

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

25. Jahrgang
November 2017
ISSN 1434-3460

21/2017

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BeurkG § 13a – Erfordernis des „Schließens“ einer Bezugsurkunde vor Beginn der Verhandlung über die Haupturkunde

GmbHG §§ 3 Abs. 2, 47, 55, 55a; AktG § 136 Abs. 2 – Verpflichtung der GmbH-Gesellschafter zur Kapitalerhöhung nach Weisung von Beirat und Geschäftsführung; Stimmbindungsvereinbarung als Satzungsbestandteil; Abgrenzung zum genehmigten Kapital

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

ZPO § 727 – Umschreibung der Vollstreckungsklausel bei Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch

EuErbVO Art. 1 Abs. 2 lit. k u. l, 31 – Sachenrechtliche Wirkungen eines nach polnischem Erbrecht angeordneten Vindikationslegats hinsichtlich in Deutschland belegener Grundstücke

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BeurkG § 13a Erfordernis des „Schließens“ einer Bezugsurkunde vor Beginn der Verhandlung über die Haupturkunde

I. Sachverhalt

Im Zusammenhang mit einem notariellen Unternehmenskaufvertrag („SPA“) soll eine notarielle Bezugsurkunde errichtet werden, welche die Anlagen zum SPA enthält. Eigentlich ist vorgesehen, die Bezugsurkunde vor dem Beginn der Beurkundung des SPA zu schließen. Die Parteien möchten sich jedoch vorbehalten, einzelne Anlagen der Bezugsurkunde noch während der Beurkundung des SPA final abzustimmen bzw. zu ändern. Daher bitten die Beteiligten den Notar, die Bezugsurkunde noch während des Verlesens des SPA offen zu halten und erst unmittelbar vor Unterzeichnung des SPA zu schließen. Bis dahin sollen bei Bedarf noch Änderungen und Ergänzungen der Bezugsurkunde vorgenommen werden.

II. Frage

Setzt eine Verweisung nach § 13a BeurkG voraus, dass während der gesamten Beurkundung (Verlesen und Unterzeichnen) der Haupturkunde eine abgeschlossene Bezugsurkunde vorliegt oder reicht es aus, dass die

Bezugsurkunde erst unmittelbar vor der Unterzeichnung der Haupturkunde geschlossen wird? Kann die Urkunde formwirksam errichtet werden?

III. Zur Rechtslage

1. Bedeutung der Frage

Soweit ersichtlich, wird die Frage, ob eine Bezugsurkunde vor Beginn der Verhandlung über die Haupturkunde in verweisungsfähiger Form existieren („geschlossen“ sein) muss, oder ob es ausreicht, dass dies unmittelbar vor Beendigung der Verhandlung über die Haupturkunde geschieht, bislang nur vereinzelt erörtert.

Würde § 13a BeurkG voraussetzen, dass die Bezugsurkunde vor Beginn der Verhandlung über die Haupturkunde als verweisungsfähige Urkunde existieren muss (d. h. insbesondere von den Beteiligten und dem Notar unterschrieben ist), hätte eine „Schließung“ der Bezugsurkunde während der Verhandlung über die Haupturkunde zur Folge, dass der Notar einen **Verweis auf eine nicht verweisungsfähige Urkunde** beurkundet hätte. Im Fall eines Verweises auf eine nicht verweisungsfähige Urkunde kommt keine beurkundungsverfahrensrechtlich wirksame Verweisung zustande, sodass die **Verweisungsurkunde nicht Bestandteil der Niederschrift** wird (vgl. Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 13a Rn. 24).

Dies würde der Situation entsprechen, dass ein Teil einer notariellen Niederschrift entgegen § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG nicht verlesen wurde. Damit wäre **nach**

materiellem Recht zu beurteilen, ob das Rechtsgeschäft, wenn es formbedürftig ist, nur hinsichtlich des nicht wirksam beurkundeten Teils oder aber insgesamt formunwirksam ist. Insoweit gilt der Auslegungsgrundsatz des § 139 BGB, wonach die Teilnichtigkeit des Rechtsgeschäfts grundsätzlich die Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hat, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Zumindest in einem Teil der Fälle dürfte damit eine **Gesamtnichtigkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts** vorliegen (vgl. zu alledem Piegsa in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 7. Aufl. 2015, § 13 Rn. 17). Auch wenn im Einzelfall – bspw. nach Maßgabe des § 16 Abs. 4 S. 2 GmbHG bzw. des § 311b Abs. 1 S. 2 BGB – eine spätere **Heilung** des Formfehlers in Betracht käme, würde ein reuiger Beteiligter bis zum etwaigen Eintritt einer Heilung regelmäßig die Möglichkeit haben, sich unter Verweis auf die nicht ordnungsgemäße Verweisung auf die Formnichtigkeit des gesamten Vertrages zu berufen.

2. Wortlaut des § 13a BeurkG

Soweit § 13a Abs. 1 S. 1 BeurkG den Verweis auf eine andere notarielle Niederschrift davon abhängig macht, dass diese nach den Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen *errichtet worden ist*, trifft das **Gesetz keine Aussage über den konkreten Zeitpunkt**, bis zu dem dies der Fall sein muss. Die Verwendung des Perfekt erlaubt nicht ohne Weiteres den Schluss, dass die Bezugsurkunde bereits vor Beginn der Verhandlung über die Haupturkunde errichtet worden sein muss. Denn auch bei „Schließung“ der Bezugsurkunde bspw. unmittelbar vor Unterzeichnung der Haupturkunde liegt eine zeitliche Reihenfolge zwischen der Bezugs- und der Haupturkunde vor, die mit der Verwendung der Vergangenheitsform korrekt beschrieben wird.

Auch der Formulierung in § 13a Abs. 1 S. 3 BeurkG, wonach der Notar nur beurkunden soll, wenn den Beteiligten die andere Niederschrift zumindest in beglaubigter Abschrift *bei der Beurkundung* vorliegt, lässt sich nicht entnehmen, dass eine verweisungsfähige Bezugsurkunde bereits zu Beginn der Verhandlung existieren muss (in diese Richtung auch Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 13a Rn. 92). Der Wortlaut lässt nämlich offen, ob mit bei der Beurkundung „bei Beginn der Beurkundungsverhandlung“ oder „zu einem beliebigen Zeitpunkt während der Beurkundungsverhandlung“ gemeint ist.

Der Wortlaut des § 13a Abs. 3 S. 1 BeurkG führt ebenfalls zu keiner abschließenden Klärung der hier untersuchten Frage. Hiernach soll der Notar den Beteiligten vor der Verhandlung mitteilen, wenn die andere Niederschrift *rechtzeitig vor der Beurkundung* bei dem Notar oder einer anderen Stelle eingesehen werden kann. Die Vorschrift findet dann keine Anwendung, wenn eine rechtzeitige Einsichtnahme nicht möglich ist, d. h. den Beteiligten angemessene Zeit für die Durchsicht der Schriftstücke bleibt, ohne dass der Beurkundungstermin verschoben werden muss (vgl. Winkler, § 13a Rn. 105; Piegsa, a. a. O., § 13a Rn. 30). Dementsprechend kann der Vorschrift entnommen werden, dass ein **wirksamer Verweis** nach § 13a BeurkG auch dann **möglich** ist (und keine Verletzung einer Amtspflicht nach § 13a BeurkG darstellt), **wenn eine Einsichtnahme** rechtzeitig vor der Beurkundung **nicht möglich** ist. Für die hier

untersuchte Frage lässt sich aus dieser Erkenntnis jedoch nur wenig entnehmen. Denn sowohl in dem Fall, dass die Urkunde kurz (im Extremfall wenige Minuten) vor dem Beginn der Verhandlung über die Haupturkunde geschlossen wird, als auch bei „Schließung“ der Urkunde erst während der Verhandlung über die Haupturkunde, ist eine rechtzeitige Einsichtnahme vor der Verhandlung nicht möglich, ohne dass dies einer Verweisung nach § 13a BeurkG entgegensteht.

3. Stellungnahme

Der **Wortlaut** des § 13a BeurkG gibt somit keine abschließende Antwort auf die aufgeworfene Frage. Dieser Befund wird in der Literatur dahingehend interpretiert, dass sich im Gesetzeswortlaut **kein Anhaltspunkt** dafür finden lässt, dass eine Bezugsurkunde in verweisungsfähiger Form bereits **bei Beginn** der Verhandlung **vorliegen muss** (vgl. Winkler, a. a. O., § 13a Rn. 94). Wir halten diese Auffassung für zutreffend.

Nach § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG gelten Erklärungen in einem Schriftstück, auf das in der Niederschrift verwiesen und das dieser beigefügt wird, als in der Niederschrift selbst enthalten. § 13a BeurkG benennt die Kriterien, die für eine Verweisung auf eine notarielle Niederschrift erfüllt werden müssen und stellt im Verhältnis zu § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG zwei Ausnahmen auf: Zum einen kann auf das **Vorleseerfordernis** des § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG (bzw. auf die Vorlage zur Durchsicht), zum anderen auf das gemäß § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG erforderliche **Beifügen** verzichtet werden, wenn die hierfür jeweils vorgesehenen Anforderungen erfüllt sind (vgl. hierzu Piegsa a. a. O., § 13a Rn. 3).

§ 13a BeurkG wurde als Reaktion auf drei Entscheidungen des BGH vom 23.2.1979, 6.4.1979 und 27.4.1979 (NJW 1979, 1495, 1496 und 1498) in das BeurkG eingefügt. In diesen Entscheidungen hat der BGH die bis dahin übliche Verweisungspraxis für verfahrensfehlerhaft erklärt (BT-Drs. 8/3594, S. 2). Der Gesetzgeber (BT-Drs. 8/3594, S. 4) hat sich davon leiten lassen,

„daß eine Überspannung der Förmlichkeiten nicht nur die notarielle Praxis belasten würde, sondern sich vor allem auch für die Beteiligten nachteilig, insbesondere unangemessen zeitraubend, auswirken könnte.“

Der Grund für diese Verzichtsmöglichkeiten (und für deren Beschränkung auf bestimmte notarielle Niederschriften) liegt wohl darin, dass die Bezugsurkunde bereits nach den Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen zustande gekommen ist und damit **bereits bei Beurkundung der Bezugsurkunde die Verlesung** (bzw. Vorlage zur Durchsicht), soweit beurkundungsrechtlich erforderlich, **stattgefunden hat** und **der Inhalt notarieller Niederschriften** insbesondere vor dem Hintergrund der hundertjährigen Aufbewahrungspflicht der Urkunden (vgl. § 5 Abs. 4 S. 1 erster Spiegelstrich DONot) dauerhaft **„zugänglich“** ist. Beides ist unabhängig davon der Fall, ob die Bezugsurkunde vor Beginn oder erst während der Verhandlung über die Haupturkunde als verweisungsfähige Urkunde vorliegt.

Nach unserer Einschätzung lässt sich damit dem **Zweck** des § 13a BeurkG kein Anhaltspunkt dafür

entnehmen, dass eine Bezugsurkunde in verweisungsfähiger Form bereits bei Beginn der Verhandlung über die Haupturkunde vorliegen muss. Vielmehr reicht es für die Wirksamkeit des Verweises nach § 13a BeurkG aus, dass die Bezugsurkunde – so wie im vorliegenden Fall – unmittelbar vor der ersten Unterschrift unter der Haupturkunde in verweisungsfähiger Form vorliegt („geschlossen wird“). Hierfür spricht auch die Systematik des § 13a Abs. 1 BeurkG. Die Verweisung führt dazu, dass der Inhalt der **Bezugsurkunde Inhalt der Niederschrift** wird. So wie es möglich ist, im Laufe der Beurkundungsverhandlung den Text der Niederschrift zu ändern und zu ergänzen, muss es auch möglich sein, die Bezugsurkunde erst während der Beurkundungsverhandlung zum Gegenstand der Niederschrift zu machen.

Insoweit schließen wir uns den folgenden Ausführungen von *Winkler* (a. a. O. Rn. 96) im Ergebnis an:

„Entscheidend ist daher der Zeitpunkt, zu dem die Verweisungserklärung protokolliert wird. Dies ist, wie ausgeführt, der Fall, wenn die Verhandlung über die Haupturkunde abgeschlossen und die Urkunde gültig wird, also mit Unterschrift der Beteiligten und des Notars. Formell reicht es also aus, wenn die Bezugsurkunde eintrifft bzw. im Fall der Neuerstellung vom Notar unterzeichnet ist, bevor der [sic!] die Haupturkunde unterschreibt.“

Unberührt bleibt freilich die Amtspflicht des Notars nach § 17 Abs. 2a S. 1 BeurkG, das Beurkundungsverfahren so zu gestalten, dass die Einhaltung der Pflichten nach § 17 Abs. 1 und 2 BeurkG gewährleistet ist. Diese Pflicht steht jedoch mit der Formwirksamkeit in keinem Zusammenhang.

4. Ergebnis

Für den vorliegenden Fall ergibt sich u. E. Folgendes: Es ist nach § 13a BeurkG möglich, die Bezugsurkunde noch während des Verlesens des SPA offen zu halten und erst unmittelbar vor Unterzeichnung des SPA zu schließen.

GmbHG §§ 3 Abs. 2, 47, 55, 55a; AktG § 136 Abs. 2

Verpflichtung der GmbH-Gesellschafter zur Kapitalerhöhung nach Weisung von Beirat und Geschäftsführung; Stimm-bindungsvereinbarung als Satzungsbestandteil; Abgrenzung zum genehmigten Kapital

I. Sachverhalt

Eine GmbH möchte im Rahmen einer Satzungsänderung folgende Klausel in den Gesellschaftsvertrag aufnehmen:

„Die Gesellschafter sind verpflichtet, einen von der Geschäftsführung und dem Beirat vorgeschlagenen neuen Gesellschafter aufzunehmen und entsprechend das Stammkapital der Gesellschaft jeweils um 2.600,00 € zu erhöhen, den neuen Gesellschafter zur Übernahme des

neugeschaffenen Geschäftsanteils zuzulassen und diesem die gleichen Rechte einzuräumen wie den bisherigen Gesellschaftern. Das Stammkapital darf höchstens auf insgesamt 260.000,00 €, geteilt in 100 Anteile à 2.600,00 €, erhöht werden. Ein neuer Gesellschafter kann höchstens 10 Geschäftsanteile à 2.600,00 € halten.“

II. Fragen

1. Ist die Regelung zulässig, insbesondere vor dem Hintergrund, dass für Satzungsänderungen zwingend und ausschließlich die Gesellschafterversammlung zuständig ist?

2. Liegt eine unzulässige Stimmbindung vor (Verstoß gegen § 136 Abs. 2 AktG analog)?

III. Zur Rechtslage

1. Stimmbindung als körperschaftsrechtliche Pflicht

Die vorliegende Bestimmung hat u. E. eine **statutarische Stimmbindung der Gesellschafter** zum Gegenstand. Solche Stimmbindungen sind **grundsätzlich zulässig**, und zwar sowohl als schuldrechtliche Vereinbarung, d. h. als bloß formeller Satzungsbestandteil (GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürmbrand, 2. Aufl. 2014, § 47 Rn. 69), wie auch als körperschaftsrechtliche Pflicht und materieller Satzungsbestandteil (Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 47 Rn. 112; GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürmbrand, § 47 Rn. 69; MünchKommGmbHG/Drescher, 2. Aufl. 2016, § 47 Rn. 255; BeckOK-GmbHG/Schindler, Stand: 1.8.2017, § 47 Rn. 59; Römermann, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 47 Rn. 553; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 47 Rn. 38; Roth, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 47 Rn. 38a).

Die Verortung in der Satzung begründet noch keine Auslegungsregel dahingehend, dass im Zweifel eine körperschaftsrechtliche Bindung gewollt ist, insbesondere wenn sich nicht alle Gesellschafter binden (GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürmbrand, § 47 Rn. 70). Stimmbindungen gegenüber Dritten sind immer schuldrechtlich, da Dritte nach überwiegender Meinung aus der Satzung keine Rechte herleiten können (GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürmbrand, § 47 Rn. 70). Andererseits dürfte die Stimmbindung bei einer Beteiligung sämtlicher Gesellschafter jedenfalls „satzungsähnliche“ Wirkung haben (vgl. zur außerstatutarischen Vereinbarung BGH NJW 1983, 1910, 1911; NJW 1987, 1890, 1892; vgl. auch Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 38, 53; BeckOK-GmbHG/Schindler, § 47 Rn. 72; vgl. auch zu einer abfindungsbeschränkenden schuldrechtlichen Nebenabrede BGH DNotZ 2011, 135).

Die entscheidende **Wirkung einer körperschaftsrechtlichen Stimmbindung** besteht darin, dass ein Verstoß dagegen die **Stimmabgabe unwirksam** macht; die Stimme darf also bei der Stimmenzählung nicht berücksichtigt werden (BeckOK-GmbHG/Schindler, § 47 Rn. 59; Zöllner/Noack, § 47 Rn. 112). Freilich bestehen selbst körperschaftsrechtliche Stimmpflichten nur in den allgemeinen Schranken; insbesondere sind sie durch die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht begrenzt (Zöllner/Noack, § 47 Rn. 112).

Im vorliegenden Fall ist u. E. ein Sonderproblem zu beachten, das sich aus dem Gegenstand der Stimm-

bindung ergibt: Die Stimmbindung impliziert die Möglichkeit zum **Bezugsrechtsausschluss**, denn es geht nicht (zwingend) um die Zulassung der Altgesellschafter im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung. Soweit an der Satzungsänderung sämtliche Gesellschafter beteiligt sind, dürfte eine sachliche Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses nicht geboten sein (Hermanns, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, § 55 Rn. 48). Auf das Bezugsrecht kann im Gesellschaftsvertrag antizipiert verzichtet werden (MünchKommGmbHG/Lieder, § 55 Rn. 86).

Sind an der Satzungsänderung nicht sämtliche Gesellschafter beteiligt, so müsste dies die Stimmbindung u. E. dennoch nicht unzulässig machen. Es könnte dann aber bei der konkret vorgenommenen Kapitalerhöhung auf die sachliche Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses ankommen. Insofern stellt sich die Situation ähnlich wie bei bestimmten Konstellationen des **genehmigten Kapitals** dar (Direktausschluss des Bezugsrechts durch Satzungsänderung oder Ermächtigung der Geschäftsführung zum Bezugsrechtsausschluss durch Satzungsänderung, vgl. Herrler/Blath, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2017, § 6 Rn. 648). Ob man so weit gehen müsste, auch dort unter Umständen eine **abstrakte Rechtfertigung** des Ausschlusses bereits im Zeitpunkt der Satzungsänderung zu fordern, bleibt fraglich, denn immerhin handelt es sich nicht um eine endgültige Delegation des Bezugsrechtsausschlusses an die Geschäftsführung, sondern die konkrete Entscheidung darüber bleibt den Gesellschaftern überlassen (im Übrigen sind die Fragen rund um den Bezugsrechtsausschluss auch im Rahmen des genehmigten Kapitals noch nicht abschließend geklärt). Zumindest dürfte die Stimmbindung (soweit nicht durch allseitige Satzungsänderung eingeführt) keine Wirkung entfalten, wenn die materiellen Voraussetzungen des Bezugsrechtsausschlusses im Moment des Kapitalerhöhungsbeschlusses nicht vorliegen.

2. Analoge Anwendung von § 136 Abs. 2 AktG?

Kritisch sehen könnte man, dass sich die Gesellschafter durch die Stimmbindung letztlich der **Weisung der Geschäftsführung** unterwerfen: Die Stimmpflicht knüpft nämlich an den Vorschlag der Geschäftsführung hinsichtlich des aufzunehmenden Gesellschafters an.

Mit der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit eines genehmigten Kapitals ist das freilich nicht zu verwechseln: Beim genehmigten Kapital nach § 55a GmbHG werden die Geschäftsführer von der Gesellschafterversammlung ermächtigt, eine bestimmte Kapitalerhöhung durchzuführen. Die Ermächtigung mit ihren einzelnen Kompetenzen ist in diesem Fall gerade auf die Entscheidung der Gesellschafterversammlung zurückzuführen, die Gesellschafterversammlung begibt sich nicht grundsätzlich der Satzungsänderungskompetenz (vgl. zu dieser zwingenden Kompetenz MünchKommGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 55).

Über die vorliegend geplante Stimmbindung haben es aber letztlich die Geschäftsführer in der Hand, die Kapitalerhöhung in die Wege zu leiten. Vor dem Hintergrund des § 136 Abs. 2 AktG könnte dies bedenklich sein: Hiernach ist ein **Vertrag nichtig**, durch den sich ein **Aktionär verpflichtet, nach Weisung** der Gesellschaft, des Vorstands oder des Aufsichtsrats der Gesell-

schaft oder nach Weisung eines abhängigen Unternehmens **abzustimmen** (S. 1). Das gleiche gilt für einen Vertrag, durch den sich der Aktionär verpflichtet, für die jeweiligen Vorschläge des Vorstands oder Aktionärs zu stimmen (S. 2; laut Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 136 Rn. 27, hat die zweite Variante nur klarstellende Bedeutung, da die Verwaltung kaum etwas anderes als ihren eigenen Abstimmungsvorschlag zum Gegenstand der Weisung machen werde; vgl. auch MünchKommAktG/Schröer, 3. Aufl. 2013, § 136 Rn. 79).

Nach wohl überwiegender Meinung ist jedoch § 136 Abs. 2 AktG **auf die GmbH nicht analog anzuwenden**: Stimmbindungen gegenüber Geschäftsführern sollen also auch dann zulässig sein, wenn diese nicht Gesellschafter sind (OLG Köln NJW-RR 1989, 352, 353; BeckOK-GmbHG/Schindler, § 47 Rn. 67; MünchKommGmbHG/Drescher, § 47 Rn. 240; Römermann, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, § 47 Rn. 498; der Sache nach auch BGH, Urt. v. 7.2.1983 – II ZR 25/82, Tz. 8; a. A. Zöllner/Noack, § 47 Rn. 115; GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, § 47 Rn. 82 a. E.; gegen Dauerbindung gegenüber einem Fremdgeschäftsführer Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 41; Bedenken äußernd Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 Rn. 20). Zur Begründung verweist man auf die **personalistische Struktur der GmbH**; der Gesellschaftergeschäftsführer mit beherrschendem Einfluss sei eher die Regel als die Ausnahme (BeckOK-GmbHG/Schindler, § 47 Rn. 67). Auch die **Vertragsautonomie** wird angeführt (BeckOK-GmbHG/Schindler, § 47 Rn. 67).

Eine **Grenze** fänden solche Stimmbindungen erst dort, wo sie den **Kernbereich der Kompetenzstruktur** tangierten, z. B. bei uneingeschränkter Stimmbindung auch für sämtliche Gesellschafterweisungen gegenüber der Geschäftsführung. Andere sehen eine Begrenzung nur durch das Stimmverbot nach § 47 Abs. 4 GmbHG und die Treuepflicht (MünchKommGmbHG/Drescher, § 47 Rn. 240).

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.de>

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

BauGB §§ 24, 28

Reichweite der Mitteilungspflicht über den Inhalt des Kaufvertrags bei Bestehen eines gemeindlichen Vorkaufsrechts (Daten-DVD)

Abruf-Nr.: **135839**

ZPO § 727

Umschreibung der Vollstreckungsklausel bei Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch

a) Nach § 727 Abs. 1 ZPO ist die Rechtsnachfolge, wenn sie nicht offenkundig ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen. Dieser Nachweis ist geführt, wenn aufgrund der Beweiskraft der öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde mit dem Eintritt der nachzuweisenden Tatsache dem gewöhnlichen Geschehensablauf nach gerechnet werden kann.

b) Ergibt sich aus einem Grundbuchauszug, dass ein Insolvenzvermerk gelöscht ist, kann daraus der Schluss gezogen werden, dass das Grundstück nicht mehr dem Insolvenzbeschlagnahme unterliegt.

BGH, Beschl. v. 30.8.2017 – VII ZB 23/14

Problem

Antragstellerin G ist Inhaberin einer in Abt. III des Grundbuchs eingetragenen Grundschuld zulasten eines Grundstücks des Schuldners S. G will aus der Grundschuld die Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz des S betreiben. Über das Vermögen des S wurde das Insolvenzverfahren eröffnet und ein Insolvenzvermerk im Grundbuch eingetragen.

Auf Antrag der G erteilte Notar N dieser eine vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde gegen den Insolvenzverwalter. Im Dezember 2009 erfolgte die Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch.

Im Oktober 2013 beantragte G bei N die Umschreibung der vollstreckbaren Ausfertigung auf S, da das Grundstück vom Insolvenzverwalter aus der Beschlagnahme freigegeben worden sei. Dies ergebe sich aus der Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch.

Der Notar lehnte eine Umschreibung auf dieser Grundlage jedoch ab und verlangte als Nachweis der Freigabe eine öffentlich beglaubigte Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters sowie einen Nachweis der Zustellung der Freigabeerklärung an den Grundstückseigentümer in öffentlicher Form (Gerichtsvollzieherprotokoll).

Hiergegen wendete sich G im Wege der Beschwerde.

Entscheidung

Der BGH wies den Notar an, die Umschreibung der vollstreckbaren Ausfertigung nicht mit der Begründung abzulehnen, die Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch sei kein ausreichender Nachweis dafür, dass die Verfügungsmacht über das Grundstück wieder dem Eigentümer zustehe.

Die Annahme des Beschwerdegerichts, der Nachweis des Wechsels der Verfügungsbefugnis sei gem. § 727 Abs. 1 ZPO analog nicht durch die rein deklaratorische Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch erbracht, sah der BGH als rechtsfehlerhaft an.

Er bestätigte jedoch zunächst die **entsprechende Anwendbarkeit von § 727 ZPO** in diesen Fällen. Zwar sei der Schuldner bei der Freigabe eines Grundstücks durch den Insolvenzverwalter nicht dessen Rechtsnachfolger, dem Eigentümer stünde jedoch die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Grundstück gem. § 80 Abs. 1 InsO nun wieder zu. Dies mache ihn zum **alleinigen Adressaten einzuleitender Vollstreckungsmaßnahmen**. Daher sei auch eine Klauselumschreibung erforderlich.

Die Freigabe von Vermögensbestandteilen durch den Insolvenzverwalter erfolge durch empfangsbedürftige unwiderrufliche Erklärung gegenüber dem Schuldner. Der Nachweis der Freigabe könne im Klauselerteilungsverfahren aber nicht nur mit einer öffentlich beglaubigten Freigabeerklärung sowie eines Nachweises der Zustellung der Freigabeerklärung an den Schuldner in öffentlicher Form (Gerichtsvollzieherprotokoll) erfolgen.

Der BGH verweist diesbezüglich auf den Wortlaut des Gesetzes. Nach § 727 Abs. 1 ZPO ist die Rechtsnachfolge, wenn sie nicht offenkundig ist, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen. Dieser Nachweis ist nach allgemeiner Auffassung geführt, wenn aufgrund der Beweiskraft der öffentlichen oder öffentlichen beglaubigten Urkunde mit dem Eintritt der nachzuweisenden Tatsache dem gewöhnlichen Geschehensablauf nach gerechnet werden kann.

Der BGH geht daher davon aus, dass auch bei einer Freigabe von Vermögensgegenständen durch den Insolvenzverwalter **ausreichend** ist, **wenn aus** einer anderen öffentlichen Urkunde dem gewöhnlichen Geschehensablauf nach der Schluss gezogen werden kann, dass **das Grundstück vom Insolvenzbeschlagnahme freigegeben** ist. Dies sei der Fall, wenn aufgrund eines Grundbuchauszuges festgestellt werden könne, dass der Insolvenzvermerk gelöscht sei. Die Löschung des Insolvenzvermerks beruhe entweder auf einer Verfahrenserklärung des Insolvenzgerichts (§ 32 Abs. 3 S. 1 InsO, § 38 GBO) oder des Insolvenzverwalters (§ 32 Abs. 3 S. 2 InsO). Beantrage der Insolvenzverwalter die Löschung, so habe er entweder die aus einer Freigabeerklärung folgende Unrichtigkeit des Grundbuchs durch öffentliche Urkunden nachzuweisen (§§ 22, 29 Abs. 1 S. 2 GBO) oder eine Löschungsbewilligung in Form einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde abzugeben (§§ 19, 29 Abs. 1 S. 1 GBO). Aus der Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch könne daher geschlossen werden, dass das Grundstück nicht mehr dem Insolvenzbeschlagnahme unterliege.

Dem stehe auch nicht entgegen, dass der Insolvenzvermerk nicht unter den Gutgläubensschutz des § 891 BGB falle. **§ 891 BGB** diene dem Schutz des Rechtsverkehrs bei Grundstücksgeschäften nach § 873 BGB, **besage** aber **nichts über den Beweiswert** von Eintragungen im Grundbuch, die keine Grundstücksrechte betreffen, wie der **Insolvenzvermerk**.

Praxishinweis

Die lange umstrittene Frage, inwieweit durch die Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch die Freigabe eines Grundstücks offenkundig oder jedenfalls in öffentlicher Form nachgewiesen ist (vgl. hierzu auch Schreiner, RNotZ 2013, 161), hat der BGH nun eindeutig entschieden. Der Notar kann die Klauselum-

schreibung daher nicht mehr, wie bisher in der notariellen Literatur vertreten (bspw. Schreinert a .a. O), von der Vorlage einer öffentlich beglaubigten Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters und des Nachweises der Zustellung der Freigabeerklärung an den Schuldner in öffentlicher Form abhängig machen, wenn der Insolvenzvermerk im Grundbuch gelöscht worden ist.

EuErbVO Art. 1 Abs. 2 lit. k u. l, 31 Sachenrechtliche Wirkungen eines nach polnischem Erbrecht angeordneten Vindikationslegats hinsichtlich in Deutschland belegener Grundstücke

Art. 1 Abs. 2 Buchst. k und l sowie Art. 31 der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses sind dahin auszulegen, dass sie der Ablehnung der Anerkennung der dinglichen Wirkungen des Vindikationslegats, das dem von einem Erblasser gemäß Art. 22 Abs. 1 dieser Verordnung gewählten auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht bekannt ist, durch eine Behörde eines Mitgliedstaats entgegenstehen, wenn diese Ablehnung allein auf der Begründung beruht, dass dieses Vermächtnis das Eigentum an einer Immobilie betrifft, die in einem Mitgliedstaat belegen ist, dessen Rechtsordnung das Institut des Vermächtnisses mit unmittelbarer dinglicher Wirkung im Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls nicht kennt.

EuGH, Urt. v. 12.10.2017 – C-218/16

Problem

Art. 981-1 § 1 des polnischen Zivilgesetzbuchs bestimmt, dass der Erblasser in Form eines notariellen Testaments anordnen kann, dass eine bestimmte Person den Gegenstand des Vermächtnisses im Zeitpunkt des Erbfalls erwirbt (Vindikationslegat). Eine in Frankfurt/Oder lebende Erblasserin mit polnischer Staatsangehörigkeit suchte daraufhin einen polnischen Notar auf und ersuchte diesen um die Beurkundung eines Testaments, in dem die Erblasserin polnisches Erbrecht wählte und hinsichtlich der ihr gehörenden Miteigentumshälfte an einem in Frankfurt belegenen Grundstück ein Vindikationslegat zugunsten ihres Ehemannes aussetzt.

Der polnische Notar lehnte die Beurkundung unter Hinweis darauf ab, dass in Deutschland Vindikationslegat nach ausländischem Recht im Wege einer Anpassung gem. Art. 31 EuErbVO in Damnationslegat umgedeutet würden. Nach Beschwerde gegen die Ablehnung legte das Beschwerdegericht dem EuGH die Sache vor. Das vorliegende Gericht ist der Ansicht, dass sich nach Art. 23 Abs. 2 lit. b und e EuErbVO die dinglichen Wirkungen des Vindikationslegates aus dem Erbstatut ergäben. Es stelle sich aber die Frage, inwieweit das Belegenheitsrecht eine Einschränkung der dinglichen Wirkungen z. B. nach Art. 1 Abs. 2 lit. k EuErbVO vorsehen könne.

Entscheidung

Der EuGH führt zunächst aus, dass Art. 1 Abs. 2 lit. k EuErbVO die **Art der dinglichen Rechte** und die Eintragung von Rechten an beweglichen und unbeweglichen Vermögensgegenständen in einem Register vom Anwendungsbereich der EuErbVO ausnimmt. Insoweit sei der *numerus clausus* der dinglichen Rechte berührt. Allerdings betreffe der unmittelbare Übergang des Eigentums im Wege eines Vindikationslegates lediglich die im Erbfall maßgeblichen **Modalitäten des Übergangs**, mithin also nicht die Art der dinglichen Rechte.

Auch Art. 1 Abs. 2 lit. l EuErbVO, welcher die **Eintragung von Rechten** an beweglichen und unbeweglichen Vermögensgegenständen in einem **Register** vom Anwendungsbereich der EuErbVO ausnimmt, betreffe gem. Erwägungsgründen 18 und 19 EuErbVO lediglich die Voraussetzungen für die Eintragung des dinglichen Rechts und die Auswirkungen der Eintragung auf den Rechtsverkehr, nicht aber die Voraussetzungen, unter denen solche Rechte erworben werden. Art. 31 EuErbVO fordere ebenfalls **keine Anpassung**, weil das deutsche Recht das dingliche Recht, das geltend gemacht werde (Eigentum am Grundstück) kenne und im vorliegenden Fall lediglich die Modalitäten des Erwerbs betroffen seien. Art. 31 EuErbVO enthalte aber einen **Vorbehalt nur für den Inhalt** der dinglichen Rechte, **nicht** aber die **Modalitäten des Übergangs** dieser Rechte.

Im Ergebnis entschied der EuGH daher, dass ein nach ausländischem Erbstatut angeordnetes Vindikationslegat auch hinsichtlich in Deutschland belegener Grundstücke in der Weise anzuerkennen ist, dass das Eigentum an diesen Gegenständen unmittelbar mit dem Erbfall auf den Vermächtnisnehmer übergeht.

Praxishinweis

Offen bleibt insoweit freilich, wie die Umsetzung nach ausländischem Recht angeordneter Vindikationslagate in Deutschland erfolgen kann. Grundsätzlich käme insoweit gem. § 35 GBO die Vorlage eines im Ausland oder Inland beurkundeten Testaments bzw. eines Europäischen Nachlasszeugnisses in Betracht. Probleme ergeben sich allerdings dann, wenn das vom Vindikationslegat betroffene Grundstück in diesen Dokumenten nicht in grundbuchtauglicher Weise bezeichnet ist.