

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

EGGmbHG § 1 Abs. 1 S. 3, Abs. 3 S. 1 u. 2; GmbHG §§ 86 a. F., 55, 5 Abs. 2 S. 1 – Rein rechnerische Euroumstellung; Glättung als Voraussetzung für Kapitalmaßnahme; Registersperre; Glättungswege; Kapitalschnitt

WEG §§ 5 Abs. 1, 10 Abs. 2 S. 2, 13 Abs. 2 – Hilfsweise Begründung von Sondernutzungsrechten in der Gemeinschaftsordnung für den Fall der fehlenden Sondereigentumsfähigkeit eines Gebäudeteils

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

GmbHG §§ 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 lit. e, 8 Abs. 3 S. 1, 39 Abs. 3 S. 1; StGB §§ 265c, 265d, 265e – Geschäftsführerversicherung bzgl. fehlender Verurteilungen; neue Straftatbestände zur Manipulation von Sportwettbewerben

GG Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 3 Abs. 1, 6 Abs. 1, 2; BGB § 1592 Nr. 1 – Abstammung des Kindes einer Mutter, die im Zeitpunkt der Geburt in einer gleichgeschlechtlichen Ehe lebt; Mitmutterchaft

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**EGGmbHG § 1 Abs. 1 S. 3, Abs. 3 S. 1 u. 2; GmbHG §§ 86 a. F., 55, 5 Abs. 2 S. 1
Rein rechnerische Euroumstellung; Glättung als Voraussetzung für Kapitalmaßnahme; Registersperre; Glättungswege; Kapitalschnitt**

I. Sachverhalt

Die in Rede stehende GmbH war durch Umwandlung einer ehemaligen LPG noch mit Stammkapital i. H. v. 295.200 DM entstanden. Sie hat ca. 70 Gesellschafter, teilweise durch Nachlasspfleger vertreten, teilweise im Ausland wohnhaft. Das Stammkapital der Gesellschaft ist lediglich rechnerisch gem. § 86 Abs. 1 S. 3 GmbHG a. F. auf 150.933,36 EUR umgestellt worden. Das Stammkapital der Gesellschaft wurde entsprechend im Register eingetragen und die Gesellschafterliste mit auf

krumme Eurobeträge umgerechneten Nennbeträgen ist im elektronischen Register aufgenommen worden.

Zur kurzfristigen Liquiditätsverbesserung der Gesellschaft soll ein weiterer Geschäftsanteil in Höhe von 151.000 EUR gebildet und an einen neuen Gesellschafter ausgegeben werden. Dieser hat hierfür eine Bareinlage in Höhe des Nominalbetrages zu leisten, ein Agio ist nicht vorgesehen, die bestehenden Verlustvorträge sollen durch diese Maßnahmen unberührt bleiben.

Es ist davon auszugehen, dass nicht alle Gesellschafter bereit sind mitzuwirken, Einzahlungen auf Aufstockungsbeträge zur Glättung zu leisten oder Übernahmeerklärungen abzugeben. Eine Aufstockung aus Gesellschaftsmitteln ist nach der letzten Jahresschlussbilanz nicht möglich, die Voraussetzungen für eine vereinfachte Kapitalherabsetzung gem. § 58a GmbHG, in deren Rahmen eine Glättung der Anteile erfolgen könnte, sind nach Angaben der Steuerberaterin nicht gegeben, da das Anlagevermögen die Verlustvorträge weit übersteigt.

II. Fragen

1. Besteht eine zwingende Verpflichtung zur Glättung des Stammkapitals der GmbH bei Kapitalmaßnahmen (Erhöhung)?

2. Sofern eine Verpflichtung zur Anpassung (Glättung) bei Kapitalerhöhung gem. Frage 1 bestehen sollte, ab wann (ggf. zu unterscheiden für Stammkapital und Geschäftsanteile) besteht diese und begründet dies die Verpflichtung zur sofortigen anlasslosen Anpassung durch aktives Tun oder werden die aktuellen Vorschriften erst beachtlich, wenn über den betreffenden Anteil verfügt wird?

III. Zur Rechtslage

1. Nur in Euro umgerechnete Nennbeträge

Die Gesellschafter einer GmbH mit DM-Stammkapital haben grundsätzlich die **Wahl**, ob sie ihr Stammkapital unverändert belassen, ob sie es auf Euro nur umrechnen oder ob sie es umstellen und glätten. Vorliegend haben sich die Gesellschafter zunächst mit einer bloßen Umrechnung von DM in Euro (mit dem Faktor 1,95583) begnügt (§ 1 Abs. 3 S. 1 u. 2 EGGmbHG bzw. § 86 Abs. 3 S. 1 u. 2 GmbHG a. F.). Leider differenziert das Gesetz bei der Verwendung der Termini „**umrechnen**“ und „**umstellen**“ nicht genau und verwendet auch für die Umrechnung zum Teil den Terminus „umstellen“ (s. § 1 Abs. 1 S. 3 Hs. 1, Abs. 3 S. 1 u. 2 EGGmbHG). Die bloß rechnerisch umgestellte GmbH ist systematisch betrachtet **noch eine DM-Altgesellschaft** (§ 1 Abs. 1 S. 3 EGGmbHG; Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 12 Rn. 18), denn letztlich zählen noch die hinter den krummen Eurobeträgen stehenden glatten DM-Beträge. Auch für Zuschritt und Teilung der Nennbeträge gelten die DM-bezogenen Regeln fort (Herrler/Blath, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2017, § 6 Rn. 937). Zwar genießen die rein rechnerisch umgestellten Eurogesellschaften ebenso ohne konkrete zeitliche Grenze Bestandsschutz wie die nicht umgestellten DM-Gesellschaften. § 1 Abs. 1 S. 4 EGGmbHG normiert aber für alle Altgesellschaften eine **Registersperre**: Eine **Kapitalmaßnahme** ist bei solchen Gesellschaften **nur in Verbindung mit einer materiellen Euroumstellung** zusammen mit einer **Glättung der Nennbeträge** möglich. Kapitalmaßnahme ist jede Veränderung der Stammkapitalziffer (Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung); nicht darunter fallen demgegenüber Teilungen, Abtretungen und Einziehungen von Geschäftsanteilen sowie die nominelle Aufstockung der verbliebenen Geschäftsanteile nach einer Einziehung zur Wahrung der Konvergenz i. S. d. § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG (Heidinger, Kap. 12 Rn. 7; Herrler/Blath, § 6 Rn. 926).

2. Glättung der Nennbeträge und des Stammkapitals im Zuge einer Kapitalmaßnahme

Umstellung heißt im Kontext des § 1 Abs. 1 S. 4 EGGmbHG nicht nur rechnerische Umstellung, sondern zwingend auch **Glättung** (Scholz/U. H. Schneider, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 1 EGGmbHG Rn. 14; Heidinger, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 1 EGGmbHG Rn. 20; vgl. auch ders., in: Heckschen/Heidinger, Kap. 12 Rn. 7, 20; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 5 Rn. 60; MünchKommGmbHG/Lieder, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 189; Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl. 2018, § 1 EGGmbHG Rn. 10). Die reine Umrechnung bewirkt noch keine materielle Veränderung, ist also keine Umstellung im eigentlichen Sinne: Wie oben ausgeführt wird die GmbH lediglich optisch zur Eurogesellschaft, bleibt systematisch aber eine DM-Altgesellschaft. Insb. gebieten aber Sinn und Zweck der Registersperre vor oder gleichzeitig mit einer Kapitalmaßnahme, die neue Nennbeträge schafft, eine Glättung. Wäre nämlich keine Glättung erforderlich, so führte eine Kapitalerhöhung mit glatten Eurobeträgen dazu, dass entweder die alten Anteile zu krummen Euroanteilen aufgestockt würden (Variante der Kapitalerhöhung durch Aufstockung) oder dass – bei materieller Betrachtung – in der GmbH DM-Anteile und Euroanteile nebeneinander existierten (Variante der Kapitalerhöhung durch Neuausgabe von Geschäftsanteilen). So oder so würde durch die Kapitalmaßnahme das **krumme Eurostammkapital verstetigt** und der Verstoß gegen § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG permanent (vgl. Heidinger, § 1 EGGmbHG Rn. 20; ders., in: Heckschen/Heidinger, Kap. 13 Rn. 20). Daher müssen bei einer Altgesellschaft vor oder mit der Durchführung einer Kapitalmaßnahme immer alle Geschäftsanteile geglättet werden.

3. Glättung durch Kapitalerhöhung gegen Einlagen

Die Glättung ist Voraussetzung auch für die hier gewünschte Kapitalerhöhung. Der Anteil kann also an den Neugesellschafter nur wie geplant ausgegeben werden, wenn spätestens gleichzeitig sämtliche Anteile der Altgesellschaft geglättet werden. Denkbar ist etwa eine Barkapitalerhöhung, mit der die bestehenden Anteile auf den nächsten glatten Eurobetrag erhöht werden, zugleich aber der neue glatte Anteil an den Übernehmer ausgegeben wird. Dabei müssten **alle Gesellschafter mitwirken**, denn sämtliche bestehenden Anteile müssten geglättet werden (Herrler/Blath, § 6 Rn. 942). Die Aufstockung um einen krummen Eurobetrag und die Kapitalerhöhung um einen krummen Gesamtbetrag ist ausnahmsweise für Zwecke der Euroumstellung zulässig (Heidinger, Kap. 12 Rn. 40-43). Im Übrigen sind die allgemeinen Voraussetzungen für eine Kapitalerhö-

hung mit Bareinlagen zu erfüllen. Dazu zählt u. a. auch die Übernehmererklärung aller beteiligten Gesellschafter.

Ob die (Alt-)Gesellschafter zur Mitwirkung an einer glättenden ordentlichen Kapitalerhöhung aus der **gesellschaftlichen Treuepflicht** verpflichtet sind, ist nicht abschließend geklärt. Nach teilweise vertretener Ansicht ist die Frage im Einzelfall zu bejahen, wenn über die Glättung hinaus eine **Kapitalerhöhung aus wirtschaftlichen Gründen erforderlich** ist und wenn die Gesellschafter nicht zur Übernahme zusätzlicher Einlagen gezwungen sind (Michalski/Zeidler, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 1 EGGmbHG Rn. 31; anders jetzt Heidinger, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, § 1 EGGmbHG Rn. 31; vgl. auch Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 12. Aufl. 2016, § 1 EGGmbHG Rn. 15). Das hauptsächlich vorgebrachte Argument, dass ansonsten ohne Mitwirkung aller eine Euroumstellung nicht möglich wäre, ist aber nicht korrekt (vgl. sogleich unter 4.). Ohne dass jeder Gesellschafter zumindest den Glättungsbetrag übernimmt, scheidet aber nach allgemeinen Grundsätzen eine Glättung aus.

4. Kapitalschnitt

Denkbar ist auch ein sog. Kapitalschnitt gem. § 1 Abs. 3 S. 3 Hs. 2 EGGmbHG. Daher ist dies u. E. im vorliegenden Fall der günstigste Weg: Die Gesellschafter können dabei die Nennbeträge ihrer Geschäftsanteile durch satzungsändernden Beschluss mit $\frac{3}{4}$ Mehrheit ohne Mitwirkung aller Gesellschafter auf den **nächstniedrigen glatten Eurobetrag herabsetzen** (privilegierte, auch erleichterte genannte Kapitalherabsetzung, bei der das Sperrjahr nicht eingehalten werden muss). Allerdings muss die Herabsetzung **zugleich mit einer Kapitalerhöhung verbunden** werden, bei der hier z. B. der neue Übernehmer der GmbH beitrifft. Diese Kapitalerhöhung muss die vormalige Stammkapitalziffer mindestens wieder erreichen (Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 1 EGGmbHG Rn. 22) und die Einlagen müssen vor der Handelsregisteranmeldung voll geleistet werden. Der Vorteil liegt darin, dass die **Altgesellschafter keinerlei neue Anteile** übernehmen müssen. Eine geringfügige Kürzung ihrer Nennbeträge im Rahmen der Kapitalherabsetzung kann auch ohne Zustimmung der Betroffenen durchgeführt werden, solange diese nicht überproportional herabgesetzt werden.

Insoweit erweist sich der Kapitalschnitt nach § 1 Abs. 3 S. 3 HS. 2 EGGmbHG als vorteilhaft. Die Altgesellschafter haben ggf. auch gegen ihren Willen lediglich eine geringfügige Kürzung ihrer Anteile zu akzeptieren, nicht aber neue Einlagen zu übernehmen (vgl. Herrler/Blath, § 6 Rn. 956).

WEG §§ 5 Abs. 1, 10 Abs. 2 S. 2, 13 Abs. 2 Hilfweise Begründung von Sondernutzungs- rechten in der Gemeinschaftsordnung für den Fall der fehlenden Sondereigentumsfähigkeit eines Gebäudeteils

I. Sachverhalt

Ein Grundstück wird in Wohnungseigentum aufgeteilt. Dazu wird auf ein Muster (Kersten/Bühling/Langhein, Formularbuch, 25. Aufl. 2016, § 58 Rn. 52 M) zurückgegriffen:

„3. Sondereigentum sind insbesondere:

a) der Fußbodenbelag einschließlich Estrich und der Deckenputz der im Sondereigentum stehenden Räume,

[...]

Sofern die vorstehend aufgeführten Einrichtungen und Bestandteile nicht sondereigentumsfähig sein sollten, wird hiermit dem jeweiligen Eigentümer das alleinige Sondernutzungsrecht zugeordnet.“

Das Grundbuchamt stört sich an dem letzten Satz: Dieser sei sachenrechtlich nicht bestimmt genug. Es bleibe dem Grundbuchamt überlassen, zu beurteilen, was Sondereigentum und was Sondernutzungsrecht werde.

II. Frage

Sind die Bedenken des Grundbuchamts berechtigt?

III. Zur Rechtslage

1. Sondereigentum und zwingendes Gemeinschaftseigentum

Was Inhalt des Sondereigentums sein kann, ergibt sich aus § 5 Abs. 1 WEG. Sondereigentum entsteht an **Räumen**, wenn diese durch rechtsgeschäftliche Teilungserklärung zu Sondereigentum bestimmt wurden. Zum Sondereigentum gehören nach § 5 Abs. 1 WEG die Bestandteile der zum Sondereigentum bestimmten Räume, sofern diese nicht zum Gemeinschaftseigentum bestimmt wurden (§ 5 Abs. 3 WEG).

Nicht sondereigentumsfähig sind demgegenüber die **Bestandteile des Gemeinschaftseigentums**. Zum Gemeinschaftseigentum zählen zunächst die Bestandteile der im Gemeinschaftseigentum stehenden Räume. Bestandteile der zum Sondereigentum bestimmten Räume sind ebenfalls Gemeinschaftseigentum, sofern sie für die **äußere Gestaltung** des Gebäudes relevant sind oder wenn sie nicht verändert werden können, ohne dass das Gemeinschaftseigentum oder anderes Sondereigentum über das nach **§ 14 WEG zulässige Maß be-**

einträchtig wird (§ 5 Abs. 1 WEG). Zwingend im Gemeinschaftseigentum stehen auch solche Gebäudeteile, Anlagen und Einrichtungen, die dem **gemeinschaftlichen Gebrauch** der Wohnungseigentümer dienen (§ 5 Abs. 2 WEG).

Soweit das Gesetz die Bestandteile der Räume und des Gebäudes zum Gemeinschaftseigentum bestimmt, gilt der **sachenrechtliche Typenzwang**. Die Bestandteile sind zwingend dem gemeinschaftlichen Eigentum zugeordnet (BGH NJW 2013, 1154; Bärmann/Armbrüster, WEG, 14. Aufl. 2018, § 5 Rn. 19; Brandt/Hansen, WuM 2016, 647, 648; Hügel/Elzer, WEG, 2. Aufl. 2018, § 5 Rn. 10; Lehmann-Richter, ZWE 2013, 69, 70; Würzburger Notarhandbuch/Weber, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 4 Rn. 14). Es ist nicht möglich, das Gemeinschaftseigentum in der Teilungserklärung zum Sondereigentum zu machen. Eine entgegengesetzte Bestimmung ist **nichtig**.

2. Kataloge in Teilungserklärungen

Auch wenn es rechtlich nicht möglich ist, Bestandteile des Gemeinschaftseigentums zum Sondereigentum zu erklären, sehen viele Muster entsprechende **Kataloge zur Abgrenzung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum** vor (neben dem vorgenannten auch Langhein/Naumann, Notarformulare Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. 2018, § 3 Rn. 1 unter § 3; Würzburger Notarhandbuch/Weber, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 4 Rn. 4 unter III.). Diese Kataloge haben jedoch **nur deklaratorische Bedeutung**. Sie sollen den Beteiligten vor Augen führen, welche Teile des Gebäudes in den Bereich ihres Sondereigentums fallen. Vor allem soll mit einer entsprechenden Bestimmung die finanzielle Verantwortung für die entsprechenden Gebäudeteile geregelt werden (vgl. Brandt/Hansen, WuM 2016, 647, 648; Hügel/Elzer, § 5 Rn. 10a).

3. Umdeutung unwirksamer Bestimmung zum Sondereigentum

Hat der aufteilende Eigentümer in der Teilungserklärung einen Gegenstand zum Sondereigentum bestimmt, obwohl dieser kraft Gesetzes Gemeinschaftseigentum ist, geht die Erklärung ins Leere. Nach Auffassung der Rechtsprechung lässt sich die Bestimmung gem. § 140 BGB in ein **Sondernutzungsrecht umdeuten**, wenn dies dem Willen der Wohnungseigentümer entspricht (vgl. KG NZM 1999, 258, 259; OLG Hamm OLGZ 1983, 1, 5; OLG Köln MittRhNotK 1996, 61; LG Regensburg MittBayNot 1990, 43; aus der Lit. etwa Brandt/Hansen, WuM 2016, 647, 649 ff.; Schmitz, MittBayNot 2012, 180, 182; Hügel/Elzer, § 5 Rn. 10a; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2917; Schneider, in: Harz/Riecke/Schmid, Handbuch des

Fachwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 5. Aufl. 2015, Kap. 18 Rn. 94; für Umdeutung in Instandhaltungsregelung OLG Karlsruhe ZWE 2011, 38, 39; krit. Bonifacio, MietRB 2010, 91 ff.). Eine Umdeutung ist allenfalls dann problematisch, wenn sie dazu führt, dass das nach § 5 Abs. 2 WEG bestehende **Gebrauchsrecht der anderen Wohnungseigentümer ausgeschlossen** wird (vgl. BayObLG MDR 1981, 145). Grundsätzlich lässt es aber auch § 5 Abs. 2 WEG zu, dass an Flächen im zwingenden Gemeinschaftseigentum ein Sondernutzungsrecht besteht (OLG Frankfurt NJW-RR 1987, 1163; BayObLG DNotZ 2004, 386, 388; KG NJW-RR 1990, 333; Hügel/Elzer, § 5 Rn. 29; Riecke/Schmid/Schneider, WEG, 4. Aufl. 2015, Rn. 83). Etwas anderes gilt jedoch, wenn das Sondernutzungsrecht das durch § 5 Abs. 2 WEG geschützte Mitgebrauchsrecht der anderen Wohnungseigentümer ausschließt (Bärmann/Armbrüster, § 5 Rn. 29).

4. Hilfsweise Begründung von Sondernutzungsrechten

Da die Abgrenzung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum im Einzelfall mit Unwägbarkeiten verbunden sein kann, raten Teile der Literatur dazu, in der Teilungserklärung **hilfsweise ein Sondernutzungsrecht** an den zum Sondereigentum bestimmten Gebäudeteilen für den Fall zu begründen, dass diese nicht sonder-eigentumsfähig sind (BeckOGK-BGB/Schultzky, Std.: 1.7.2018, § 5 WEG Rn. 40.1; Langhein/Naumann, § 3 Rn. 12; Kersten/Bühling/Langhein, § 58 Rn. 52M; Würzburger Notarhandbuch/Weber, Teil 2 Kap. 4 Rn. 19). Das schafft für die Beteiligten Rechtssicherheit.

Rechtsprechung, die sich mit der Zulässigkeit einer entsprechenden Klausel ausdrücklich befasst hätte, ist nicht ersichtlich. Allerdings hat die Rechtsprechung bislang eine Umdeutung der Bestimmung in ein Sondernutzungsrecht für möglich gehalten (vgl. oben). Wenn die Rechtsprechung unter diesen Voraussetzungen die Umdeutung für möglich hält, dann müsste sie es **erst recht** für zulässig halten, die Umdeutung ausdrücklich in der Teilungserklärung zu regeln.

Fraglich ist, ob sich die Klausel mit dem **sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz** vereinbaren lässt. Der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz gilt sowohl für die Begründung von Sondereigentum (BGH NJW 2004, 1798, 1800), als auch für die Begründung von Sondernutzungsrechten (BGH NJW 2012, 676, 677; NJW-RR 2012, 711; Hogenschurz, ZfIR 2014, 717, 721). Es muss sich mit der erforderlichen Klarheit aus der Teilungserklärung und der Gemeinschaftsordnung ergeben, was Gegenstand des Sondereigentums und des Gemeinschaftseigentums ist und auf welchen Bereich

sich die Sondernutzungsrechte erstrecken. Ein **außenstehender Dritter** muss zweifelsfrei erkennen können, an welchen Teilen des Sondereigentums Sondernutzungsrechte begründet werden.

Die einzelnen Bestandteile des vorliegenden Katalogs, aus dem sich der Umfang des Sondereigentums und der hilfsweisen Sondernutzungsrechte ergibt, sind klar definiert und dürften keinen Zweifel über die von ihm erfassten einzelnen Gebäudeteile aufkommen lassen. Auf den Inhalt des Katalogs beziehen sich auch die Bedenken des Grundbuchamts nicht.

Die hilfsweise Begründung der Sondernutzungsrechte könnte lediglich dann nicht hinreichend bestimmt genug sein, wenn für einen außenstehenden Dritten und das Grundbuchamt unklar bliebe, ob an den genannten Bestandteilen Sondereigentum oder Sondernutzungsrechte bestehen. Allerdings bringt die Formulierung der Klausel eine **klare Rangfolge** zum Ausdruck. Das Sondernutzungsrecht besteht nur für den Fall, dass der Gebäudeteil nicht zum Sondereigentum gehört. Es lässt sich also nicht argumentieren, dass es dem Grundbuchamt überlassen bleibt, ob Sondereigentum oder Sondernutzungsrechte bestehen. Vielmehr soll das Sondernutzungsrecht nur nachrangig begründet werden.

Gegen die hilfsweise Begründung des Sondernutzungsrechts könnte man nur dann Bedenken haben, wenn die zur Entstehung des Sondernutzungsrechts führende **Bedingung** ihrerseits nicht sachenrechtlich bestimmt genug wäre (vgl. BGH NJW-RR 2012, 711). Im vorliegenden Fall ist zu berücksichtigen, dass die Überprüfung des Bedingungseintritts nicht von einem außerhalb der Urkunde liegenden Sachverhalt, sondern von der Auslegung des Gesetzes abhängt. Es handelt sich somit um eine reine **Rechtsbedingung**: Das Sondernutzungsrecht besteht unter der Bedingung, dass der Gegenstand nicht nach § 5 WEG sondereigentumsfähig ist. Ob die Rechtsbedingung besteht oder nicht, hängt somit nicht von einem unbestimmten Ereignis, sondern nur von der Rechtslage ab. Wird ein Recht unter einer Rechtsbedingung bestellt, verstößt dies nicht gegen den sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz (vgl. BayObLG NJW-RR 1998, 85; OLG Frankfurt OLGZ 1993, 385, 386; OLG München MittBayNot 2017, 583). Vielmehr lässt sich aus dem Gesetz selbst heraus klären, ob die Bedingung eingetreten ist oder nicht.

5. Fazit

Wir halten die Klausel daher für hinreichend bestimmt und können uns den Bedenken des Grundbuchamts nicht anschließen.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende 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.

**Erbbaurecht §§ 5, 6, 15; BGB § 899a; GBO § 29
Zustimmung zur Veräußerung eines Erbbaurechts durch Eigentümer-GbR
Abruf-Nr.: 164904**

**BGB §§ 45, 47, 54; UmwG § 3; AO §§ 51 Abs. 1 S. 2, 55 Abs. 1 Nr. 4, 58 Nr. 2, 60, 61
Fusion nicht rechtsfähiger und eingetragener Vereine; Vermögensübertragung außerhalb des Umwandlungsgesetzes; vereinsrechtliche Verschmelzung; Schenkung von Vereinsvermögen an neu gegründeten gemeinnützigen Verein; Anfallberechtigung nach Liquidation gemeinnütziger Vereine
Abruf-Nr.: 163732**

Rechtsprechung

**GmbHG §§ 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 lit. e, 8 Abs. 3 S. 1, 39 Abs. 3 S. 1; StGB §§ 265c, 265d, 265e
Geschäftsführerversicherung bzgl. fehlender Verurteilungen; neue Straftatbestände zur Manipulation von Sportwettbewerben**

Bei der Anmeldung einer Änderung in der Person des Geschäftsführers nach § 39 GmbHG zum Handelsregister muss sich die Versicherung des Geschäftsführers nach § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3e GmbHG nicht auf die seit dem Inkrafttreten des 51. Strafrechtsänderungsgesetzes (BGBl. I 2017, 815) geltenden Straftatbestände der §§ 265c bis 265d StGB erstrecken (Abweichung von OLG Oldenburg, Beschluss vom 08.01.2018, 12 W 126/17, FGPrax 2018, 21 f.).

OLG Hamm, Beschl. v. 27.9.2018 – 27 W 93/18

Problem

Nach § 8 Abs. 3 S. 1 GmbHG haben die Geschäftsführer bei der Erstanmeldung der Gesellschaft zu versichern, dass keine Umstände vorliegen, die ihrer Bestellung nach § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 u. 3 sowie § 6 Abs. 2 S. 3 GmbHG

entgegenstehen; für Folgeanmeldungen gilt Entsprechendes gem. § 39 Abs. 3 S. 1 GmbHG. Geschäftsführer kann gem. § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 lit. e GmbHG nicht derjenige sein, der nach den „§§ 263 bis 264a“ StGB oder den „§§ 265b bis 266a“ StGB zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist. Die Versicherung ist strafbewehrt: Wer als Geschäftsführer in der Versicherung nach § 8 Abs. 3 S. 1 GmbHG falsche Angaben macht, kann sich gem. § 82 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG strafbar machen.

Nach Einführung der §§ 265c, 265d und 265e StGB ist fraglich, ob sich die Versicherung des Geschäftsführers auch auf diese Straftatbestände beziehen muss. Dafür spricht zunächst, dass sich § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 lit. e GmbHG auf die Straftatbestände der §§ 265b bis 266a StGB insgesamt bezieht und damit seinem Wortlaut nach auch die neuen Vorschriften umfasst (vgl. bereits Gutachten DNotI-Report 2017, 73). Als § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 lit. e GmbHG mit dem MoMiG vom 13.10.2008 (BGBl. 2008 I, S. 2026) geschaffen wurde, existierten die Straftatbestände der §§ 265c bis 265e StGB freilich noch nicht.

Das OLG Oldenburg hat entschieden, dass sich die Versicherung des Geschäftsführers einer GmbH nunmehr auch auf die neuen Straftatbestände des §§ 265c bis 265d StGB erstrecken müsse (OLG Oldenburg FGPrax 2018, 21; vgl. hierzu Knaier/Pfleger, Rpfleger 2018, 357, 359 ff.; Knaier, DNotZ 2018, 540, 542 ff.). Im Fall des OLG Hamm war das Registergericht dieser Auffassung gefolgt und beanstandete die Anmeldung. Denn die Versicherung erfasste im Einzelnen nur die bisherigen Straftatbestände, nicht aber die neuen §§ 265c bis 265e StGB.

Entscheidung

Das OLG Hamm folgt der Auffassung des OLG Oldenburg nicht und hält es nicht für erforderlich, dass die Geschäftsführerversicherung die §§ 265c bis 265e StGB erfasst.

Zwar erfasse der **Wortlaut** von § 6 Abs. 2 Nr. 3 lit. e GmbHG bei isolierter Betrachtung unzweifelhaft auch die vorgenannten Vorschriften des Sportwettbetruges. Berücksichtige man aber die **Entstehungsgeschichte** der Norm im Gesetzgebungsverfahren des MoMiG, so ergebe sich, dass die Verweisung in Nr. 3 lit. e statisch war, d. h. nur die zum 1.11.2008 von der Umschreibung „§§ 263 bis 264a“ und „§§ 265b bis 266a“ StGB umfassten Tatbestände erfassen sollte. Im Verlaufe des damaligen Gesetzgebungsverfahrens sei eine (gegenüber dem ursprünglichen Regierungsentwurf weitere) bewusste Einschränkung vorgenommen und seien nur bestimmte

Straftatbestände ausgewählt worden, die unter der weiteren Voraussetzung der Verurteilung zu einer Freistrafe von mindestens einem Jahr zur Inhabilität führen konnten.

Da der Normgeber in der Ausgangsnorm somit nicht auch die künftige Entwicklung der Bezugsnorm im Blick gehabt habe, sei nicht von einer dynamischen, sondern von **einer statischen Verweisung** auszugehen, auch wenn diese hinsichtlich der Formulierung nicht den Empfehlungen im Handbuch der Rechtsförmlichkeiten entspreche. Mit der Sammelbezeichnung („bis“) wurden lediglich die einzelnen genannten Paragraphen aus redaktionellen Gründen zusammengefasst. Das Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) gebiete es, in Zweifelsfällen keine dynamische Verweisung anzunehmen und damit die Rechtsunsicherheit auf Seiten des Normanwenders zu vermeiden.

GG Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 3 Abs. 1, 6 Abs. 1, 2; BGB § 1592 Nr. 1

Abstammung des Kindes einer Mutter, die im Zeitpunkt der Geburt in einer gleichgeschlechtlichen Ehe lebt; Mitmutterschaft

a) Die Ehefrau der ein Kind gebärenden Frau wird weder in direkter noch in entsprechender Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB Mit-Elternteil des Kindes.

b) Die darin liegende unterschiedliche Behandlung von verschieden- und gleichgeschlechtlichen Ehepaaren trifft nicht auf verfassungs- oder konventionsrechtliche Bedenken.

BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18

Problem

Nach § 1592 Nr. 1 BGB ist Vater eines Kindes der Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist. Nach der Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts durch das Gesetz vom 28.7.2017 (BGBl. I, S. 2787) stellt sich die Frage, ob § 1592 Nr. 1 BGB entsprechend auf die Ehefrau der Kindesmutter angewendet und diese als „Mitmutter“ bzw. zweite Mutter angesehen werden kann (vgl. hierzu bereits ausf. Gutachten DNotI-Report 2018, 19).

Im Fall der BGH-Entscheidung lebte die Kindesmutter seit Oktober 2017 in einer gleichgeschlechtlichen Ehe. Im November 2017 gebar sie ein Kind, das mit Spender-

samen aus einer Samenbank gezeugt worden war. Der Antrag, die Ehefrau der Kindesmutter als „Mitmutter“ in das Geburtenregister einzutragen, wurde vom Standesamt abgelehnt.

Entscheidung

Der BGH hält dies für rechtmäßig. Mutter des Kindes sei nach § 1591 BGB die Frau, die das Kind geboren habe. Das BGB kenne nur die Zuordnung einer **einzigen Mutter** kraft Gesetzes. Damit habe der Gesetzgeber andere mögliche Formen der abstammungsrechtlichen Mutter-Kind-Zuordnung, insbesondere die Mutterschaft der Eizellenspenderin im Fall der Leihmutterschaft, bewusst ausgeschlossen. Eine **Mutterschaftsanerkennung** sehe das geltende Recht nicht vor.

Eine **direkte Anwendung** des § 1592 Nr. 1 BGB komme bereits deshalb nicht in Betracht, weil die Norm nach ihrem klaren Wortlaut allein die **Vaterschaft** regle und diese einem bestimmten Mann zuweise. Auch eine **entsprechende Anwendung scheidet aus**. Die Vorschrift gehöre zu den Abstammungsregeln, die die Eltern-Kind-Zuordnung zu einer Mutter und einem Vater zum Gegenstand hätten. Das Gesetz gehe davon aus, dass ein Kind einen **männlichen und einen weiblichen Elternteil** habe. Daran habe sich auch durch das Gesetz zur Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe nichts geändert. Das Gesetz befasse sich weder in seinem Text noch in seiner Begründung mit Abstammungsfragen.

Eine für die Analogie erforderliche **planwidrige Regelungslücke** konnte der BGH nicht erkennen. Der Gesetzgeber wollte das Ehehindernis für gleichgeschlechtliche Partner aufheben und Benachteiligungen im Adoptionsrecht beseitigen. Hieraus ergebe sich, dass der Gesetzgeber nur ganz bestimmte Bereiche erfassen wollte und **von einer Reform des Abstammungsrechts bewusst Abstand** genommen habe.

Außerdem sei **keine vergleichbare Interessenlage** gegeben. Die Vaterschaft kraft Ehe beruhe darauf, dass diese rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung regelmäßig auch die **tatsächliche Abstammung abbilde**. Diese der gesetzlichen Regelung zugrunde liegende Vermutung sei für die mit der Kindesmutter verheiratete Frau dagegen keinesfalls begründet. Außerdem würden sich bei Annahme der Analogie **ungelöste Folgefragen** wie z. B. der Anfechtbarkeit der Elternschaft stellen, die bislang nicht beantwortet seien.

Die Ablehnung der analogen Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB verstoße auch nicht gegen **Verfassungsrecht**. Das Familiengrundrecht des Art. 6 Abs. 1 GG werde

hierdurch nicht verletzt, weil die (Nicht-) Eintragung der Ehefrau in das Geburtenregister als Mit-Elternteil des Kindes nicht das Familienverhältnis der Ehepartner mit dem Kind betreffe. Auch das Elterngrundrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG sei nicht verletzt. Die Ehefrau sei weder leiblicher noch rechtlicher Elternteil und falle daher nicht in den Schutzbereich des Grundrechts. Auch aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes folge nicht die verfassungsrechtliche Notwendigkeit, ihm durch das Abstammungsrecht eine leiblich nicht verwandte Person als rechtlichen Elternteil zuzuordnen, selbst wenn diese bereit und in der Lage sei, Elternverantwortung zu übernehmen. Außerdem eröffne das geltende Recht die **Möglichkeit der Sukzessivadoption** durch die Ehefrau der Kindesmutter nach § 1741 Abs. 2 S. 3 BGB. Auch Art. 3 Abs. 1 GG sei nicht verletzt. Die Ungleichbehandlung der Ehefrau mit dem Ehemann der Kindesmutter falle nicht ins Gewicht. Die Situation sei insoweit verschieden, als die Ehefrau generell nicht leiblicher Elternteil sei.