s.u.). Einige Autoren scheinen allerdings davon auszugehen, dass es bei einer rechtsgeschäftlichen Anteilsübertragung zu einer Erhöhung der Haftsumme beim erwerbenden Kommanditisten kommt:

- „*der übernehmende Kommanditist haftet ab Wirksamwerden des Anteilsübergangs [...] bis zur Höhe der neuen,*

*durch den Anteilserwerb erhöhten Haftsumme persönlich* (Strohn, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 173 Rn. 40);

- „*der vom Erwerber bisher innegehabte und der dazu erworbene Anteil [vereinigen sich] zu einem einheitlichen Anteil mit entsprechend erhöhter Haftsumme“* (Röhrich/Graf v. Westphalen/v. Gerkan/Haas, HGB, 3. Aufl. 2008, § 173 Rn. 33; ähnlich Krug, ZEV 2001, 51, 54);
- „*beim Erwerber [liegt] eine Erhöhung der Haftsumme i.S. des § 172 Abs. 2 und des § 175 vor“* (Staub/Schilling, HGB, 4. Aufl., § 173 Rn. 16).

Auch die einschlägigen Formularbücher sehen in ihren Mustern zur Anmeldung und Eintragung eines Kommanditanteilserwerbs durch einen anderen Kommanditisten vor, dass die Haftsumme des erwerbenden Kommanditisten um den Betrag der Haftsumme des Ausscheidenden erhöht wird, ohne allerdings darzulegen, warum eine Erhöhung der Haftsumme beim Erwerbenden erforderlich sein soll (Krafka, Registerrecht, 7. Aufl. 2007, Rn. 774 ff. für sämtliche Fälle der Sonder- und Gesamtrechtsnachfolge; Gustavus, Handelsregister-Anmeldungen, 7. Aufl. 2009, A 72, 73). Dem von v. Gerkan/Haas (a. a. O.) zitierten BGH-Urteil v. 1. Juni 1987 (BGHZ 101, 123, 129 = DNotZ 1988, 500) lässt sich nur entnehmen, dass sich mit der Anteilsübertragung auf einen anderen Kommanditisten beide Kommanditanteile vereinigen. Eine weitergehende Aussage ergibt sich unmittelbar auch nicht aus dem in dieser Entscheidung zitierten Urteil des BGH v. 11. April 1957 (BGHZ 24, 106).

Beim **Anteilserwerb durch Rechtsgeschäft** oder **Gesamtrechtsnachfolge** würde mit dem Übergang des Kommanditanteils eine Erhöhung der Haftsumme einhergehen, die beim Handelsregister anzumelden wäre. Dabei kommt der **Eintragung der Erhöhung** der Haftsumme **keine konstitutive Wirkung** zu. Denn die „Aufteilung der Haftsumme“ bei Teilveräußerung eines Kommanditanteils an einen Kommanditisten wird nicht als Fall der §§ 174, 175 HGB angesehen (vgl. MünchKomm-HGB/K. Schmidt, §§ 174, 175 Rn. 3). Vielmehr **übernimmt der Erwerber** – und zwar sowohl bei Sonderrechts- als auch bei Gesamtrechtsnachfolge – **automatisch (auch) die Haftsumme anteilig, so dass er bei unterlassener Eintragung der Erhöhung der Haftsumme – trotz § 172 Abs. 2 HGB – nach Maßgabe der §§ 171, 172 HGB haftet**, soweit sein Rechtsvorgänger seine Einlage nicht erbracht hat oder diesem die Einlage zurückgewährt worden ist (MünchKomm-HGB/K. Schmidt, § 173 Rn. 31).

### d) Haftsummenveränderung bei Anwachsungserwerb?

In Anwachsungsfällen entspräche diese Konsequenz u. E. dagegen nicht den §§ 171 ff. HGB. Denn mit der Anwachsung ist – sowohl nach traditioneller Gesamthandsdoktrin als auch nach der modernen Lehre von der Rechtsfähigkeit der Personengesellschaft – kein Übergang des Gesellschaftsanteils verbunden, sondern gerade dessen Untergang. Der **Zuwachs** findet allein **hinsichtlich der relativen Beteiligung am Gesellschaftsvermögen** statt (K. Schmidt, FS Huber, 2006, S. 969 ff.). Das Reichsgericht hat dies wie folgt ausgedrückt: „*Wer durch Akkreszenz erwirbt, erwirbt nicht den Anteil des anderen hinzu, sondern vergrößert seinen eigenen Anteil, weil der Anteil des anderen weggefallen ist“* (RGZ 65, 227, 238).

Hieraus folgt für den vorliegenden Fall, dass – entgegen der landläufigen Formulierung in Fortsetzungsklauseln

## Sichere Vertragsgestaltung bei Problemimmobilien

Freitag, 18. Juni 2010

in der Neubankirche der Julius-Maximilians-Universität  
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

- 09.15 Uhr Koffee und Gebäck
- 09.45 Uhr Begrüßung, Notar Prof. Dr. Peter Limmer, Würzburg  
Stellv. Vorsitzender des INotR Würzburg
- 09.55 Uhr Grußwort, Notar Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Neu-Ulm  
Vorsitzender der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.
- 10.00 Uhr Risiko von Insolvenz- oder Gläubigeranfechtung nach (wirklich?)  
wesentlich übertragener Immobilie  
Prof. Dr. Michael Huber, Präsident des LG Passau  
anschließend Diskussion
- 11.00 Uhr Insolvenzrisiko bei Abwicklung eines Grundstückskaufvertrages  
Notar Dr. Adolf Reul, Neu-Ulm  
anschließend Diskussion
- 12.00 Uhr Mittagessen im historischen Innenhof der Alten Universität (im Tagungsbetrag inbegriffen)
- 13.30 Uhr Die Zuwendung eines Familienheims nach dem neuen ErbStG  
Prof. Dr. Klaus Tiedtke, Universität Würzburg  
Vorsitzender des INotR Würzburg  
anschließend Diskussion
- 14.45 Uhr Kaffeepause
- 15.15 Uhr Mietkauf und ähnliche Verträge  
Notar Prof. Dr. Stefan Hügel, Weimar  
Präsident der Notarkammer Thüringen  
Vorstandsmitglied der NotRV  
anschließend Diskussion
- 16.15 Uhr Hausübertragung zwischen Pflegeheim und Hartz IV  
Notar Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwatz, Regensburg  
Vorstandsmitglied des INotR Würzburg  
anschließend Diskussion

Tagungsleitung: Notar Prof. Dr. Peter Limmer

- anschließend Mitgliederversammlung der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung -

### Organisatorische Hinweise:

Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend und forensisch tätigen Praktiker und einschlägig interessierten Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.

Sämtliche Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsbond per Post.

### Tagungsbetrag (inklusive Verpflegung, Teilnahmebescheinigung und Tagungsbond):

- 130 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. (NotRV)
- 140 € für Nichtmitglieder
- 80 € für Notare a. D., Notarassessoren und Rechtsanwältinnen mit höchstens dreijähriger Zulassung
- frei für Notare a. D. und Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind (bitte bei Anmeldung angeben)

Der Tagungsbetrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck „Symposium Juni 2010“ bei der Bayerischen Hypothekbank AG Würzburg, BLZ 79020070, Konto-Nr. 6671594, zu überweisen. Rückzahlung des Tagungsbetrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis 7 Tage vor der Veranstaltung.

### Anmeldungen richten Sie bitte an:

Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Tel. 0931/365760,  
Fax: 0931/36576225, email: notrv@dnvot.de

– der **Gesellschaftsanteil des Ausscheidenden nicht anteilig auf die verbleibenden Gesellschafter übergeht**. Insoweit unterscheidet sich der Fall der Anwachsung grundlegend von dem Erwerb eines Kommanditanteils durch einen anderen Kommanditisten aufgrund Kaufvertrags, Erbfolge etc. Während für die Rechtsnachfolge in einen Kommanditanteil der Grundsatz gilt, dass eine einmal für einen bestimmten Kommanditisten eingetragene Haftsumme aufgrund ihrer inneren Verknüpfung mit einem bestimmten Kommanditanteil (vgl. hierzu Bokelmann, DNotZ 1988, 523) grundsätzlich weder bei Einzel- noch bei Gesamtrechtsnachfolge in diesen Kommanditanteil entfällt, sondern ohne Weiteres auch gegen den Rechtsnachfolger verbindlich ist, bewirkt das Ausscheiden eines Gesellschafters gerade keinen Fortbestand der Kommanditbeteiligung (mit Haftsumme), sondern den Wegfall der Mitgliedschaft mit allen Rechten und Pflichten. Abgesehen von den Fällen der unterlassenen Handelsregistereintragung des Ausscheidens (vgl. § 15 HGB) kommt im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern **nur noch eine Nachhaftung dieses Gesellschafters bzw. seiner Erben** in Betracht (vgl. Münch-Komm-HGB/K. Schmidt, §§ 171, 172 Rn. 18).

U.E. liegt mithin weder ein Fall der automatischen Erhöhung der Haftsumme noch ein Fall der vertraglich vereinbarten und nach Maßgabe des § 175 HGB anzumeldenden Haftsummenerhöhung vor. Der **Grundsatz der Kongruenz zwischen Einlage und Haftsumme** bleibt dabei unberührt, da mit der Anwachsung nach dem Gesellschaftsvertrag nur eine Erhöhung der festen Kapitalkonten, aber nicht auch ein Übergang der (anteiligen) Pflichteinlage verbunden ist. Im Übrigen steht es den Gesellschaftern frei zu vereinbaren, dass mit der Erhöhung einer Kommanditeinlage keine Haftsummenerhöhung verbunden sein soll (vgl. Münch-Komm-HGB/K. Schmidt, §§ 171, 172 Rn. 22 f., 33). Eine Erhöhung der Haftsumme würde eine Rechtsnachfolge in die Rechtsposition des Ausscheidenden bedeuten, die die Beteiligten gerade nicht gewollt haben. Dies betrifft insbesondere die Haftung im Außenverhältnis nach Maßgabe der §§ 171, 172 HGB, in einem weiteren Zusammenhang aber auch die Haftung im Innenverhältnis.

### 3. Ergebnis

Das Ausscheiden des Gesellschafters hat keine Veränderung der Haftsummen der verbleibenden Kommanditanteile zur Folge. Deshalb ist lediglich das Ausscheiden des Kommanditisten zum Handelsregister anzumelden.

## 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 §§ 133, 157; 130, 177, 178; 119, 123; 323; BeurkG § 53; BNotO §§ 15 Abs. 2, 24**  
**Möglichkeiten einer Lösung vom Vertrag bei vollmachtloser Vertretung des anderen Vertragsteils; konkludente Anweisung zum Nichtvollzug**  
Gutachten-Abruf-Nr.: **98419**

**HGB §§ 17, 18; GmbHG § 4**

**Verwendung eines Fantasienamens bei der Personenfirma einer GmbH**

Gutachten-Abruf-Nr.: **98365**

**GmbHG § 40**

**Einreichung „zusammenfassender Gesellschafterlisten“ bei mehreren, aufeinander bezogenen Veränderungen; Möglichkeit gleichzeitiger Listeneinreichung mit Anweisung an das Registergericht zur Reihenfolge der Aufnahme**

Gutachten-Abruf-Nr.: **98285**

**ErbStG §§ 15, 16**

**Erbschaftsteuerliche Behandlung von Stiefkindern; Voraussetzung der Einordnung als Stiefkind; maßgeblicher Zeitpunkt; späterer Wegfall**

Gutachten-Abruf-Nr.: **97853**

**EGBGB Art. 25, 26**

**Russland: Gemeinschaftliches Testament mit Vor- und Nacherbfolge bei deutsch-russischen Ehegatten**

Gutachten-Abruf-Nr.: **99122**

## Rechtsprechung

**HGB § 25 Abs. 1**

**Haftung für betriebliche Altverbindlichkeiten bei Firmenfortführung; erforderliche Unternehmensfortführung bezüglich Teilbereich eines Unternehmens (wesentlicher Kernbereich)**

a) **Eine Unternehmensfortführung i.S. von § 25 Abs. 1 HGB liegt auch dann vor, wenn nur ein Teilbereich des Unternehmens fortgeführt wird, sofern es sich aus der Sicht des maßgeblichen Rechtsverkehrs um den – den Schwerpunkt des Unternehmens bildenden – wesentlichen Kernbereich handelt.**

b) **Für die Frage, ob der wesentliche Kernbereich eines Unternehmens fortgeführt wurde, kommt dem Wert der Unternehmensteile maßgebliche Bedeutung zu.**

BGH, Beschl. v. 7.12.2009 – II ZR 229/08

Abruf-Nr.: **10908**

### Problem

Die Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäfts für betriebliche Altverbindlichkeiten knüpft § 25 Abs. 1 HGB an die im wesentlichen unveränderte **Fortführung der Firma und an die Fortführung des erworbenen Unternehmens**. Dabei kann die Übernahme des Unternehmens und dessen Fortführung auch **sukzessive** erfolgen (BGH, Urt. v. 24.9.2008 – VIII ZR 192/06, DNotZ 2009, 226). Hier hatte die Beklagte nur einen **Teilbereich des Unternehmens** von einer GmbH übernommen und fortgeführt.

### Entscheidung

Der BGH bestätigt seine ständige Rechtsprechung (DNotZ 1992, 581 = ZIP 1992, 398, 399; ZNotP 2009, 493 = NZG 2009, 1396), wonach es für eine Haftung nach § 25 Abs. 1 HGB genüge, wenn **nur ein Teil des Unternehmens** fortgeführt werde. Denn von der Unternehmensfortführung i. S. d. § 25 Abs. 1 HGB gehe der maßgebliche Verkehr aus, wenn ein Betrieb von einem neuen Inhaber in seinem



wesentlichen Bestand unverändert fortgeführt werde. Dabei müssten der Tätigkeitsbereich, die innere Organisation und die Räumlichkeiten ebenso wie die Kunden- und Lieferantenbeziehungen jedenfalls im Kern beibehalten und/oder Teile des Personals übernommen werden (BGH DNotZ 2006, 629 = NJW 2006, 1002 Tz. 9 m. w. N.). Die Haftungsfolge aus § 25 Abs. 1 HGB greife daher auch dann ein, wenn einzelne Vermögensbestandteile oder Betätigungsfelder von der Übernahme ausgenommen sind, solange nur der den **Schwerpunkt des Unternehmens bildende wesentliche Kern** desselben übernommen wird, so dass sich der nach außen für die beteiligten Verkehrskreise in Erscheinung tretende Tatbestand als Weiterführung des Unternehmens in seinem wesentlichen Bestand darstellt. Hierfür ist nach Ansicht des BGH u. a. relevant, ob es sich bei dem übernommenen Teilbereich um den „**Ertragsträger**“ des Unternehmens handle, mit dem die Gewinne erwirtschaftet wurden. Als Indizien hierfür sah der BGH den **gezahlten Kaufpreis**, die eigene **steuerliche Bewertung** der Beklagten und die Tatsache an, dass schon **6 Monate nach Übertragung** des Unternehmensteils **Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das „Restunternehmen“** gestellt wurde. Weil das Berufungsgericht über diese im Kern vorgetragenen Tatsachen den angebotenen Beweis durch Sachverständigengutachten nicht erhoben hat, nahm der BGH eine entscheidungserhebliche Verletzung des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 GG an und hob das Berufungsurteil auf.

---

## **BNotO §§ 9 Abs. 3, 17 Abs. 1 S. 4 Anwaltsnotar, der Einnahmen aus Notartätigkeit an Rechtsanwalts- und NotarsGbR abführt, verstößt nicht gegen Gebührenteilungsverbot**

**1. Ein Anwaltsnotar, der sich mit anderen Anwaltsnotaren oder Rechtsanwälten zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammengeschlossen hat und nach dem Gesellschaftsvertrag alle Einnahmen (auch) aus dem Notariat an die Sozietät abführt, verstößt nicht gegen das Gebührenteilungsverbot des § 17 Abs. 1 S. 4 BNotO. Prüfungsmaßstab für eine solche Regelung ist § 9 Abs. 3 BNotO.**

**2. Allein die pauschale Abführung der Notargebühren an die Sozietät gefährdet die persönliche oder wirtschaftliche Unabhängigkeit des Notars i. S. d. § 9 Abs. 3 BNotO nicht, wenn er am Gewinn mit einem den konkreten Umständen des Einzelfalls angemessenen Anteil partizipiert.**

**3. Ob die Notaraufsicht von dem Notar allein wegen einer pauschalen Abführung der Notargebühren an die Sozietät verlangen kann, die Regelungen des**

## **Sozietätsvertrages vorzulegen, bleibt offen.**

OLG Celle, Beschl. v. 9.12.2009 – NotZ 12/09  
Abruf-Nr.: **10909**

### **Problem**

Ein Anwaltsnotar schloss sich mit anderen Rechtsanwälten zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammen. Alle Einnahmen aus der gemeinsamen Berufsausübung, einschließlich der vom Notar erhobenen Gebühren, wurden zwischen allen Gesellschaftern aufgeteilt. Der Präsident des Landgerichts sah in dieser Praxis eine unzulässige Beteiligung Dritter an den Gebühren (§ 17 Abs. 1 S. 4 BNotO) und verlangte im Wege der Weisung eine Änderung des Gesellschaftsvertrages.

### **Entscheidung**

Das OLG Celle hob die Weisung des Landgerichtspräsidenten wegen eines Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG auf. In den Entscheidungsgründen distanziert sich das Gericht von seiner Entscheidung aus dem Jahr 2007 (OLGR Celle 2007, 709 = NJW 2007, 2929), in welcher es eine vergleichbare Fallgestaltung (damals allerdings bezogen auf eine Partnerschaftsgesellschaft) als von § 17 Abs. 1 S. 4 BNotO erfasst sah. Damit reagierte das OLG Celle auf die heftige Kritik, die in Reaktion auf seine damalige Entscheidung geäußert worden war (Maaß, AnwBl. 2007, 702; Bohnenkamp, BRAK-Mitt. 2007, 236). In Übereinstimmung mit der h. M. legt es § 17 Abs. 1 S. 4 BNotO nunmehr in Anlehnung an die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift zurückhaltender aus: § 17 Abs. 1 S. 4 BNotO solle verhindern, dass Dritte (Mitarbeiter von Banken, Makler), die dem Notar Amtsgeschäfte vermitteln, an den Gebühren partizipieren; eine Gewinnbeteiligung innerhalb einer Verbindung zur gemeinsamen Berufsausübung falle aber nicht unter diese Norm (BT-Drucks. 13/4184, S. 25).

Die Gewinnverteilung unter den Gesellschaftern sei daher nur an § 9 Abs. 3 BNotO zu messen. Ein Verstoß gegen diese Bestimmung läge nach Ansicht des Gerichts vor, wenn sich der Notar durch die konkrete Ausgestaltung des Geldflusses in die Gefahr persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit von seinen Mitgesellschaftern begäbe. Das OLG Celle betont, dass der Notar mit einem den konkreten Umständen des Einzelfalls angemessenen Anteil am Gewinn beteiligt sein müsse. Bei einer **Gewinnverteilung nach Kopfteilen**, welche im entschiedenen Fall gegeben war, bestünden jedoch **keine Anhaltspunkte für eine Gefährdung der Unabhängigkeit oder Neutralität**. Offengelassen hat das OLG Celle, ob dies auch dann gelten würde, wenn der betroffene Notar keine Auskunft über den Gewinnverteilungsschlüssel erteilt; auch die Übertragbarkeit der Entscheidung auf Zusammenschlüsse in anderen Rechtsformen ließ das Gericht dahinstehen.

#### **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:**

Notarassessor 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