

## Insolvenzrisiken bei Kaufverträgen über Gesellschaftsanteile und Gestaltungsmöglichkeiten zu ihrer Abmilderung

von Notarassessor Dr. Marc Grotheer, Bonn

- A. Einleitung
- B. Folgen der Insolvenz des Gesellschafters für den Gesellschaftsanteil als Vertragsgegenstand
  - I. GmbH-Geschäftsanteile
  - II. Aktien
  - III. Anteile an Personengesellschaften
    - 1. GbR
    - 2. Personenhandelsgesellschaften
- C. Gestaltungsvarianten des Leistungsaustausches
  - I. Vorleistungen
    - 1. Anteilsübertragung nach Kaufpreiszahlung
    - 2. Kaufpreiszahlung nach Anteilsübertragung
  - II. Leistung Zug um Zug
    - 1. Kaufpreiszahlung gegen Vornahme der unbedingten Anteilsübertragung
    - 2. Kaufpreiszahlung als aufschiebende Bedingung der Anteilsübertragung
- D. Insolvenz des Verkäufers
  - I. Zeitpunkt des Eintritts der Insolvenz
  - II. Allgemeines Verfügungsverbot gemäß §§ 80, 81 InsO und Ausschluss des Rechtserwerbs gemäß § 91 InsO
    - 1. Zweck, Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Überblick
    - 2. Gutgläubiger insolvenzbeschlagfreier Erwerb?
    - 3. Genehmigungen als Wirksamkeitsvoraussetzung der Anteilsübertragung
      - a) Einzelne Genehmigungserfordernisse und die Abgrenzung zu Bedingungen
      - b) Rechtsfolgen der Genehmigung gemäß § 184 BGB im Hinblick auf § 91 Abs. 1 InsO
    - 4. Beständigkeit aufschiebend bedingter Anteilsübertragungen
      - a) Wirkungsweise der aufschiebenden Bedingung oder Befristung
      - b) Folgen des Verfügungsverbotes und des Ausschlusses des Rechtserwerbs gemäß §§ 81 Abs. 1 S. 1, 91 Abs. 1 InsO
  - III. Einwirkungen des Ausscheidens des Verkäufers als Gesellschafter oder der Auflösung der Gesellschaft
    - 1. Schutz des aufschiebend bedingt Berechtigten?
    - 2. Schutz durch die Rückwirkung der Genehmigung?
- IV. Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters gemäß § 103 InsO bei beiderseits nicht erfülltem Vertrag
  - 1. Zweck, Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Überblick
    - a) Voraussetzungen
    - b) Rechtsfolgen bei bereits erfolgter vollständiger Leistung
    - c) Rechtsfolgen bei beiderseits noch nicht erfolgter Leistung
    - d) Rechtsfolgen bei Teilleistungen des Verkäufers oder/und Käufers
  - 2. Genehmigungen als Wirksamkeitsvoraussetzung der Anteilsübertragung
  - 3. Beständigkeit der insbesondere durch die Kaufpreiszahlung aufschiebend bedingten Anteilsübertragung
    - a) Unmittelbare oder analoge Anwendung des § 107 Abs. 1 InsO
    - b) Bedingungseintritt trotz Erfüllungsablehnung bei bloßem Wegfall der Durchsetzbarkeit der Forderungen im Insolvenzverfahren
    - c) Anwartschaftsrecht des bedingt Berechtigten als geschützte Position
    - d) Bedingungsarten
      - aa) Von der Käuferseite zu beeinflussende Bedingungen
      - bb) Von der insolventen Verkäuferseite zu beeinflussende Bedingungen
      - cc) Sonstige Bedingungen (Zufallsbedingungen)
  - 4. Ergebnis
- V. Insolvenzanfechtung
  - 1. Zweck, Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Überblick
  - 2. Relevante Anfechtungstatbestände
    - a) Besondere Insolvenzanfechtung
    - b) Vorsatzanfechtung
  - 3. Wege zur Verminderung des Anfechtungsrisikos
    - a) Abwarten der Anfechtungsfristen der besonderen Insolvenzanfechtung
    - b) Gestaltung als Bargeschäft
- VI. Fazit
- E. Insolvenz des Käufers
  - I. Insolvenzeröffnung
  - II. Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters
  - III. Insolvenzanfechtung

### A. Einleitung

Die Insolvenz einer Vertragspartei kann die gewollte Vertragsabwicklung erheblich stören oder völlig durch-

kreuzen. Dies gilt besonders, wenn bei der Vertragsgestaltung kein Anlass bestand, die Insolvenz einer Vertragspartei als naheliegende Möglichkeit einzukalkulieren. Ob die Vereinbarungen über den Leistungsaustausch speziell auf diesen Fall ausgerichtet waren, hängt häufig davon ab, ob eine Vertragspartei bereits bei Vertragsschluss Zweifel an der Solidität der anderen hat. Für diese Fälle, in denen die Insolvenz einer Vertragspartei im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht gemeinsam vorausgesetzt wird und auch ein Insolvenzverfahren auch noch nicht eröffnet ist, sondern nur als mehr oder weniger naheliegende Möglichkeit im Raum steht, werden im Folgenden Risiken sowie Möglichkeiten und Grenzen der Vorsorge durch Vertragsgestaltung dargelegt. Auf sicherem Boden steht dessen ungeachtet, wer erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit dem Insolvenzverwalter selbst kontrahiert; dazu kann auf umfangreiche Literatur verwiesen werden.<sup>1</sup>

## B. Folgen der Insolvenz des Gesellschafters für den Gesellschaftsanteil als Vertragsgegenstand

### I. GmbH-Geschäftsanteile

Auf den Bestand des Geschäftsanteils und die Betätigung der Gesellschaft als werbende Handelsgesellschaft wirkt sich die Eröffnung der Insolvenz über das Vermögen des Gesellschafters grundsätzlich nicht aus. Die Gesellschafterrechte einschließlich der Informations-, Kontroll- und Stimmrechte können fortan nur noch von dem Insolvenzverwalter, auf den das Verwaltungs- und Verfügungsrecht übergegangen ist, wahrgenommen werden.<sup>2</sup> In der Literatur wird allerdings überwiegend angenommen, dass der Gesellschaftsvertrag das Ruhen der Gesellschafterrechte im Fall der Gesellschafterinsolvenz anordnen kann.<sup>3</sup> Unter Umständen ist der Insolvenzverwalter, der einen abgeschlossenen Anteilsübertragungsvertrag erfüllen will, dadurch gehindert, vom Verkäufer dem Käufer versprochene Beschlüsse zu fassen oder andere Mitwirkungshandlungen auf Gesellschaftsebene vorzunehmen. Dem lässt sich nur entgegenwirken, wenn solche Handlungen bereits vor dem Kauf oder gleichzeitig mit ihm erfolgen.

Dem Insolvenzverwalter wird nach Auffassung der Rechtsprechung und der herrschender Meinung in der Literatur die Verfügung über den Geschäftsanteil dadurch erleichtert, dass eine Vinkulierung, und zwar jedes Abhängigmachen der Wirksamkeit der Abtretung von zusätzlichen Voraussetzungen im Sinne des § 15 Abs. 5 GmbHG, für ihn unbeachtlich ist.<sup>4</sup> In Übereinstimmung mit der Vorstellung des historischen Gesetzgebers wird § 15 Abs. 5 GmbHG so verstanden, dass er der Satzungsautonomie nur Raum für Beschränkungen der rechtsgeschäftlichen Anteilsübertragung durch den Gesellschafter gibt, nicht aber für die Beschränkung von Verfügungen, die im Verhältnis zum Berechtigten zwangsläufig erfolgen. Etwaige Vorbehalte der übrigen Gesellschafter oder der Geschäftsführung gegen eine Veräußerung können also bei eintretender Insolvenz

nicht mehr erfolgreich geltend gemacht werden. Der Insolvenzverwalter kann dadurch grundsätzlich die ihm am günstigsten erscheinenden Verwertungsmöglichkeit wahrnehmen, so dass er zusätzlichen Anlass zu Ablehnung der Erfüllung eines bereits geschlossenen Anteilskaufvertrages haben mag.

Um die fehlende Möglichkeit, die Veräußerung durch den Insolvenzverwalter (oder durch Einzelzwangsvollstreckung) mittels einer Vinkulierung zu steuern, zu kompensieren, gestattet die GmbH-Satzung für den Fall der Gesellschafterinsolvenz vielfach die Zwangseinziehung des Geschäftsanteils gemäß § 34 GmbHG.<sup>5</sup> Zwingend ist, dass die Einziehung gegen ein vollwertiges Entgelt erfolgt, insbesondere keine Herabsetzung des Entgelts gerade für den Insolvenzfall vorgesehen ist.<sup>6</sup> Typischerweise wird die Einziehung an die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters angeknüpft.<sup>7</sup> Die Einziehungsvoraussetzung muss im Zeitpunkt des Einziehungsbeschlusses noch vorliegen, so dass eine vorher erfolgte Verwertung durch den Insolvenzverwalter im Wege der Veräußerung dazu führen kann, dass in der Person des neuen Gesellschafters kein Einziehungsrecht mehr besteht.<sup>8</sup> Dabei wird von der Rechtsprechung angenommen, dass ein Erwerber auch insoweit nur nach Maßgabe von § 16 Abs. 1 GmbHG als Anteilsinhaber gilt.<sup>9</sup> Infolge der Einziehung steht dem betroffenen Gesellschafter bzw. der Insolvenzmasse kraft Gesetzes oder nach näherer Maßgabe der Satzung eine Abfindung aus dem freien Gesellschaftsvermögen zu. Wie der BGH nunmehr entschieden hat, wird die Einziehung sofort mit Zugang der Einziehungserklärung, die aufgrund des Einziehungsbeschlusses abzugeben ist, wirksam, auch

1 Insbesondere zum Unternehmenskauf aus der Insolvenz: Hauschild/Kallrath/Wachter/Böttcher, Notarhdb. Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2011, § 29 Rn. 73 ff.; Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 14. Aufl. 2010, Rn. 211 ff.; Ziegenhagen/Denkhaus, Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz, 2. Aufl. 2011; Vallender, GmbHR 2004, 543 ff., 642 ff.; Morshäuser/Falkner, NZG 2010, 881 ff.

2 Baumbach/Hueck/Fastrich, 19. Aufl. 2010, GmbHG, § 15 Rn. 64; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 15 Rn. 57. Ggf. auch bereits von einem „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter gemäß §§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 22 Abs. 1 InsO.

3 Bergmann, ZInsO 2004, 225, 229; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 15 Rn. 64; zur Reichweite auch Hauschild/Kallrath/Wachter/Böttcher, a.a.O. (Fn. 1), § 29 Rn. 16 ff.; a. A. jedoch Roweder/Schmidt-Leithoff/Bergmann, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 15 Rn. 151.

4 RGZ 70, 64, 66; BGHZ 32, 151, 155; 65, 22, 24; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 15 Rn. 64; Uhlenbrück, InsO, 13. Aufl. 2010, § 159 Rn. 35; Bergmann, ZInsO 2004, 225, 226. A. A. aber Liebscher/Lübke, ZIP 2004, 241, 251. Dasselbe gilt aufgrund seiner insolvenzverfahrensrechtlichen Stellung wohl auch für den eigenverwaltenden Schuldner, Uhlenbrück, InsO, § 159 Rn. 35 – vgl. unter unter D II 1 bei Fn. 48.

5 Umfassend zur Einziehung Clevinghaus, RNotZ 2011, 449 ff., zum Insolvenzfall ebd. S. 455f.

6 BGHZ 144, 365, 366 f.; Uhlenbrück, InsO, § 159 Rn. 34.

7 Vgl. Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2009, § 4 Rn. 232; Peter/Dienst, in: Meyer-Landrut, Formularbuch GmbH-Recht, 2011, Rn. A 432; Clevinghaus, RNotZ 2011, 449, 456.

8 OLG Frankfurt am Main, NZG 1998, 595, 596; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 34 Rn. 10; BeckOK-GmbHG/Schindler, 2012, § 34 Rn. 45.

9 OLG Hamm, GmbHR 1993, 660 sowie BGH DStR 1993, 1032 (Nichtannahmebeschl.) m. Anm. Goette, DStR 1993, 1032, 1033; ferner OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 607, 610 f. jeweils zu § 16 Abs. 1 GmbHG a. F.

wenn dies nicht in der Satzung bestimmt ist.<sup>10</sup> Die Einziehung des verkauften Geschäftsanteils kann also im Fall der Verkäuferinsolvenz die Anteilsübertragung vereiteln. Ein insolvenzspezifisches Risiko für den Käufer ergibt sich daraus letztlich jedoch nicht, wenn eine Vinkulierungsklausel der Gesellschaft bzw. den Gesellschaftern außerhalb der Insolvenz entsprechenden Einfluss einräumt.

Während die für den Insolvenzfall vorgesehene Einziehung den Anteil dem insolventen Verkäufer gegen Abfindung für die Masse entziehen kann, ist dies bei einer häufig alternativ in der Satzung vorgesehenen Zwangsabtretung des Anteils an die Gesellschaft oder Gesellschafter nicht gesichert. Streitig ist zunächst, ob der dieser Zwangsabtretung zugrundeliegende Anspruch gegen den jeweiligen Gesellschafter, der eine satzungsmäßige Berechtigung gemäß § 3 Abs. 2 GmbHG darstellt, eine einfache Insolvenzforderung ist<sup>11</sup> oder ob er sich als gesellschaftsrechtliche Inhaltsbestimmung der Gesellschaftsbeteiligung in der Insolvenz voll durchsetzen kann.<sup>12</sup> Gemildert wird diese Problematik freilich dadurch, dass der Rückgriff auf die Einziehung im Zweifel möglich ist und dadurch dem Insolvenzverwalter Anlass geben kann, einer für ihn gleichwertigen Zwangsabtretung nicht entgegenzutreten.

## II. Aktien

Die Mitgliedschaft in der Aktiengesellschaft wird durch die Insolvenz des Aktionärs grundsätzlich ebenfalls nicht beeinflusst, die Aktionärsrechte können nur noch von dem Insolvenzverwalter, auf den das Verwaltungs- und Verfügungsrecht übergegangen ist, wahrgenommen werden.<sup>13</sup> Primärer Gegenstand der Insolvenzmasse ist die Aktie als Wertpapier, durch das die Mitgliedschaft verkörpert wird.<sup>14</sup>

Ist in der Satzung der Aktiengesellschaft eine Vinkulierung vorgesehen, die zwar untypisch, aber für Namensaktien gemäß § 68 Abs. 2 AktG zulässig ist, so ist diese nach herrschender Meinung in der aktienrechtlichen Literatur auch von dem Insolvenzverwalter zu beachten. Allerdings verengt sich das Ermessen der Gesellschaft, das bei der Entscheidung über die Zustimmung zur Übertragung gegeben ist, in der Weise, dass das Verwertungsinteresse der Gläubiger besonderes Gewicht hat.<sup>15</sup> Im Grundsatz kann die Aktiengesellschaft dann also weiterhin beeinflussen, ob der in Rede stehende Aktienkauf vollzogen wird, und eine anderweitige Verwertung durch den Insolvenzverwalter behindern. Diese Position der herrschenden Meinung im Aktienrecht ist angesichts der abweichenden ganz herrschenden Ansicht im GmbH-Recht bemerkenswert.<sup>16</sup> Zur Begründung der im Aktienrecht vorherrschenden Position wird insbesondere angeführt, dass die Vinkulierung eine Inhaltsbestimmung des Mitgliedschaftsrechts sei, so dass die Mitgliedschaft auch nur in dieser Gestalt in die Insolvenzmasse fallen könne. Außerdem sei die Möglichkeit der Verwertung angesichts der im Zweifel gebotenen Zustimmung der Gesellschaft nicht schlechthin ausgeschlossen.<sup>17</sup> Vollends überzeugend ist dies nicht, denn es ist die Vorfrage zu stellen, ob die Möglichkeit einer Verfügungsbeschränkung durch § 68 Abs. 2 AktG

auch für die zwangsweise Verwertung eingeräumt ist. Der Gesetzgeber des GmbH-Gesetzes verneinte dies.<sup>18</sup> Dagegen spricht allgemein der Rechtsgedanke des § 851 Abs. 2 ZPO, wonach gewillkürte Veräußerungsbeschränkungen (die in Bezug auf die Forderung ebenfalls Inhaltsbestimmung sind) nur in der Weise akzeptiert werden, dass sie das Gläubigerinteresse an einer bestimmungsgemäßen Verwertung der Forderung (dort durch Einziehung) nicht behindert. Gerade bei der Aktie kommt mangels eines Austrittsrechts nur die Verwertung durch Veräußerung in Frage. Daher ist die Annahme wenig stimmig, dass die Namensaktie stärker in ihrer Verkehrsfähigkeit beschränkt werden kann als ein GmbH-Geschäftsanteil.

Die Aktiengesellschaft kann sich gemäß § 237 AktG in der Satzung ebenfalls das Recht zur Zwangseinziehung von Aktien vorbehalten, auch für den Fall der Insolvenz eines Aktionärs.<sup>19</sup> Anders als bei der GmbH kann die Einziehung nur im Wege der Kapitalherabsetzung erfolgen. Angesichts der nach herrschender Meinung stärkeren Wirkung der Vinkulierung und der Bindung an die Kapitalherabsetzung wird die Zwangseinziehung jedoch bei der Aktiengesellschaft als weniger dringlich angesehen.<sup>20</sup> Soll allerdings zuverlässig ausgeschlossen sein, dass Fremde Eintritt in den Aktionärskreis erhalten, ist eine entsprechende Regelung der Zwangseinziehung dennoch empfehlenswert. Umstritten ist, ob durch Satzungsbestimmung auch die Verpflichtung zur Übertragung der Aktie auf die Gesellschaft oder bestimmte Dritte begründet werden kann, wenn die Voraussetzungen der Zwangseinziehung vorliegen.<sup>21</sup>

10 BGH DNotZ 2012, 464, 466; dazu Schockenhoff, NZG 2012, 449 ff.

11 So die wohl h. M., MünchKomm-GmbHG/Wicke, 2010, § 3 Rn. 97; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 3 Rn. 52. Die „dingliche Absicherung“ stößt dann auf Schwierigkeiten, denn eine Verfügungsermächtigung gem. § 185 Abs. 1 BGB zugunsten der Gesellschafter verliert mit Insolvenzeröffnung gem. § 80 Abs. 1 InsO ihr Grundlage und wird unwirksam, MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, 2. Aufl. 2008, § 117 Rn. 11; bedingte Vorausabtretungen sind kaum praktikabel.

12 So Ulmer, ZHR 149 (1985), 28, 37 f.; Baumann, MittRhNotK 1991, 271, 278 f.; Heckschen, NZG 2010, 521, 524.

13 Ggf. auch bereits von einem „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter gemäß §§ 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 22 Abs. 1 InsO.

14 Die Verbriefung als Inhaberaktie oder als Namensaktie, die ein Orderpapier ist, muss zumindest durch Globalurkunde erfolgen, die Einzelverbriefung ist nach § 10 Abs. 5 AktG ausschließbar, MünchKomm-AktG/Heider, 3. Aufl. 2008, § 10 Rn. 58; Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 10 Rn. 11; Mirow, NZG 2008, 52, 52 Fn 7.

15 MünchKomm-AktG/Bayer, § 68 Rn. 114; Hüffer, AktG, § 68 Rn. 11; Bork, Vinkulierte Namensaktien in der Zwangsvollstreckung und Insolvenz des Aktionärs, FS Henckel, 1995, S. 23, 38 f.; Spindler/Stilz/Cahn, AktG, 2. Aufl. 2010, § 68 Rn. 36 (krit. zur besonderen Gewichtung des Verwertungsinteresses); für bloßes Widerspruchsrecht MünchKomm-InsO/Lwowski/Peters, 2. Aufl. 2007, § 35 Rn. 262.

16 Vgl. bei Fn. 4.

17 Bork, a.a.O. (Fn. 15), S. 33, 39.

18 Vgl. Fn. 4.

19 Hüffer, AktG, § 237 Rn. 12; MünchKomm-AktG/Oechsler, 3. Aufl. 2011, § 237 Rn. 29.

20 Vgl. MünchKomm-AktG/Bayer, § 68 Rn. 112 f.

21 Hüffer, AktG, § 237 Rn. 2 m. w. N.; Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Kautelarpraxis, 2006, S. 250.

### III. Anteile an Personengesellschaften

#### 1. GbR

Bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts führt die Gesellschafterinsolvenz nach der gesetzlichen Regel des § 728 Abs. 2 S. 1 BGB zu Auflösung der Gesellschaft, so dass der Insolvenzverwalter mit dem Anteil an der aufgelösten Gesellschaft an der Auseinandersetzung teilnimmt. Die Auflösung tritt ohne weiteres durch den wirksamen Eröffnungsbeschluss ein.<sup>22</sup> Die Auseinandersetzung erfolgt dann außerhalb des Insolvenzverfahrens, wobei die Mitgesellschafter wegen Ansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis abgesonderte Befriedigung aus dem Anteil des Schuldners verlangen können (§ 84 Abs. 1 InsO).

Der Gesellschaftsvertrag kann von dieser gesetzlichen Regelung in der Weise abweichen, dass die Gesellschaft stattdessen unter Ausscheiden des insolventen Gesellschafter fortgesetzt wird, wie in § 736 Abs. 1 BGB ausdrücklich vorgesehen. Ist ein von selbst eintretendes Ausscheiden des insolventen Gesellschafter nicht gewünscht, kann das Ausscheiden auch von einem Fortsetzungsbeschluss der anderen Gesellschafter abhängig gemacht werden.<sup>23</sup> Dann kommt es zunächst allerdings nach herrschender Meinung zwingend zur Auflösung der Gesellschaft nach § 728 Abs. 2 BGB.<sup>24</sup> Eine Fortsetzung der Gesellschaft als ihren eigentlichen Zweck verfolgende, insbesondere „werbende“ Gesellschaft mit dem insolventen Gesellschafter ist nur möglich, wenn der Insolvenzverwalter den Gesellschaftsanteil aus der Masse freigibt.<sup>25</sup> Für den Fall, dass einer von zwei Gesellschaftern in Insolvenz fällt, wird eine Fortsetzungsklausel regelmäßig so ausgelegt, dass sie dem anderen Gesellschafter ein Übernahmerecht einräumt<sup>26</sup> oder die automatische Übernahme<sup>27</sup> anordnet. Mit der Übernahme kommt es zur Vollbeendigung der Gesellschaft und Gesamtnachfolge des anderen Gesellschafters.

Im Falle des Ausscheidens steht dem Insolvenzverwalter der Abfindungsanspruch gemäß § 738 BGB zur Verfügung, bei der Auflösung die Beteiligung an der Liquidationsgesellschaft und damit letztlich am Auseinandersetzungsguthaben.<sup>28</sup> Da die Auflösung den Gesellschaftsanteil zunächst bestehen lässt, kann er als solcher noch einem Käufer übertragen werden, wenn auch nicht in der versprochenen Qualität. Ist der insolvente Gesellschafter dagegen bereits ausgeschieden, so bleibt nur, den Käufer unter weitergehender Mitwirkung der anderen Gesellschafter neu in die Gesellschaft aufzunehmen (wobei er durch seine Einlage die Abfindungslast der Gesellschaft anstelle des Kaufpreises übernehmen könnte).

#### 2. Personenhandelsgesellschaften

Für die Personenhandelsgesellschaften, die OHG und die KG, gilt das gleiche wie für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, jedoch mit dem Unterschied, dass das Ausscheiden des Gesellschafters mit der Insolvenzeröffnung gemäß § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 HGB der gesetzliche Regelfall ist.<sup>29</sup> Zwischen Kommanditisten (§ 161 Abs. 2 HGB) und persönlich haftenden Gesellschaftern wird nicht unterschieden.<sup>30</sup> Scheidet allerdings der ein-

zige persönlich haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft aus, wird diese damit zugleich aufgelöst; eine Fortsetzung ist mit einem neuen persönlich haftenden Gesellschafter möglich.<sup>31</sup>

Soll es statt zum Ausscheiden des insolventen Gesellschafters zur Auflösung der Gesellschaft kommen, bedarf dies einer gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung. Angezeigt sein kann eine solche Vereinbarung für das Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters, da es sonst ohne weiteres zur Gesamtnachfolge des letzten Gesellschafters kommt.<sup>32</sup>

#### C. Gestaltungsvarianten des Leistungsaustausches

Entscheidende Bedeutung für die Auswirkungen der Gesellschafterinsolvenz auf Kauf beziehungsweise Verkauf und Übertragung des Gesellschaftsanteils hat die gewählte Gestaltungsvariante des Leistungsaustausches.

##### I. Vorleistungen

###### 1. Anteilsübertragung nach Kaufpreiszahlung

Zahlt der Käufer den Kaufpreis vor der Anteilsübertragung und erfüllt er damit seine Verpflichtungen vollständig, ist er dem Risiko der Verkäuferinsolvenz voll ausgesetzt: Der Anspruch auf die Anteilsübertragung oder der an dessen Stelle tretende Schadensersatzanspruch sind bloße Insolvenzforderungen, die, gegebenenfalls mit ihrem Schätzwert (§ 45 S. 1 InsO), zur Tabelle angemeldet und nur quotenmäßig berücksichtigt werden. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Vorleistung aus Käufersicht stets zu vermeiden.

Im Falle der Insolvenz des Käufers ist der Verkäufer unter Umständen der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters und insbesondere der Insolvenzanfechtung ausgesetzt. Dadurch kann ihm die schon sicher geglaubte Aussicht auf einen lukrativen Leistungsaustausch entzogen werden. Dem Risiko, über die Rücker-

22 Anders nach h.M. nur beim Nachlassinsolvenzverfahren, vgl. BGHZ 91, 132, 135 ff.; MünchKomm-BGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl. 2009, § 728 Rn. 35 m. w. N.

23 Vgl. BGH WM 1968, 697, 697f.

24 Eingehend m.N. Göcke, NZG 2009, 211, 212; ferner Pielher/Schulte, in: Münchener Hdb. d. GesR, Bd. 2, 2. Aufl. 2004, § 36 Rn. 7; MünchKomm-BGB/Ulmer/Schäfer, § 728 Rn. 44; Schlitt, NZG 1998, 580, 584 f. A. A. – Fortsetzung mit insolventem Gesellschafter (insbes. Kommanditisten) möglich – Reul/Heckschen/Wienberg, a.a.O. (Fn. 21), S. 248 f. m. w. N.; Voigt, NZG 2007, 695, 698.

25 MünchKomm-BGB/Ulmer/Schäfer, § 728 Rn. 44; Staudinger/Habermeier, BGB, 2003, § 728 Rn. 25.

26 BGH WM 1957, 512, 513; BeckOK-BGB/Schöne, 2012, § 728 Rn. 10.

27 So OLG Stuttgart NZG 2004, 766; MünchKomm-BGB/Ulmer/Schäfer, § 736 Rn. 9.

28 MünchKomm-BGB/Ulmer/Schäfer, § 730 Rn. 61 f.; § 734 Rn. 8 ff.

29 Seit dem HRefG 1998, Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl. 2012, § 131 Rn. 22.

30 Vgl. aber Fn. 24.

31 Baumbach/Hopt, HGB, § 131 Rn. 34, 18.

32 Ebd. Rn. 35; MünchKomm-HGB/K. Schmidt, 3. Aufl. 2011, § 131 Rn. 75; insbes. zu den Haftungsfolgen BGHZ 113, 132, 134 ff.; BGH RNotZ 2004, 338, 339.

stattung des Kaufpreises hinaus Nachteile bezüglich des Gesellschaftsanteils zu erleiden, ist er jedoch grundsätzlich nicht ausgesetzt.

## 2. Kaufpreiszah lung nach Anteilsübertragung

In der umgekehrten Konstellation, wenn der Anteil sofort übertragen wird (unter Umständen vorbehaltlich der noch erforderlichen Zustimmungen der Gesellschaft oder der Gesellschafter), aber die Kaufpreiszah lung erst später erfolgen soll, mag dem Verkäufer eine Absicherung weniger dringlich erscheinen, weil der Zugriff auf den Anteil bei ausbleibender Zahlung und Rückabwicklung faktisch eher möglich erscheint. In der Insolvenz des Käufers trifft dies allerdings nicht mehr zu, hier genießt der Verkäufer keinerlei Vorzugsrechte; ebenso wie der Kaufpreisanspruch ist auch der Rückübertragungsanspruch nur eine einfache Insolvenzforderung. Das Risiko seiner Vorausleistung verwirklicht sich in vollem Umfang.

Denkbar sind verschiedene Absicherungen: Etwa eine Bürgschaft Dritter für den Kaufpreis, Sicherheiten am anderweitigen Vermögen des Käufers, die Rückverpfändung des Anteils wegen der Kaufpreisforderung<sup>33</sup> oder die Abtretung unter der auflösenden Bedingung, dass der Kaufpreis bei Fälligkeit nicht gezahlt wird. In all diesen Fällen kann der Käufer sofort die Anteilsinhaberschaft erlangen. Denkbar erschiene eine solche Gestaltung etwa in untypischen Fällen, in denen der Kaufpreis ratenweise über einen längeren Zeitraum gezahlt werden soll. Allgemein kann ein frühzeitiges (im Handelsregister eingetragenes) Ausscheiden des Gesellschafters einer Personengesellschaft vorteilhaft sein, weil erst dadurch die Nachhaftungsfrist des § 160 Abs. 1 HGB beginnt.<sup>34</sup> Auf die insolvenzrechtlichen Folgen wird noch einzugehen sein.

## II. Leistung Zug um Zug

### 1. Kaufpreiszah lung gegen Vornahme der unbedingten Anteilsübertragung

Die Vorleistung einer Seite wird vermieden, wenn die Leistungshandlungen Zug um Zug und mit sofortiger Wirksamkeit vorgenommen werden, also so, dass diese in ihrer tatsächlichen Ausführung voneinander abhängen. Dieses Vorgehen ist etwa bei Unternehmenskäufen anzutreffen, wenn der Vollzug des Leistungsaustausches, das Closing, erst nach Erledigung verschiedener im Kaufvertrag vorgesehener Voraussetzungen stattfindet.<sup>35</sup> Die Abtretung des Gesellschaftsanteils müsste dann zeitgleich mit der Kaufpreiszah lung erfolgen. Wenn die Zahlung durch Banküberweisung stattfindet, kann es Schwierigkeiten bereiten, die rechtzeitige Gutschrift bei dem Verkäufer sicherzustellen, weil dies von banktechnischen Gegebenheiten abhängt. Denkbar wäre es auch, den als Kaufpreis vorgesehen Betrag vorab auf ein Anderkonto des Notars einzuzahlen mit der Anweisung, den Betrag sodann nur nach Maßgabe des zu beurkundenden Kaufvertrages auszuzahlen. Außerdem müssen alle sonstigen Wirksamkeitsvoraussetzungen für Kauf und Anteilsübertragung dann vorliegen. Weitere Risiken in der Phase bis zur vollständigen Vertragserfüllung lassen sich vermeiden, wenn der

Leistungsaustausch möglichst in zeitlicher Nähe zum Vertragsschluss oder sogar bei Vertragsschluss geschieht.

### 2. Kaufpreiszah lung als aufschiebende Bedingung der Anteilsübertragung

Das in der Praxis häufigste, insofern klassische und bewährte Modell zur Vermeidung ungesicherter Vorleistungen des Verkäufers unter gleichzeitiger Absicherung der Erwerbsaussicht des Käufers besteht insbesondere bei GmbH-Geschäftsanteilen in der durch die vollständige Zahlung des Kaufpreises aufschiebend bedingten Anteilsabtretung. Allgemein stellt die aufschiebend bedingte Anteilsübertragung sowohl für den Verkäufer als auch für den Käufer eine Sicherheit dar. Der Verkäufer ist davor geschützt, seinen Anteil zu verlieren, ohne den Kaufpreis zu erhalten.<sup>36</sup> Auf der anderen Seite ist der Käufer gemäß § 161 Abs. 1 BGB gegen Zwischenverfügungen des Verkäufers abgesichert.<sup>37</sup> Der insoweit nach § 161 Abs. 3 BGB grundsätzlich mögliche gutgläubige Erwerb frei von der Anwartschaft des aufschiebend bedingt Berechtigten ist nur bei der Übertragung von Aktien denkbar, da entsprechend anwendbare Tatbestände des gutgläubigen Erwerbs von Gesellschaftsanteilen sonst nicht bestehen. Insbesondere bei Geschäftsanteilen der GmbH bezieht sich der Gutgläubenschutz nach Auffassung des BGH nur auf die Anteilsinhaberschaft als solche, so dass ein gutgläubiger „bedingungsfreier“ Erwerb ausgeschlossen ist.<sup>38</sup>

Ausschlaggebend ist aus Sicht des Käufers insbesondere, wie er bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach Vornahme der Abtretung, aber vor dem Eintritt der Bedingung, insbesondere durch Zahlung des Kaufpreises, geschützt ist. In der Käuferinsolvenz ist der Verkäufer jedenfalls insofern in einer günstigen Position, als er den Anteil nicht verliert, sofern die Gegenleistung nicht bedingungsgemäß erbracht wird.

## D. Insolvenz des Verkäufers

Die Verkäuferinsolvenz ist für die Vertragsgestaltung von größerer Relevanz als die Käuferinsolvenz, denn zum einen sind dann der Gesellschaftsanteil und seine Übertragung aus dem Schuldnervermögen bzw. der Insolvenzmasse betroffen. Zum anderen kann gerade die Krise Anlass für den Anteilsinhaber sein, den Gesell-

33 Wie dies diskutiert wurde als Schutz vor gutgläubigem Erwerb von Geschäftsanteilen, Wälzholz, MittBayNot 2008, 425, 436; dagegen Hermanns, in: Aktuelle Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, INotR Tagungsband, 2009, S. 28, 44.

34 Baumbach/Hopt, HGB, § 160 Rn. 5.

35 Vgl. das Muster eines closing memorandum von Meyer-Sparenberg, in: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 10. Aufl. 2010, unter III A 16.

36 MünchKomm-BGB/H. P. Westermann, 6. Aufl. 2012, § 449 Rn. 3 m. w. N.

37 Vgl. BeckOK-BGB/Faust, § 449 Rn. 8; Lieb, Eigentumsvorbehalt und Abwehrklausel – Versuch einer Umbesinnung, FS Baumgärtel, 1990, S. 311 ff.

38 So BGH DNotZ 2011, 943, 943 ff. m. w. N. auch zur Gegenansicht. Damit erübrigen sich die vielfach diskutierten Absicherungsansätze, vgl. nur MünchKomm-GmbHG/Heidinger, § 16 Rn. 283 f.

schaftsanteil zu verkaufen, um sich dringend benötigte Liquidität zu verschaffen.

## I. Zeitpunkt des Eintritts der Insolvenz

Das Insolvenzverfahren wird durch den Eröffnungsbeschluss des Insolvenzgerichts gemäß § 27 InsO eröffnet. Für den Eintritt der damit verbundenen Rechtswirkungen ist die in dem Eröffnungsbeschluss angegebene „Stunde“ maßgeblich.<sup>39</sup> Anzugeben ist die Stunde der Unterzeichnung des Beschlusses, ein Hinausschieben des Eröffnungszeitpunktes ist nicht zulässig.<sup>40</sup>

Vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann das Insolvenzgericht vorläufige Maßnahmen gemäß § 21 InsO anordnen, insbesondere dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegen, womit gemäß § 22 Abs. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf einen vorläufigen Insolvenzverwalter übergeht (sog. „starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter)<sup>41</sup>.

## II. Allgemeines Verfügungsverbot gemäß §§ 80, 81 InsO und Ausschluss des Rechtserwerbs gemäß § 91 InsO

### 1. Zweck, Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Überblick

Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners gemäß § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter über und bildet, zusammen mit dem während des Verfahrens erworbenen Vermögen und mit Ausnahme unpfändbarer Gegenstände und bestimmter Haushaltsgegenstände, die Insolvenzmasse gemäß §§ 35, 36 InsO. Sie wird mit der Insolvenzeröffnung zugunsten der Gläubigergesamtheit beschlagnahmt. In erster Linie soll die Insolvenzmasse den Einwirkungsmöglichkeiten des Schuldners entzogen werden.<sup>42</sup> Dadurch wird im Interesse der Gläubiger die Verwertung der Masse durch Liquidation und die Erlösverteilung, aber gegebenenfalls auch ein Insolvenzplan gemäß §§ 217 ff. InsO ermöglicht und so der Zweck des Insolvenzverfahrens abgesichert.<sup>43</sup> Verfügungen, die der Schuldner nach dem Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter selbst noch trifft, sind gemäß § 81 Abs. 1 S. 1 InsO absolut, das heißt mit Wirkung gegen jedermann, unwirksam.<sup>44</sup> Denkbar ist nur noch die Genehmigung durch den Insolvenzverwalter analog § 185 Abs. 2, S. 1, 1. Var. BGB.<sup>45</sup>

Der Übergang der Verfügungsbefugnis wird ergänzt durch die Vorschrift des § 91 InsO, wonach Rechte an Gegenständen der Insolvenzmasse nach Insolvenzeröffnung nicht mehr wirksam erworben werden können, auch wenn keine Verfügung des Schuldners (und keine Einzelzwangsvollstreckung) vorliegt. Dadurch soll ein „lückenloser“ Masseschutz erreicht werden.<sup>46</sup> Diese Vorschrift erfasst im Grundsatz auch die Fälle, in denen der Schuldner vor Insolvenzeröffnung eine Verfügung getroffen hatte und dann noch Inhaber der Verfügungsbeauftragung war, während die Wirksamkeit der Verfügung nicht mehr vor der Insolvenzeröffnung eingetreten ist.<sup>47</sup> Inwieweit die Fälle der aufschiebend bedingten oder

befristeten Abtretung oder der noch ausstehenden Genehmigung von § 91 Abs. 1 InsO erfasst werden, ist daher noch darzulegen.

Eine praktisch nur selten anzutreffende Ausnahme<sup>48</sup> vom Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bildet die Eigenverwaltung gemäß §§ 270 ff. InsO, die auf Antrag des Schuldners und unter den weiteren Voraussetzungen des § 270 Abs. 2 InsO im Eröffnungsbeschluss oder ausnahmsweise nachträglich gemäß § 271 InsO angeordnet wird. Bei der Eigenverwaltung bleibt der Schuldner zur Verwaltung seines Vermögens und zur Verfügung darüber berechtigt; er wird von einem Sachwalter beaufsichtigt. Außergewöhnliche Geschäfte soll der Schuldner gemäß § 275 InsO nur mit dessen Zustimmung vornehmen, Wirksamkeitsvoraussetzung ist dies jedoch grundsätzlich nicht. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens unter Anordnung der Eigenverwaltung ist vor diesem Hintergrund nicht im Grundbuch,<sup>49</sup> durchaus jedoch im Handelsregister einzutragen.<sup>50</sup> Nur wenn es das Insolvenzgericht gemäß § 277 InsO besonders angeordnet hat, sind bestimmte Rechtsgeschäfte des Schuldners ohne Zustimmung des Sachwalters absolut unwirksam.<sup>51</sup> Auch die Eigenverwaltung soll nicht den Interessen des Schuldners dienen, sondern der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger;<sup>52</sup> in der Literatur wird die Stellung des Schuldner in der Eigenverwaltung daher öfter als die eines pflichtengesetzten Amtswalters eingeordnet.<sup>53</sup> Von der Eigenverwaltung abgesehen, unterliegen einzelne Gegenstände der Insolvenzmasse nicht mehr der Verwaltung und Verfügung durch den Insolvenzverwalter, sondern wieder der des Schuldners, wenn der Insolvenzverwalter sie freigegeben hat.<sup>54</sup>

Wird dem Schuldner bereits im Rahmen vorläufiger Anordnungen ein allgemeines Verfügungsverbot gemäß § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 InsO auferlegt, dann sind diesem zuwiderlaufende Verfügungen des Schuldners im Vorfeld der Insolvenzeröffnung gemäß §§ 24 Abs. 1, 81 InsO absolut unwirksam.<sup>55</sup> Ebenso wie die Wirkungen

<sup>39</sup> § 27 Abs. 2 Nr. 3 InsO. Ist keine Stunde angegeben, gilt die Mittagsstunde als Eröffnungszeitpunkt, § 27 Abs. 3 InsO. Zur Maßgeblichkeit BGH NZI 2004, 316, 317.

<sup>40</sup> BGH NZI 2004, 316, 317.

<sup>41</sup> MünchKomm-InsO/Haarmeyer, § 22 Rn. 23; Uhlenbrück/Vallender, InsO, § 22 Rn. 2.

<sup>42</sup> MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, § 80 Rn. 1.

<sup>43</sup> Graf-Schlicker/Scherer, InsO, 2010, § 80 Rn. 1; vgl. auch § 1 InsO.

<sup>44</sup> BGHZ 166, 74, 77; Uhlenbrück, InsO, § 81 Rn. 11.

<sup>45</sup> Uhlenbrück, InsO, § 81 Rn. 12; MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, § 81 Rn. 17. Insofern schwebende Unwirksamkeit.

<sup>46</sup> Uhlenbrück, InsO, § 91 Rn. 1.

<sup>47</sup> Etwa bei § 878 BGB, MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, § 81 Rn. 8 f.; nach a. A. ist bereits § 81 Abs. 1 InsO einschlägig, ebd. Rn. 9 m. w. N.

<sup>48</sup> Zur Häufigkeit und Bedeutung Graf-Schlicker/Scherer, InsO, § 270 Rn. 2 m. w. N.: Weniger als ein Prozent der Verfahren.

<sup>49</sup> § 270 Abs. 3 S. 3 InsO, entsprechend nicht in das Luftfahrzeug-Pfandrechtsregister und das Schiffs-/Schiffsbauregister.

<sup>50</sup> S. §§ 40 Nr. 5 Buchst. b Doppelbuchst. bb, 43 Nr. 6 Buchst. b HRV; ebenso auch § 21 Abs. 2 Nr. 3 GenRegV und § 5 Abs. 4 Nr. 3 PRV.

<sup>51</sup> Uhlenbrück, InsO, § 277 Rn. 5.

<sup>52</sup> BGH ZInsO 2007, 207, 208.

<sup>53</sup> Uhlenbrück, InsO, § 270 Rn. 39; MünchKomm-InsO/Wittig/Tetzlaff, 2. Aufl. 2008, § 270 Rn. 69 m. w. N.

<sup>54</sup> Zu Voraussetzungen und Rechtsfolgen s. Reul/Heckschen/Wienberg, a.a.O. (Fn. 21), S. 89 ff.; Uhlenbrück/Hirte, InsO, § 35 Rn. 71 ff.

<sup>55</sup> Uhlenbrück/Vallender, InsO, § 21 Rn. 17 a; Graf-Schlicker/Voß, InsO, § 21 Rn. 12.

des Eröffnungsbeschlusses wird das Verfügungsverbot nach der Rechtsprechung des BGH bereits mit seinem Erlass, der in dem betreffenden Beschluss anzugeben ist, wirksam.<sup>56</sup>

## 2. Gutgläubiger insolvenzbeschlagfreier Erwerb?

Wenn der Käufer bei der Abtretung des Gesellschaftsanteils durch den Verkäufer selbst, also im Zeitpunkt der Vornahme des Verfügungsgeschäfts, keine Kenntnis von dem zwischenzeitlich eingetretenen Verlust der Verfügungsbefugnis beim Verkäufer hat, stellt sich die Frage, ob er als Anteilserwerber durch Tatbestände des gutgläubigen Erwerbs geschützt ist. Sowohl der Verlust der Verfügungsbefugnis als auch der Ausschluss des Rechtserwerbs anders als durch Verfügung können nach Maßgabe der §§ 81 Abs. 1 S. 2, 91 Abs. 2 InsO überwunden werden.

Bei Geschäftsanteilen der GmbH wird ein gutgläubiger insolvenzbeschlagfreier Erwerb von dem in die Gesellschafterliste eingetragenen Nichtberechtigten im Hinblick auf § 16 Abs. 3 GmbHG jedoch nur vereinzelt angenommen.<sup>57</sup> Sie ist im Ergebnis abzulehnen: Dagegen spricht bereits, dass sich die Rechtsscheinwirkungen der Gesellschafterliste auf die Rechtsinhaberschaft als solche beschränken und nur insoweit einen Vertrauensstatbestand schaffen, wie der BGH im Hinblick auf die aufschiebend bedingte Abtretung festgestellt hat.<sup>58</sup> Die Rechtsscheinwirkungen beziehen sich also von vornherein nicht auch auf die Verfügungsbefugnis. Mehr wird durch das vom Gesetzgeber des MoMiG verfolgte beschränkte Ziel, die Rückverfolgung von Abtretungsketten entbehrlich zu machen, auch nicht gefordert.<sup>59</sup> Darüber hinaus ist der gutgläubige insolvenzbeschlagfreie Erwerb bereits aus insolvenzrechtlichen Gründen abzulehnen. Gemäß §§ 81 Abs. 1 S. 2, 91 Abs. 2 InsO ist nur der öffentliche Glaube des Grundbuches, des Schiffs- und Schiffsbauregisters sowie des Luftfahrzeug-Pfandrechtsregisters geeignet, den Mangel der Verfügungsmacht des Schuldners zu überwinden, nicht jedoch andere Gutgläubenschutzvorschriften. Der durch die Gesellschafterliste vermittelte Gutgläubenschutz kann diesem nicht im Wege der Analogie gleichgesetzt werden, schon weil er eine konkrete Veranlassung der Rechtsscheins erfordert und damit schwächer ausgestaltet ist als der voraussetzunglose öffentliche Glaube des Grundbuches und der gleichartigen Register.<sup>60</sup>

## 3. Genehmigungen als Wirksamkeitsvoraussetzung der Anteilsübertragung

Abgesehen von aufschiebenden Bedingungen und Befristungen kann die Wirksamkeit der Abtretung eines Gesellschaftsanteils von Genehmigungen abhängig sein, wenn die erforderliche Zustimmung nicht bereits im Zeitpunkt Vornahme der Verfügung als Einwilligung im Sinne des § 183 S. 1 BGB vorliegt.

### a) Einzelne Genehmigungserfordernisse und die Abgrenzung zu Bedingungen

Bedarf die Abtretung des Gesellschaftsanteils einer Genehmigung im Sinne von § 184 BGB, so handelt es

sich im Gegensatz zur Bedingung oder Befristung nicht um eine vom Willen des Veräußerers und Erwerbers abhängige und durch diesen in Geltung gesetzte Wirksamkeitsvoraussetzung. Das Genehmigungserfordernis beruht vielmehr auf einer gesetzlichen oder gesetzlich zugelassenen, in jedem Fall den Parteien des betroffenen Rechtsgeschäfts vorgegebenen Regelung.<sup>61</sup> Die Vorschriften über die Bedingung und Befristung der §§ 158 ff. BGB sind hierauf auch nicht entsprechend anwendbar.<sup>62</sup> Daran ändert sich auch nichts, wenn das Genehmigungserfordernis ausdrücklich als Wirksamkeitsvoraussetzung in das Rechtsgeschäft aufgenommen wird. Wird dagegen ein Genehmigungserfordernis frei zwischen den Beteiligten vereinbart, etwa ein Grenmenvorbehalt, dann ist dieser als aufschiebende Bedingung einzuordnen und nach den hierfür geltenden Regeln zu behandeln.

Im Zusammenhang mit dem Kauf und der Abtretung eines Gesellschaftsanteils ergibt sich das Erfordernis einer Genehmigung in erster Linie aus der gesellschaftsvertraglichen Vinkulierung bei Kapitalgesellschaften gemäß § 15 Abs. 5 GmbHG bzw. § 68 Abs. 2 AktG, womit als Wirksamkeitsvoraussetzung eine Genehmigung im Sinne des § 184 BGB gefordert ist,<sup>63</sup> wenn nicht bereits eine vorherige Zustimmung vorlag.<sup>64</sup> Bei Personengesellschaft wird die Zustimmung der Mitgesellschafter zu der Abtretung heute nach voller Anerkennung der Gesellschaftsbeteiligung als Verfügungsobjekt ebenfalls als Wirksamkeitserfordernis gemäß §§ 182 ff. BGB eingeordnet,<sup>65</sup> das aus dem höchstpersönlichen Charakter des Zusammenschlusses der Mitglieder einer Personengesellschaft abgeleitet wird.<sup>66</sup> Sie kann als Einwilligung im Gesellschaftsvertrag generell vorweggenommen werden.<sup>67</sup>

Weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen können die Genehmigung des Vertretenen bei Handeln als Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 177 Abs. 1 BGB), des Verfü-

56 BGHZ 133, 307, 313; Uhlenbrück/Vallender, InsO, § 21 Rn. 48; Graf-Schlicker/Voß, InsO, § 21 Rn. 4.

57 Vossius, DB 2007, 2299, 2302; Gehrlein, Konzern 2007, 771, 791; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 16 Rn. 20.

58 BGH DNotZ 2011, 943, 946. Mit diesbzgl. gleichem Ergebnis Link, RNotZ 2009, 193, 221; Röber, Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Anteilen, 2011, S. 119.

59 BGH DNotZ 2011, 943, 946 unter Verweis auf RegBegr MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 38.

60 Ein Gutgläubenschutz scheidet auch bei GbR-Anteilen aus, da nicht über ein im Grundbuch eingetragenes (Grundstücks-)Recht verfügt wird, so dass der Anwendungsbereich der §§ 899 a, 892 BGB nicht betroffen ist. Zur Frage der Eintragungsfähigkeit des Insolvenzvermerks bei Insolvenz des GbR-Gesellschafters bejahend OLG München ZIP 2011, 375; OLG Dresden NotBZ 2011, 444; Heinze, RNotZ 2010, 289, 306 f.; Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169, 188 f. Dagegen OLG Rostock NZI 2003, 648; OLG Dresden NZI 2002, 687.

61 Insofern „Rechtsbedingung“, RGZ 144, 71, 73; Palandt/Ellenger, BGB, 71. Aufl. 2012, Einf. v § 158 Rn. 5.

62 RGZ 144, 71, 73; MünchKomm-BGB/H.P. Westermann, 6. Aufl. 2012, § 158 Rn. 54.

63 So zur GmbH bereits RGZ 64, 149, 151; 160, 225, 232.

64 Zur Genehmigungszuständigkeit Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 15 Rn. 97 ff. m. w. N.

65 Seit BGHZ 13, 179, 186, dort unter Aufgabe der a. A. (§ 135 BGB) des RG.

66 Flume, Die Personengesellschaft, 1977, Bd. I/1, § 17 II, S. 352; MünchKomm-BGB/Ulmer/Schäfer, § 719 Rn. 27.

67 BGHZ 13, 179, 184; MünchKomm-BGB/Ulmer/Schäfer, § 719 Rn. 27.

gungsbefugten bei Verfügungen eines Nichtberechtigten (§ 185 Abs. 2 S. 1, 1. Var. BGB), der Eltern oder des Vormundes eines Minderjährigen (§ 108 Abs. 1 BGB) oder auch die Genehmigung des Familien-, Betreuungs- oder Nachlassgerichts und deren Mitteilung an den anderen Vertragsteil (§ 1829 Abs. 2 BGB)<sup>68</sup> sein. Darüber hinaus kommen prinzipiell auch besondere gesetzlich angeordnete behördliche Genehmigungen als Wirksamkeitsvoraussetzung in Frage, wenngleich diese für Gesellschaftsanteilsübertragungen praktisch weniger bedeutend sind.

Solange eine erforderliche Genehmigung im Sinne von § 184 BGB noch fehlt, ist die Abtretung schwebend unwirksam. Allerdings bindet das Rechtsgeschäft diejenigen, die es abschließen, zumindest in der Weise, dass das Geschäft nur noch von der Genehmigung abhängt und sie nicht beliebig von ihm Abstand nehmen können.<sup>69</sup> Ein Lösungsrecht steht dem Vertragspartner, hier dem Käufer, gemäß §§ 108 Abs. 2, 177 Abs. 2, 1366 Abs. 2 BGB<sup>70</sup> zu, wenn er erfolglos zur Erklärung über die Genehmigung auffordert. Überwiegend wird dieses Lösungsrecht analog auch auf die Fälle erstreckt, in denen es nicht ausdrücklich angeordnet ist,<sup>71</sup> also auch auf die Genehmigung von Seiten der Gesellschaft oder der Gesellschafter. Man wird dann die allgemein angeordnete Zweiwochenfrist zugrunde legen müssen, nicht die ausnahmsweise im Hinblick auf die Besonderheiten des gerichtlichen Genehmigungsverfahrens nach dem FamFG in § 1829 Abs. 2 BGB vorgesehene Vierwochenfrist.

Auch der Insolvenzverwalter des Veräußerers unterliegt damit grundsätzlich der Bindung an eine schwebend unwirksame Anteilsabtretung. Falls allerdings eine Genehmigung erforderlich ist, die von dem Insolvenzschuldner, etwa dem Veräußerer bei der Vertretung ohne Vertretungsmacht oder dem Rechtsinhaber bei der Verfügung eines Nichtberechtigten, zu erteilen ist, hat es der Insolvenzverwalter kraft der auf ihn übergegangenen Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Schuldnervermögen in der Hand, diese Genehmigung zu erteilen oder zu versagen.

Das im Zusammenhang mit dem Unternehmenskauf relevante kartellrechtliche Erfordernis der Anmeldung und gegebenenfalls Freigabe eines Zusammenschlusses ist nicht als nachträgliches Genehmigungserfordernis ausgestaltet. Der „Vollzug“ eines Zusammenschlusses ohne die erforderliche Freigabe unterliegt einem bußgeldbewehrten gesetzlichen Verbot und führt zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts (§§ 81 Abs. 2 Nr. 1, 41 Abs. 1 GWB).<sup>72</sup> Soll die Anteilsübertragung schon vorher vereinbart werden, muss sie also unter die aufschiebende Bedingung der Kartelfreigabe gestellt werden.<sup>73</sup>

### b) Rechtsfolgen der Genehmigung gemäß § 184 BGB im Hinblick auf § 91 Abs. 1 InsO

Die Wirkungen der Genehmigung konstruiert das Gesetz anders als diejenige des Bedingungseintritts: Nach § 184 Abs. 1 BGB wirkt die Genehmigung grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück. Anders als bei der Bedingung, die zu einer Wirksamkeit ex nunc mit nur schuldrechtlicher Rück-

beziehung führt, findet die Rückwirkung bei der Genehmigung auch auf dinglicher Ebene statt. Unberührt bleiben vorher durch den Genehmigenden oder zwangsweise gegen ihn erfolgte Verfügungen gemäß § 184 Abs. 2 BGB.

Damit steht die Insolvenzeröffnung zwischen der Vornahme der Anteilsabtretung und der Genehmigungsteilung der Wirksamkeit der Abtretung grundsätzlich nicht entgegen, sofern nicht die Genehmigung des Schuldners bzw. Insolvenzverwalters erforderlich ist. Wird die erforderliche Genehmigung, insbesondere eine Genehmigung der Gesellschaft oder der Gesellschafter zu der Abtretung des Gesellschaftsanteils oder eine Genehmigung auf Erwerberseite<sup>74</sup>, erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Veräußerers erteilt, dann ist der Anteil aufgrund der Rückwirkung als von vornherein nicht in die Insolvenzmasse gefallen anzusehen.<sup>75</sup>

Dem scheint der in der gesellschaftsrechtlichen Literatur unter Bezugnahme auf § 184 Abs. 2 BGB öfter eingenommene Standpunkt zu widersprechen, dass zwischenzeitliche Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Veräußerer eines Geschäftsanteils im Gegensatz zu anderen Zwischenverfügungen des Veräußerers einem Erwerber gegenüber wirksam bleiben.<sup>76</sup> Mit § 184 Abs. 2 BGB lässt sich dies jedoch nicht vereinbaren. Danach bleiben nur solche Verfügungen von der Rückwirkung unberührt und wirksam, die der Genehmigende getroffen hat oder die „im Wege der Zwangsvollstreckung ... oder durch den Insolvenzverwalter erfolgt sind“. Es dürfte unzweifelhaft sein, dass sich letzteres nur auf zwangsweise erfolgende Verfügungen bezieht, die ein Recht des Genehmigenden als Vollstreckungs- bzw. Insolvenzschuldner betreffen; nur diese sind den

68 Auch insoweit gilt die Rückwirkung des § 184 Abs. 1 BGB, RGZ 76, 364, 366; 142, 59, 62 f.; MünchKomm-BGB/Wagenitz, 6. Aufl. 2012, § 1829 Rn. 22.

69 RGZ 64, 149, 154; Staudinger/Gursky, BGB, 2009, § 184 Rn. 15. Ausnahmen hiervon bilden die Widerrufsrechte gemäß den §§ 109, 178, 1366 Abs. 2, 1830 BGB.

70 Außerdem gemäß §§ 1427 Abs. 1, 1453 Abs. 1, 1829 Abs. 2, 1908 i Abs. 1, 1915 Abs. 1 BGB.

71 Staudinger/Gursky, BGB, § 184 Rn. 18; MünchKomm-BGB/Schramm, § 184 Rn. 9; Flume, BGB AT II, 4. Aufl. 1992, § 56 a. E., je m. w. N.

72 Bechtold, GWB, 6. Aufl. 2010, § 41 Rn. 3 ff.; Rechtsfolge dennoch nur schwebende Unwirksamkeit, BGH NJW 1979, 2563, 2564.

73 Hauschild/Kallrath/Wachter/Hauschild/Böttcher, a.a.O. (Fn. 1), § 21 Rn. 108; vgl. Frie, in: Meyer-Landrut, a.a.O. (Fn. 7), S. 461 f., 477.

74 Hierzu Staudinger/Gursky, BGB, § 184 Rn. 54: Vertragspartner „optimal geschützt“.

75 Vgl. RGZ 134, 73, 78 (zu § 15 KO); BGH WM 1958, 1417, 1418 f., NJW-RR 2009, 705, 706; zur devisenrechtlichen Genehmigung einer Forderungsabtretung ebenso BGH WM 1954, 1417, 1418. Anderes erwog BGH NJW-RR 2002, 191, 193 bezüglich einer Vertrags-/Schuldübernahmevereinbarung im Hinblick auf die insolvenzrechtliche „Erlöschenstheorie“ (BGHZ 106, 236, 241 ff.) und ließ dies offen. In der Begründung abweichend Jaeger/Winkel, InsO, 2007, § 91 Rn. 106; BerlK-InsO/Blersch/v. Olshausen, 2012, § 91 Rn. 7: Der Verfügende müsse in einer § 161 Abs. 1 BGB entsprechenden Weise gebunden sein; dies sei jedoch i. d. R. der Fall, wenn es nicht auf eine Genehmigung auf Seiten des Verfügenden ankomme. Vgl. auch Flume, BGB AT II, § 57 Ziff. 3 c.

76 Großkomm-GmbHG/M. Winter/Löbbe, 2005, § 15 Rn. 247; Scholz/H. Winter/Seibt, 10. Aufl. 2010, GmbHG, § 15 Rn. 133; Münch-Komm-GmbHG/Reichert/Weller, § 15 Rn. 405; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 15 Rn. 47; Michalski/Ebbing, GmbHG, 3. Aufl. 2010, § 15 Rn. 156; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 15 Rn. 76; MünchKomm-AktG/Bayer, § 68 Rn. 97.

rechtsgeschäftlichen Verfügungen des Genehmigenden gleichzusetzen.<sup>77</sup> Zwangsweise Verfügungen, auch die Insolvenzeröffnung, in Bezug auf den Veräußerer, der von dem Genehmigenden verschieden ist, werden von § 184 Abs. 2 BGB nicht erfasst.<sup>78</sup> Die für den abweichenden Standpunkt angeführte Rechtsprechung<sup>79</sup> stützt diesen gerade nicht, sondern stellt klar, dass Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen andere als den Genehmigenden uneingeschränkt von der Rückwirkung gemäß § 184 Abs. 1 BGB betroffen sind.<sup>80</sup> § 184 Abs. 2 BGB ist also nicht anwendbar, wenn die Genehmigung der Gesellschaft bzw. der anderen Gesellschafter zu einer Anteilsübertragung betroffen ist; er bezieht sich auf Fälle, in denen Verfügungen eines Nichtberechtigten oder eines Vertreters ohne Vertretungsmacht von dem Berechtigten genehmigt werden, nachdem von ihm selbst oder gegen ihn anderweitige Verfügungen erfolgt sind.<sup>81</sup> Lediglich in der älteren Literatur wurde die weitergehende Position vertreten, wonach „wohlerworbene Rechte Dritter“ generell vor der Rückwirkung geschützt sein sollen; dies hat keine gesetzliche Stütze und ist daher von der Rechtsprechung bereits früh abgelehnt worden.<sup>82</sup>

Aus der insolvenzrechtlicher Perspektive des § 91 Abs. 1 InsO wird die dingliche Rückwirkung weitgehend respektiert.<sup>83</sup> Einschränkend setzen einzelne voraus, dass der Schuldner als Veräußerer bereits wie bei einer aufschiebenden Bedingung gebunden ist; fehle es daran, so werde der Ausschluss des Rechtserwerbs gemäß § 91 Abs. 1 InsO nicht durch die Rückwirkung überwunden.<sup>84</sup> An einer solchen Bindung kann es faktisch fehlen, wenn der Veräußerer selbst bzw. der Insolvenzverwalter an seiner Stelle die Genehmigung aufgrund von dessen gesellschaftsrechtlicher Stellung noch verhindern kann. Maßgebend ist hierfür in erster Linie die Ausgestaltung der Vinkulierung im Gesellschaftsvertrag der Kapitalgesellschaft: Ein zwingendes Stimmverbot besteht nicht;<sup>85</sup> gegebenenfalls sind die Mehrheitsverhältnisse maßgebend. Bei Personengesellschaften kommt es (nur) auf die Zustimmung der Mitgesellschafter an.

Festzuhalten ist, dass die erforderliche Zustimmung der Gesellschaft oder der Gesellschafter zu einer Anteilsübertragung grundsätzlich auch noch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Veräußerers mit rückwirkender Kraft erfolgen kann und von §§ 81 Abs. 1 S. 1, 91 Abs. 1 InsO unberührt bleibt.

#### 4. Beständigkeit aufschiebend bedingter Anteilsübertragungen

##### a) Wirkungsweise der aufschiebenden Bedingung oder Befristung

Mit der aufschiebenden Bedingung oder Befristung gemäß §§ 158 Abs. 1, 163 BGB wird demjenigen, der ein Rechtsgeschäft vornimmt, die Möglichkeit eingeräumt, seinen Willen verbindlich so zu bestimmen, dass die gewollten Rechtswirkungen nicht sofort, sondern nur in Abhängigkeit von einem späteren ungewissen Ereignis oder Anfangstermin eintreten. Dem entspricht das heute wohl allgemeine dogmatische Verständnis, dass der Eintritt des Ereignisses oder Anfangstermins nicht mehr zum Tatbestand des Rechtsgeschäfts, insbesondere

des Verfügungsgeschäfts, zu rechnen ist. Der Tatbestand ist unabhängig von dem Ereignis oder Anfangstermin bereits verwirklicht, wenn die allgemeinen, auch bei unbedingter Vornahme des Geschäfts maßgeblichen Voraussetzungen erfüllt sind, also im Fall der §§ 398, 413 BGB mit Vorliegen der bloßen Einigung, ansonsten etwa, wenn zusätzlich die Übergabe gemäß § 929 BGB erfolgt ist. Damit liegt eine Verfügung vor, ohne dass schon etwas über ihre Wirksamkeit ausgesagt ist. Das bedingende Ereignis oder der Anfangstermin ist als besondere, hinausgeschobene Wirksamkeitsvoraussetzung einzuordnen.<sup>86</sup> Die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen, vor allem die Verfügungsbefugnis des Verfügenden, müssen im Zeitpunkt der Vollendung des Verfügungstatbestandes vorliegen.<sup>87</sup> Dies genügt, damit die gewollten Rechtsfolgen des bedingten oder befristeten Geschäfts dann mit dem bedingenden Ereignis oder dem Anfangstermin „automatisch“ eintreten können.<sup>88</sup>

##### b) Folgen des Verfügungsverbotes und des Ausschlusses des Rechtserwerbs gemäß §§ 81 Abs. 1 S. 1, 91 Abs. 1 InsO

Der Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter führt entsprechend dem soeben Ausgeführten nur dann gemäß § 81 Abs. 1 S. 1 InsO zur Unwirksamkeit der aufschiebend bedingten oder befristeten Anteilsabtretung, wenn der Verfügungstatbestand nicht bereits vorher voll verwirklicht war.<sup>89</sup>

Tritt die Bedingung oder der Anfangstermin einer vor Insolvenzeröffnung vorgenommenen Anteilsabtretung erst danach ein, dann ist der Geltungsbereich des § 91 Abs. 1 InsO eröffnet. Ohne dass sich dies eindeutig aus deren Wortlaut ergäbe, hindert diese Vorschrift nach im

77 Mot., S. 247 = Mugdan, I. Bd., S. 489; RGZ 134, 73, 78; 134, 121, 123; Staudinger/Gursky, BGB, § 184 Rn. 45; Palandt/Ellenberger, BGB, § 184 Rn. 5; Lange, ZIP 1999, 1373, 1379: allg. anerkannt. Auch Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 105 f.

78 Insofern bestätigt der Absatz 2 des § 184 BGB im Gegenschluss den Absatz 1; Lange, ZIP 1999, 1373, 1379; RGZ 134, 73, 78.

79 Bei Großkomm-GmbH/M. Winter/Löbbe, § 15 Rn. 133: S. die nachfolgende Fn.

80 RGZ 134, 121, 123; OLG Stuttgart, NJW 1954, 36. In BGH NJW 1978, 813 f. = BGHZ 70, 299 lag kein Fall der §§ 182, 184 BGB vor.

81 Näher auch Staudinger/Gursky, BGB, § 184 Rn. 45; Flume, BGB AT II, § 57 Ziff. 3a, S. 910 Fn. 15.

82 RGZ 134, 121, 123 (1931); Staudinger/Gursky, BGB, § 184 Rn. 51 m. w. N. auch zur Gegenansicht.

83 RGZ 134, 73, 78; BGH WM 1958, 1417, 1418f., NJW-RR 2009, 705, 706; MünchKomm-InsO/Breuer, § 91 Rn. 45; FK-InsO/App.6. Aufl. 2011, § 91 Rn 17; Kübler/Prüting/Bork/Lüke, InsO, 2012, § 91 Rn. 52; HK-InsO/Kayser, 6. Aufl. 2011, § 91 Rn. 35; Lange, ZIP 1999, 1373, 1379. Auch Uhlenbruck, InsO, § 91 Rn. 42, jedoch anders für die Vertragsübernahme.

84 Jaeger/Winkel, InsO, § 91 Rn. 106; BerlK-InsO/Biersch/von Olshausen, § 91 Rn. 7. Ebenso Jaeger/Winkel, § 91 Rn. 109 bzgl. der Genehmigung einer Vertragsübernahme.

85 BGHZ 48, 163, 167; OLG Düsseldorf NZG 2000, 1180, 1181; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 15 Rn. 42 m. w. N.; a. A. Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, § 47 Rn. 90.

86 Flume, BGB AT II, § 38 Ziff. 4 b, S. 689; Staudinger/Bork, BGB, 2003, § 158 Rn. 18.

87 BGH DNotZ 1995, 557, 560; Palandt/Ellenberger, BGB, Einf v § 158 Rn. 8.

88 Vgl. BGHZ 20, 88, 97f.

89 Uhlenbruck, InsO, § 81 Rn. 9f.; MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, § 81 Rn. 8; Kübler/Prüting/Bork/Lüke, InsO, § 81 Rn. 11.

Grundsatz einhelliger Auffassung das Wirksamwerden der bedingten oder befristeten Abtretung auch dann nicht.<sup>90</sup> Dies folgt bereits aus der generellen Gleichstellung zwangswise Verfüungen mit rechtsgeschäftlichen Verfüungen durch § 161 Abs. 1 S. 2 BGB. Der Wortlaut dieser Vorschrift besagt zwar nur, dass „Verfüungen durch den Insolvenzverwalter“ bei Bedingungseintritt unwirksam werden. Die Insolvenzeröffnung mit der Beschlagnahme der Masse hat verfüngungsähnliche Wirkungen,<sup>91</sup> sie ist jedoch keine Verfugung durch den Insolvenzverwalter. Doch dass Verfüungen des Insolvenzverwalters im Normtext angeführt sind, setzt voraus, dass die aufschiebend bedingte Abtretung nicht bereits durch die Insolvenzeröffnung vereitelt wird.<sup>92</sup> Das Insolvenzrecht respektiert hier das durch § 158 Abs. 1 BGB ermöglichte verbindliche Abhängigmachen der Rechtswirkungen von dem Bedingungseintritt.<sup>93</sup> Der BGH stützt sich zusätzlich darauf, dass bedingte Rechte im Insolvenzverfahren als bereits bestehend behandelt werden müssten.<sup>94</sup> Eher eine Schlussfolgerung als ein Argument ist es, wenn der Bundgerichtshof feststellt, es sei entscheidend, „ob das Recht aus dem Vermögen des Schuldners bereits zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung ausgeschieden war, so dass für ihn keine Möglichkeit mehr bestand, es auf Grund alleiniger Entscheidung wieder zurück zu erlangen.“<sup>95</sup> Zusätzlich kommt darin die selbstverständliche Voraussetzung zum Ausdruck, dass die Bedingung nach ihrem Inhalt nicht so gestaltet sein darf, dass der Insolvenzverwalter ihren Eintritt verhindern kann.<sup>96</sup>

Im Insolvenzeröffnungsverfahren ist § 91 Abs. 1 InsO im Übrigen trotz der vorläufigen Anordnung eines Verfüngungsverbotes von vornherein nicht anwendbar, sei es analog oder in erweiternder Auslegung des § 24 Abs. 1 InsO.<sup>97</sup>

### **III. Einwirkungen des Ausscheidens des Verkäufers als Gesellschafter oder der Auflösung der Gesellschaft**

Soweit die Gesellschafterinsolvenz Auswirkungen auf die Gesellschaft selbst oder die Beteiligung an ihr hat, stellt sich die Frage, ob der Käufer auch geschützt ist, wenn die Abtretung vor der Insolvenzeröffnung vorgenommen wurde, aber erst danach – etwa mit dem Eintritt einer aufschiebenden Bedingung oder einer Genehmigung – wirksam wird.

#### **1. Schutz des aufschiebend bedingt Berechtigten?**

Kommt es durch die Insolvenz des Anteilsverkäufers zur Auflösung der Gesellschaft und damit zum Übergang in die Liquidation, wie dies bei der GbR der gesetzliche Regelfall ist und bei anderen Gesellschaftsformen im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden kann, so wird davon auszugehen sein, dass die bereits erfolgte aufschiebend bedingte Abtretung des Gesellschaftsanteils bei Bedingungseintritt daran nichts ändert. Nähere Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur finden sich hierzu kaum.

Der Umfang des Schutzes des bedingt Berechtigten ergibt sich aus den Vorschriften der §§ 159 ff. BGB. Der

Gesetzgeber des BGB hat sich bewusst gegen eine umfassende Rückwirkung des Bedingungseintritts entschieden, weil er diesen seinerzeit auch vertretenen Ansatz als zu undifferenziert ansah.<sup>98</sup> Somit bleibt der Veräußerer auch bei Eintritt der Bedingung bis zu diesem Zeitpunkt Gesellschafter und damit als solcher von der Insolvenzeröffnung betroffen. Der Schutz des bedingt Berechtigten auf dinglicher Ebene beschränkt sich gemäß § 161 Abs. 1 BGB auf rechtsgeschäftliche und zwangswise „Verfügungen[n]“, welche „die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde[n]“. Im Übrigen werden schuldrechtliche Ansprüche eingeräumt. Eine Verfugung liegt nur vor, wenn auf den Bestand eines subjektiven Rechts unmittelbar eingewirkt wird, indem es zulasten des Rechtsinhabers übertragen, belastet, aufgehoben oder inhaltlich verändert wird.<sup>99</sup> Die mit der Auflösung einhergehende Zweckänderung der Gesellschaft wirkt nicht in dieser Weise auf den Gesellschaftsanteil ein, weil sie ihn in seinem Bestand nicht berührt. Eine (zwangswise) Verfugung über den Anteil durch die Insolvenzeröffnung ist damit nicht gegeben.

Nicht ebenso eindeutig ist auf den ersten Blick das Ausscheiden des insolventen Verkäufers aus der Gesellschaft zu beurteilen. Bei der Personengesellschaft lässt sich erwägen, ob das automatische Ausscheiden des Verkäufers, das bei Fortsetzung der Gesellschaft Folge der Gesellschafterinsolvenz ist, unter den Schutz des § 161 Abs. 1 BGB fällt. So wird davon auszugehen sein, dass jedenfalls eine auf das Ausscheiden gerichtete Kündigung des Gesellschafter<sup>100</sup> durchaus als Verfugung anzusehen und bei Bedingungseintritt unwirksam ist. Betrachtet man das insolvenzbedingte Ausscheiden als gesetzliche Zwangskündigung zur Erleichterung der Verwertung im Insolvenzverfahren, dann kann dies als eine vergleichbare zwangswise Verfugung „aus dem Recht“<sup>101</sup> des Verkäufers gemäß § 161 Abs. 1 S. 2 BGB erscheinen. Dennoch spricht mehr dafür, die Insolvenzeröffnung nicht so einzuordnen. Es fehlt an der Unmittelbarkeit der Einwirkung auf den Bestand des Anteils, da die konkrete Rechtsfolge des Ausscheidens nicht durch die Insolvenzeröffnung selbst, sondern als gesellschaftsrechtlich vermittelte Folge, sei es durch Gesellschaftsvertrag oder durch gesetzliche

90 BGH NJW 2006, 915, 915f.; BGHZ 155, 87, 92f.; Uhlenbrück, InsO, § 91 Rn. 25; Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 10.23.

91 Behrendt, Verfüungen im Wege der Zwangsvollstreckung, 2006, S. 111f.

92 Jaeger/Windel, InsO, § 91 Rn. 71; Häsemeyer, a.a.O. (Fn. 90), Rn. 10.23. Mit gleichem Ergebnis BGHZ 70, 75, 77; 155, 87, 92f.; BGH NJW 2006, 915, 915f. und bereits Mot., S. 259 = Mugdan, I. Bd., S. 496.

93 Entgegen HK-InsO/Kayser, § 91 Rn. 7 entsprechen sich bürgerlichrechtliche und insolvenzrechtliche Wertung hier.

94 BGHZ 70, 75, 77; 155, 87, 92; Uhlenbrück, InsO, § 81 Rn. 10.

95 BGH NJW 2006, 915, 915f.

96 Dazu näher unter D IV 3.d.

97 BGHZ 170, 196, 199; Uhlenbrück, InsO, § 91 Rn. 2.

98 Mot., S. 260f. = Mugdan, I. Bd., S. 497.

99 MünchKomm-BGB/Bayreuther, § 185 Rn. 3; Mot., S. 128 = Mugdan, I. Bd., S. 422.

100 DNotl-Gutachten Nr. 99686 vom 7. Januar 2010. Vgl. ferner Palandt/Weidlich, BGB, § 2115 Rn. 1 a.E.

101 So die treffende Terminologie in Mot., S. 128, 213, 259 = Mugdan, I. Bd., S. 422, 470, 496.

Regelungen des Gesellschaftsverhältnisses, eintritt. Das Ausscheiden ist Reaktion der Gesellschaft und Schutz vor dem Mitwirken des Insolvenzverwalters.<sup>102</sup> Die Insolvenzeröffnung ist auch keine zielgerichtet auf den Gesellschaftsanteil einwirkende Maßnahme, was für eine zwangsweise Verfügung wohl ebenso wie für eine rechtsgeschäftliche Verfügung vorauszusetzen wäre.

Erst recht ist der aufschiebend bedingt Berechtigte nicht vor dem Ausscheiden des insolventen Verkäufers eines GmbH-Geschäftsanteils durch dessen insolvenzbedingte Einziehung geschützt.<sup>103</sup> In diesem Fall liegt eindeutig keine unmittelbare Einwirkung der Insolvenzeröffnung auf den Bestand des Geschäftsanteils vor, da die Einziehung eine den Gesellschaftern durch die Satzung nur vorbehaltene und in ihr Ermessen gestellte Gestaltungsmöglichkeit ist.

Hinsichtlich der Schutzwirkungen der Anwartschaft des aufschiebend bedingt Berechtigten ist also festzuhalten: Von einem unmittelbaren Schutz vor den insolvenzbedingten Folgewirkungen auf der Ebene der Gesellschaft kann nicht ausgegangen werden. Hier hilft es dem Käufer im Grunde nur, sich über die Bonität seines Geschäftspartners zuverlässig informiert zu haben.

Ergänzend ist anzumerken: Durch das Ausscheiden tritt ein Abfindungsanspruch bzw. das Einziehungsentgelt an die Stelle des Anteils. An diesem Anspruch wird der Käufer an sich kein besonderes Interesse haben. Eine allenfalls zu in Betracht zu ziehende aufschiebend bedingte ersatzweise Abtretung dieses Anspruchs<sup>104</sup> hilft dem Käufer in der Insolvenz des Verkäufers nicht weiter: Sie bezöge sich auf einen noch nicht entstandenen, künftigen Anspruch und würde dem Käufer deswegen keine gesicherte Rechtsposition verschaffen. Der Ausschluss des Rechtserwerbs gemäß § 91 Abs. 1 InsO stünde ihrem Wirksamwerden nach Insolvenzeröffnung daher entgegen.<sup>105</sup>

## 2. Schutz durch die Rückwirkung der Genehmigung?

Die in § 184 Abs. 1 BGB angeordnete Rückwirkung der Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts tritt auf dinglicher Ebene ein und hat dementsprechend absolute Wirkung. Bei dieser nachträglichen Genehmigung gilt die Abtretung dann auch gegenüber der Gesellschaft als bereits vor Insolvenzeröffnung erfolgt, so dass dem Ausscheiden und der Auflösung wegen der zwischenzeitlichen Insolvenz des Verkäufers die Grundlage entzogen ist. Hängt die Wirksamkeit von der Genehmigung der Gesellschaft oder der Gesellschafter ab, dann eröffnet ihr oder ihnen dies die sonst nicht gegebene Option, statt des Ausscheidens des bisherigen Gesellschafters oder der Auflösung den Käufer als Neugesellschafter aufzunehmen. Der Insolvenzverwalter wird damit auf die kaufvertragliche Gegenleistung verwiesen. Auch wenn eine Genehmigung auf Erwerberseite fehlt, kann das Ausscheiden oder die Auflösung aufgrund der Rückwirkung mit Genehmigungserteilung noch entfallen.

Bei der GmbH ist dagegen zu berücksichtigen, dass es gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG auch dann auf die im

Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste kommt, wenn die Gesellschafteigenschaft Vorfrage für die Feststellung der Einziehungsvoraussetzungen ist.<sup>106</sup> Einer Rückwirkung, welche der Einziehung ihre Grundlage nimmt, wird dies entgegenstehen. Doch wäre es ohnehin widersprüchlich, wenn die Gesellschafter die Einziehung beschließen und dennoch die erfolgte Verfügung genehmigen wollten. Entsprechendes gilt bei der Aktiengesellschaft für die Eintragung der Aktionäre von Namensaktien im Aktienregister gemäß § 68 Abs. 2 AktG.

## IV. Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters gemäß § 103 InsO bei beiderseits nicht erfülltem Vertrag

Soweit die Erfüllung des Anteilskaufvertrages noch möglich ist, da der Gesellschaftsanteil in der Hand des Verkäufers fortbesteht, insbesondere bei den Kapitalgesellschaften, ist das Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters von zentraler Bedeutung.

### 1. Zweck, Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Überblick

Die Auswirkungen der Insolvenzeröffnung auf schwedende Rechtsverhältnisse wird in §§ 103 ff. InsO differenziert, aber nicht lückenlos geregelt und bildet ein „Kernproblem des Insolvenzverfahrens“<sup>107</sup>. Gerade zur Behandlung gegenseitiger Verträge liegt umfangreiche Rechtsprechung vor, die sich im grundlegenden Verständnis der Vorschriften gewandelt hat, auch mit Auswirkungen auf die jeweiligen Rechtsfolgen. Die für Austauschverträge grundlegende Norm des § 103 InsO wird insbesondere durch Vorschriften über teilbare Leistungen (§ 105 InsO), vormerkungsgesicherte Ansprüche (§ 106 InsO) und den Eigentumsvorbehalt (§ 107 InsO) ergänzt. Während der Normzweck früher vor allem im Schutz des Vertragspartners des Insolvenzschuldners gesehen wurde, stellt die heutige Rechtsprechung das Anliegen in den Vordergrund, die Insolvenzmasse zu schützen und im Interesse einer gleichmäßigen Befriedigung zu mehren.<sup>108</sup>

#### a) Voraussetzungen

Voraussetzung für das Erfüllungswahlrecht ist, dass der gegenseitige Vertrag im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung von beiden Seiten noch nicht oder nicht vollständig erfüllt war. Entscheidend dafür ist grundsätzlich der Eintritt des Leistungserfolges.<sup>109</sup> Erfolgt die Abtretung unter einer aufschiebenden Bedingung, so ist erst mit Bedingungseintritt das geschuldete Recht ver-

102 Baumbach/Hopt, HGB, § 131 Rn. 1; Göcke, NZG 2009, 211, 212.

103 Vgl. Ring/Grziwotz, Syst. Praxiskomm. GmbH-Recht, 2009, Kap. 4 Rn. 48.

104 Nach Flume, BGB AT II, § 40 Ziff. 2 b wäre sie der Anteilsabtretung ggf. im Wege der ergänzenden Auslegung zu entnehmen.

105 BGH DNotZ 2010, 828, 830.

106 BGH DStR 1993, 1032 u. OLG Hamm GmbHHR 1993, 660 m. Anm. Goette, DStR 1993, 1032, 1033; ferner OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 607, 610f.

107 Foerste, Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2010, Rn. 205.

108 BGHZ 106, 236, 243 f.; 129, 336, 339; 135, 25, 27 ff.; Uhlenbrück/Wegener, InsO, § 103 Rn. 1.

109 Uhlenbrück/Wegener, InsO, § 103 Rn. 59.

schafft und der Leistungserfolg eingetreten. Ob die Verschaffung einer gesicherten Anwartschaft dennoch bereits als vollständige Erfüllung zu behandeln ist, bleibt im Zusammenhang mit der aufschiebend bedingten Verfügung zu erörtern. Auch wenn die Abtretung zwar mit sofortiger Wirkung, aber unter Vorbehalt eines Pfandrechts oder unter einer auflösenden Bedingung erfolgt ist, fehlt es noch an einer vollständigen Erfüllung,<sup>110</sup> denn der geschuldete Leistungserfolg wird gerade in der Verschaffung eines unbelasteten und nicht mehr der latenten Verfügungsbeschränkung des § 161 Abs. 2 BGB unterliegenden Gesellschaftsanteils bestehen. Davon abgesehen hindern auch nicht erfüllte Nebenpflichten, die nicht völlig unbedeutend sind, die vollständige Erfüllung, selbst wenn sie nicht im Gegen seitigkeitsverhältnis stehen.<sup>111</sup>

### b) Rechtsfolgen bei bereits erfolgter vollständiger Leistung

Ist das Erfüllungswahlrecht ausgeschlossen, weil der in Insolvenz gefallene Verkäufer bereits vollständig geleistet hatte, dann steht der Masse nunmehr der durchsetzbare Anspruch auf den Kaufpreis zu; die Einwendung des § 320 BGB ist weggefallen, ein Zurück behaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB kann in der Insolvenz gegen den Schuldner nicht geltend gemacht werden.<sup>112</sup> Hatte der Käufer bereits vollständig geleistet, also den Kaufpreis als Vorleistung gezahlt, dann steht ihm hinsichtlich der Gegenleistung nur eine Insolvenzforderung zu; er kann seinen Anspruch auf Übertragung des Gesellschaftsanteils mit dem Schätz wert (§ 45 InsO) zur Insolvenztabelle anzumelden und erhält letztlich einen Geldbetrag entsprechend der Insolvenzquote. Haben beide Seiten bei Insolvenzeröffnung bereits vollständig erfüllt, so hat der Vertrag im Hinblick auf § 103 InsO erst recht Bestand.<sup>113</sup>

Generell empfiehlt sich also, bei der Vertragsgestaltung in vermuteter Insolvenznähe dafür Sorge zu tragen, dass der Vertrag kurzfristig beidseitig, zumindest aber vom insolvenzbedrohten Käufer, erfüllt wird. Insbesondere sollten keine Ratenzahlung oder Kaufpreis stundung vereinbart werden und weitere Leistungspflichten oder Nacherfüllungsansprüche<sup>114</sup> vermieden werden, die den Vertrag längerfristig in der Schwebe halten. Problematisch sind unter diesem Gesichtspunkt auch Kaufpreisanpassungsklauseln<sup>115</sup> und Freistellungsverpflichtungen.<sup>116</sup>

### c) Rechtsfolgen bei beiderseits noch nicht erfolgter Leistung

Wenn Käufer und Verkäufer bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens beide noch keine Leistung erbracht haben, dann hängen die Rechtsfolgen gemäß § 103 InsO grundsätzlich davon ab, ob der Insolvenzverwalter Erfüllung wählt oder diese ablehnt. Dies hat der Insolvenzverwalter gegenüber dem Vertragspartner, hier dem Käufer, zu erklären, und zwar „unverzüglich“, wenn dieser den Insolvenzverwalter dazu aufgefordert hat (§ 103 Abs. 2 S. 2 InsO). Für die Unverzüglichkeit ist zu berücksichtigen, dass der Insolvenzverwalter gegebenenfalls Gelegenheit haben muss, die Zustimmung

des Gläubigerausschusses einzuholen (vgl. § 160 Abs. 2 Nr. 1 InsO).<sup>117</sup>

Haben weder Verkäufer noch Käufer eine Leistung erbracht, dann führt die Erfüllungswahl dazu, dass die Forderungen des Käufers zu Masseforderungen gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2, 1. Var. InsO werden, die vorrangig zu befriedigen sind (§ 53 InsO); die Forderungen des insolventen Verkäufers kann der Insolvenzverwalter dann für die Masse durchsetzen. Die dogmatische Einordnung und Konstruktion dieses Ergebnis mag an dieser Stelle dahinstehen, sie wird erst relevant für den Fall der aufschiebend bedingten Abtretung des Gesellschaftsanteils.

Lehnt der Insolvenzverwalter dagegen die Erfüllung in Fällen ab, in denen weder Verkäufer noch Käufer Leistungen erbracht haben, dann unterbleibt der Leistungsaustausch. Die beiderseitigen Ansprüche sind (weiterhin) nicht durchsetzbar, solange das Insolvenzverfahren läuft.<sup>118</sup> Der Insolvenzverwalter kann Erfüllung endgültig nicht mehr verlangen.<sup>119</sup> Der Käufer ist gemäß § 103 Abs. 2 S. 1 InsO berechtigt, gegen den insolventen Verkäufer eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend machen, die jedoch nur Insolvenzforderung ist und mit der Quote berücksichtigt wird. Die Forderung ist auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens gerichtet, nach überwiegender Auffassung jedoch ohne einen Gewinnentgang über die Wertdifferenz der Leistungen hinaus.<sup>120</sup> Durch die Anmeldung dieser Forderung zur Tabelle wird das Rechtsverhältnis umgestaltet, die Erfüllungsansprüche erlöschen nunmehr.<sup>121</sup>

### d) Rechtsfolgen bei Teilleistungen des Verkäufers oder/und Käufers

Hatte bei dem beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Vertrag der Verkäufer oder Käufer bei Insolvenzeröffnung eine Teilleistung erbracht, sind auch die Folgen der Erfüllungswahl oder Erfüllungsablehnung für die Teilleistung und gegebenenfalls die auf sie entfallende Gegenleistung zu berücksichtigen. Wurden Teilleistungen auf einen teilbaren Vertrag erbracht, dann hat dies insolvenzrechtlich grundsätzlich eine gespaltene

110 Ohne Begründung anders Strotmann, ZInsO 2004, 1314, 1320.

111 So die Rspr. und h. M., BGHZ 58, 246, 249; BGH NJW 1983, 1619; Uhlenbrück/Wegener, InsO, § 103 Rn. 58 m.N. auch zur a. A.

112 So BGHZ 150, 138, 145 f.; 161, 241, 252 f.

113 BGHZ 98, 160, 171; MünchKomm-InsO/Kreft, § 103 Rn. 37.

114 Nacherfüllungsansprüche stehen angesichts des § 433 Abs. 1 S. 1 BGB der vollständigen Erfüllung entgegen, anders als ggf. weitere Rechte und Folgen mangelhafter Leistung, näher Uhlenbrück/Wegener, InsO, § 103 Rn. 65 ff.; HK-InsO/Marotzke, § 103 Rn. 28; Wessels, ZIP 2004, 1237, 1241.

115 Zu sog. Earn-out-Klauseln vgl. Meyding/Grau, NZG 2011, 41, 422 ff.

116 Wessels, ZIP 2004, 1237, 1242 f.; Strotmann, ZInsO 2010, 1314, 1322.

117 Näher Uhlenbrück/Wegener, InsO, § 103 Rn. 129; Uhlenbrück, InsO, § 160 Rn. 24.

118 BGHZ 155, 87, 99.

119 Insoweit hat die Erfüllungsablehnung rechtsgestaltende Wirkung, Uhlenbrück/Wegener, InsO, § 103 Rn. 157; HK-InsO/Marotzke, § 103 Rn. 45.

120 Zu den Einzelheiten Uhlenbrück/Wegener, InsO, § 103 Rn. 166 ff.; Kübler/Prütting/Bork/Tintelnot, InsO, § 103 Rn. 97 ff.

121 BFH ZIP 2007, 976, unter II 1 b; Uhlenbrück/Wegener, InsO, § 103 Rn. 161 f.; MünchKomm-InsO/Kreft, § 103 Rn. 22.

Betrachtung dieses Vertrages zur Folge: Unterschieden wird zwischen dem Teil des Vertrages, dem die von beiden Seiten ausgetauschten korrespondierenden Teilleistungen oder aber die erbrachte Teilleistung einer Seite und die hierauf entfallende anteilige Gegenleistung zuzuordnen sind, und dem anderen Teil des Vertrages, auf den die beiderseits nicht erfüllten Leistungsteile entfallen.<sup>122</sup> Die Teilbarkeit der beiderseitigen Leistungen ist dabei allein nach insolvenzrechtlichen Maßstäben zu beurteilen und weit gefasst; es reicht aus, dass sich die erbrachte Leistung feststellen und bewerten<sup>123</sup> bzw. die zu erbringende wertmäßig aufteilen lässt.<sup>124</sup>

Der erstgenannte, zumindest einseitig bereits voll erfüllte Teil wird insolvenzrechtlich wie ein isolierter Vertrag behandelt: Soweit der Schuldner, hier der Verkäufer, eine Vorleistung erbracht hat, kann er auch ohne Erfüllungswahl die Forderung auf die Gegenleistung geltend machen.<sup>125</sup> Soweit die andere Vertragspartei, hier der Käufer, in Vorleistung getreten ist, kann sie wegen der Gegenleistung nur eine Insolvenzforderung geltend machen, unabhängig von der Entscheidung des Insolvenzverwalters bezüglich des beidseits nicht erfüllten Vertragsteils; dies ergibt sich auch aus § 105 S. 1 InsO.<sup>126</sup> Als Forderung auf eine Sachleistung, etwa die (Teil-)Übertragung von Gesellschaftsanteilen, kann sie nur mit dem Schätzwert in Geld (§ 45 InsO) zur Tabelle angemeldet werden. Der Käufer ist gemäß § 105 S. 2 InsO ausdrücklich nicht zur Rückforderung des seinerseits Geleisteten berechtigt. Letztlich wird das Vorleistungsrisko auch bei teilweiser Leistung dem Vorleistenden ebenso zugeordnet wie bei vollständiger einseitiger Erfüllung.

Der andere, beiderseits noch nicht erfüllte Teil des Vertrages wird ebenfalls isoliert betrachtet und unterliegt dem Erfüllungswahlrecht des § 103 InsO. Wählt der Insolvenzverwalter die Erfüllung, dann erlangt die andere Vertragspartei, hier der Käufer, nur bezüglich dieses Teils des Vertrages eine Masseforderung gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2, 1. Var. InsO.<sup>127</sup> Lehnt der Insolvenzverwalter die Erfüllung dagegen ab, kann der Käufer insoweit Schadensersatz wegen der Nichterfüllung nach § 103 Abs. 2 S. 1 InsO verlangen. Der aufgespaltenen Betrachtung beider Vertragsteile entspricht es, dass die Ablehnung der Erfüllung bezüglich des beidseits nicht erfüllten Teils die vom Schuldner bereits erbrachte Teilleistung unberührt lässt und die anderen Vertragspartei hierfür, unabhängig von der Erfüllungswahl, die noch offene Gegenleistung zur Masse zu erbringen hat, ohne dass ihr aufgrund der Ablehnung der Erfüllung eine Einrede gemäß § 320 BGB<sup>128</sup> zustünde; sie kann nur ihren Nichterfüllungsschaden gemäß § 103 Abs. 2 S. 1 InsO entgegenhalten. Der BGH erkennt inzwischen an, dass eine Rückerstattung erfolgter Teilleistungen des Schuldners zur Masse grundsätzlich nicht gefordert werden kann.<sup>129</sup> Er hat dabei den Vorbehalt gemacht, dass ein Rückerstattungsanspruch „allenfalls“ dann entstehen könne, wenn das Interesse des Insolvenzverwalters an der noch ausstehenden Leistung entfällt.<sup>130</sup> Dies ist denkbar, wenn diese korrespondierende Teilleistung der anderen Vertragspartei nach Inhalt und Zweck des Vertrages für den Insolvenzverwalter nicht verwendbar ist.<sup>131</sup>

## 2. Genehmigungen als Wirksamkeitsvoraussetzung der Anteilsübertragung

Das rückwirkende Wirksamwerden einer Anteilsübertragung, zu der eine Genehmigung im Sinne des § 184 Abs. 1 BGB bei Insolvenzeröffnung noch ausstand und danach erteilt wird, ist auch für die Voraussetzungen des § 103 Abs. 1 InsO zu beachten.<sup>132</sup> Insoweit kann also nachträglich noch eine vollständige oder zumindest teilweise Leistung des Schuldners vor Insolvenzeröffnung herbeigeführt werden, so dass dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters entweder ganz oder zumindest für den betreffenden Teil des Kaufvertrages die Grundlage entzogen werden kann. Die Kaufpreisverbindlichkeit ist dann gegenüber der Insolvenzmasse zu erfüllen.

## 3. Beständigkeit der insbesondere durch die Kaufpreiszahlung aufschiebend bedingten Anteilsübertragung

Ist die Übertragung des Gesellschaftsanteils bereits vor Insolvenzeröffnung unter einer bis dahin noch nicht eingetretenen aufschiebenden Bedingung erfolgt, dann stellt sich die Frage nach der Beständigkeit dieser Übertragung auch gegenüber der Erfüllungsablehnung durch den Insolvenzverwalter oder sonstigen diesem zustehenden Handlungsmöglichkeiten. In Literatur und Rechtsprechung ist diese Frage gerade im Hinblick auf die Übertragung von Gesellschaftsanteilen nach wie vor nicht eindeutig geklärt. Wird davon ausgegangen, dass der gegenseitige Vertrag nicht von beiden Seiten voll erfüllt ist, bis der Leistungserfolg eintritt, so genügt die aufschiebend bedingt vorgenommene Abtretung des Gesellschaftsanteils bei noch nicht gezahltem Kaufpreis nicht, um dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters zu entgehen.<sup>133</sup> Dann kommt es darauf an, ob sich aus § 107 Abs. 1 InsO oder bereits aus den Rechtsfolgen des Insolvenzeröffnung bzw. der Erfüllungsablehnung die Beständigkeit der aufschiebend bedingten Anteilsabtretung auch gegenüber § 103 Abs. 1 InsO ergibt.

Typische und praktisch wohl häufigste Bedingung bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen in Erfüllung eines Kaufvertrages ist die vollständige Zahlung des Kaufpreises. Bei dieser Bedingung wird daher nachfol-

122 BGHZ 129, 336, 339 ff.; 135, 25, 26 ff.; Uhlenbruck/Wegener, InsO, § 103 Rn. 14 ff.; MünchKomm-InsO/Kreft, § 103 Rn. 47, 51.

123 BGHZ 147, 28, 33 f.; 150, 353, 359; Uhlenbruck/Wegener, InsO, § 103 Rn. 17, § 105 Rn. 7 ff.

124 Uhlenbruck/Wegener, InsO, § 105 Rn. 10; Graf-Schlicker/Breitenbücher, InsO, § 105 Rn. 4.

125 BGHZ 129, 336, 340; MünchKomm-InsO/Kreft, § 103 Rn. 32.

126 BGHZ 135, 25, 27; MünchKomm-InsO/Kreft, § 103 Rn. 25.

127 MünchKomm-InsO/Kreft, § 103 Rn. 47 ff., 51.

128 Ebd. Rn. 32.

129 BGHZ 155, 87, 96 f.; ähnlich HK-InsO/Marotzke, § 103 Rn. 99 f.: § 103 InsO gewähre kein „Super-Anfechtungsrecht“; MünchKomm-InsO/Kreft, § 103 Rn. 34: Rechtsgedanke des § 105 S. 2 BGB.

130 Ebd.

131 MünchKomm-InsO/Kreft, § 103 Rn. 34.

132 Vgl. Fn. 75.

133 Teils wurde bereits in der Verschaffung des Anwartschaftsrechts als bedingt Berechtigter die vollständige Erfüllung i. S. des § 103 Abs. 1 InsO gesehen – so die Lit. zur KO Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl. 1979, § 17 Rn. 52 ff., 54, vgl. im Zshg. mit der Auflassung MünchKomm-InsO/Huber, § 103 Rn. 132 je m. w. N. Dem ist die Rspr. indessen nie gefolgt, zumal sich die Beständigkeit der Anwartschaft gegenüber § 103 Abs. 1 InsO zu beweisen hat.

gend primär angesetzt, wobei auch auf andere Bedingungen einzugehen ist.

### a) Unmittelbare oder analoge Anwendung des § 107 Abs. 1 InsO

Nach § 107 Abs. 1 InsO kann der Vertragspartner, dem der Schuldner eine bewegliche Sache unter Eigentumsvorbehalt verkauft und dem er den Besitz übertragen hat, die Erfüllung des Kaufvertrages verlangen. Das Recht des Insolvenzverwalters, über die Erfüllung zu entscheiden, wird dadurch ausgeschlossen.<sup>134</sup>

Unmittelbare Anwendung findet die Vorschrift, wenn Aktien unter der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung übereignet werden und der Käufer den Besitz erhalten hat. Die Übertragung müsste dafür durch Übereignung der Aktienurkunde oder von Miteigentumsanteilen an einem verwahrten Sammelbestand oder einer Globalurkunde vornehmlich nach § 929 S. 1 BGB erfolgt sein, die bei Inhaberaktien und blanko indossierten Namensaktien in Betracht kommt. Zu beachten ist jedoch, dass eine Reihe weiterer Varianten der Aktienübertragung existieren, für die anders gelten kann.<sup>135</sup>

Bei der Übertragung anderer Gesellschaftsanteile handelt es sich stets um eine Übertragung von Rechten. Ob § 107 Abs. 1 InsO auf den Rechtskauf mit aufschiebend bedingter Abtretung des Rechts analoge Anwendung findet, ist in der Literatur umstritten. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat hierzu bislang nicht Stellung genommen. Die Auffassung, die eine analoge Anwendung bejaht,<sup>136</sup> sieht in der Voraussetzung der Besitzübertragung kein Hindernis; diese deute bei verständiger Auslegung nur auf das Erfordernis einer aufschiebend bedingten Übereignung der Sache hin, mit der die aufschiebend bedingte Rechtsübertragung bei einem Verkauf von Rechten gleichzusetzen sei.<sup>137</sup> Nach anderer Auffassung ist die Erweiterung des § 107 Abs. 1 InsO im Wege der Analogie abzulehnen. Es handele sich um eine Ausnahmeverordnung, mit welcher der Gesetzgeber nur den Sachkäufer habe schützen wollen; für die Ausdehnung auf den Rechtskauf bestehe kein Bedürfnis, sie sei mit dem Besitzerfordernis unvereinbar.<sup>138</sup>

Das Interesse an der Erhaltung und Mehrung der Insolvenzmasse spricht im Hinblick auf die Ausnahmen von § 103 Abs. 1 InsO grundsätzlich für einen restriktiven Ansatz. Dennoch ist die Auffassung überzeugend, nach der § 107 Abs. 1 InsO analog auf die durch Kaufpreiszahlung aufschiebend bedingte Übertragung von Rechten anzuwenden ist. Die Vorschrift knüpft in ihrem Wortlaut an das Realphänomen des Eigentumsvorbehalts an, der bürgerlichrechtlich nur Anknüpfungspunkt einer Auslegungsregel ist (§ 449 Abs. 1 BGB), obwohl die wertungsmäßige Rechtfertigung für die Beständigkeit der Rechtsposition des Käufers gegenüber dem Insolvenzverwalterwahlrecht darauf aufbaut, dass der aufschiebend bedingt Berechtigte als solcher eine durch §§ 161, 162 BGB gesicherte Rechtsposition erlangt.<sup>139</sup> Wird in § 107 Abs. 1 InsO die Insolvenzbeständigkeit dieser Rechtsposition zum Ausdruck gebracht, dann ist die Gleichbehandlung der durch Kaufpreiszahlung aufschiebend bedingten Berechtigung an Rechten wie Gesellschaftsanteilen ge-

boten, zumal die Interessenlage auch sonst gleich ist. Das Besitzerfordernis verweist nur beschreibend auf die nach § 929 S. 1 BGB erforderliche Übergabe, eine weitergehende selbständige Bedeutung ist nicht erkennbar. Die Regelungsabsicht des Gesetzgebers beschränkte sich zwar positiv auf den Eigentumsvorbehalt. Sie war insoweit jedoch unvollkommen. Eine negative, begrenzende Intention ist nicht erkennbar.<sup>140</sup>

### b) Bedingungseintritt trotz Erfüllungsablehnung bei bloßem Wegfall der Durchsetzbarkeit der Forderungen im Insolvenzverfahren

Ursprünglich nahm die Rechtsprechung an, dass die Ablehnung der Erfüllung durch den Insolvenzverwalter die noch offenen Ansprüche aus beiderseits nicht erfüllten gegenseitigen Verträgen erlöschen lasse, später im Interesse des Masseschutzes sogar, dass das Erlöschen bereits mit Insolvenzeröffnung eintrate, so dass die Ansprüche bei Erfüllungswahl mit demselben Inhalt neu begründet würden.<sup>141</sup> Darauf beruhte die Auffassung der Rechtsprechung vor Einführung des § 107 Abs. 1 InsO, dass die aufschiebende Bedingung der Kaufpreiszahlung jedenfalls bei Erfüllungsablehnung mangels eines erfüllbaren Anspruchs nicht mehr eintreten könne.<sup>142</sup> Danach verwirklichte sich hier die Schwäche der bedingten Berechtigung, die sich aus ihrer Abhängigkeit von der schuldrechtlichen Grundlage ergibt.

Inzwischen hat der BGH seinen dogmatischen Standpunkt jedoch entscheidend geändert oder klargestellt. Die Insolvenzeröffnung führt nicht zum Erlöschen der beidseitigen Ansprüche aus schwierigen Geschäften im Sinne einer materiell-rechtlichen Umgestaltung. Diese Ansprüche verlieren lediglich ihre Durchsetzbarkeit während des Insolvenzverfahrens. Die Erfüllungsablehnung ändert hieran nichts. Im Fall der Erfüllungswahl erhalten die Erfüllungsansprüche demnach „die Rechtsqualität von originären Forderungen der und gegen die Masse“.<sup>143</sup> Nach dieser bereits verfestigten Auffassung der Rechtsprechung bleibt die Kaufpreis-

134 Ein solches Recht nahm die Rechtsprechung zur KO vorbehaltlich § 242 BGB wegen Erlöschens des Kaufpreisanspruchs jdf. durch Erfüllungsablehnung an, vgl. Begr. RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 146; Uhlenbrück/Wegener, InsO, § 107 Rn. 2; vgl. RGZ 133, 40, 42 f.; 140, 156, 160; BGHZ 50, 242, 248.

135 Hierzu Mentz/Fröhling, NZG 2002, 201 ff.; Mirow, NZG 2008, 52 ff.

136 HK-InsO/Marotzke, § 107 Rn. 7; Graf-Schlicker/Breitenbücher, InsO, § 107 Rn. 4; BerlK-InsO/Goetsch, § 107 Rn. 14; Wessels, ZIP 2004, 1237, 1244.

137 HK-InsO/Marotzke, § 107 Rn. 6.

138 MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, § 107 Rn. 7; Uhlenbrück/Wegener, InsO, § 107 Rn. 10; Kübler/Prüting/Bork/Tintelnot, InsO, § 107 Rn. 8; Strotmann, ZInsO 2010, 1314, 1317; tendenziell auch Andres/Leithaus/Andres, InsO, § 107 Rn. 6.

139 Vgl. aus der Rechtsprechung auch BGHZ 20, 88, 93 ff.

140 Vgl. Begr. RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 146: Der Gesetzgeber bezog sich auf die konkrete Streitfrage zur KO, die auf den Eigentumsvorbehalt fokussiert war.

141 Im Überblick Uhlenbrück/Wegener, InsO, § 103 Rn. 5 ff.; MünchKomm-InsO/Kreft, § 103 Rn. 8 ff.

142 Vgl. BGHZ 98, 160, 168 f.; Uhlenbrück/Wegener, InsO, § 107 Rn. 2.

143 BGHZ 150, 353, 359; 155, 87, 99; NJW 2006, 915, 916 f.; Uhlenbrück/Wegener, InsO, § 103 Rn. 8 f. Die Erfüllungsablehnung hat insoweit mithin keine rechtsgestaltende Wirkung, Uhlenbrück/Wegener, InsO, § 103 Rn. 157. Vgl. auch Fn. 121.

forderung auch nach Verfahrenseröffnung und Erfüllungsablehnung durch den Insolvenzverwalter für den Käufer erfüllbar. Die aufschiebende Bedingung kann grundsätzlich noch eintreten, so dass die Anteilsübertragung wirksam wird.

Die sich daraus unabhängig von der analogen Anwendbarkeit des § 107 Abs. 1 InsO ergebende Folge, dass der Insolvenzverwalter mit der Wahl der Erfüllungsablehnung nicht mehr zum Erfolg kommt, steht diesem Ergebnis nicht entgegen. Dies hat der BGH in einer Entscheidung von 2005 zur aufschiebend bedingten Übertragung eines Softwarenutzungsrechts anerkannt.<sup>144</sup> Die Bedingung bestand hier in der Kündigung des Nutzungsvertrages aus wichtigem Grund und hing damit auch vom Willen der anderen Vertragspartei ab. Auch ein Rechtsgrund für den Erwerb infolge des Bedingungseintritts kann aus dem zugrunde liegenden Vertrag unabhängig von der Insolvenzeröffnung abgeleitet werden.<sup>145</sup> Darüber hinaus lässt sich aus § 119 InsO nichts gegen die Zulässigkeit einer eventuell vom Willen der anderen Vertragspartei abhängigen auflösenden Bedingung, die nach Insolvenzeröffnung noch eintreten kann, folgern, wenn die Bedingung nicht speziell an den Insolvenzfall anknüpft oder gerade auf ihn abzielt.<sup>146</sup> Insbesondere die aufschiebende Bedingung der Kaufpreiszahlung ist diesbezüglich unbedenklich, da sie den Käufer gerade auch vor anderen Risiken als der Insolvenzeröffnung schützen soll.

In der Literatur wird allerdings im Hinblick auf die aufschiebende Bedingung der Kaufpreiszahlung der Einwand vorgebracht, der Käufer könne dem Insolvenzverwalter die geschuldete Leistung ohne Erfüllungswahl nicht gegen seinen Willen aufzwingen.<sup>147</sup> Gemäß § 103 Abs. 1 InsO entscheide allein der Insolvenzverwalter über die Vertragserfüllung. Dem kann nicht gefolgt werden. Unzweifelhaft ist zwar, dass die andere Vertragspartei eines gegenseitigen Vertrages nach Insolvenzeröffnung ihre eigene Leistung nicht mit der Wirkung erbringen kann, dass sie dadurch eine Masseforderung auf die Gegenleistung erlangt.<sup>148</sup> Aus der soeben angeführten Entscheidung des BGH<sup>149</sup> ergibt sich aber, dass § 103 Abs. 1 InsO gerade bei aufschiebend bedingt erfolgten Verfügungen keine lückenlose Monopolisierung der Entscheidung über die Vertragserfüllung bewirken kann. Mit Blick auf die Möglichkeit des Insolvenzverwalters, den Bedingungseintritt durch Nichtannahme der Kaufpreises zu hindern, ist in erster Linie zu erwägen, ob die Bedingung der Kaufpreiszahlung bei interessengerechter Auslegung nicht bereits so zu verstehen ist, dass sie ohne jede Mitwirkung und faktisch ohne Hinderungsmöglichkeiten für den Insolvenzverwalter herbeigeführt werden kann.<sup>150</sup> Wenn für die vereinbarungsgemäße Kaufpreiszahlung Mitwirkungs-handlungen des Insolvenzverwalters erforderlich sein sollten, ist die dem Schutz der Anwartschaft des aufschiebend bedingt Berechtigten dienende Vorschrift des § 162 Abs. 1 BGB zu beachten. Das Unterlassen der Mitwirkung widerspricht Treu und Glauben. Eine durchsetzbare Mitwirkungsverpflichtung gegenüber dem Insolvenzverwalter ist dafür nicht erforderlich; es reicht aus, dass die Mitwirkung nach dem Vertragsinhalt billigerweise erwartet werden konnte, weil ihr Unterlassen dem Sinn oder der Tendenz des Rechtsgeschäfts

widerspricht.<sup>151</sup> Dies gilt auch gegenüber dem Insolvenzverwalter, da er grundsätzlich an die Rechtslage gebunden ist, die bei Insolvenzeröffnung besteht. Er kann für die Masse nicht mehr Rechte und keine anderen Rechte beanspruchen als die, die dem Schuldner zustehen.<sup>152</sup> Da die Rechtsposition des bedingt Berechtigten auch durch § 162 Abs. 1 BGB in ihrem Bestand und ihrer Werthaltigkeit definiert wird, ist ein Vorrang des Insolvenzverwalterwahlrechts gegenüber dieser Norm nicht anzuerkennen. Ansonsten würde der Masse eine Position verschafft werden, die bei Insolvenzeröffnung bereits nicht mehr zum Schuldnervermögen gehörte. Dies ginge über den Zweck des Insolvenzverfahrens hinaus, das vorhandene Vermögen gemeinschaftlich zu verwerten.<sup>153</sup>

Im Ergebnis ist es nach hier vertretener Auffassung die konsequente Folgerung aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung, dass die Rechtsposition des aufschiebend bedingt berechtigten Erwerbers eines Gesellschaftsanteils vor der Erfüllungsablehnung so geschützt ist, dass der Bedingungseintritt deren ungeachtet noch zum Vollrechtserwerb führt. Dies gilt nicht nur, aber jedenfalls auch dann, die Bedingung in der Kaufpreiszahlung besteht. Daraus folgt eine noch weitgehende, über die analoge Anwendung des § 107 Abs. 1 InsO hinausgehende und von ihr unabhängige Beständigkeit der aufschiebend bedingten Berechtigung gegenüber der Erfüllungsablehnung.

### c) Anwartschaftsrecht des bedingt Berechtigten als geschützte Position

Als Begründung für die Insolvenzbeständigkeit aus einer aufschiebend bedingten Berechtigung wird auch darauf verwiesen, dass der Käufer bereits ein weitgehend geschütztes Anwartschaftsrecht erlangt habe.<sup>154</sup> Diese Einordnung kann als Ergebnis, das aus den angeführten näheren Gründen abzuleiten ist, gesehen werden. Einen darüber hinausgehenden Beitrag zur Begründung dürfte diese Einordnung nicht leisten.

### d) Bedingungsarten

Aus den Gründen für die Beständigkeit einer aufschiebend bedingten Berechtigung des Käufers in der Insolvenz des Verkäufers folgt, dass nicht nur die Kaufpreiszahlung, sondern grundsätzlich jeder Umstand, dessen Eintritt der Verkäufer bzw. im Insolvenzfall der Verwalter nicht verhindern kann, als vereinbarte Bedingung geeignet ist, dem Käufer eine Rechtsposition zu

<sup>144</sup> BGH NJW 2006, 915, 916 f.; dazu ansatzweise auch Strotmann, ZInsO 2010, 1314, 1318.

<sup>145</sup> BGH NJW 2006, 915, 917.

<sup>146</sup> Ebd.

<sup>147</sup> Uhlenbrück/Wegener, InsO, § 107 Rn. 8.

<sup>148</sup> Zutr. Uhlenbrück/Wegener, InsO, § 103 Rn. 11 m. w. N.

<sup>149</sup> S. bei Fn. 144.

<sup>150</sup> Vgl. BGHZ 75, 221, 228.

<sup>151</sup> BGH MDR 1959, 924, 924; ferner RGZ 122, 247, 251 ff. m. w. N.; MünchKomm-BGB/H.P. Westermann, § 162 Rn. 9 ff. A. A. ohne nähre Begründung Strotmann, ZInsO 2010, 1314, 1321.

<sup>152</sup> BGHZ 24, 15, 18; 44, 1, 4; 56, 228, 230 f.; 106, 169, 175; 144, 349, 351; 177, 69, 76.

<sup>153</sup> Vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 1987, 362, 364 rkr. (Revision nicht angenommen durch BGH NJW-RR 1988, 192).

<sup>154</sup> Etwa Strotmann, ZInsO 2010, 1314, 1319.

verschaffen, bei der ein Vollrechtserwerb durch die Erfüllungsablehnung nicht vereitelt wird.

### **aa) Von der Käuferseite zu beeinflussende Bedingungen**

Der Bedingung der Kaufpreiszahlung vergleichbar sind sonstige Potestativbedingungen, also Umstände, deren Eintritt der Käufer, gegebenenfalls auch ein Dritter,<sup>155</sup> nach seinem Willen herbeiführen kann. Eine etwa notwendige Mitwirkungshandlung des Verkäufers steht dieser Einordnung nur dann entgegen, wenn die Mitwirkung dem Verkäufer nicht nach Treu und Glauben gemäß § 162 Abs. 1 InsO obliegt.<sup>156</sup> Ob dies der Fall ist, wird für Bedingungen über die Kaufpreiszahlung hinaus im Einzelfall zu beurteilen sein;<sup>157</sup> der Vertrag sollte dies möglichst klar erkennen lassen. Vorrangige Gestaltungsaufgabe ist es jedoch sicherlich, bereits durch die Fassung der Bedingungen dafür Sorge zu tragen, dass es im Zweifel auf eine Mitwirkung des Verkäufers und damit des Insolvenzverwalters nicht ankommt.

Einer besonderen Betrachtung bedarf die sogenannte „reine Wollensbedingung“, bei der die Wirksamkeit der Verfügung von nichts anderem als dem Willensentschluss oder der Willensäußerung, hier des Käufers, abhängen soll. Streitig ist, ob es sich dabei überhaupt um eine aufschiebende Bedingung im Sinne von §§ 158 ff. BGB handelt oder ob es bereits am Tatbestand der Willenserklärung fehlt.<sup>158</sup> Der BGH hält solche Wollensbedingung tendenziell und wohl zu Recht für möglich,<sup>159</sup> was auch ihre Beständigkeit in der Insolvenz zur Folge haben müsste, jedoch gegen eine starke Auffassung in der (auch insolvenzrechtlichen) Literatur.<sup>160</sup> Inwieweit solche Verfügungen, wie etwa eine Erwerbsoption mit einer durch ihre Wahrnehmung aufschiebend bedingten Anteilsübertragung, sich in der Insolvenz des Veräußerers durchsetzen können, muss daher als zweifelhaft angesehen werden.<sup>161</sup> Sieht man die Verfügung nämlich als noch nicht vorgenommen an, dann steht dem Rechtserwerb nicht erst die Erfüllungsablehnung entgegen, sondern bereits die Vorschrift des § 91 Abs. 1 InsO.

### **bb) Von der insolventen Verkäuferseite zu beeinflussende Bedingungen**

Der Käufer erlangt keine Position, die sich gegen eine Erfüllungsablehnung durchsetzen könnte, wenn es der Insolvenzverwalter aufgrund des vereinbarten Gegenstandes der Bedingung in der Hand hat, den Bedingungseintritt zu verhindern und die Bedingung ausfallen zu lassen. Dies kann der Fall sein bei gewillkürten Zustimmungsvorbehalten, auch für Gremien, auf Schuldnerseite, die strikt von gesetzlichen Zustimmungserfordernisse im Sinne der §§ 182, 184 Abs. 1 BGB zu unterscheiden sind, oder bei gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen, deren Vornahme von der freien Entscheidung des Verkäufers bzw. Insolvenzverwalters abhängen. Eine Obliegenheit, den Bedingungseintritt nicht zu vereiteln, im Sinne von § 162 Abs. 1 BGB besteht jedenfalls dann nicht, wenn die für den Bedingungseintritt maßgebliche Entscheidung ausdrücklich in das freie Belieben der Verkäuferseite gestellt ist.<sup>162</sup> Dies sollte in dem Vertrag klar zum Ausdruck gebracht werden. Der

Käufer ist in diesem Fall unabhängig von dem Insolvenzverfahren nicht im Stande, den letztlich gewünschten Rechtserfolg herbeizuführen. Ob das Rechtsgeschäft in Fällen einer „reinen Wollensbedingung“ überhaupt schon als vorgenommen anzusehen ist, kann im Übrigen dahinstehen, wenn es auf den Willen der insolventen Partei bzw. des Insolvenzverwalters ankommt.

### **cc) Sonstige Bedingungen (Zufallsbedingungen)**

Bedingungen, deren Eintritt von keinem der Vertragspartner und damit auch nicht von dem Insolvenzverwalter abhängt, werden auch als Zufallsbedingungen bezeichnet. Dabei kann es sich etwa um die vereinbarte Zustimmung unabhängiger Dritter handeln.

Bezüglich der Zufallsbedingungen findet sich in der Literatur die Auffassung, dass sie der Annahme eines Anwartschaftsrechts entgegenstünden und dem Berechtigten keine „gesicherte Position“ gewährten.<sup>163</sup> Die dafür angeführte Begründung, aufgrund der Beliebigkeit des Bedingungseintritts und seiner mangelnden Beeinflussbarkeit für den Erwerber könne nicht von einem Anwartschaftsrecht gesprochen, ist indessen eine rein begriffliche Ableitung aus einem zu eng gefassten Begriff des Anwartschaftsrechts. Sie verkennt, dass es zum einen maßgeblich auf § 161 Abs. 1 Satz 2 BGB kommt und zum anderen darauf, dass sich die Insolvenzeröffnung und die Erfüllungsablehnung als solche bei Zufallsbedingungen nicht anders auswirken als bei vom Erwerber beeinflussbaren Potestativbedingungen. Auch die unter einer aufschiebenden Zufallsbedingung vorgenommene Anteilsübertragung verschafft dem Berechtigten eine Position, die durch § 161 Abs. 1 Satz 2 BGB geschützt ist und deren Rechtswirkungen sich der Insolvenzverwalter im Falle des Bedingungseintritts auch durch Erfüllungsablehnung nicht entziehen kann. Nicht maßgeblich sein kann, ob der Eintritt der Bedingung von den Parteien als mehr oder weniger wahrscheinlich angenommen wird. Die Zufallsbedingung ist damit nicht anders zu behandeln als eine Potestativbedingung, deren Eintritt vom Willen des Insolvenzverwalters unabhängig ist. Auf die äußerst schwie-

155 Vgl. BGHZ 75, 221, 228.

156 Siehe bereits unter D IV 3 b, bei Fn. 147 ff.

157 Vgl. Wessels, ZIP 2004, 1237, 1240 einerseits, Strotmann, ZInsO 2010, 1314, 1321 (dazu auch Fn. 151) andererseits.

158 Wollensbedingungen auf schuldrechtlicher Ebene, etwa beim Vorkaufs- oder Wiederkaufsrecht oder dem Kauf auf Probe sind hier nicht zu behandeln, vgl. nur MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, § 106 Rn. 11; MünchKomm-BGB/H. P. Westermann, § 158 Rn. 23.

159 Vgl. BGHZ 47, 387, 391; BGH WM 1966, 1267, 1269; WM 1962, 1399, 1400; MittRhNotK 1996, 416, 418 jeweils zu schuldrechtlichen Rechtsgeschäften. Auch BayObLG NJW-RR 1988, 982; Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl. 2002, Vor § 158 Rn. 28; Casper, Der Optionsvertrag, 2005, S. 52f.

160 Flume, BGB AT II, § 38 Ziff. 2 d, S. 687; Larenz/Wolf, BGB AT, 9. Aufl. 2004, § 50 I 3 b cc; MünchKomm-BGB/H. P. Westermann, § 158 Rn. 21; Staudinger/Bork, BGB, 2003, Vor § 158 Rn. 18. Ebenso Uhlenbrück/Wegener, InsO, § 106 Rn. 8; MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, § 106 Rn. 11.

161 Unkritisch insoweit Strotmann, ZInsO 2010, 1314, 1320; vgl. auch Christiansen, KTS 2003, 353, 368.

162 RGZ 115, 296, 302; BGH MittRhNotK 1996, 416, 418; Wessels, ZIP 2004, 1237, 1239; anders etwa OLG Dresden OLG-NL 2001, 97, 99.

163 Strotmann, ZInsO 2010, 1314, 1320 f.; vgl. auch Christiansen, KTS 2003, 353, 363; Uhlenbrück/Hirte, InsO, § 103 Rn. 17B.

rige begriffliche Abgrenzung der Bedingungsarten, welcher der Gesetzgeber des BGB keine Bedeutung beimesse wollte, kommt es dann nicht an.<sup>164</sup>

#### 4. Ergebnis

Soweit ein Kaufvertrag über Gesellschaftsanteile im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung von beiden Seiten noch nicht voll erfüllt ist, gegebenenfalls also teilweise, unterliegt er dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters gemäß § 103 Abs. 1 InsO. Hängt die vollständige Erfüllung seitens des Verkäufers nur noch von einer Genehmigung der Gesellschaft oder der Gesellschafter im Sinne des § 184 Abs. 1 BGB ab, dann kann deren Erteilung aufgrund ihrer Rückwirkung in insolvenzrechtlich beachtlicher Weise nachträglich zum Wegfall der Voraussetzungen des § 103 Abs. 1 BGB führen.

Nach hier vertretener Einschätzung ist auf der Grundlage der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Erfüllungswahlrecht davon auszugehen, dass eine Gesellschaftsanteilsübertragung, die vor der Insolvenzeröffnung unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung erfolgt ist, auch gegenüber der Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters Bestand hat. Durch Zahlung des Kaufpreises zur Masse kann demnach der Bedingungseintritt, somit der Erwerb des Anteils, noch herbeigeführt werden. Entsprechendes gilt auch für sonstige aufschiebende Bedingungen, sofern der Insolvenzverwalter nach dem Inhalt der Bedingung und unter Berücksichtigung des § 162 Abs. 1 BGB den Bedingungseintritt nicht mehr vereiteln kann. Nicht übersehen werden sollte jedoch, dass einige der gezogenen Schlussfolgerungen noch keine unmittelbare Bestätigung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung gefunden haben und dass diese gerade zu § 103 InsO in den vergangenen zwei Jahrzehnten einigen Wandlungen unterlegen hat.

#### V. Insolvenzanfechtung

Die Anfechtung im Insolvenzverfahren nach den §§ 129 ff. InsO (Insolvenzanfechtung) kann bei Anteilskaufverträgen eingreifen, wenn der Leistungsaustausch bereits ganz oder teilweise<sup>165</sup> vollzogen ist, so dass er durch den Übergang der Verfügungsbefugnis vom Schuldner auf den Insolvenzverwalter oder durch die Erfüllungsablehnung nicht gehindert wird. Sie erfasst also neben Fällen, in denen der Leistungsaustausch bereits (weit) vor Insolvenzeröffnung abgeschlossen war, ebenso solche, in denen es, wie ausgeführt, noch danach zum wirksamen Übergang von Rechten gekommen ist.<sup>166</sup>

##### 1. Zweck, Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Überblick

Die Tatbestände der Insolvenzanfechtung verfolgen den Zweck, Vermögensverschiebungen vor Insolvenzeröffnung rückgängig zu machen, die zu einer Verkürzung der Insolvenzmasse geführt haben. Dadurch wird die Gläubigergleichbehandlung zeitlich gestaffelt in mehr oder weniger weitem Umfang auf das Vorfeld der formellen Insolvenzeröffnung erstreckt.<sup>167</sup> Die Insolvenzanfechtung ist dem Insolvenzverwalter vorbehalten; sie

schließt die außerhalb des Insolvenzverfahrens mögliche Gläubigeranfechtung für Insolvenzgläubiger grundsätzlich aus (vgl. auch §§ 16 ff. AnfG). Im Falle der Eigenverwaltung ist nach § 280 InsO nur der Sachwalter für die Insolvenzanfechtung zuständig.

Der Anfechtung unterliegen Rechtshandlungen und damit je für sich sowohl Verpflichtungsgeschäfte wie der Gesellschaftsanteilskaufvertrag als auch Verfügungs geschäfte wie die Abtretung des Gesellschaftsanteils.<sup>168</sup> Die Rechtshandlung muss vor der Insolvenzeröffnung vorgenommen worden sein. Für den Vornahmezeitpunkt im anfechtungsrechtlichen Sinne ist § 140 InsO maßgeblich. Danach kommt es grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtswirkungen an. Eine Ausnahme gilt jedoch nach § 140 Abs. 3 InsO für bedingte oder befristete Rechtshandlungen; hier bleibt der Eintritt der Bedingung oder des Termins außer Betracht, so dass der Zeitpunkt der Vornahme der bedingten oder befristeten Rechtshandlung maßgeblich ist. Somit fällt die aufschiebend bedingte Anteilsübertragung auch dann in den Anwendungsbereich der Insolvenzanfechtung, wenn die Bedingung erst nach Insolvenzeröffnung eintritt, so dass es zu einer passgenauen Abgrenzung zu §§ 81 Abs. 1 S. 1 und 91 Abs. 1 InsO kommt. Weitere allgemeine Voraussetzung der Insolvenzanfechtung ist die objektive Benachteiligung der Insolvenzgläubiger. Sie liegt vor, wenn die Insolvenzmasse im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung infolge der fraglichen Rechtshandlung geschmälert ist, und zwar als unmittelbare Gläubigerbenachteiligung durch deren Vornahme selbst<sup>169</sup> oder als mittelbare Gläubigerbenachteiligung erst in Verbindung mit weiteren Umständen<sup>170</sup>. Zu den allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen müssen die Merkmale des jeweiligen Anfechtungstatbestandes hinzukommen.

Die Anfechtung ist auf die Rückgewährung dessen gerichtet, was der Masse durch die betreffende Rechtshandlung entgangen ist. Die Rechtswirksamkeit der betroffenen Rechtsgeschäfte bleibt unberührt, während ihre wirtschaftlichen Ergebnisse keinen Bestand haben.<sup>171</sup> Im Einzelnen kommt es für die Rechtsfolgen, die sich nach den §§ 143, 144 InsO bestimmen, darauf an, ob das gegenseitige schuldrechtliche Geschäft oder der Erfüllungsakt der Anteilsübertragung angefochten wird.

<sup>164</sup> Vgl. Flume, BGB AT II, § 38 Ziff. 2 d, S. 683: Zumal auch die Kategorie einer „condicio mixta“ anzuerkennen wäre, deren Eintritt von Parteihandeln und äußeren Umständen abhängt, so wohl die aufschiebende Bedingung der Kartellfreigabe.

<sup>165</sup> Auch bereits durch Verschaffung einer Anwartschaft, Jaeger/Henckel, InsO, 2008, § 129 Rn. 27.

<sup>166</sup> Im Überblick Schumacher-Hey, RNotZ 2004, 543 ff.

<sup>167</sup> Reul/Heckschen/Wienberg, a.a.O. (Fn. 21), S. 135 f.; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, 2011, § 129 Rn. 5.

<sup>168</sup> Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 11.

<sup>169</sup> MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 129 Rn. 112 ff.; Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 91 ff.

<sup>170</sup> MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 129 Rn. 121 ff.; Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 118 ff.

<sup>171</sup> Zur dogmatischen Einordnung der Anfechtung vgl. nur Gottwald/Huber, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2010, § 52 Rn. 1 ff.; Jaeger/Henckel, InsO, § 143 Rn. 3 ff.

## 2. Relevante Anfechtungstatbestände

### a) Besondere Insolvenzanfechtung

Mit den besonderen, insolvenzspezifischen Anfechtungsgründen soll dem Ziel der *par condicio creditorum* schon ab dem Zeitpunkt des Offenbarwerdens der Krise des Schuldners umfassend Geltung verschafft werden. Das Vermögen des Schuldners soll unter diesen Umständen bereits vor der Insolvenzeröffnung der Gläubigergesamtheit zugewiesen sein.<sup>172</sup> Diese weitgehenden Anfechtungstatbestände sind vor allem zeitlich begrenzt, nämlich abgestuft auf einen Anfechtungszeitraum, der drei Monaten vor dem Antrag auf Insolvenzeröffnung beginnt und im Anschluss an den Eröffnungsantrag bis zur Insolvenzeröffnung läuft.

Die Anfechtung wegen unmittelbarer Benachteiligung gemäß § 132 Abs. 1 InsO bezieht sich auf den vom Schuldner geschlossenen Kaufvertrag selbst. Dieser bewirkt eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung, wenn für den Gesellschaftsanteil ein Kaufpreis vereinbart wurde, der unter dessen objektivem Verkehrswert liegt. Aus dem Rahmen fallende Preisabschläge wegen einer krisenbedingten Dringlichkeit des Verkaufs sind dabei nicht in den Verkehrswert einzubeziehen, können also eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung bewirken.<sup>173</sup> Die zur Insolvenz führende Krise des Verkäufers kann einen besonderen Anreiz zu solchen Geschäften bieten, wenn es dem Verkäufer primär darum geht, sich Liquidität zu verschaffen. Da es für den Erfolg der Anfechtung letztlich auf die gerichtlichen Feststellungen zum Verkehrswert des Anteils ankommt, besteht ein erhebliches, mit der Unternehmensbewertung verbundenes Prognoserisiko, auch wenn ein dem Verkehrswert entsprechender Kaufpreis angestrebt wird.<sup>174</sup> Weitere Voraussetzung der Anfechtung ist, dass der Schuldner bereits bei der Vornahme das Rechtsgeschäft, hier dem Abschluss des Kaufvertrages, Zahlungsunfähig ist oder dass der Eröffnungsantrag gestellt wurde und dass der Gläubiger von der Zahlungsunfähigkeit bzw. dem Eröffnungsantrag Kenntnis hatte. Liegen danach die Voraussetzungen für die Anfechtung wegen unmittelbarer Benachteiligung vor, so hat der Käufer die erlangten Leistungen, insbesondere den Anteil, der Masse herauszugeben (§ 143 Abs. 1 InsO), während er die Erstattung seiner eigenen Gegenleistung aus der Masse verlangen kann, soweit die Gegenleistung noch unterscheidbar vorhanden oder die Masse um ihren Wert bereichert ist (§ 144 Abs. 2 S. 1 InsO); unter diesen Voraussetzungen steht dem Käufer eine Masseforderung zu (§ 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO). Im Übrigen steht ihm die Forderung nur als Insolvenzforderung zur Seite (§ 144 Abs. 2 S. 2 InsO).

Um den Erfüllungsvorgang anzufechten, etwa wenn Leistung und Gegenleistung ausgewogen vereinbart waren oder das Geschäft vor Beginn des Anfechtungszeitraums vorgenommen wurde, kommt die Deckungsanfechtung nach §§ 130, 131 InsO in Betracht. Wird wie geschuldet geleistet, eröffnet dies den Tatbestand der Deckungsanfechtung gemäß § 130 Abs. 1 InsO.<sup>175</sup> Gegenstand der Anfechtung ist dann die Anteilsübertragung auf den Käufer. Auch diese Rechtshandlung muss innerhalb des Anfechtungszeitraums „vorgenommen“ worden sein. Ausreichend ist, dass dadurch eine

mittelbare Gläubigerbenachteiligung eintritt. Sie liegt etwa dann vor, wenn für den weggegebenen Gegenstand keine Gegenleistung in die Masse geflossen ist oder wenn der Schuldner diese Gegenleistung so verwendet hat, dass ihr Wert der Masse nicht mehr zur Verfügung steht.<sup>176</sup> Die Anfechtung ist jedoch auch in diesem Fall gemäß § 142 InsO ausgeschlossen, wenn ein sogenanntes Bargeschäft vorlag. Hinsichtlich der Zahlungsunfähigkeit oder des Eröffnungsantrages und der Kenntnis des Gläubigers gilt Entsprechendes wie bei der Anfechtung nach § 132 Abs. 1 InsO. Rechtsfolge der Deckungsanfechtung ist, dass der Anteil als Leistungsgegenstand zurückzugewähren ist (§ 143 Abs. 1 S. 1 InsO) und die bereits erfüllte Forderung auf Anteilsübertragung (§ 144 Abs. 1 InsO) wieder auflebt, womit der Käufer in der Regel eine Insolvenzforderung erlangt.

Die Anfechtung wegen inkongruenter Deckung gemäß § 131 Abs. 1 InsO greift nur ein, wenn die Befriedigung des Gläubigers anders erfolgt ist, als er sie beanspruchen konnte.

### b) Vorsatzanfechtung

Von den allgemeinen Anfechtungstatbeständen ist vor allem die Vorsatzanfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO relevant.<sup>177</sup> Sie wird durch die Bargeschäftseigenschaft nach § 142 InsO nicht ausgeschlossen und setzt zielgerichteten Umgehungsgestaltungen Grenzen. Wesentliche Voraussetzung ist der Vorsatz in Bezug auf die zumindest mittelbare Gläubigerbenachteiligung. Die Gläubigerbenachteiligung braucht nicht Beweggrund oder Zweck des Handelns gewesen sein;<sup>178</sup> es reicht es aus, wenn der Schuldner erkannt hat, dass die Rechtshandlung auf Kosten von Gläubigern geht, und dies billigend in Kauf nimmt.<sup>179</sup> Die andere Partei muss zusätzlich von diesem Vorsatz Kenntnis gehabt haben, was bei Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit und der Gläubigerbenachteiligung gemäß § 133 Abs. 1 S. 2 InsO vermutet wird. Da die Vorsatzanfechtung Rechtshandlungen bis zu 10 Jahre vor dem Eröffnungsantrag erfasst, ist ihr durch „abwartende“ Gestaltung praktisch nicht zu entgehen.

## 3. Wege zur Verminderung des Anfechtungsrisikos

Der Kaufinteressenten kann das Insolvenzrisiko nur einschätzen und sich darauf einstellen, wenn er hinreichend verlässlichen Einblick in die wirtschaftliche Lage des Verkäufers nimmt. Anhaltspunkte können sich auch aus der Prüfung des Kaufobjekts, also der Beteiligung, ergeben. Gerade bei einem Unternehmenskauf kann der Käufer hier vor einem gewissen Dilemma stehen: Die Prüfung kann ihm Kenntnisse auch über die Lage des

<sup>172</sup> BGHZ 58, 240, 242; Uhlenbrück/Hirte, InsO, § 130 Rn. 1.

<sup>173</sup> Vgl. BGHZ 154, 190, 194 ff.; Uhlenbrück/Hirte, InsO, § 132 Rn. 9.

<sup>174</sup> Wessels, ZIP 2004, 1237, 1245 f.

<sup>175</sup> § 130 Abs. 1 InsO erfasst insbes., aber nicht nur kongruente Deckungen, vgl. Jaeger/Henckel, InsO, § 130 Rn. 13.

<sup>176</sup> MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 129 Rn. 122 m.N.

<sup>177</sup> Näher Schumacher-Hey, RNotZ 2004, 543, 547.

<sup>178</sup> BGHZ 124, 76, 81 f.; 155, 75, 84; Jaeger/Henckel, InsO, § 133 Rn. 23 f.; Uhlenbrück/Hirte, InsO, § 133 Rn. 13.

<sup>179</sup> MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 133 Rn. 13; Jaeger/Henckel, InsO, § 133 Rn. 21 ff.

Verkäufers verschaffen, die erst Voraussetzung von Anfechtungstatbeständen sind, oder zumindest Indizien offenlegen.<sup>180</sup> Fehlt es aus Sicht des Käufers dennoch an den subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen, die trotz der gegebenen Beweiserleichterungen letztlich vom Insolvenzverwalter zu beweisen sind, mag ihm dies gewisse Sicherheit verschaffen. Unabhängig davon werden nachfolgend zwei Gestaltungsmöglichkeiten mit kautelarjuristischer Relevanz betrachtet.

### a) Abwarten der Anfechtungsfristen der besonderen Insolvenzanfechtung

Eine vorgeschlagene Gestaltung im Vorfeld der möglichen Insolvenz des Verkäufers zielt darauf ab, den abschließenden Leistungsaustausch erst nach Ablauf von drei Monaten stattfinden zu lassen und den Käufer durch die aufschiebend bedingte Anteilsübertragung zu sichern.<sup>181</sup> Der anfechtungsrechtlich maßgebliche Vornahmezeitpunkt der Rechtshandlung richtet sich für das schuldrechtliche Geschäft nach § 140 Abs. 1 InsO und für den Erfüllungsakt der Anteilsübertragung nach § 140 Abs. 3 InsO, so dass hier der Bedingungseintritt außer Betracht bleibt und in beiden Fällen der Abschlusszeitpunkt entscheidend ist. Wenn danach mindestens drei Monate bis zum Eröffnungsantrag verstreichen, können also beide Geschäfte anfechtungsfest gegenüber der besonderen Insolvenzanfechtung sein. Der Eintritt des Leistungserfolges bildet dann keinen Ansatzpunkt für die Anfechtung.

Die Ausnahme des § 140 Abs. 3 InsO gilt nur für bedingte oder befristete Rechtsgeschäfte im Sinne der §§ 158 ff. BGB.<sup>182</sup> Sie setzt zusätzlich voraus, dass die andere Vertragspartei eine Rechtsstellung erlangt hat, die sich ohne die Anfechtung gegenüber den Rechten der Masse durchsetzen würde und insofern eine „gesicherte Rechtsposition“ ist.<sup>183</sup> Dies ist bei der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung der Fall, aber auch bei sonstigen Bedingungen, deren Eintritt der Verkäufer bzw. Insolvenzverwalter nicht einseitig verhindern kann.<sup>184</sup> Auch bei Bedingungen, deren Eintritt allein von Dritten abhängt, ist dies entgegen einzelnen kritischen Stimmen<sup>185</sup> wohl zu bejahen, denn ein Maßstab für den Schutz der Anwartschaft kann auch hier nur in § 161 Abs. 1 BGB gefunden werden, der solche Bedingungen nicht anders behandelt als diejenigen, deren Eintritt der Erwerber in der Hand hat.<sup>186</sup> Unzulässig ist jedoch die Bedingung der Insolvenzeröffnung.<sup>187</sup> Für eine Genehmigung im Sinne des § 184 Abs. 1 BGB gilt § 140 Abs. 3 InsO demgegenüber nach allgemeiner Meinung nicht; hier soll Vornahmezeitpunkt die Erteilung der Genehmigung sein, ungeachtet ihrer Rückwirkung.<sup>188</sup> Die Nichtberücksichtigung der Rückwirkung ist allerdings nicht zweifelsfrei in den Fällen, in denen eine von der Schuldnerseite nicht beeinflussbare Genehmigung aussteht, wie häufig die Zustimmung der Gesellschaft oder der Gesellschafter zu der Übertragung vinkulierter Anteile.<sup>189</sup>

Die auf das Abwarten der Dreimonatsfrist gerichtete Gestaltung ist nicht unproblematisch. Sie bietet letztlich nur begrenzten und jedenfalls schwer kalkulierbaren Schutz. Ungewiss ist regelmäßig, ob der Eröffnungsantrag nicht bereits früher gestellt wird. Die Anfechtung

des Kaufvertrages wegen unmittelbarer Benachteiligung nach § 132 Abs. 1 InsO wäre dann nicht ausgeschlossen. Die der Deckungsanfechtung nach § 130 Abs. 1 InsO unterliegende aufschiebend bedingten Anteilsübertragung fiele ebenfalls in den kritischen Zeitraum. Jedoch lässt sich eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung zumindest dann vermeiden, wenn der Kaufpreis so an den (vorläufigen) Insolvenzverwalter geleistet werden kann, dass er der Masse zugute kommt. Wenn sich die Vertragsgestaltung zentral auf den formalen Aspekt des Zeitablaufs gestützt hat, kann dies im Übrigen ein Indiz dafür sein, dass die Beteiligten die sonstigen Anfechtungsvoraussetzungen als gegeben ansahen, insbesondere auch die subjektiven. Eine Vorsatzanfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO kann dadurch im Einzelfall nahe gelegt werden.<sup>190</sup>

Empfohlen wird in der Literatur als Alternative zu einem festen hinausgeschobenen Zahlungstermin, ein Lösungsrecht des Käufers bei gefährdeter Leistungsfähigkeit des Verkäufers zu vereinbaren, um die Zahlung gegebenenfalls nachträglich hinausschieben zu können.<sup>191</sup> Dadurch könnte der Leistungsaustausch auch dann vermieden werden, wenn die Anfechtung nach § 132 Abs. 1 InsO durch einen unerwartet frühen Eröffnungsantrag droht. Die Abstandnahme von dem Geschäft würde dem Käufer zumindest die von ihm zu erbringende Gegenleistung sichern. Bei sog. Lösungsklauseln, deren Ausübung im Insolvenzfall mit Nachteilen für den Verkäufer über die gesetzliche Rechte des Käufers hinaus verbunden ist, wird allerdings zu beachten sein, dass solche Klauseln nach der Rechtsprechung grundsätzlich zulässig sind, wenn sie rechtlich nicht auf die Vereitelung des Insolvenzverwalterwahlrechts abzielen (vgl. § 119 InsO), aber unter Umständen gemäß § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar sein können.<sup>192</sup>

### b) Gestaltung als Bargeschäft

Bargeschäfte sind grundsätzlich nicht anfechtbar, wodurch dem Schuldner auch in der Krise nicht jede wirt-

180 Wessels, ZIP 2004, 1237, 1246

181 Ebd. S. 1240.

182 MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 140 Rn. 50 a.

183 BGHZ 156, 350, 357 f.; 182, 264, 269.

184 MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 140 Rn. 51; Jaeger/Henckel, InsO, § 140 Rn. 50.

185 So zu Zufallsbedingungen Christiansen, KTS 2003, 353, 363; dem folgend Uhlenbrück/Hirte, InsO, § 103 Rn. 17B; vgl. bei Fn. 169.

186 Henckel, Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl. 2000, S. 813 ff. Rn. 80; Fischer, ZIP 2004, 1679, 1679 Fn. 3. Unklar Begr. RegE InsO, BT-Druks. 12/2443, S. 166 re. Sp.

187 BAG NZI 2007, 58, 61; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 140 Rn. 52; Jaeger/Henckel, InsO, § 140 Rn. 50.

188 RGZ 88, 216, 217 f.; BGH NJW 1978, 102, 103; Uhlenbrück/Hirte, InsO, § 140 Rn. 3; Jaeger/Henckel, InsO, § 140 Rn. 33. Anders für die öffentlich-rechtliche (devisenrechtliche) Genehmigung BGH WM 1958, 1417, 1419, hierzu MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 140 Rn. 8.

189 Die Begründung in BGH NJW 1978, 102, 103, gemäß § 184 Abs. 2 BGB hindere die spätere Genehmigung den vorherigen Gläubigerzugriff nicht, trifft insoweit nicht zu.

190 Vgl. BGHZ 124, 76, 82; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 133 Rn. 28 a; HK-InsO/Kreft, § 133 Rn. 14.

191 Wessels, ZIP 2004, 1237, 1240, 1246.

192 BGHZ 96, 34, 36; 124, 76, 81, 84 f.; BGH NJW 2005, 915, 917; MünchKomm-InsO/Huber, § 119 Rn. 28 ff., 53 ff., ebd. Kirchhof, § 129 Rn. 130 f.; Uhlenbrück/Sinz, InsO, § 119 Rn. 10 ff.; Reul/Heckschen/Wienberg, a.a.O. (Fn. 21), S. 65 ff.

schaftliche Handlungsfreiheit genommen werden soll. Umsatzgeschäft mit gleichwertiger Gegenleistung soll er weiterhin schließen können.<sup>193</sup> Der Anfechtung des schuldrechtlichen Geschäfts nach § 132 Abs. 1 InsO steht die Vereinbarung einer gleichwertigen Gegenleistung bereits deswegen entgegen, weil es dann an der unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung fehlt. Die Anfechtung des Erfüllungsaktes gemäß § 130 InsO, für die eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung ausreicht, wird durch § 142 InsO ausgeschlossen.

Außerhalb der Vertragsgestaltung liegt die Bargeschäftsvoraussetzung der Gleichwertigkeit der vereinbarten bzw. dem Schuldnervermögen zufließenden Gegenleistung mit der Leistung des Schuldners. Dies ist wie allgemein die Gläubigerbenachteiligung rein objektiv zu beurteilen, so dass subjektive Angemessenheitsvorstellungen unmaßgeblich sind.<sup>194</sup> Auch wenn die Parteien dies bei der Vereinbarung des Kaufpreises anstreben, verbleibt das Risiko einer im Anfechtungsprozess abweichenden Anteilsbewertung. Um größere Sicherheit zu erlangen, kann ein Wertgutachten eingeholt werden. Gelingt dies nicht vor dem Vertragsschluss oder soll er nicht verzögert werden – gerade auch zur Verbesserung der Position des Käufers –, wäre dies auch danach noch möglich. Dabei müsste vereinbart werden, dass sich der zu zahlende Kaufpreis, durch dessen Zahlung die Anteilsübertragung bedingt sein kann, nach dem Ergebnis des Gutachtens bestimmt.<sup>195</sup> Der Zufluss einer gleichwertigen Gegenleistung ist im Streitfall vom Anfechtungsgegner zu beweisen.<sup>196</sup>

Dem Schuldner muss die gleichwertige Gegenleistung nach § 142 InsO vereinbarungsgemäß<sup>197</sup> und „unmittelbar“ zugeflossen sein. Die Unmittelbarkeit setzt vor allem einen engen zeitlichen Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung voraus.<sup>198</sup> Exakte Grenzen lassen sich nicht nennen, ein verkehrsüblicher Zeitraum für die Vorbereitung und Veranlassung des Leistungsaustausches wird nicht zu beanstanden sein, zwei Wochen bilden eine gewisse Orientierungsgröße.<sup>199</sup> Die Rückwirkung einer Genehmigung des Erfüllungsgebiets gemäß § 184 Abs. 1 BGB ist dabei beachtlich.<sup>200</sup> Auf den Abstand zum Abschluss des Kaufvertrages kommt es nicht an. Zeitlicher Ansatzpunkt für die Unmittelbarkeit ist die erste Leistung eines Vertragsteils.<sup>201</sup> Im Hinblick darauf kann die aufschiebend bedingte Abtretung problematisch sein, wenn die Bedingung in der Kaufpreiszahung besteht und diese erst erheblich später eintritt. Bereits als eine erste Leistung des Verkäufers könnte angesehen werden, dass er dem Käufer die Anwartschaft als bedingt Berechtigtem verschafft, während der Kaufpreis möglicherweise erst erheblich später gezahlt wird. Erwogen wird dies für die Vormerkung beim Grundstückskauf.<sup>202</sup> Allgemein steht eine Vorleistung des Schuldners dem engen zeitlichen Zusammenhang nach Ansicht des BGH ebenso entgegen wie eine solche der anderen Vertragspartei.<sup>203</sup> Nach hier vertretener Auffassung ist für die Unmittelbarkeit jedenfalls dann nicht schon auf die Verschaffung des Anwartschaftsrechts abzustellen, wenn sie nur zur Absicherung der Vertragsabwicklung dient und nicht mit dem wirtschaftlichen Übergang des Anteils verknüpft ist; eine Kreditgeschäft ist dann nicht anzunehmen. Hinzu kommt, dass die Werthaltigkeit der dem Käufer

verschafften Position bei der aufschiebenden Bedingung der Kaufpreiszahlung automatisch von dieser abhängt. Die verschaffte Position wirkt für den Verkäufer auch nicht, wie die Vormerkung, formalrechtlich als faktische Sperre (wenngleich Ungewissheiten hinsichtlich des Kaufes wegen § 161 Abs. 1 BGB anderweitige Verfügungen dennoch behindern können). Der sicherste Weg zur Erreichung eines Bargeschäfts ist es dennoch, vorzusehen, dass der Kaufpreis im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Vereinbarung der Abtretung gezielt wird. Die aufschiebende Bedingung bleibt dann sinnvoll, um für diesen Zeitraum eine Absicherung zu schaffen. Ausgeschlossen ist durch dieses Vorgehen allerdings in aller Regel, mit dem Leistungsaustausch den Ablauf von drei Monaten bis zu einem möglichen Insolvenzantrag abzuwarten.

Keinen Schutz bietet das Bargeschäft vor der Vorsatzanfechtung, die insbesondere denkbar ist, wenn der Verkäufer bei Vornahme des Geschäfts nicht mehr ernsthaft mit der Abwendung der Insolvenz rechnet und in Kauf nimmt, dass der erlangte Kaufpreis dem Gläubigerzugriff entzogen sein wird, und wenn der Käufer dies erkennt.<sup>204</sup>

## VI. Fazit

Die Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf die möglicherweise bevorstehende Insolvenz sind, wie sich zeigt, begrenzt. Dies entspricht durchaus dem Zweck des insolvenzrechtlichen Instrumentariums, der Privatautonomie des Schuldners im Interesse der Gläubigergesamtheit auch rückwirkend Grenzen aufzuerlegen:

- Bei den Personengesellschaften stehen die Wirkungen der Insolvenz auf die Beteiligung oder die Gesellschaft im Vordergrund; im Rahmen von Kauf und Übertragung zwischen Verkäufer und Käufer sind sie zunächst hinzunehmen.
- Kann der Anteil trotz Insolvenz des Verkäufers übertragen werden, ist gerade auch unter dem Gesichtspunkt der Insolvenzgefahr die Vermeidung von (ungesicherten) Vorleistungen an den Verkäufer geboten.

193 BGHZ 150, 122, 132; 167, 190, 199; auch Begr. RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 167.

194 BGHZ 150, 122, 131f.; auch Begr. RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 167.

195 So Wessels, ZIP 2004, 1237, 1246.

196 BGH NJW 2003, 360, 362; Uhlenbrück/Hirte, InsO, § 142 Rn. 16.

197 Inkongruente Deckungen begründen kein Bargeschäft, Uhlenbrück/Hirte, InsO, § 142 Rn. 3f.

198 BGHZ 167, 190, 199; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 142 Rn. 15; Uhlenbrück/Hirte, InsO, § 142 Rn. 13.

199 Vgl. MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 142 Rn. 17.

200 Insofern anders als bei der Anfechtungsfrist, BGHZ 177, 69, 87f.; BGH NZI 2008, 482, 483; Uhlenbrück/Hirte, InsO, § 142 Rn. 14. A. A. etwa Jaeger/Henckel, InsO, § 142 Rn. 16.

201 Vgl. BGH NZI 2007, 456, 457; BGHZ 123, 320, 328;

202 Reul, MittBayNot 2010, 363, 367; Kesseler, RNotZ 2004, 177, 192; Schumacher-Hey, RNotZ 2004, 543, 551; Heckschen, MittRnNotK 1999, 11, 16.

203 BGHZ 123, 320, 329; 167, 190, 202; HK-InsO/Kreft, § 142 Rn. 6; Uhlenbrück/Hirte, InsO, § 142 Rn. 15; Kübler/Prütting/Bork/Paulus, InsO, § 142 Rn. 7. A. A. Jaeger/Henckel, InsO, § 142 Rn. 18: Kreditgewährung durch den Schuldner unbedenklich.

204 BGHZ 123, 320, 324; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 142 Rn. 24; Wessels, ZIP 2004, 1237, 1246.

- Die aufschiebende bedingte Abtretung, insbesondere der Kaufpreiszahlung, bietet den wichtigsten Schutzmechanismus gegen die nachträgliche Insolvenz des Verkäufers. Sie erlaubt eine im Grundsatz insolvenzfeste Gestaltung auch gegenüber dem Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters, jedoch vorbehaltlich der Insolvenzanfechtung.
- Zustimmungen, von denen die Wirksamkeit der Abtretung abhängt, sind differenziert zu behandeln; ist die Genehmigung der Gesellschaft oder der Gesellschafter Wirksamkeitsvoraussetzung, dann kann deren Erteilung auch in der Insolvenz Rückwirkung entfalten. Für die Anfechtungsfristen gilt dies jedoch nicht. Die rechtzeitige Einholung ist daher sinnvoll.
- Die Insolvenzanfechtung ist letztlich eine Frage des Einzelfalls und hängt wesentlich von Umständen außerhalb der Vertragsgestaltung ab. Die Vertragsgestaltung kann insbesondere beeinflussen, ob zur Wahrung des Bargeschäftscharakters ein kurzfristiger Leistungsaustausch erfolgen soll, wenn die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung den Beteiligten gesichert erscheint, oder ob im Ausnahmefall der Ablauf der Dreimonatsfrist abgewartet werden soll, auch wenn die Durchführung des Geschäfts dann nicht sicher ist.

## E. Insolvenz des Käufers

Es dürfte seltener vorkommen, dass die Parteien eines Gesellschaftsanteilskaufvertrages Anlass sehen, die nahe Insolvenz des Käufers einzukalkulieren. In einer solchen Lage dürfte für einen Anteilskauf, der in aller Regel kein geschäftsübliches Umsatzgeschäft ist, und die damit verbundene Einbuße an Liquidität typischerweise wenig Anlass bestehen.

### I. Insolvenzeröffnung

Kommt es zu vorläufigen Anordnungen oder zur Eröffnung der Insolvenz über das Vermögen des Käufers, dann wirkt sich der Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den (vorläufigen) Insolvenzverwalter gemäß § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 bzw. §§ 81 Abs. 1 S. 1, 91 Abs. 1 InsO nur auf einen noch nicht mit Erfüllungswirkung abgeschlossenen Zahlungsvorgang aus. Ein noch unerfüllter Anspruch auf die Übertragung des Anteils wird gemäß § 35 Abs. 1 InsO Bestandteil der Insolvenzmasse, vorbehaltlich des Insolvenzverwalterwahlrechts nach § 103 Abs. 1 InsO. Ist bereits eine aufschiebend bedingte Übertragung des Anteils erfolgt, so gehört im Fall des Eintritts der Bedingung das Vollrecht zur Masse.<sup>205</sup>

### II. Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters

Der Insolvenzverwalter des Käufers hat das Wahlrecht gemäß § 103 Abs. 1 InsO, wenn der Kaufvertrag bei Insolvenzeröffnung von beiden Seiten noch nicht oder nicht vollständig erfüllt war, ohne dass eine aufschiebend bedingte Anteilsübertragung dem entgegenstünde. Nicht gegeben ist das Wahlrecht dagegen, so-

weit der Verkäufer durch sofortige Übertragung des Anteils vollständig oder teilweise im Sinne von § 105 S. 1 InsO vorgeleistet hat; er kann den Anspruch auf den entsprechenden Kaufpreis dann nur als Insolvenzforderung geltend machen.

Hat der Verkäufer den Anteil noch nicht oder nur unter einer aufschiebenden Bedingung, insbesondere der Bedingung der Kaufpreiszahlung, übertragen und den Kaufpreis noch nicht erhalten hat, so ist für ihn vor allem von Interesse, Gewissheit zu erlangen, ob der Insolvenzverwalter die Erfüllung wählt oder ablehnt, und ob er, der Verkäufer, vorher vom Vertrag zurücktreten oder sich sonst von ihm lösen kann. Der Verkäufer kann den Insolvenzverwalter gemäß § 103 Abs. 2 S. 2, 3 InsO zur Ausübung des Wahlrechts auffordern; wählt der Verwalter dann nicht „unverzüglich“ die Erfüllung, gilt dies als Erfüllungsablehnung. Nur für den Eigentumsvorbehalt sieht § 107 Abs. 2 InsO vor, dass sich der Insolvenzverwalter des Käufers erst unverzüglich nach dem Berichtstermin (§ 156 InsO) zu erklären hat. Ansonsten kommt es auf die Umstände des Falles an; keine schuldhafte Verzögerung ist das Abwarten des Berichtstermins etwa dann, wenn die Sinnhaftigkeit der Erfüllungswahl von der Betriebsfortführung abhängt oder eine Beteiligung im Sinne des § 160 Abs. 2 Nr. 1 InsO Vertragsgegenstand ist.<sup>206</sup> Allgemein wird angenommen, dass der Verkäufer während dieser Zeit nicht nach § 323 Abs. 1 BGB vom Vertrag zurücktreten kann: Da die gegenseitigen Ansprüche im Insolvenzverfahren ihre Durchsetzbarkeit verlieren, fehlt es an der erforderlichen Nichterbringung einer fälligen Leistung.<sup>207</sup> Teilweise wird darüber hinaus eine Sperre des Rücktritts analog § 112 Nr. 1 InsO auch schon im Eröffnungsverfahren angenommen.<sup>208</sup> Auf dinglicher Ebene bedeutet dies bei einer aufschiebend bedingten Übertragung, dass der Verkäufer dem Käufer seine Anwartschaft durch Herbeiführung des Bedingungsausfalls einstweilen nicht entziehen kann. Weitergehende vertraglich vereinbarte Lösungsrechte, die eine vorzeitige Vertragsbeendigung ermöglichen sollen, sind zwar denkbar, aber zumindest anfechtungsrechtlich nicht unproblematisch, wenn sie gläubigerbenachteiligend wirken.<sup>209</sup>

Aus der Perspektive des Insolvenzverwalters besteht Anlass zur Wahl der Erfüllung, wenn der Gesellschaftsanteil für die Masse einen größeren Wert hat als der noch ausstehende Kaufpreis. Die Kaufpreisforderung wird dann Masseverbindlichkeit (§ 55 Abs. 1 Nr. 2, 1. Var. InsO).

Lehnt der Insolvenzverwalter die Erfüllung ab, so kann der Verkäufer den Nichterfüllungsschaden nach § 103 Abs. 2 S. 1 InsO als Insolvenzforderung geltend ma-

205 RGZ 140, 223, 225; Nerlich/Römermann/Wittkowski, InsO, § 91 Rn. 15; s. a. § 35 Abs. 1 a.E. InsO.

206 Uhlenbrück/Wegener, InsO, § 103 Rn. 129; vgl. OLG Köln NZI 2003, 149, 150.

207 Huber, NZI 2004, 57, 61f.; Uhlenbrück/Wegener, InsO, § 103 Rn. 78, 102ff., 107, § 107 Rn. 17.

208 Braun/Kroth, InsO, 5. Aufl. 2012, § 103 Rn. 70 sowie jdf. bei § 107 Abs. 2 InsO MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, § 107 Rn. 17a; HK-InsO/Marotzke, § 107 Rn. 31, 32 a; Gottwald/Adolphsen, a.a.O. (Fn. 171), § 43 Rn. 16.

209 Vgl. Fn. 192.

chen. Wenn der Gesellschaftsanteil aufschiebend bedingt übertragen war, dann fällt diese Bedingung aus und der Käufer verliert seine Anwartschaft, wenn die vertraglichen Erfüllungsansprüche mit der Geltendmachung des Nichterfüllungsschadens bzw. dem nun möglichen Rücktritt erloschen sind.<sup>210</sup> Damit kann der Verkäufer über den Gesellschaftsanteil wieder frei von der Belastung durch § 161 Abs. 1 BGB verfügen. Die Aussonderung tritt gewissermaßen automatisch ein, insbesondere § 105 S. 2 InsO kann der Anwartschaft nicht Bestand geben.<sup>211</sup>

Im Ergebnis kann ein Abwarten der Entscheidung des Insolvenzverwalters also geboten sein. Für den Fall der Erfüllungsablehnung ist der Verkäufer jedoch durch die nur aufschiebend bedingte Anteilsübertragung vor dem Verlust des Anteils geschützt.

### III. Insolvenzanfechtung

Die Insolvenzanfechtung wegen unmittelbarer Benachteiligung gemäß § 132 Abs. 1 InsO kommt in Betracht, wenn der Käufer den Anteil „zu teuer“ erworben hat und der Kauf innerhalb von drei Monaten vor dem Eröffnungsantrag erfolgt ist. Dann kann der Insolvenzverwalter den gezahlten Kaufpreis zurückverlangen, muss aber seinerseits die Gegenleistung nach § 144 Abs. 2 InsO erstatten, woraus sich für den Verkäufer eine Massenforderung auf Rückübertragung des in natura oder dem Werte nach noch in der Masse vorhandenen Anteils ergibt, der in der Regel weniger flüchtig als Geld sein wird.

Denkbar ist unter den Voraussetzungen des § 130 Abs. 1 InsO auch die Anfechtung der Kaufpreiszahlgung

insbesondere als kongruente Deckung, wenn sie innerhalb des Anfechtungszeitraums erfolgt ist. Waren Leistung und Gegenleistung gleichwertig, kann bereits ein Bargeschäft gemäß § 142 BGB vorliegen;<sup>212</sup> eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung wird häufig jedenfalls dann fehlen, wenn sich der Gesellschaftsanteil noch in der Masse befindet. Ein Abwarten des Dreimonatszeitraums käme in der Weise in Frage, dass dem Verkäufer zunächst eine vollwertige Sicherheit für den Kaufpreis verschafft wird (nicht nur, wie die aufschiebende Bedingung, für die Rückabwicklung), so dass die spätere Erfüllung wegen Ablösung der Sicherheit nicht gläubigerbenachteiligend wirkt.<sup>213</sup> Doch jede Verzögerung der Kaufpreiszahlgung birgt das Risiko, das Geschäft bei baldiger Insolvenz dem Verwalterwahlrecht auszusetzen. Hat die Insolvenzanfechtung gegen den Verkäufer Erfolg, so lebt seine Forderung auf den zurückerstatteten Kaufpreis gemäß § 144 Abs. 1 InsO als Insolvenzforderung wieder auf.<sup>214</sup>

Wie stets, bleibt auch die Vorsatzanfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO möglich, wobei der bewusst übersteuerte Kauf eines Gesellschaftsanteils am ehesten an Manipulationsabsichten denken lässt.

210 Jaeger/Henckel, InsO, § 47 Rn. 43; Uhlenbrück/Wegener, InsO, § 107 Rn. 16; Huber, NZI 2004, 57, 62.

211 Huber, NZI 2004, 57, 62.

212 Vgl. unter D V 3 b.

213 MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 130 Rn. 23; Jaeger/Henckel, InsO, § 144 Rn. 16.

214 Wg. der Gegenleistung vgl. Uhlenbrück/Hirte, InsO, § 144 Rn. 9; Marotzke, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 3. Aufl. 2001, Rn. 7 125.

## Drittzuwendungen an den Heimträger

– zugleich Anmerkung zu BGH 26. Oktober 2011<sup>1</sup> –

von Notar Dr. Jens Tersteegen, Köln

### I. Einleitung

Dass der Notar sich mit der Frage konfrontiert sieht, dass Testierverbote einer wirksamen Testamentserrichtung entgegenstehen, stellt in der Praxis eher den Ausnahmefall dar. Wenn der Notar sich jedoch mit Testierverbote beschäftigt, so dürfte es sich regelmäßig um heimrechtliche Testierverbote handeln<sup>2</sup>. Bis vor wenigen Jahren war insofern die bundesrechtliche Vorschrift des § 14 HeimG zu berücksichtigen. Im Rahmen der Föderalismusreform ist jedoch die Gesetzgebungs kompetenz für das Heimrecht auf die Länder über gegangen. Infolgedessen haben nahezu alle Bundes länder spezielle heimrechtliche Vorschriften erlassen, die regelmäßig auch Testierverbote enthalten. Die Länd ergesetzgeber haben dabei regelmäßig nur das bisherige Testierverbot des § 14 HeimG in Landesrecht transformiert. Nur wenige Bunderländer haben das Testierverbot abweichend vom bisherigen § 14 HeimG ausgestaltet. Eine solche vom früheren § 14 HeimG abweichende Gestaltung findest sich für Nordrhein-West-

falen allerdings in § 10 des Wohn- und Teilhabegesetzes NRW (WTG NRW)<sup>3</sup>. Zwar ist auch der Wortlaut des § 10 WTG NRW mit dem des bisherigen § 14 HeimG weit gehend identisch (insbesondere soweit es die Tat bestandseite betrifft), ein wesentlicher Unterschied besteht allerdings darin, dass § 10 WTG NRW anders als die bisherigen Regelung in § 14 Abs. 5 HeimG keine Möglichkeit zur Ausnahmegenehmigung vorsieht<sup>4</sup>. Die Frage der Möglichkeit zur Erteilung einer Ausnahmegenehmigung soll aber im vorliegenden Beitrag keine weitere Rolle spielen. Vorliegend soll vielmehr auf der Tat bestandseite untersucht werden, wann ein Verstoß

1 BGH, 26. Oktober 2011, DNotZ 2012, 210 = MittBayNot 2012, 297 (m. leserwerter Anm. G. Müller) = Zerb 2012, 144 = ZEV 2012, 39 = RNotZ 2012, 139; dazu ablehnende Anm. Sagmeister, ZEV 2012, 99; zustimmend: G. Müller, MittBayNot 2012, 298.

2 Zur Einordnung des § 14 HeimG als Verbots gesetz i. S. v. § 134 BGB: BayObLG ZEV 1998, 232; zum WTG NRW entsprechend: Tersteegen, RNotZ 2009, 222.

3 Zum WTG NRW ausführlich: Tersteegen, RNotZ 2009, 222.

4 Zu den hieraus sich ergebenden verfassungsrechtlichen Bedenken: Tersteegen, NWVBI 2011, 369.

gegen heimrechtliche Testierverbote vorliegt. Diesbezüglich unterscheidet sich aber § 10 WTG NRW nicht wesentlich vom bisherigen § 14 HeimG. Insofern kann auch die hier zu besprechende Entscheidung des BGH zur weiteren Auslegung der für Nordrhein-Westfalen maßgeblichen Vorschrift des § 10 WTG NRW herangezogen werden.

## II. Grundkonstellationen des Testaments zugunsten des Heimträgers

Testamentsgestaltung zu Gunsten des Heimträgers kommen letztlich in zwei Grundkonstellationen vor: Zum einen kann der Erblasser selbst Heimbewohner sein. Setzt er nunmehr den Heimträger zum Erben (auch zum Nachererben) oder zum Vermächtnisnehmer ein, so wird durch diese Erbeinsetzung unmittelbar der Anwendungsbereich des § 10 WTG NRW bzw. § 14 HeimG betroffen<sup>5</sup>. Daneben kommt aber auch in Betracht, dass nicht der Heimbewohner selbst Erblasser ist sondern das Dritte, die dem Heimbewohner nahestehen, dem Heimträger Zuwendungen machen<sup>6</sup>. Insbesondere dieser Fall der Drittzuwendung soll nachfolgend näher betrachtet werden.

Dazu ist es aus meiner Sicht bereits an dieser Stelle sinnvoll, sich zunächst kurz den Schutzzweck der heimrechtlichen Testierverbote vor Augen zu rufen: Die nunmehr landesrechtlichen Testierverbote dienen dem Schutz der Heimbewohner und dem Heimfrieden. Es soll der Gefahr vorgebeugt werden, dass der Heimträger bzw. die Mitarbeiter im Hinblick auf bestimmte Zuwendungen einzelne Heimbewohner bevorzugen oder andere benachteiligen. Geschützt ist auch die Testierfreiheit des Erblassers. Dieser soll nicht gezwungen werden können, in einer bestimmten Weise zu testieren, um sich eine bessere Behandlung im Heim zu erkaufen<sup>7</sup>. Das BVerwG nennt in der Entscheidung vom 26. 1. 1990<sup>8</sup> sogar ausdrücklich die Gefahr, dass ein unseriöser Heimträger am vorzeitigen Tod eines Erblassers, der zu Gunsten des Heims testiert hat, interessiert sein könnte. Dies alles dient insofern zweifellos schützenswerten Zwecken. Grundsätzlich ist es also nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber der grundrechtlichen geschützten Testierfreiheit durch heimrechtliche Vorschriften Grenzen setzt.

Allerdings dürfte bereits an dieser Stelle deutlich werden, dass die beiden unterschiedlichen Grundkonstellationen auch in unterschiedlicher Weise Gefahren für den Heimfrieden und den Schutz der Heimbewohner bergen. In der ersten Konstellation, in der der Heimbewohner selbst Erblasser ist, kommt seinem Schutz und dem Schutz seiner Testierfreiheit eine deutlich größere Bedeutung zu, als in dem Fall, in dem ein Dritter der lediglich dem Heimbewohner nahe steht, dem Heimträger eine testamentarische Zuwendung macht. Wenn beispielsweise Eltern eines behinderten Kindes dem Heimträger eine vermächtnisweise Zuwendung machen, um beispielsweise dem Heim zu ermöglichen, Therapiegeräte anzuschaffen, die allen Heimbewohnern unterschiedslos zugutekommen, so ist die Testierfreiheit des Heimbewohners als solchem dadurch in keiner

Weise betroffen. Freilich können auch solche Zuwendungen den Heimfrieden gefährden, so dass es grundsätzlich nicht zu beanstanden ist, auch solche Drittzuwendungen an dem heimrechtlichen Testierverboten zu messen.

## III. Das „stille Testament“

### 1. Tatbestandsmäßige Grundlagen heimrechtlicher Testierverbote

Nach der Regelung in § 10 Abs. 1 WTG NRW, der insofern an die ursprüngliche Regelung aus § 14 Abs. 1 HeimG anknüpft, ist es den Betreibern, der Einrichtungsleitung, den Beschäftigten oder sonstigen in der Betreuungseinrichtung tätigen Personen untersagt, sich von oder zu Gunsten von Bewohnern oder Bewerbern um einen Platz in der Betreuungseinrichtung Geld- oder geldwerte Leistung über das vertraglich vereinbarte Entgelt hinaus versprechen oder gewähren zu lassen. Entsprechend der herrschenden Meinung zum früheren § 14 HeimG erfasst § 10 WTG NRW auch Zuwendungen durch Verfügungen von Todes wegen und ist nicht nur auf Zuwendungen durch den Heimbewohner selbst, sondern auch auf Zuwendung durch Dritte anwendbar<sup>9</sup>. Verfügungen, die den Tatbestand des § 10 WTG NRW erfüllen sind nach § 134 BGB in Verbindung mit § 10 WTG NRW nichtig<sup>10</sup>.

Zentrales Tatbestandsmerkmal des § 10 WTG NRW ist nun, dass der Heimträger sich eine Leistung „versprechen oder gewähren lassen“ muss. Aus dieser Formulierung folgert die Rechtsprechung und herrschende Meinung in der Literatur, dass ein Verstoß gegen das Verbotsgebot nur dann vorliegt, wenn sich die Zuwendung auf ein Einvernehmen zwischen Erblasser und Heimträger stützt. Schon das BayObLG hat in der Entscheidung vom 28. 6. 1991 zutreffend aufgeführt, dass ein „Sich-gewähren-lassen“ nur dann vorliegen kann, wenn eine Annahmeerklärung des Zuwendungsempfängers hinzukommt<sup>11</sup>. Allein darin, dass der Heimträger die Erbeinsetzung nach dem Tod des Erblassers nicht ausschlägt, liegt kein Verstoß gegen § 14 HeimG<sup>12</sup>. Die heimrechtlichen Vorschriften verbieten also nicht schlichtweg jede Erbeinsetzung eines Heimträgers. Vielmehr liegt ein Verstoß gegen die heimrechtlichen Testierverbote nur dann vor, wenn ein Einvernehmen zwischen Erblasser und Heimträger erzielt

5 Tersteegen, RNotZ 2009, 222.

6 auch solche Drittzuwendungen sind erfasst: Tersteegen, ZErb 2007, 414; Tersteegen, RNotZ 2009, 222, 223, LPK-Planholz § 14 HeimG Rn. 7.

7 BVerwG, NJW 1990, 2268; LPK-HeimG/Planholz, 2. Auflage, 2005 § 14 HeimG Rn. 5; Kunst/Butz/Wiedemann, 10. Auflage 2004, § 14 HeimG Rn. 37; G. Müller, MittBayNot 2012, 298, 298; G. Müller, in: 10 Jahre Deutsches Notarinstitut 2003, 153, 156; BT-Drucks. 11/5120, S. 17f.

8 BVerwG, NJW 1990, 2226.

9 statt aller: LPK/Planholz § 14 HeimG Rn. 7.

10 BayObLG ZEV 1998, 232; zum WTG NRW entsprechend: Tersteegen, RNotZ 2009, 222.

11 BayObLG NJW 1992, 55; BVerwG NJW 1990, 2268; Kunst/Butz/Wiedemann § 14 HeimG Rn. 8; LPK-HeimG/Planholz § 14 HeimG Rn. 8; G. Müller, 10 Jahre Deutsches Notarinstitut 2003, 153, 157.

12 BayObLG NJW 1992, 55.

wurde<sup>13</sup>. Hatte der Heimträger also bis zum Tod des Erblassers keine Kenntnis von der Erbeinsetzung, so kommt ein Verstoß gegen ein heimrechtliches Testierverbot grundsätzlich nicht in Betracht.

Dies entspricht nach meiner Auffassung auch einer zutreffenden am Schutzzweck der heimrechtlichen Testierverbote orientierten Auslegung. Wie bereits ausgeführt, soll durch die Testierverbote insbesondere auch die Testierfreiheit des Erblassers geschützt werden. Der Erblasser soll ohne Einfluss des Heimträgers bestimmen können, ob er diesen zum Erben einsetzt. Insbesondere soll verhindert werden, dass der Heimträger den Erblasser zu einer Erbeinsetzung motiviert oder gar zwingt. Eine derartige Einflussnahme des Heimträgers scheidet aber immer dann aus, wenn der Heimträger bis zum Erbfall keine Kenntnis von der Erbeinsetzung erlangt hat. Schon das BVerfG hat in seinem Nichtannahmebeschluss vom 3. 7. 1988<sup>14</sup> die Auffassung, dass § 14 HeimG eine gerade noch verfassungskonforme Einschränkung der in Art. 14 GG geschützten Testierfreiheit darstelle, unter anderem damit begründet, dass die Möglichkeit zu einer derartigen „stillen Testamentserrichtung“ bestehe<sup>15</sup>.

Wenn nunmehr gegen die Entscheidung des BGH vom 26. 10. 2011 und damit auch gegen die bisher herrschende Meinung eingewandt wird, ein „Sich-gewähren-lassen“ sei in einem rein passiven Verhalten (beispielsweise dem Nichtausschlagen einer Zuwendung) zu sehen, sodass ein Einvernehmen gerade nicht erforderlich sei<sup>16</sup>, so verkennt dies einerseits den Schutzzweck des Gesetzes und andererseits auch die Tatsache, dass die heimrechtlichen Testierverbote gerade wegen ihres Eingriffs in die grundrechtlich geschützte Testierfreiheit eng auszulegen sind. Für die Beantwortung der Frage, ob ein rein passives Verhalten ein unzulässiges „Sich-gewähren-lassen“ sein kann, kommt es im Rahmen der Auslegung neben dem Wortlaut in aller erster Linie auf den mit dem Gesetz verfolgten Zweck an. Dieser besteht zum einen im Schutz der Testierfreiheit des Erblassers. Eine Beeinträchtigung der Testierfreiheit scheidet aber wie gezeigt aus. Auch die Hilfs- oder Arglosigkeit pflegebedürftiger Menschen kann nicht mehr ausgenutzt, wenn der Heimbewohner bereits verstorben ist und der Heimträger erst zu diesem Zeitpunkt von der Erbeinsetzung Kenntnis erlangt. Schließlich kann der weitere Schutzzweck des Gesetzes, die Verhinderung einer unterschiedlichen Behandlung der Heimbewohner im Hinblick auf finanzielle Zusatzleistungen, nicht tangiert sein, wenn nicht spätestens beim Tod des Heimträgers ein Einvernehmen über die Zuwendung erreicht wurde. Zumaldest in dem Fall, in dem der Heimbewohner selbst Erblasser ist, muss eine Verletzung des Testierverbots also immer dann ausscheiden, wenn der Heimträger erst nach dem Tod des Erblassers Kenntnis von der Zuwendung erlangt.

Insofern ist dem BGH zuzustimmen, wenn er in der nun vorliegenden Entscheidung vom 26. 10. 2011 die bisherige Linie der Rechtsprechung und Literatur bestätigt und davon ausgeht, dass der Tatbestand des § 14 HeimG und damit auch der Tatbestand der neuen landesrechtlichen Testierverbote dann nicht erfüllt sein kann, wenn bis zum Tod des Heimbewohners kein Ein-

vernehmen herbeigeführt wurde. Der BGH spricht insfern ausdrücklich davon, dass bei einem „stillen“ Testament eines Heimbewohners ein Verstoß gegen die heimrechtlichen Testierverbote nicht vorliegen könne.

## 2. Folgerungen für die notarielle Praxis aus der Grundaussage des BGH

Die dann vom BGH aufgestellte Grundaussage, dass ein Verstoß gegen die heimrechtlichen Testierverbote nur dann vorliegen kann, wenn ein Einvernehmen zwischen Erblasser und Heimträger herbeigeführt wurde, ist für die notarielle Praxis von erheblicher Bedeutung. Der BGH bestätigt die bisherige Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, die auch Basis notarieller Testamentsgestaltungen war. Dies gibt Rechtssicherheit für die notarielle Praxis. Das „stille Testament“ wird auch in Zukunft Mittel der Wahl sein.

Zwar sah das Gesetz in § 14 Abs. 5 HeimG (anders als nunmehr § 10 WTG NRW<sup>17</sup>) die Möglichkeit einer Ausnahmegenehmigung vor. Da im Verfahren um die Erteilung der Ausnahmegenehmigung der Heimträger aber zwingend anzuhören war, entsprach es schon bisher der Praxis, dem Mandanten zu raten, dem Heimträger keine Kenntnis von der Zuwendung zu verschaffen. In diesem Zusammenhang dürfte es sich – wie bisher – bei der Errichtung notarieller Verfügungen von Todes wegen zu Gunsten des Heimträgers empfehlen, in die notarielle Verfügungen von Todes wegen einer Erklärung des Erblassers aufzunehmen, dass der Heimträger von der Zuwendung bisher keine Kenntnis hat, und ferner den Erblasser in einem Belehrungsvermerk darauf hinzuweisen, dass dem Heimträger keine Kenntnis von der Zuwendung verschafft werden darf, um die Wirksamkeit der Verfügung nicht zu gefährden. Das „stille“ Testament zu Gunsten des Heimträgers gewährleistet, dass der Wunsch des Erblassers, dem Heimträger eine Zuwendung zu machen, praktisch auch tatsächlich umgesetzt werden kann. Dem Verfahren auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung kam daneben bisher keine praktische Bedeutung zu.

## 3. Fälle der Drittzuwendung

Für die Grundkonstellation, in der der Erblasser Heimbewohner ist und dem Heimträger eine letztwillige Zuwendung macht, entsprach das vorstehend Dargestellte schon bisher der in der Praxis vorherrschenden Meinung. Auch für die Fälle der Drittzuwendung, d. h. für die Fälle, in denen der Erblasser nicht Heimbewohner sondern lediglich eine dem Heimbewohner nahestehende Person ist, entsprach es bis zur Entscheidung des OLG München vom 20. 6. 2006<sup>18</sup> der überwiegen-

13 So auch ausdrücklich die nunmehrige Entscheidung des BGH vom 26. 10. 2011, a.a.O.

14 BVerfG, NJW 1998, 2964.

15 Zur fehlenden verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs in die Testierfreiheit durch § 10 WTG NRW: Tersteegen, NWVBl. 2011, 369, 370.

16 Sagmeister, ZEV 2012, 99, 100.

17 zu diesbezüglichen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Norm: Tersteegen, NWVBl. 2011, 369.

18 OLG München, NJW 2006, 142 = BTPrax 2006, 168, dazu zustimmend: Dietz, MittBayNot 2007, 453, 455; ablehnend: Tersteegen, ZErb 2007, 414, 415; Tersteegen, RNotZ 2009, 222, 224.

den Auffassung, dass derartige Zuwendungen dann wirksam sind, wenn der Heimträger bis zum Tode des Erblassers keine Kenntnis von der Verfügung erhält. Beispielsweise für den Fall, dass Eltern eines behinderten Kindes im Testament im Wege des Vermächtnisses vorsehen wollten, dass der Träger des Heimes, in dem auch das Kind untergebracht ist, beim Tod der Eltern eine Zuwendung erhält, um davon beispielsweise Therapieeinrichtungen zu erwerben, konnte man – entgegen der Auffassung des OLG München – davon ausgehen, dass diese Verfügung dann wirksam ist, wenn der Heimträger bis zum Tod der Eltern keine Kenntnis davon erlangt hat. In einem derartigen Fall fehlt es nämlich an dem Einvernehmen zwischen Eltern und Heimträger, sodass ein Verstoß gegen ein heimrechtliches Testierverbot nicht vorliegen kann.

Diese bis dahin allgemeine Meinung hat das OLG München mit seiner dogmatisch kaum vertretbaren Entscheidung<sup>19</sup> in Frage gestellt. Ohne sich näher mit der Problematik des § 14 HeimG oder dem Schutzzweck des Heimgesetztes auseinanderzusetzen führte der Senat in der dortigen Entscheidung lapidar aus, es sei zutreffend, dass § 14 HeimG bei einer Kenntniserlangung erst nach dem Tod des Erblassers nicht anwendbar sei. Dies sei aber dann anders zu beurteilen, wenn ein Angehöriger eines Heimbewohners eine Zuwendung mache und der Heimbewohner zu diesem Zeitpunkt weiterhin in dem Heim lebe. Derartige Zuwendungen eines Angehörigen könnten sich auf die Behandlung des Heimbewohners auswirken und so den Heimfrieden stören. Sofern man dieser Auffassung des OLG München gefolgt wäre, hätte sich ergeben, dass in zahlreichen Fällen der Drittzuwendung an den Heimträger ein Verstoß gegen heimrechtliche Testierverbot vorgelegen hätte.

Dieser Auffassung ist nun erfreulicherweise der BGH in der bereits genannten Entscheidung vom 26. 10. 2011 entgegentreten und hat somit für die notarielle Praxis die Rechtssicherheit wieder hergestellt, die durch die lediglich oberflächlich begründete Entscheidung des OLG München empfindlich gestört wurde. Zur Begründung verweist der BGH zutreffend darauf, dass von den mit dem heimrechtlichen Testierverboten verfolgten Schutzzwecken in der Konstellation der Drittzuwendung allein der Schutz des Heimfriedens betroffen sein könne. Weder die Testierfreiheit des Heimbewohners noch dessen Schutz vor einer Ausnutzung hilfloser Lagen, werde von der Frage berührt, ob der letztwilligen Verfügung eines Dritten Wirksamkeit zuerkannt werden kann.

Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Es lässt sich im Ergebnis dogmatisch nicht begründen, dass die Testierfreiheit des Heimbewohners dadurch eingeschränkt wird, dass ein Dritter dem Heimträger Zuwendungen macht. Für die Frage, ob die Testierfreiheit des Heimbewohners beeinträchtigt wird, kann es insofern auch nicht darauf ankommen, dass es sich um einen nahen Angehörigen handelt. Die Testierfreiheit des Heimbewohners kann nicht betroffen sein, da es nicht um das Testament des Heimbewohners sondern um Testament des nahen Angehörigen, d. h. des Dritten geht. Auch die Testierfreiheit des Dritten ist nicht betroffen, wenn zu-

mindest bis zum Zeitpunkt des Todes des Dritten der Heimträger von der Zuwendung keine Kenntnis erlangt hat.

Auch kann schon rein denklogisch keine Ausnutzung einer hilfslosen Lage des Heimbewohners vorliegen. Eine Ausnutzung einer hilfslosen Lage des Heimbewohners käme dann in Betracht, wenn der Heimbewohner irgendeine Möglichkeit zur Einflussnahme darauf hätte, ob die Zuwendung erfolgt oder nicht. Dies ist aber in der vorliegenden Konstellation grade nicht der Fall, da der Dritte die Zuwendung letztwillig vorgenommen hat.

Insofern kommt der BGH zutreffend zu dem Ergebnis, dass es hier letztlich nur um die Frage geht, inwieweit der Heimfriede, dessen Schutz die heimrechtlichen Testierverbote auch dienen, durch solche Drittzuwendung beeinträchtigt wird. Hier führt der BGH meiner Auffassung nach überzeugend<sup>20</sup> aus, dass allenfalls im geringen Maße eine Beeinträchtigung des Heimfriedens zu befürchten sei. Eine Störung des Heimfriedens ist immer dann zu befürchten, wenn einzelne Heimbewohner sich dadurch eine bessere Behandlung erkaufen könne, dass sie dem Heimträger eine testamentarische Zuwendung in Aussicht stellen und gleichzeitig androhen, dass diese testamentarische Zuwendung nicht erfolgt, wenn der Heimträger nicht seinerseits eine bessere Behandlung des Heimbewohners vornimmt. Diese „Druckposition“ des Heimbewohners ist aber im vorliegenden Fall nicht gegeben. Zu dem Zeitpunkt, indem der Heimträger von der Zuwendung Kenntnis erlangt, d. h. zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers, steht endgültig fest, dass die Zuwendung erfolgt. Insofern kann das zukünftige Verhalten des Heimträgers gegenüber dem Heimbewohner an der Zuwendung nichts mehr verändern. Der BGH führt insofern zutreffend aus, dass der Heimträger unter diesem Gesichtspunkt keine Veranlassung zu einer Vorzugsbehandlung des Heimbewohners hat. Lediglich der Gesichtspunkt der Dankbarkeit sei dann noch ein Umstand, der das Verhalten des Heimträgers zu beeinflussen geeignet sei. Diese mögliche geringe Beeinträchtigung des Heimfriedens ist aber im Hinblick auf die grundrechtlich geschützte Testierfreiheit des Dritten hinzunehmen<sup>21</sup>. Es muss für den Dritten die Möglichkeit bestehen, eine Zuwendung an den Heimträger vorzunehmen.

#### **IV. Verbleibende Probleme im Rahmen von § 10 WTG NRW**

Zumindest kurz sei noch darauf eingegangen, dass die erfreuliche Entscheidung des BGH gerade auch für die Fälle erhebliche Bedeutung hat, in denen das Testierverbot des § 10 WTG NRW Anwendung findet. Wie bereits erwähnt, unterscheidet sich die Regelung in § 10 WTG NRW insbesondere dadurch von § 14 HeimG, dass § 10 WTG NRW keine Möglichkeit zur Ausnahmegenehmigung vorsieht. Es besteht insofern im An-

19 So schon Tersteegen Zerb 2007, 414; ähnlich kritisch auch: G.Müller, MittBayNot 2012, 298, 299.

20 zweifelnd dagegen: G.Müller, MittBayNot 2012, 298, 300.

21 so im Ergebnis auch: G. Müller, MittBayNot 2007, 298, 300.

wendungsbereich des § 10 WTG NRW keine Möglichkeit, lebzeitig sichere Kenntnis davon zu erlangen, ob die Verfügung von Todes wegen wirksam ist. Dies wird unter Geltung des WTG NRW immer erst im Nachhinein entschieden. Unabhängig davon, dass dies insoweit verfassungsrechtlich bedenklich ist, als das BVerfG in der Entscheidung vom 3. 7. 1998<sup>22</sup> gerade auch die Möglichkeit der Erteilung einer Ausnahmegenehmigung zur Rechtfertigung des Eingriffs in die Testierfreiheit herangezogen hatte<sup>23</sup>, kommt für die Praxis der Errichtung eines „stillen Testaments“ gerade unter Geltung des WTG NRW besondere Bedeutung zu.

notarielle Gestaltungspraxis Spielräume wieder her, die durch die frühere dogmatisch schlecht begründete Entscheidung des OLG München eingeschränkt worden waren. Für die notarielle Praxis ist davon auszugehen, dass testamentarische Verfügungen zu Gunsten des Heimträgers zumindest in der Form des „stillen“ Testamentes wirksam sind. Dies gilt unterschiedslos für den Fall, dass der Erblasser selbst Heimbewohner ist, wie für die Fälle der Drittzuwendung. Selbstverständlich setzt dies voraus, dass der Heimträger tatsächlich bis zum Tode des Erblassers keine Kenntnis von der Zuwendung erlangt. Hierauf sollte in der notariellen Verfüzung von Todes wegen hingewiesen werden.

## V. Fazit

Die Entscheidung des BGH vom 26. 10. 2011 ist in jeder Hinsicht zu begrüßen. Sie stellt insbesondere für die

22 BVerfG, NJW 1998, 2964.

23 zu der daraus folgenden Verfassungswidrigkeit der Regelung in § 10 WTG NRW: Tersteegen, NWVBl. 2011, 369.

# Der Nachweis negativer Tatsachen im Grundbuchverfahren

von Notar Dr. Alexander Völzmann, Wuppertal

## I. Einführung

Manchmal hat das Grundbuchamt Zweifel – und der Notar verzweifelt hieran. Grundsätzlich sind dem Grundbuchamt gegenüber nämlich Nachweise in öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden zu führen, § 29 GBO. Doch gibt es Tatsachen, die regelmäßig nicht in dieser grundbuchmäßigen Form nachgewiesen werden können; dies gilt insbesondere für Umstände, die gerade nicht geschehen sind, sog. „negative Tatsachen“.

Es ist daher zu begrüßen, dass der Bundesgerichtshof in der jüngeren Vergangenheit den Zweifeln einiger Grundbuchämter an Existenz, Identität und ordnungsgemäßer Vertretung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts, die ein Grundstück erwerben wollten, entgegengetreten ist.<sup>1</sup> Es ist nämlich bei einem Grundstückskauf durch eine BGB-Gesellschaft nicht möglich, in öffentlicher Urkunde nachzuweisen, dass die Gesellschaft existiert, um welche Gesellschaft es sich bei der Käuferin handelt und wer die vertretungsberechtigten Gesellschafter sind, wenn die Gesellschaft nicht in der Kaufvertragsurkunde selbst gegründet wird. Nach dem schon zahlreiche Stimmen in der Literatur und etliche Obergerichte Nachweiserleichterungen befürwortet haben,<sup>2</sup> hat der Bundesgerichtshof am 28. April 2011 entschieden, dass es beim Erwerb von Grundstücks- oder Wohnungseigentum durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts für die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch ausreicht, wenn die Gesellschaft und ihre Gesellschafter in der notariellen Auffassungsverhandlung benannt sind und die für die Gesellschaft Handelnden erklären, dass sie deren alleinige Gesellschafter sind. Weiterer Nachweise der Existenz, der Identität und der Vertretungsverhältnisse der Gesellschaft bedarf es gegenüber dem Grundbuchamt nicht.<sup>3</sup>

Letztendlich ist aber nicht nur die BGB-Gesellschaft ein Opfer des Umstandes, dass es teilweise schlechthin unmöglich ist, bestimmte Tatsachen in grundbuchmäßiger Form nachzuweisen. Das Problem stellt sich vielmehr auch in zahlreichen anderen Konstellationen, von denen in diesem Beitrag einige besonders relevante Fallgestaltungen näher beleuchtet werden sollen.

## II. Die grundbuchmäßige Form

Gemäß § 29 Abs. 1 S. 1 GBO soll eine Eintragung im Grundbuch nur vorgenommen werden, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zur Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Andere Voraussetzungen der Eintragung bedürfen, so weit sie nicht beim Grundbuchamt offenkundig sind, sogar stets des Nachweises durch öffentliche Urkunden, § 29 Abs. 1 S. 2 GBO.

Bei § 29 GBO handelt es sich um eine Ordnungsvorschrift. Die entsprechende Eintragung führt somit auch dann zu einer Rechtsänderung, wenn die Eintragungsunterlagen nicht in grundbuchmäßiger Form vorgelegt worden sind.<sup>4</sup>

### 1. Nachweis durch öffentliche und öffentlich beglaubigte Urkunden, § 29 GBO

Die Regelung des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO erfasst sämtliche Erklärungen, deren es nach den Vorschriften des

1 BGHZ 189, 274 ff. = RNotZ 2011, 341 ff. = DNotZ 2011, 711 ff. = MittBayNot 2011, 393 ff. = NotBZ 2011, 257 ff. m. Anm. Zimmer.

2 Siehe zum letzten Diskussionsstand nur Hartmann, RNotZ 2011, 401, 402 f. m. w. N.

3 BGHZ 189, 274 ff. = RNotZ 2011, 341 ff. = DNotZ 2011, 711 ff. = MittBayNot 2011, 393 ff. = NotBZ 2011, 257 ff. m. Anm. Zimmer.

4 Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 29 Rn. 2.

Grundbuchrechts zur Eintragung bedarf.<sup>5</sup> Nicht erfasst ist aber z. B. der reine Eintragungsantrag, der nach § 30 GBO grundsätzlich formfrei ist. Allerdings fallen unter § 29 Abs. 1 S. 1 GBO nicht nur die eigentlichen grundbuchrechtlichen Erklärungen, sondern auch solche, die eine dem Formerfordernis des § 29 GBO unterliegende grundbuchrechtliche Erklärung ergänzen oder begründen, wie z. B. Vollmachten.<sup>6</sup> Die von Satz 1 erfassten Erklärungen sind stets durch Urkunden nachzuweisen. Es ist insoweit unzulässig, auf deren Offenkundigkeit zu verweisen.<sup>7</sup> Andere Voraussetzungen der Eintragung im Sinne von § 29 Abs. 1 S. 2 GBO, die stets des Nachweises durch öffentliche Urkunde bedürfen, sind solche, die nicht bereits als Erklärungen von § 29 Abs. 1 S. 1 GBO erfasst sind.<sup>8</sup> Allerdings ist Satz 2 dahingehend einschränkend auszulegen, als hierunter nicht derartige Nebenumstände fallen, die eine nach Satz 1 nachzuweisende Erklärung erst wirksam machen, wie beispielsweise die Aushändigung einer Vollmachtsurkunde.<sup>9</sup> Andere Voraussetzungen der Eintragung im Sinne des Satzes 2 sind grundsätzlich ebenfalls durch Urkunden nachzuweisen; diese können aber auch offenkundig sein.<sup>10</sup>

Im Grundbuchverfahren sind sämtliche für die Eintragung erforderlichen Unterlagen vom Antragsteller in der gehörigen Form beizubringen. Eine Beweisaufnahme nach den Vorschriften der ZPO oder eine Glaubhaftmachung, z. B. durch eidestattliche Versicherung, ist dem Grundbuchverfahren grundsätzlich fremd. Das Grundbuchamt ist zu eigenen Ermittlungen nicht befugt.<sup>11</sup> Befinden sich die betreffenden Unterlagen bereits bei den Gerichtsakten, genügt insoweit eine Bezugnahme; die Eintragungsvoraussetzungen sind in diesem Fall aktenkundig.<sup>12</sup> Das Grundbuchamt ist dann verpflichtet, in die entsprechenden Akten Einsicht zu nehmen, so dass es einer Vorlage der betreffenden Urkunden nicht bedarf.<sup>13</sup> Dies gilt auch dann, wenn auf die Akten einer anderen Abteilung des Amtsgerichts, dem das Grundbuchamt angehört, Bezug genommen wird.<sup>14</sup>

## 2. Offenkundigkeit

Kann eine andere Voraussetzung der Eintragung im Sinne von § 29 Abs. 1 S. 2 GBO nicht durch Vorlage von Urkunden nachgewiesen werden, genügt deren Offenkundigkeit.<sup>15</sup> Offenkundig sind grundsätzlich die allen lebenserfahrenen Menschen ohne Weiteres bekannten Tatsachen.<sup>16</sup> Unter anderem gelten daher als offenkundig allgemein anerkannte wissenschaftliche Wahrheiten sowie Vorgänge der Weltgeschichte und des Naturlebens, deren Kenntnis Gemeingut aller verständigen Menschen ist.<sup>17</sup> Nicht erforderlich ist, dass diese Tatsachen präsent sind; vielmehr genügt es, wenn die entsprechenden Informationen ohne besondere Fachkunde aus allgemein zugänglichen Quellen gewonnen werden können.<sup>18</sup> Es ist dabei aber ausreichend, dass eine Tatsache dem Grundbuchamt offenkundig im Sinne von zweifelsfrei bekannt, also gerichtskundig ist, wobei gerichtskundig insbesondere ist, was – wie oben dargestellt – aktenkundig ist.<sup>19</sup> Unerheblich ist insoweit, ob die Kenntnis der betreffenden Tatsachen amtlich oder außeramtlich erlangt wurde.<sup>20</sup>

## 3. Beweiswürdigung

Ist eine Eintragungsvoraussetzung im Sinne von 29 Abs. 1 S. 2 GBO nicht durch Urkunden nachweisbar und auch nicht offenkundig, so ist es zulässig, dass das Grundbuchamt bei der Verwertung der Eintragungsunterlagen allgemeine Erfahrungssätze verwertet.<sup>21</sup> Im Einzelfall kann sogar eine freie Beweiswürdigung durch das Grundbuchamt erfolgen.<sup>22</sup> Wenn allerdings ein Nachweis in der Form des § 29 GBO möglich ist, darf das Grundbuchamt hierauf nicht verzichten, nur weil es von der Richtigkeit des Vorbringens überzeugt ist.<sup>23</sup> Sofern ein allgemeiner Erfahrungssatz besteht, den das Grundbuchamt heranziehen kann, hat das Grundbuchamt lediglich tatsächlich begründeten ernsthaften Zweifeln am Vorliegen der für die Eintragung erforderlichen Tatsachen nachzugehen, wobei es genügt, diese Zweifel so weit auszuräumen, dass wieder von dem allgemeinen Erfahrungssatz ausgegangen werden kann.<sup>24</sup>

## 4. Nachweis der Erbfolge, § 35 GBO

Das Gesetz enthält einige Ausnahmeregelungen zu § 29 GBO, die in bestimmten Situationen die Anforderungen an die grundbuchmäßige Form modifizieren. Durch die §§ 32 bis 37 GBO wird der Nachweis bestimmter Tatsachen erleichtert. In diesen Vorschriften wird gewissen Eintragungen in öffentlichen Registern, Erbscheinen, Testamentsvollstreckerzeugnissen, Zeugnissen über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft und Überweisungszeugnissen im Rahmen des Grundbuchverfahrens eine ihnen ansonsten nicht zukommende Beweiskraft zugestanden.

Gemäß § 35 Abs. 1 S. 1 GBO kann der Nachweis der Erbfolge nur durch einen Erbschein geführt werden. Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten

5 BeckOK-Otto, GBO, § 29 Rn. 10; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 29 Rn. 8.

6 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 154; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 29 Rn. 10 jeweils mit weiteren Beispielen.

7 Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 29 Rn. 24.

8 KG Rpfleger 1979, 208; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 29 Rn. 14.

9 Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 29 Rn. 17 mit weiteren Beispielen.

10 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 158 f.; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 29 Rn. 26.

11 BayObLG FGPrax 2004, 209; OLG Hamm NJW-RR 1996, 1230; BeckOK-Otto, GBO, § 29 Rn. 1; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 29 Rn. 23.

12 Bauer/v. Oefele/Knothe, GBO, 2. Aufl. 2006, § 29 Rn. 154.

13 Bauer/v. Oefele/Knothe, GBO, 2. Aufl. 2006, § 29 Rn. 154.

14 Bauer/v. Oefele/Knothe, GBO, 2. Aufl. 2006, § 29 Rn. 154.

15 Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 29 Rn. 26; Bauer/v. Oefele/Knothe, GBO, 2. Aufl. 2006, § 29 Rn. 160.

16 Vgl. Bauer/v. Oefele/Knothe, GBO, 2. Aufl. 2006, § 29 Rn. 161.

17 Bauer/v. Oefele/Knothe, GBO, 2. Aufl. 2006, § 29 Rn. 161.

18 Bauer/v. Oefele/Knothe, GBO, 2. Aufl. 2006, § 29 Rn. 161 mit einigen Beispielen.

19 Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 29 Rn. 60; vgl. Bauer/v. Oefele/Knothe, GBO, 2. Aufl. 2006, § 29 Rn. 162 m. w. N.

20 Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 29 Rn. 60; Bauer/v. Oefele/Knothe, GBO, 2. Aufl. 2006, § 29 Rn. 162.

21 Meikel/Hertel, GBO, 10. Aufl. 2009, § 29 Rn. 441 m. w. N.

22 Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 29 Rn. 63.

23 BayObLGZ 1986, 208, 211; OLG München NotBZ 2012, 227 f.; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 29 Rn. 63.

24 Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 29 Rn. 63.

ist, so genügt es, wenn anstelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden. Nur wenn das Grundbuchamt die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen erachtet, kann es die Vorlegung eines Erbscheins verlangen, § 35 Abs. 1 S. 2 GBO. Hierbei wird dem Grundbuchamt ein gewisser tatricterlicher Ermessensspielraum zugesprochen.<sup>25</sup>

Nur am Rande sei an dieser Stelle die Regelung des § 35 Abs. 3 GBO erwähnt, wonach zur Eintragung des Eigentümers oder Miteigentümers eines Grundstücks das Grundbuchamt von den in den Absätzen 1 und 2 genannten Beweismitteln absehen und sich mit anderen Beweismitteln, für welche die Form des § 29 GBO nicht erforderlich ist, begnügen kann. Voraussetzung dafür ist, dass das Grundstück oder der Anteil am Grundstück weniger als EUR 3.000,00 wert und die Beschaffung des Erbscheins nur mit unverhältnismäßigem Aufwand an Kosten oder Mühe möglich ist. Der Antragsteller kann in diesem Fall auch zur Versicherung an Eides Statt zugelassen werden.

Wie im Rahmen des § 29 GBO ist der Nachweis der Erbfolge in der Form des § 35 GBO aber dann nicht erforderlich, wenn die Erbfolge offenkundig ist.<sup>26</sup>

Wenn anstelle des Erbscheins eine öffentlich errichtete Verfügung von Todes wegen und die Niederschrift über deren Eröffnung vorgelegt wird, darf das Grundbuchamt gemäß § 35 Abs. 1 S. 2 GBO einen Erbschein nur dann verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung hinsichtlich des behaupteten Erbrechts Zweifel ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder tatsächliche Verhältnisse – die das Grundbuchamt nicht anstellen darf – ausgeräumt werden können.<sup>27</sup> Zweifel am Erbrecht des Antragstellers, die auf fern liegenden oder abstrakten Möglichkeiten beruhen, die das aus der Verfügung hervorgehende Erbrecht nur unter ganz besonderen Umständen in Frage stellen, oder auch rechtliche Bedenken rechtfertigen es allerdings nicht, dass das Grundbuchamt die Vorlage eines Erbscheins verlangt.<sup>28</sup>

Das Grundbuchamt hat eine nebst Eröffnungsprotokoll vorgelegte öffentlich errichtete Verfügung von Todes wegen auszulegen,<sup>29</sup> und zwar selbst dann, wenn die Auslegung rechtlich schwierig ist.<sup>30</sup> Dies scheidet nur dann aus, wenn das Grundbuchamt zu einer abschließenden rechtlichen Beurteilung aufgrund der vorgelegten Eintragungsunterlagen nicht in der Lage ist<sup>31</sup> oder die Auslegung nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führt.<sup>32</sup>

Die nebst Eröffnungsprotokoll vorgelegte öffentlich errichtete Verfügung von Todes wegen beweist im Rahmen des § 35 GBO den Tod des Erblassers und das Erbrecht des Erben.<sup>33</sup>

### III. Nachweis nicht im grundbuchmäßiger Form nachweisbarer Umstände

#### 1. Löschung einer Vormerkung

Zu den klassischen, zugleich aber auch ganz aktuellen Problemkonstellationen, in denen für die Grundbucheintragung erhebliche Umstände nicht in grund-

buchmäßiger Form nachgewiesen werden können, gehört zunächst der Fall der Löschung einer Vormerkung.

Typisches Gestaltungsmittel in Immobilienübertragungsverträgen ist das vorbehaltene Rücktrittsrecht des Veräußerers, das ihn in bestimmten Fällen berechtigt, die übertragene Immobilie zurückzufordern. Regelmäßig ist ein solches Rückforderungsrecht auf die Lebenszeit des Veräußerers befristet. Gesichert werden kann es durch die Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch. Starb der Veräußerer, konnte die Vormerkung in der Vergangenheit relativ leicht im Wege der Grundbuchberichtigung gemäß § 22 GBO mittels Vorlage einer Sterbeurkunde im Grundbuch gelöscht werden.

Nachdem der Bundesgerichtshof aber die Wiederaufnahme einer Vormerkung zugelassen und darüber hinaus festgestellt hatte, dass bei einer Änderung des gesicherten Anspruchs zur wirksamen Sicherung durch die bereits eingetragene Vormerkung nicht die Verlautbarung im Grundbuch erforderlich ist<sup>34</sup>, kamen bei einigen Grundbuchämtern Zweifel auf, ob die Vormerkung allein durch Vorlage der Sterbeurkunde gelöscht werden könne. Neben dem Nachweis des Todes müsse nämlich in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden, dass der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch nicht ausgewechselt worden sei.<sup>35</sup>

Ob die vom Bundesgerichtshof aufgestellte Prämisse, dass die Auswechselung des durch die Vormerkung ge-

25 BayObLG DNotZ 2001, 385 ff. = ZNotP 2000, 391 ff.; Lange, ZEV 2009, 371, 372.

26 Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 35 Rn. 8 m. w. N.

27 Vgl. BayObLG DNotZ 1995, 306 ff. = MittBayNot 1995, 58 ff.; BayObLG MittRhNotK 2000, 72 ff.; OLG Stuttgart Rpfleger 1992, 154 m. Anm. Peißinger, Rpfleger 1992, 427 ff.; OLG Köln Mitt-RhNotK 2000, 74 f. = MittBayNot 2000, 238 f. = BWNotZ 2000, 95 f.; OLG Hamm DNotZ 2001, 395 ff.; OLG Frankfurt NJW-RR 2005, 380 f.; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 35 Rn. 39; Lange, ZEV 2009, 371, 373; Böhringer, ZEV 2001, 387, 387 f. m. w. N.

28 BayObLG DNotZ 1984, 502 ff.; OLG Stuttgart Rpfleger 1992, 154 m. Anm. Peißinger, Rpfleger 1992, 427 ff.; OLG Hamm Mitt-RhNotK 1997, 192 ff. = MittBayNot 1997, 105 ff.; OLG Frankfurt MittRhNotK 1998, 363 f. = MittBayNot 1999, 184 f.; OLGR Celle 2000, 99 f.; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 35 Rn. 39; Meikel/Roth, GBO, 10. Aufl. 2009, § 35 Rn. 111; Lange, ZEV 2009, 371, 373.

29 Meikel/Roth, GBO, 10. Aufl. 2009, § 35 Rn. 109 ff.; Lange, ZEV 2009, 371, 373; Böhringer, ZEV 2001, 387, 387 f., 389.

30 Vgl. BayObLG MittRhNotK 2000, 72 ff.; OLG Köln MittRhNotK 2000, 74 f. = MittBayNot 2000, 238 f. = BWNotZ 2000, 95 f.; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 35 Rn. 42; vgl. Böhringer, ZEV 2001, 387, 387 f., 389.

31 OLG Zweibrücken RNotZ 2001, 589 f. m. Anm. Lettmann = DNotZ 2001, 399 ff. m. Anm. Winkler = ZNotP 2001, 160 f.; OLG Schleswig RNotZ 2007, 37 ff. = MittBayNot 2007, 509 ff. = Rpfleger 2006, 643 ff. m. Anm. Peißinger, Rpfleger 2007, 195 f.; vgl. Lange, ZEV 2009, 371, 373.

32 Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 35 Rn. 42; vgl. Lange, ZEV 2009, 371, 373.

33 Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 35 Rn. 46.

34 BGHZ 143, 175 ff. = BGH MittRhNotK 2000, 28 ff. = DNotZ 2000, 639 ff. m. Anm. Wacke = MittBayNot 2000, 104 m. Anm. Demharter = ZNotP 2000, 109 ff. = NotBZ 2000, 91 f.; BGH RNotZ 2008, 222 ff. m. Anm. Heggen, RNotZ 2008, 213 ff. = DNotZ 2008, 514 m. Anm. Amann = MittBayNot 2008, 212 ff. m. Anm. Demharter = ZNotP 2008, 81 m. Anm. Zimmer.

35 Siehe Heggen, RNotZ, 2011, 329 ff. mit einer umfassenden Übersicht zur bisherigen Rechtsprechung; zuletzt auch OLG Frankfurt, Beschluss vom 20. 10. 2011, Az. 20 W 548/10 (unveröffentlicht); OLG München, NotBZ 2012, 227 ff.; OLG Stuttgart, NotBZ 2012, 234 f. = RNotZ 2012, 300.

sicherten Anspruchs nicht im Grundbuch verlautbart werden muss, dogmatisch überzeugend ist,<sup>36</sup> soll an dieser Stelle nicht näher problematisiert werden.

Für die hier interessierende Fragestellung ist aber festzuhalten, dass auf der Grundlage dieser Rechtsprechung die Nichtauswechselung des gesicherten Anspruchs regelmäßig in der Form des § 29 GBO nachzuweisen war – was naturgemäß nicht möglich ist, da es sich hierbei um eine negative Tatsache handelt.

Die Löschung einer Auflassungsvormerkung im Wege der Grundbuchberichtigung kam daher bislang nur dann in Betracht, wenn im Einzelfall die Auswechselung des einer Vormerkung zugrunde liegenden Anspruchs so unwahrscheinlich war, dass diese Möglichkeit nach der Lebenserfahrung ausgeschlossen werden konnte.<sup>37</sup> Dies etwa dann, wenn – wie in dem einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Schleswig zugrunde liegenden Sachverhalt – die Vormerkung bei einer 57 Jahre zurückliegenden Eigentumsumschreibung versehentlich nicht zur Löschung beantragt wurde, obwohl der Anspruch durch Erfüllung erloschen ist.<sup>38</sup> Ebenso konnte das Aufladen der erloschenen Vormerkung zur Sicherung eines neuen, deckungsgleichen Anspruchs ausgeschlossen werden, wenn – wie in dem einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart zugrunde liegenden Fall – nach dem Rückerwerb Zwangsversteigerungen und –verwaltungen angeordnet wurden und dadurch nur noch eine allenfalls theoretische und ganz entfernte Möglichkeit der Entstehung eines nach Schuldner, Gläubiger und Anspruchsgegenstand identischen Anspruchs bestand, die im Berichtigungsverfahren nicht ausgeräumt zu werden braucht.<sup>39</sup> Für den Regelfall war hingegen die Löschung einer Vormerkung, die einen auf die Lebenszeit einer Person befristeten Anspruch sichert, nur durch Vorlage einer Löschungsbewilligung der Erben möglich.

Nach dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 3. Mai 2012<sup>40</sup> dürfte eine Löschungsbewilligung durch die Grundbuchämter allerdings zukünftig nicht mehr verlangt werden können. Zwar hat der 5. Senat grundsätzlich daran festgehalten, dass eine Vormerkung auf Grund einer ihrer Eintragung nachfolgenden Bewilligung einen anderen Anspruch sichern kann, eine „Aufladung“ daher möglich ist.<sup>41</sup> Er präzisiert aber die sehr engen Voraussetzungen, unter denen die stehengebliebene Eintragung als erster Teilakt für die Neubegründung einer Vormerkung genutzt werden kann. Erforderlich ist dafür die Kongruenz zwischen der nachfolgenden Bewilligung und der Eintragung, die nur besteht, wenn beide einen deckungsgleichen Anspruch betreffen. Daran fehlt es nach Auffassung des Bundesgerichtshofs dann, wenn durch die Vormerkung ein auf Lebenszeit des Gläubigers befristeter, nicht übertragbarer und nicht vererblicher Anspruch gesichert wird. Bei einer hypothetischen Ersetzung durch eine unbedingte, vererbliche Forderung ist die notwendige Übereinstimmung des gesicherten Anspruchs nicht gegeben. Die Vormerkung ist und bleibt daher erloschen.<sup>42</sup>

Damit erteilt der Bundesgerichtshof der bislang in Rechtsprechung<sup>43</sup> und Literatur<sup>44</sup> vertretenen Auffassung, dass Vormerkungen, die zur Sicherung eines durch den Tod des Gläubigers auflösend bedingten,

nicht übertragbaren Rückauflassungsanspruchs bewilligt und eingetragen wurden, auch zur Sicherung unbedingter, übertragbarer Ansprüche verwendet werden können, eine klare Absage.<sup>45</sup>

Es ist zu begrüßen, dass der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung zur Forderungsauswechselung bei der Vormerkung in dieser Weise auf seltene Ausnahmefälle, wie sie der Entscheidung aus dem Jahre 2000<sup>46</sup> zugrunde lagen, begrenzt. Speziell für den alltäglichen Fall der Rückauflassungsvormerkung erleichtert es den geordneten Geschäftsverkehr, wenn die Vormerkung bei Vorlage der Sterbeurkunde des Veräußerers im Wege der Grundbuchberichtigung gelöscht werden kann. Da die Wiederaufladung einer solchen Vormerkung nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs keine auch nur sehr entfernte Möglichkeit mehr darstellt, kann ein weiterer Nachweis nicht mehr verlangt werden.

Ein Gestaltungsweg, um insoweit Diskussionen zu entgehen, besteht darin, die Vormerkung selbst auf die Lebenszeit der betreffenden Person zu befristen. Dann kann die Vormerkung im Falle des Todes des Berechtigten in jedem Fall unter Vorlage der Sterbeurkunde berichtigend im Grundbuch gelöscht werden. Eine bloße Löschungserleichterungs- oder auch Vorlöschungsklausel nach § 23 Abs. 2 GBO hilft dagegen nicht, da diese bei einer Vormerkung nicht eintragungsfähig ist.<sup>47</sup>

## 2. Fortbestand erteilter Vollmachten

Probleme mit dem Nachweis negativer Tatsachen können sich weiterhin auch bei Vollmachten ergeben. Grundsätzlich ist anerkannt, dass das Grundbuchamt im Falle einer wirksam erteilten, unbefristeten Vollmacht von deren Fortbestand auszugehen hat, wenn keine konkreten Anhaltspunkte für den Widerruf der Vollmacht bestehen, sodass der Nichtwiderruf der Vollmacht grundsätzlich nicht in der Form des § 29 GBO nachzuweisen ist.<sup>48</sup> Hier von abzugrenzen ist der Sachverhalt,

36 Zu Recht kritisch Demharter, MittBayNot 2000, 106, 107 f.; Volmer, ZfIR 2000, 207; Streuer, Rpflieger 2000, 155, 156.

37 So OLG Hamm DNotZ 2011, 691 m. Anm. Preuß; vgl. hierzu auch OLG München RNotZ 2012, 123 ff.

38 OLG Schleswig FGPrax 2011, 72 f.; vgl. BeckOK-Wilsch, GBO, § 23 Rn. 30 m. w. N.; siehe insoweit hinsichtlich der Ausübung eines Vorkaufsrechts auch OLG Düsseldorf RNotZ 2011, 295.

39 OLG Stuttgart, NotBZ 2012, 2234 f. = RNotZ 2012, 300.

40 BGH, NJW 2012, 2032 ff. = ZNotP 2012, 229 ff.

41 BGH, NJW 2012, 2032, 2033.

42 BGH, NJW 2012, 2032, 2034.

43 Z. B. OLG Köln, FGPrax 2010, 14, 15; OLG Bremen, DNotZ 2011, 689, 690; KG Rpflieger 2011, 365, 366.

44 So zuletzt etwa Heggen, RNotZ 2011, 329, 330; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 1543.

45 Ausdrücklich BGH NJW 2012, 2032, 2033.

46 BGHZ 143, 175 ff. = BGH MittRhNotK 2000, 28 ff. = DNotZ 2000, 639 ff. m. Anm. Wacke = MittBayNot 2000, 104 m. Anm. Demharter = ZNotP 2000, 109 ff. = NotBZ 2000, 91 f.; BGH RNotZ 2008, 222 ff. m. Anm. Heggen, RNotZ 2008, 213 ff. = DNotZ 2008, 514 m. Anm. Amann = MittBayNot 2008, 212 ff. m. Anm. Demharter = ZNotP 2008, 81 m. Anm. Zimmer.

47 BGHZ 130, 385 ff. = BGH MittRhNotK 1996, 51 f. = DNotZ 1996, 453 ff. m. Anm. Lülsdorf = MittBayNot 1996, 26 ff. m. Anm. Wulka, MittBayNot 1996, 156 ff.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 1544 b; BeckOK-Wilsch, GBO, § 23 Rn. 30 m. w. N.

48 Vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 159; Meikel/Hertel, GBO, 10. Aufl. 2009, § 29 Rn. 452.

der einer Entscheidung des Kammergerichts aus dem Jahre 2008 zugrunde lag.<sup>49</sup> Im betreffenden Fall stand die in einem notariell beurkundeten Kaufvertragsangebot enthaltene Vollmacht zur Abgabe der Eintragungsbewilligung unter der aufschiebenden Bedingung, dass das nach Ablauf einer hierfür gesetzten Frist frei widerrufliche Angebot nicht vor Zugang der Annahme gegenüber dem Angebotsempfänger widerrufen wurde. Es ging also gerade nicht um die Frage, ob eine erteilte Vollmacht widerrufen, sondern darum, ob eine Vollmacht überhaupt wirksam erteilt wurde. Zu Recht entschied daher das Kammergericht, dass in diesem Fall der Nichtwiderruf des Angebots in der Form des § 29 GBO nachzuweisen ist.<sup>50</sup> Die Entscheidung reiht sich damit in die Rechtsprechung anderer Obergerichte ein, wonach für den Fall, dass die Bewilligung des Befreitigten vom Eintritt einer aufschiebenden Bedingung abhängt, dem Grundbuchamt der Eintritt der aufschiebenden Bedingung in der Form des § 29 GBO nachzuweisen ist, und zwar selbst dann, wenn es sich hierbei um eine negative Tatsache handelt.<sup>51</sup>

### 3. Grundbuchberichtigung nach dem Erbfall

Erhebliche Schwierigkeiten mit dem Nachweis von negativen Tatsachen können sich schließlich im Zusammenhang mit dem Erbfall ergeben. Grundsätzlich kann der Erbe, dem der Erblasser Grundeigentum hinterlassen hat, beim Grundbuchamt Grundbuchberichtigung beantragen. Nach § 22 Abs. 1 S. 1 GBO bedarf es zur Berichtigung des Grundbuchs dann nicht der Bewilligung des von der Eintragung Betroffenen im Sinne von § 19 GBO. Unrichtig ist das Grundbuch, wenn dessen Inhalt in Ansehung eines Rechts an einem Grundstück, eines Rechts an einem solchen Recht oder einer Verfügungsbeschränkung der in § 892 Abs. 1 BGB bezeichneten Art mit der wirklichen Rechtslage nicht in Einklang steht.<sup>52</sup> Der Nachweis der Unrichtigkeit, an den strenge Anforderungen zu stellen sind,<sup>53</sup> obliegt dem Antragsteller.<sup>54</sup> Ein bloß gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit genügt hierfür nicht.<sup>55</sup> Der Antragsteller hat insoweit auch sämtliche, nicht ganz entfernt liegende<sup>56</sup> Möglichkeiten auszuräumen, die der Richtigkeit der begehrten Eintragung entgegenstehen.<sup>57</sup> Keines Nachweises bedürfen allerdings Umstände, die offenkundig sind.<sup>58</sup> Grundsätzlich ist der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs in der Form des § 29 GBO zu führen.<sup>59</sup> Ist dies nicht möglich, muss sich das Grundbuchamt in den oben zu § 29 GBO genannten Grenzen mit einem Nachweis begnügen, der der Form des § 29 GBO nicht genügt.<sup>60</sup>

Ist das Grundbuch aufgrund eines Erbfalls unrichtig geworden, hat der Erbe sein Erbrecht grundsätzlich gemäß § 35 Abs. 1 S. 1 GBO durch Vorlage eines Erbscheins oder gemäß § 35 Abs. 1 S. 2 GBO durch Vorlage einer öffentlich errichteten Verfügung von Todes nebst Eröffnungsprotokoll nachzuweisen, um seinen Grundbuchberichtigungsantrag nach § 22 GBO zu begründen. Wie bereits oben dargestellt,<sup>61</sup> rechtfertigen Zweifel am Erbrecht des Antragstellers, die auf vollkommen fern liegenden oder abstrakten Möglichkeiten beruhen, es nicht, dass das Grundbuchamt die Vorlage eines Erbscheins verlangt.<sup>62</sup> Dies gilt z. B. für die stets bestehende Möglichkeit, dass eine Verfügung von To-

des wegen durch eine spätere privatschriftliche Verfügung von Todes wegen wieder aufgehoben worden ist. Hier sind konkrete Anhaltspunkte für die Existenz einer solchen späteren Verfügung von Todes wegen erforderlich, um das Verlangen des Grundbuchamts nach Vorlage eines Erbscheins zu rechtfertigen.<sup>63</sup> Ausgangspunkt ist insoweit die Überlegung, dass die Nachweiserleichterung des § 35 Abs. 1 S. 2 GBO nicht dadurch konterkariert werden darf, dass das Grundbuchamt auch in solchen Fällen die Vorlage eines Erbscheins verlangt, in denen das Nachlassgericht sich selbst mit der Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung begnügen würde.<sup>64</sup>

#### a) Verwirkungsklauseln

Im Falle von Verwirkungsklauseln, wie z. B. Pflichtteilsstrafklauseln<sup>65</sup>, wonach derjenige nicht mehr zum Schlusserben eingesetzt ist, der nach dem Tode des Erstversterbenden seinen Pflichtteil geltend macht, wird teilweise die Vorlage eines Erbscheins stets für erforderlich gehalten.<sup>66</sup> Diese Strenge erscheint allerdings nicht angemessen. Zwar wird es sich richtigerweise bei dem Umstand, dass ein Pflichtteilsanspruch geltend gemacht wird, nicht um eine derart entfernte abstrakte

49 KG RNotZ 2009, 165 f. = DNotZ 2009, 546 ff.

50 KG RNotZ 2009, 165 f. = DNotZ 2009, 546 ff.

51 Vgl. BayObLGZ 1985, 378 ff. = DNotZ 1986, 479 ff. m. Anm. Ertl = MittBayNot 1986, 24 ff.; OLG Köln RNotZ 2007, 483 ff. = NotBZ 2007, 333 ff.

52 BayObLG Rpfleger 1988, 254 ff.

53 BayObLG DNotZ 1983, 320 ff. = BWNotZ 1982, 146 ff.; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 22 Rn. 37.

54 Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 22 Rn. 36.

55 Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 22 Rn. 37.

56 BayObLGZ 1995, 416 ff.; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 22 Rn. 37.

57 BayObLGZ 1991, 301 ff. = MittRhNotK 1992, 23 ff. = DNotZ 1992, 157 ff. m. Anm. Jaschke = MittBayNot 1992, 47 f. m. Anm. Ertl, MittBayNot 1992, 11 ff.; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 22 Rn. 37. m. w. N.

58 Vgl. OLG Frankfurt Rpfleger 1994, 106; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 22 Rn. 37.

59 Vgl. BayObLG MittRhNotK 1989, 17 ff. = DNotZ 1989, 182 ff.; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 22 Rn. 42.

60 Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 22 Rn. 42; a. A. Meikel/Roth, GBO, 10. Aufl. 2009, § 35 Rn. 117 ff.

61 S. o. II. 4.

62 BayObLG DNotZ 1984, 502 ff.; OLG Stuttgart Rpfleger 1992, 154 m. Anm. Peißinger, Rpfleger 1992, 427 ff.; OLG Hamm MittRhNotK 1997, 192 ff. = MittBayNot 1997, 105 ff.; OLG Frankfurt MittRhNotK 1998, 363 f. = MittBayNot 1999, 184 f.; OLGR Celle 2000, 99 f.; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 35 Rn. 39; Meikel/Roth, GBO, 10. Aufl. 2009, § 35 Rn. 111; Lange, ZEV 2009, 371, 373; Böhringer, ZEV 2001, 387, 387.

63 OLG Frankfurt MittRhNotK 1998, 363 f. = MittBayNot 1999, 184 f.; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 35 Rn. 39; Lange, ZEV 2009, 371, 373; Böhringer, ZEV 2001, 387, 389.

64 Meikel/Hertel, GBO, 10. Aufl. 2009, § 29 Rn. 450; vgl. auch Bauer/v. Oefele/Schaub, GBO, 2. Aufl. 2006, § 35 Rn. 138; a. A. Meikel/Roth, GBO, 10. Aufl. 2009, § 35 Rn. 117 ff.

65 Ebenso bei Wiederverheiratungsklauseln; siehe hierzu ausführlich Völzmann, RNotZ 2012, 1 ff.

66 OLG Frankfurt, Beschluss vom 20. 10. 2011, Az. 20 W 548/10 (unveröffentlicht); OLG Frankfurt DNotZ 1995, 312 ff. = MittBayNot 1994, 156 f.; LG Bochum Rpfleger 1992, 194 f. m. Anm. Meyer-Stolte; LG Kassel Rpfleger 1993, 397; LG Koblenz MittRhNotK 1995, 67; Böhringer, BWNotZ 1988, 155, 157; Böhringer, ZEV 2001, 387, 388; Bauer/v. Oefele/Schaub, GBO, 2. Aufl. 2006, § 35 Rn. 134; Meikel/Roth, GBO, 10. Aufl. 2009, § 35 Rn. 119; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 35 Rn. 39.

Möglichkeit handeln, dass dieser grundsätzlich nicht nachzuweisen ist.<sup>67</sup> Die Abgabe einer entsprechenden eidesstattlichen Versicherung scheint aber eine hinreichende – allerdings auch notwendige – Bedingung zu sein, um das Nichtvorliegen des Verwirkungstatbestandes, hier konkret die Nichtgeltendmachung des Pflichtteilsanspruchs, nachzuweisen.<sup>68</sup>

### b) Weitere Abkömmlinge

Hat der Erblasser in der betreffenden Verfügung von Todes wegen seine Abkömmlinge zu seinen Erben eingesetzt hat, ist es nicht möglich, in öffentlicher Urkunde die negative Tatsache nachzuweisen, dass der Erblasser keine weiteren Abkömmlinge hinterlassen hat, als diejenigen, die sich aus den vorgelegten Personestandsurkunden positiv ergeben. Für den Nachweis dieser negativen Tatsache genügt nach herrschender Meinung grundsätzlich die Vorlage einer entsprechenden eidesstattlichen Versicherung, und zwar entweder des überlebenden Ehegatten oder, falls dieser bereits verstorben ist, eines Kindes.<sup>69</sup> Teilweise wird für die Zulässigkeit einer eidesstattlichen Versicherung verlangt, dass es keinen Anhaltspunkt dafür gibt, zur Feststellung der Erbfolge seien tatsächliche Ermittlungen erforderlich. Weiterhin dürfe es auch keinen vernünftigen Zweifel daran geben, dass das Nachlassgericht bei der Ermittlung der Erbfolge im Rahmen eines Erbscheinsverfahrens zu dem gleichen Ergebnis käme wie das Grundbuchamt, dass es also ohne weitere Ermittlungen eine eidesstattliche Versicherung des Antragstellers der Erbscheinerteilung ebenso zugrunde legen würde wie das Grundbuchamt der Eintragung.<sup>70</sup> Dies ist überzeugend. Denn das Grundbuchamt muss sich dann mit einer entsprechenden eidesstattlichen Versicherung begnügen, wenn sich auch das Nachlassgericht mit einer solchen zufrieden geben würde.

### c) Rücktritt vom Erbvertrag

Regelmäßig behalten sich die Beteiligten in notariellen Erbverträgen ein Rücktrittsrecht vor. So auch in dem Fall, der einer Entscheidung des Oberlandesgerichts München aus dem vergangenen Jahr zugrunde lag.<sup>71</sup> Die Beteiligte beantragte unter Bezugnahme auf die Nachlassakten, in denen sich ein Erbvertrag befand, der die Beteiligte als Alleinerbin nach dem Erblasser ausswies, die Berichtigung des Grundbuchs. Das Grundbuchamt forderte angesichts des im Erbvertrag vorbehaltenen Rücktrittsrechts (nur) die Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung, dass das vorbehaltene Rücktrittsrecht von keinem der Vertragsbeteiligten ausgeübt worden sei, oder aber die Vorlage eines Erbscheins. Zu Recht, wie das Oberlandesgericht München entschied. Hinsichtlich des Nachweises des Nichtvorliegens bestimmter Tatsachen, wie im zu entscheidenden Fall, dass ein Rücktritt vom Erbvertrag nicht erklärt worden ist, dürfe das Grundbuchamt die Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung verlangen.<sup>72</sup> Eine solche sei auch dann erforderlich, wenn für die Ausübung des vorbehalteten Rücktritts keine greifbaren Anhaltspunkte ersichtlich seien.<sup>73</sup> Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen; die Entscheidung des Oberlandesgerichts München stellt eine konsequente Fortentwicklung der

bisherigen Rechtsprechung zum Nachweis negativer Tatsachen im Grundbuchverfahren dar.

### d) Güterstand

Ein sicherlich seltenerer, aber in diesem Zusammenhang erwähnenswerter Fall liegt einer Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts aus dem Jahre 2003 zugrunde.<sup>74</sup> Auf einen Grundbuchberichtigungsantrag der überlebenden Ehefrau hin führte das Grundbuchamt in einer Zwischenverfügung aus, es bestünden Zweifel am Güterstand der Eheleute. Erfreulicherweise erkannte auch in diesem Fall bereits das Grundbuchamt, dass die Vorlage einer entsprechenden eidesstattlichen Versicherung den richtigen Weg darstellt, um die bestehenden Zweifel auszuräumen. Die gegen die Zwischenverfügung eingelegte Beschwerde sowie die weitere Beschwerde wurden jeweils zurückgewiesen. Das Bayerische Oberste Landesgericht entschied insoweit zu Recht, dass bei Zweifeln darüber, ob Ehegatten im Güterstand der Gütergemeinschaft gelebt haben, der vom Grundbuchamt zur Eintragung des überlebenden Ehegatten verlangte Nachweis des gesetzlichen Güterstandes durch eidesstattliche Versicherung erbracht werden kann.<sup>75</sup>

### e) Bewilligung der Grundbuchberichtigung aufgrund transmortaler Vollmacht

Eine ebenfalls interessante Frage liegt einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart aus dem vergangenen Jahr zugrunde.<sup>76</sup> Der Notar beantragte beim Grundbuchamt, die Beteiligte zu 1. berichtigend als Alleineigentümerin eines Grundstücks in das Grundbuch

67 So aber LG Stuttgart BWNotZ 1988, 163; Meikel/Hertel, GBO, 10. Aufl. 2009, § 29 Rn. 449; vgl. auch LG Köln MittRhNotK 1988, 177.

68 Vgl. LG Bochum Rpfleger 1992, 194 f. m. Anm. Meyer-Stolte; siehe auch OLG Köln RNotZ 2010, 263 m. Anm. Böttcher; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 790; Meikel/Hertel, GBO, 10. Aufl. 2009, § 29 Rn. 449; BeckOK-Wilsch, GBO, § 35 Rn. 119.

69 Vgl. BayObLG NJW-RR 2000, 1545 = DNotZ 2001, 385 = ZNotP 2000, 391; OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 434 m. krit. Anm. Meyer-Stolte; OLG Frankfurt OLGZ 1981, 30 ff.; OLG Frankfurt MittRhNotK 1986, 23 f. = Rpfleger 1986, 51 m. Anm. Meyer-Stolte; OLG Zweibrücken DNotZ 1986, 240 ff.; OLG Hamm MittRhNotK 1997, 192 ff. = MittBayNot 1997, 105 ff.; OLG Schleswig MittRhNotK 2000, 117 = MittBayNot 2000, 114 f.; OLG Düsseldorf RNotZ 2010, 260 ff. m. Anm. Böttcher; OLG Hamm NotBZ 2011, 368 f. = Rpfleger 2011, 494 ff. mit krit. Anm. Jurksch, Rpfleger 2011, 665 f.; OLG München RNotZ 2012, 123 ff.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 790; Meikel/Hertel, GBO, 10. Aufl. 2009, § 29 Rn. 449; Bauer/v. Oefele/Schaub, GBO, 2. Aufl. 2006, § 35 Rn. 138; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 35 Rn. 40; BeckOK-Wilsch, GBO, § 35 Rn. 117 f.; Böhringer, Rpfleger 2003, 157, 167; a. A. Meikel/Roth, GBO, 10. Aufl. 2009, § 35 Rn. 117 ff.

70 BayObLG NJW-RR 2000, 1545, 1546; OLG Düsseldorf RNotZ 2010, 260 ff. m. Anm. Böttcher; Meikel/Hertel, GBO, 10. Aufl. 2009, § 29 Rn. 449; vgl. OLG Frankfurt OLGZ 1981, 30 ff.; OLG Hamm MittRhNotK 1997, 192 ff. = MittBayNot 1997, 105 ff.; OLG Schleswig MittRhNotK 2000, 117 = MittBayNot 2000, 114 f.; Böhringer, Rpfleger 2003, 157, 167.

71 OLG München RNotZ 2012, 128 f. = NotBZ 2012, 56 ff.

72 Vgl. OLG München RNotZ 2012, 128 f. = NotBZ 2012, 56 ff.

73 Vgl. OLG München RNotZ 2012, 128 f. = NotBZ 2012, 56 ff.; ebenso BeckOK-Wilsch, GBO, § 35 Rn. 112; a. A. LG Kleve MittRhNotK 1989, 273 ff.

74 BayObLG MittBayNot 2003, 489 m. krit. Anm. Trautner.

75 BayObLG MittBayNot 2003, 489 m. krit. Anm. Trautner; Meikel/Hertel, GBO, 10. Aufl. 2009, § 29 Rn. 449; BeckOK-Wilsch, GBO, § 35 Rn. 123.

76 OLG Stuttgart RNotZ 2012, 129 ff.

einzutragen. Die Beteiligte zu 1. hatte den Erblasser gemeinsam mit ihren zwei Schwestern zu je 1/3 Anteil beerbett. Ein entsprechender Erbschein nach dem Erblasser lag vor. Zwischen den Schwestern wurde ein Erbteilsübertragungsvertrag geschlossen, bei dessen Beurkundung eine der Schwestern, die mittlerweile ebenfalls verstorben war, von der Beteiligten zu 1. aufgrund einer transmortalen Generalvollmacht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit vertreten wurde. Das Grundbuchamt verlangte zum Nachweis der Erbfolge nach der verstorbenen Schwester die Vorlage eines Erbscheins bzw. einer notariellen Verfügung von Todes wegen nebst Eröffnungsprotokoll. Die gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamts erhobene Beschwerde wies das Oberlandesgericht zurück. Es sei urkundlich nicht nachgewiesen, welche Erben von der Beteiligten zu 1. nach dem Tode ihrer Schwester aufgrund der Generalvollmacht vertreten würden. Es sei deshalb nicht bekannt, wer die von ihr Vertretenen seien, ob ein Vollmachtswiderruf erfolgt sei oder ob das von der Beteiligten zu 1. vorgenommene Insichgeschäft im Rahmen des Erbteilsübertragungsvertrages einen Vollmachtsmissbrauch im Innenverhältnis zu den von ihr nunmehr vertretenen Erben der Schwester darstelle.<sup>77</sup> Ein eine Zwischenverfügung rechtfertigendes Eintragungshindernis sei schon bei begründeten Zweifeln bezüglich einer notwendigen Eintragungsvoraussetzung gegeben und nicht erst, wenn das Fehlen derartiger Voraussetzungen positiv feststehe.<sup>78</sup>

Die Auffassung des Oberlandesgerichts Stuttgart kann nicht überzeugen. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt handelt es sich um einen Grundbuchberichtigungsantrag nicht aufgrund Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 GBO, sondern aufgrund Berichtigungsbewilligung nach § 19 GBO, wobei die Bewilligung für einen der Beteiligten durch einen Bevollmächtigten erklärt wurde. Zutreffend geht das Gericht zwar insoweit davon aus, dass die Erbfolge nach der verstorbenen Schwester nicht nachgewiesen wurde. Darauf kommt es aber nicht an. Denn die wirksame Erteilung der Vollmacht, die auch für die Erben der Vollmachtgeberin erteilt worden ist, ziehen weder das Grundbuchamt noch das Gericht in Zweifel.<sup>79</sup> Nicht ersichtlich ist, aus welchen Gründen das Grundbuchamt einen Vollmachtswiderruf oder -missbrauch für möglich hält. Konkrete Anhaltspunkte hierfür sind den Entscheidungsgründen nicht zu entnehmen. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Stuttgart ist rechtskräftig. Leider haben nach Auffassung des 8. Zivilsenats die Voraussetzungen für die Zulassung einer Rechtsbeschwerde nicht vorliegen.

#### 4. Löschung eines Nacherbenvermerks

Geht es nicht um den Nachweis der Erbenstellung, kann sich das Problem des Nachweises negativer Tatsachen z. B. auch im Rahmen der Löschung eines Nacherbenvermerks stellen. Ist ein Erbe nur zum Vorerben berufen, so ist dies gemäß § 51 GBO im Grundbuch in Form eines Nacherbenvermerks einzutragen, dessen Löschung entweder der Bewilligung der Nacherben sowie etwa eingesetzter Ersatzerben oder des Unrichtigkeitsnachweises nach § 22 GBO bedarf.<sup>80</sup> Die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft hindert den Vorerben

grundsätzlich nicht, über zum Nachlass gehörende Vermögensgegenstände zu verfügen, § 2112 BGB. Allerdings ist gemäß § 2113 Abs. 1 BGB die Verfügung des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Dem Vorerben kann von dieser und den übrigen Beschränkungen und Verpflichtungen eines Vorerben zwar im Rahmen des § 2136 BGB Befreiung erteilt werden, so dass die Vorschrift des § 2113 Abs. 1 BGB nicht zur Anwendung gelangt. Problematisch ist es aber, wenn die Befreiung von den Beschränkungen eines Vorerben unter einer auflösenden Bedingungen steht, z. B. im Rahmen einer Wiederverheiratungsklausel.<sup>81</sup> Will der Vorerbe über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück entgeltlich verfügen und den Nacherbenvermerk in diesem Zusammenhang löschen lassen, kann er den Umstand, dass die auflösende Bedingung bisher noch nicht eingetreten ist, er also nicht wieder geheiratet hat, in der Regel nicht in grundbuchmäßiger Form nachweisen. In diesem Fall genügt daher eine entsprechende eidesstattliche Versicherung des Vorerben, dass die auflösende Bedingung bisher noch nicht eingetreten ist.<sup>82</sup>

#### IV. Fazit

Manche Tatsachen stehen nicht in öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden. Dies gilt insbesondere für negative Tatsachen, also Umstände, die eben nicht geschehen sind. Die von § 29 GBO postulierte Form kann in diesen Fällen nicht eingehalten werden. Daher lässt es die Rechtsprechung in diesen Fallkonstellationen zu Recht zu, dass von der strengen grundbuchmäßigen Form abgewichen wird. Es gibt insoweit aber immer noch Unsicherheiten bei den Grundbuchämtern, wann deren Zweifel am Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen hinreichend begründet sind, um damit die Eintragung verweigern zu können. Es ist aus der Sicht der notariellen Praxis zu hoffen, dass keine zu enge Auslegung bei den Zweifeln des Grundbuchamts um sich greift und in Fällen der Beweisnot eine angemessene Lockerung der strengen Anforderungen des § 29 GBO in Betracht gezogen wird.

77 OLG Stuttgart RNotZ 2012, 129 ff.

78 OLG Stuttgart RNotZ 2012, 129 ff.

79 Siehe zur Wirkung einer transmortalen Vollmacht – hier insbesondere im Verhältnis zur Testamentsvollstreckung – zuletzt OLG München DNotZ 2012, 303 ff. = MittBayNot 2012, 227 f. m. Anm. Reimann = FamRZ 2012, 1004 ff. = ZErb 2012, 18 ff. = FGPrax 2012, 14 f. m. w. N.

80 Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 51 Rn. 37.

81 Umfassend zu Wiederherstellungsvermerken in der notariellen Praxis Völzmann, RNotZ 2012, 1 ff.

82 Vgl. Völzmann, RNotZ 2012, 1, 13; vgl. auch Meikel/Böhringer, GBO, 10. Aufl. 2009, § 51 GBO Rn. 175 m. w. N.

## Rechtsprechung

- 1. Liegenschaftsrecht – Zum Nachweis des Rechtsübergangs von Vermögensgegenständen gegenüber dem Grundbuchamt im Falle der Spaltung und zur Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG bei Veräußerung an Abkömmlinge**  
 (KG, Beschluss vom 28. 2. 2012 – 1 W 43/12)

**BNotO § 21**

**GBO § 32**

**WEG § 12**

- 1. Erlaubt eine nach § 12 Abs. 1 WEG im Grundbuch eingetragene Veräußerungsbeschränkung Ausnahmen bei der Veräußerung an Abkömmlinge des Miteigentümers, greift diese Klausel auch dann ein, wenn dessen Erben das Wohnungseigentum an einen seiner Abkömmlinge übertragen.**
- 2. Der Rechtsübergang von Vermögensgegenständen – hier Grundschulden – im Wege der Ausgliederung kann im Grundbuchverfahren nicht durch eine auf der Einsicht in den Ausgliederungsvertrag beruhenden Bescheinigung eines Notars geführt werden.**

**Zur Einordnung:**

Im Rahmen einer Spaltung (§§ 127 bis 173 UmwG) sind Grundstücke und auch Rechte an Grundstücken nach §§ 126 Abs. 1 Nr. 9, 126 Abs. 2 S. 2 UmwG i. V. m. § 28 GBO unter Beachtung des Bestimmtheitsgrundsatzes genau und grundbuchmäßig zu bezeichnen (BGH RNotZ 2008, 355 mit Anm. Link; OLG Frankfurt am Main BeckRS 2012, 08211; zur Ausnahme bei sog. „All-Klauseln“ Schleswig-Holsteinisches OLG RNotZ 2010, 63 ff; Böhringer, Rpfleger 2001, 63; Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG, 5. Aufl. 2009, § 126 Rn. 81 m. w. N.). Mit Vollzug der Spaltung durch deren Eintragung in das Handelsregister des übertragenen Rechtsträgers (§ 131 Abs. 1 Nr. UmwG) wird das Grundbuch hinsichtlich des jeweils übertragenen Grundstücks oder Rechts unrichtig und bedarf der Berichtigung (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 995 b m. w. N.). Der Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit wird hierbei regelmäßig durch Vorlage eines beglaubigten Handelsregisterauszuges bzw. eine Bezugnahme auf das Handelsregister nach § 32 Abs. 2 GBO und der Vorlage des Spaltungsvertrages bzw. -planes in der Form des § 29 GBO erbracht (Lepper, RNotZ 2006, 326; Beck-OK-GBO/Kral, Stand 1. 6. 2012, Gesellschaftsrecht, Rn. 87; Bauer/v.Oefele/Schaub, GBO, 2. Aufl. 2006, § 32 Rn. 28; Schmitt/Hörtnagl/Stratz, a.a.O., § 126 Rn. 83 m. w. N.). Dies führt dazu, dass sich die entsprechenden Grundbuchberichtigungen aufgrund des zumeist großen Umfangs dieser Urkunden aufwendig gestalten.

Kurz nach dem OLG Frankfurt am Main (BeckRS 2012, 08211) hat nun auch das KG entschieden, dass der Nachweis, dass eine Grundschrift zum ausgliederten Vermögen gehört und damit auf eine

neue Gläubigerin übergegangen ist, nicht durch den „vereinfachenden Weg“ der Notarbescheinigung nach § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BNotO oder durch eine notarielle Bescheinigung nach § 24 Abs. 1 S. 2 BNotO geführt werden kann.

Umstritten ist auch weiterhin, ob neben dem Erbringen des Unrichtigkeitsnachweises durch die Vorlage der vorbezeichneten Dokumente nicht auch die Möglichkeit der Berichtigung des Grundbuchs alleine durch Einreichung einer entsprechenden Bewilligung beim GBA besteht (bejahend Ittner, MittRhNotK 1997, 126; Böhringer, Rpfleger 2001, 59; Schmitt/Hörtnagl/Stratz, a.a.O., § 126 Rn. 84 jeweils m. w. N.; offen gelassen OLG Frankfurt am Main BeckRS 2012, 08211). Unter anderem das OLG Düsseldorf (FGPrax 2010, 225) und das OLG Hamm (FGPrax 2011, 192) fordern jedoch auch bei Vorliegen einer entsprechenden Berichtigungsbewilligung des übertragenden Rechtsträgers die Vorlage des Spaltungsvertrages bzw. -planes (so auch Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 995 f.; Leitzen, MittBayNot 2009, 360). Somit scheidet auch der „vereinfachende Weg“ der Grundbuchberichtigung auf alleiniger Grundlage einer Eintragungsbewilligung nach der Rechtsprechung der OLG Düsseldorf und Hamm aus.

Das OLG Schleswig (FGPrax 2012, 106 = Rpfleger 2012, 381) hat jedoch eine in der Praxis häufiger vorkommende Vertragsgestaltung, die das Erfordernis der Einreichung der vorbezeichneten Dokumente beim GBA vermeiden soll, für zulässig erachtet. Bei dieser vereinbaren die an der Spaltung beteiligten Rechtsträger in einer separaten Urkunde rein vorsorglich die Abtretung der Grundpfandrechte und bewilligen und beantragen die Eintragung des Zessionars bzw. übernehmenden Rechtsträgers als neuem Gläubiger in die Grundbücher. Den Wortlaut einer solche Vereinbarung gibt die Entscheidung des OLG Schleswig exemplarisch wieder.

Soweit man den vom OLG Schleswig obergerichtlich bestätigten Weg nicht gehen will, bleibt zum Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit nach einer vollzogenen Spaltung nur die Übersendung des Spaltungsvertrages bzw. -planes und eines Handelsregisterauszuges jeweils in der Form des § 29 GBO (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 995 f), wobei auf das entsprechende Handelsregister nach § 32 Abs. 2 GBO auch Bezug genommen werden kann.

*Die Schriftleitung (PH)*

**Zum Sachverhalt:**

- I. Im Bestandsverzeichnis des im Beschlusseingang näher bezeichneten Wohnungsgrundbuchs ist als Veräußerungsbeschränkung die Zustimmung des Verwalters und als Ausnahme hiervon u. a. die Veräußerung an Abkömmlinge vermerkt. In Abteilung III sind unter lfd. Nr. 1 und 2 jeweils Grundschriften zu Gunsten der... Aktengesellschaft in B. eingetragen.

Die Bet. zu 1) und 2) wurden auf Grund der Erbscheine des AG N. vom 16. 7. 2004 und vom 24. 3. 2009 in Erbengemein-

schaften an Stelle ihrer vormals als Eigentümer eingetragenen Eltern im Grundbuch eingetragen.

Mit Schreiben vom 7. 11. 2011 hat Notar . . . die Umschreibung des Eigentums auf den Bet. zu 2) sowie die Löschung der in Abteilung III des Grundbuchs bestehenden Lasten beantragt. Dem Schreiben waren u.a. seine UR-Nr. . . vom selben Tag sowie die Löschungsbewilligung der Bet. zu 3) vom 23. 11. 2010 (UR-Nr. . . des Notars . . . in . . .) beigelegt. Danach haben die Bet. zu 1) und 2) die nach ihren Eltern bestehenden Erbengemeinschaften auseinandergesetzt und die Auflösung des Wohnungseigentums auf den Bet. zu 2) erklärt. Die Urkunde des Notars . . . enthält neben der Löschungsbewilligung auch dessen Bescheinigung, die Grundpfandrechte in Abt. III lfd. Nr. 1 und 2 seien Gegenstand der Ausgliederung eines „Kreditportfolios“ der eingetragenen Gläubigerin auf die Bet. zu 3) gewesen. Diese Feststellung beruhte auf der Einsicht in die dem Notar in beglaubigter Abschrift vorliegenden UR-Nr. . . und . . . 12. 3. 2012 vom 26./27. 3. 2008 des Notars . . .

Mit Zwischenverfügung vom 2. 11. 2011 hat das GBA unter Fristsetzung aufgegeben, die Zustimmung des WEG-Verwalters sowie den Ausgliederungsvertrag vom 26./27. 3. 2008 vorzulegen. Hiergegen richtet sich die im Namen der Bet. zu 1) und 2) erhobene Beschwerde vom 2. 2. 2012, der das GBA mit Beschluss vom 6. 2. 2012 nicht abgeholfen hat.

#### Aus den Gründen:

II. 1. Die zulässige, § 71 Abs. 1 GBO, Beschwerde ist teilweise begründet. Für die beantragte Umschreibung des Eigentums bedarf es keiner Zustimmung des Verwalters. Hingegen hat das GBA zu Recht die Vorlage des Ausgliederungsvertrags vom 26./27. 3. 2008 zum Nachweis der Rechtsnachfolge der in Abteilung III lfd. Nr. 1 und 2 eingetragenen Gläubigerin erforderlich.

#### Eine Übertragung von Wohnungseigentum im Rahmen einer Erbauseinandersetzung auf einen der Miterben ist eine Veräußerung im Sinne des § 12 WEG

a) Die nach § 12 Abs. 1 WEG im Grundbuch eingetragene Veräußerungsbeschränkung greift nicht ein. Zwar ist die Übertragung des Wohnungseigentums von der Erbengemeinschaft, § 2032 BGB, auf einen der Miterben eine Veräußerung i.S.v. § 12 Abs. 1 WEG, auch wenn sie der Auseinandersetzung nach §§ 2042 ff. BGB dient (vgl. BayObLG Rpfleger 1982, 177; Demharter, GBO, 28. Aufl., Anh. § 3 Rn. 34). Vorliegend ist jedoch der Ausnahmetatbestand „Veräußerung an (...) Abkömmlinge“ erfüllt. Die Klausel ist dahin zu verstehen, dass die Zustimmung des Verwalters jedenfalls auch dann entbehrlich ist, wenn die Veräußerung – wie hier – an einen Miterben erfolgt, der ein Abkömmling der in Abt. I des Grundbuchs eingetragenen gewesenen Erblasser ist.

#### Soweit eine Veräußerung an Abkömmlinge vom Zustimmungserfordernis des § 12 WEG ausgenommen wurde, ist auch eine Übertragung im Rahmen der Erbauseinandersetzung an einen Abkömmling des Erblassers zustimmungsfrei

Bei der Auslegung von Grundbucheintragungen ist auf Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich aus dem Eintragungsvermerk und ggf. der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt (Demhar-

ter, a.a.O., § 53 Rn. 4 m.w.N.). Durch das Zustimmungserfordernis nach § 12 Abs. 1 WEG soll den Wohnungseigentümern eine Möglichkeit geboten werden, sich gegen das Eindringen unerwünschter Personen in die Gemeinschaft und gegen sonstige unerwünschte Veränderungen im Personenkreis der Teilhaber zu schützen (Bärmann/Pick, WEG, 19. Aufl., § 12 Rn. 1). Die ausnahmsweise Befreiung vom Zustimmungserfordernis bei Veräußerung an nahe Angehörige stellt eine Vergünstigung im Interesse des jeweils veräußernden Wohnungseigentümers dar, der insoweit in seiner Entscheidungsfreiheit nicht beschränkt werden soll (OLG Schleswig NJW-RR 1993, 1103, 1104 = DNotl-Report 1993, 4). Im Hinblick auf diese beiderseitigen Interessen ist es aber unerheblich, ob der Eigentümer selbst oder die im Wege der Gesamtrechtsnachfolge an seine Stelle tretenden Mitglieder einer Erbengemeinschaft, §§ 1922 Abs. 1, 2040 Abs. 1 BGB, den Eigentumsübergang an einen seiner Abkömmlinge bewirken. Das Eigentum geht in jedem Fall auf eine Person über, die von der Wohnungseigentümergegemeinschaft bereits im Vorhinein akzeptiert worden ist.

b) Die Löschung einer Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen ist, §§ 19, 46 Abs. 1 GBO. Ist der wahre Berechtigte nicht im Grundbuch eingetragen, muss er sein Recht in der Form des § 29 GBO nachweisen (Demharter, a.a.O., § 19 Rn. 46). Aus der Bescheinigung des Notars . . . vom 23. 11. 2010 ergibt sich nicht, dass die in Abt. III lfd. Nr. 1 und 2 eingetragenen Grundschulden von der gebuchten Gläubigerin auf die Bet. zu 3) übergegangen sind.

#### Ob eine Grundschuld Gegenstand einer Ausgliederung war, kann durch eine notarielle Bescheinigung nach § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BNotO nicht nachgewiesen werden

Die notarielle Bescheinigung nach §§ 32 Abs. 1 S. 2 GBO, 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BNotO über eine Umwandlung erbringt für das Grundbuchverfahren den vollen Beweis für den bezeugten Umwandlungsvorgang (Böhringer, Rpfleger 2001, 59, 61). Ob – wie hier – bestimmte Grundschulden Gegenstand einer Ausgliederung, § 123 Abs. 3 UmwG, sind, kann durch eine solche notarielle Bescheinigung hingegen nicht nachgewiesen werden. Sie ist beschränkt auf Umstände, die sich aus einer Eintragung im Handelsregister ergeben, vgl. § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BNotO, und erstreckt sich mithin nicht auf den Inhalt der Registerakten (Böhringer, a.a.O., 64).

#### Die nach Einsicht der entsprechenden notariellen Urkunden erfolgende Erklärung eines Notars, dass eine Grundschuld Gegenstand einer Ausgliederung war, stellt eine notarielle Bestätigung nach § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO dar und ist zum Nachweis im Grundbuchverfahren nicht geeignet

Soweit die Bescheinigung des Notars . . . über die Ausgliederung auf der Einsicht in die Urkunden des Notars . . . vom 26. und 27. 3. 2008 beruht, handelt es sich deshalb nicht um eine solche nach §§ 32 GBO, 21 BNotO, sondern um eine notarielle Bestätigung i.S.v. § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO in Form einer gutachterlichen Stellungnahme. Die Bescheinigung beschränkt sich nicht auf die Wiedergabe einer von dem Notar amtlich wahrgenommenen

Tatsache, § 20 Abs. 1 S. 2 BNotO. Vielmehr teilt der Notar das Ergebnis seiner rechtlichen Würdigung der ihm vorgelegten Urkunden mit. Eine solche Bestätigung hat aber keine Beweiskraft, insbesondere kommt ihr nicht die Wahrheitsvermutung der §§ 414, 418 ZPO zu (OLG Frankfurt NJW-RR 1996 529, 530 = MittRhNotK 1996, 53; OLG München, Beschluss vom 27. 11. 2009, – 34 Wx 102/09 Juris = RNotZ 2010, 135).

**Ob eine Grundschuld durch Ausgliederung auf einen anderen Gläubiger übertragen wurde, kann durch Vorlage des Spaltungs- und Übertragungsvertrages in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden**

Es kommt deshalb nicht darauf an, dass die Bestätigung auch schon inhaltlich nicht geeignet ist, auf den Übergang der beiden Grundsalden außerhalb des Grundbuchs zu schließen. Sie enthält keinerlei Hinweis auf den Inhalt der zum Rechtsübergang erforderlichen Erklärungen, vgl. §§ 126, Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 S. 1 und 2 UmwG, 28 GBO (hierzu BGH MDR 2008, 497 = DNotZ 2008, 528; OLG Schleswig FGPrax 2010, 21, 22). Diese können letztlich nur durch Vorlage des Spaltungs- und Übertragungsvertrags in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden (OLG Düsseldorf FGPrax 2010, 225; Böhringer, a.a.O., 61).

**2. Liegenschaftsrecht – Erfordernis mehrerer Vormerkungen bei Übernahme des Betriebs einer Photovoltaikdienstbarkeit**

(OLG München, Beschluss vom 18. 4. 2012 – 34 Wx 35/12)

**BGB §§ 883; 1090; 1092**

**GBO § 18**

1. **Mit Zwischenverfügung kann nicht aufgegeben werden, wegen mehrerer Ansprüche eine weitere Vormerkung zu bewilligen.**
2. **Die Verpflichtung des Bestellers einer Eigentümerdienstbarkeit zum Betrieb einer Photovoltaikanlage gegenüber einem Berechtigten, mit unmittelbarer Drittewirkung für den Fall, dass dieser einen Dritten benenne, der den Betrieb einer Photovoltaikanlage übernehmen solle, dem jeweiligen Übernehmer das gleiche Recht einzuräumen und die gleiche Dienstbarkeit zu bestellen, kann dann nicht durch eine (einige) Vormerkung gesichert werden, wenn Dritter auch der Versprechensempfänger selbst sein soll.**

**Zur Einordnung:**

Bei der vertraglichen Absicherung des Betriebs einer Photovoltaik- oder auch Windkraftanlage auf fremdem Grundbesitz stellt sich häufig das Problem, dass eine hierzu bestellte beschränkte persönliche Dienstbarkeit generell nicht übertragbar (§ 1092 Abs. 1 S. 1 BGB) und nicht vererblich (§§ 1090 Abs. 2 i. V. m. § 1061 BGB) ist. Nur für juristische Personen und rechtsfähige Personengesellschaften sieht § 1092 BGB in Abs. 2 und 3 Ausnahmen vor (vgl. hierzu Keller, DNotZ 2011, 99 ff.). Die Ausübung einer Dienstbarkeit kann einem Dritten darüber hinaus nur mit

Einwilligung des Eigentümers des belasteten Grundstücks überlassen werden (§ 1092 Abs. 1 S. 2 BGB). Auch der Anspruch auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit als solcher ist nach überwiegender Auffassung weder übertragbar noch vererblich (Reymann, DNotZ 2010, 103 m. w. N.; Zeiser, Rechtspfleger 2009, 286; Palandt/Bassenge, BGB, 71. Aufl. 2012, § 1092 Rn. 5)

Auf die mit der fehlenden Übertragbarkeit der Dienstbarkeit verbundenen Probleme wird vertragsgestalterisch oft damit reagiert, dass der Grundstückseigentümer dem Berechtigten der gleichzeitig bestellten Dienstbarkeit (oft der Betreiber der Photovoltaikanlage) oder einem Dritten (z. B. das die Photovoltaikanlage finanzierte Geldinstitut) in der Form eines echten oder unechten Vertrages zu Gunsten Dritter das Recht einräumt, einen oder mehrere Rechtsnachfolger zu bestimmen, zu deren Gunsten später jeweils eine entsprechende Dienstbarkeit zu bestellen ist. Dieser Anspruch wird durch Vormerkung im Grundbuch gesichert (Böttcher, NJW 2012, 825; Abicht, Notar 2011, 236; Zeiser, Rpfleger 2009, 286; Würzburger Notarhandbuch/Munzig, 2. Aufl. 2010, 2. Teil Kap. 8 Rn. 160 f. mit einem Formulierungsvorschlag; vgl. zu dieser Vertragsgestaltung und auch zu anderen Gestaltungsoptionen eingehend Reymann, DNotZ 2010, 99 ff.; Keller, DNotZ 2011, 99 ff.). Er ist anders als der Anspruch auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit als solcher auch abtretbar und ermöglicht somit eine „Nachfolgeregelung“ (Keller, DNotZ 2011, 99) zu Gunsten etwaiger zukünftiger Berechtigter gerade in dem Falle, dass diese und der Erstberechtigte der Dienstbarkeit natürliche Personen sind. Im Falle der Abtretung des Anspruchs kann die im Grundbuch eingetragene Vormerkung grundbuchberichtigend auf den Zessionär umgeschrieben werden (vgl. zur Abtretung des Anspruchs Keller, DNotZ 2011, 103; Klühs, RNotZ 2012, 29; Reymann, DNotZ 2010, 103; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 261 f.).

Es entspricht hierbei der heute herrschenden Meinung, dass zur Sicherung des vorbeschriebenen revolvierenden Anspruchs auf Benennung von einer unbestimmten Anzahl von Berechtigten von weiteren beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten gleichen Inhalts die Eintragung nur einer Vormerkung ausreichend ist (so ausdrücklich BGH NJW 1958, 1677; OLG München MittBayNot 2011, 231 mit Anm. Preuß; BeckOK-GBO/Kral, Stand 1. 6. 2012, § 44 Rn. 15; Klühs, RNotZ 2012, 28; Böttcher, NJW 2012, 826; Keller, DNotZ 2011, 108 f., der aber empfiehlt, die Eintragung der Vormerkung im Grundbuch so zu formulieren, dass „sie notfalls die Interpretation zulässt, es seien mehrere Vormerkungen eingetragen“; a. A. Reymann, DNotZ 2010, 107, der für jeden Bestellungsanspruch eine Vormerkung für erforderlich hält).

Das OLG München bestätigt diese Rechtsauffassung erneut. Das Gericht stellt aber gleichzeitig klar, dass die grundbuchliche Sicherung nur durch eine Vormerkung ausschließlich dann erfolgen könne, wenn der Gläubiger des Benennungsanspruchs und derjenige, für den die entsprechende beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellt werden soll, perso-

nenverschieden sind. Soweit zukünftig der Gläubiger auch das Recht haben soll, eine entsprechende Dienstbarkeit zu eigenen Gunsten in das Grundbuch eintragen zu lassen, ist dies ein eigenständiger Anspruch neben dem auf Benennung Dritter und muss entweder durch eine eigene Vormerkung gesichert oder von vornherein als eigenständige beschränkte persönliche Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen werden.

*Die Schriftleitung (PH)*

### Zum Sachverhalt:

I. Zu notarieller Urkunde vom 27. 7. 2011 (Abschnitt II) bestellte der Bet. zu 1) als Eigentümer an seinem Grundstück zu seinen Gunsten eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit in Form eines Errichtungs-, Betriebs- und Nutzungsrechts für die auf dem Grundstück bzw. auf dem Dach des auf dem Grundstück gelegenen Gebäudes installierten bzw. zu installierenden Photovoltaikanlage einschließlich aller Nebeneinrichtungen. Hierzu ist festgehalten, dass der Berechtigte beabsichtige, auf dem Grundstück eine Photovoltaikanlage zu betreiben. Die nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz garantierte Einspeisevergütung bleibe nur so lange erhalten, wie die Anlage auf dem vorgenannten Objekt betrieben werde. Die Einspeisevergütung solle zum Zweck der Kreditsicherung eingesetzt werden, weshalb das besondere Bedürfnis bestehe, den dauerhaft ungehinderten Betrieb der Anlage insbesondere für den Fall der Zwangsversteigerung und damit die Einspeisevergütung als solche sicherzustellen.

Gemäß Abschnitt III der Urkunde verpflichtete sich der Bet. zu 1), gegenüber der Bet. zu 2), einer Sparkasse, mit unmittelbarer Drittirkung für den Fall, dass diese einen Dritten benenne, der den Betrieb der Photovoltaikanlage übernehmen solle, dem jeweiligen Übernehmer das gleiche Recht einzuräumen und die gleiche Dienstbarkeit zu bestellen, wie in Abschnitt II bewilligt. Dritter in diesem Sinne könne auch die Sparkasse selbst sein. Diese Verpflichtung gelte für eine beliebige Anzahl von Betreiberwechseln. Neben dem Dritten sei auch die Sparkasse als Versprechensempfängerin berechtigt, die Leistung an den Dritten zu fordern. Die Ansprüche seien vererblich und an die genannten Dritten veräußerlich.

Zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit hat der Bet. zu 1) zugunsten der Bet. zu 2) die Eintragung einer Vormerkung auf Bestellung der Dienstbarkeit vorstehenden Inhalts im gleichen Rang wie die für den Eigentümer bestellte Dienstbarkeit bewilligt und beantragt.

Auf den die Vormerkung betreffenden Eintragungsantrag hat das GBA mit Zwischenverfügung vom 13. 10. 2011 unter Fristsetzung folgendes Hindernis aufgezeigt:

Die Eintragung der beantragten Vormerkung sei mit dem vereinbarten Inhalt nicht möglich. Es seien zwei Vormerkungen, nämlich für die Sparkasse selbst und für die Sparkasse, die einen Dritten benenne, zu bewilligen und zu beantragen. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung könne eine Vormerkung auf Eintragung einer Dienstbarkeit dergestalt bewilligt werden, dass ein Berechtigter Dritte – auch mehrere aufeinanderfolgende – als Begünstigte benenne. Jedoch müssten der ursprüngliche Gläubiger und derjenige, für den die Dienstbarkeit bestellt werden solle, von vornherein verschiedene Personen sein. Das Kreditinstitut könne sich nicht selbst als Begünstigten bestimmen; dies sei in einer (einigen) Vormerkung nicht sicherbar.

Der Beschwerde der Bet. zu 2) hat das GBA mit Beschluss vom 19. 1. 2012 nicht abgeholfen.

### Aus den Gründen:

II. Das nach § 71 Abs. 1, § 73 sowie § 13 Abs. 1 S. 2 GBO zulässige Rechtsmittel hat – vorläufigen – Erfolg.

**In einer Zwischenverfügung kann nicht auf den Abschluss eines anderen oder zusätzlichen Rechtsgeschäfts hingewirkt werden**

1. Die auf der Grundlage von § 18 Abs. 1 GBO erlangte Zwischenverfügung ist unabhängig davon aufzuheben, ob die Rechtsansicht des GBA, der beabsichtigte Zweck sei nicht mit einer Vormerkung allein erreichbar, in der Sache zutrifft. Denn folgt man dieser Ansicht, liegt kein behebbares Eintragungshindernis vor, so dass der Antrag sofort zurückzuweisen wäre (BayObLG Rpfleger 1986, 176; vgl. Demharder, GBO, 28. Aufl., § 18 Rn. 12 und 32; st. Rspr. des Senats, z.B. Beschluss vom 18. 10. 2011, 34 Wx 341/11). Erforderlich wäre nämlich die Bewilligung einer zusätzlichen Vormerkung für den Anspruch der Sparkasse, selbst Berechtigte der Dienstbarkeit zu werden. Inhalt einer Zwischenverfügung kann es jedoch nicht sein, auf den Abschluss eines anderen (oder gar eines zusätzlichen) als des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts hinzuwirken. Die mit der Zwischenverfügung bewirkte Rangwahrung findet in einem derartigen Fall nicht statt (etwa BayObLGZ 1983, 181, 183).

2. In der Sache ist indessen – insoweit unverbindlich – anzumerken, dass der Rechtsansicht des GBA beizutreten ist.

**Die Verpflichtung eines Grundstückseigentümers gegenüber einem Versprechensempfänger, mehreren Dritten hintereinander je eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu bestellen, kann durch eine Vormerkung grundbuchlich gesichert werden**

a) Bei Energiegewinnungsanlagen, zu denen Photovoltaikanlagen gehören, besteht oftmals ein praktisches Bedürfnis, auch mehrere Rechtsnachfolger hintereinander abzusichern. Herrschender Meinung zufolge kann sich der Grundstückseigentümer demnach schuldrechtlich gegenüber seinem Vertragspartner verpflichten, mehreren Sonderrechtsnachfolgern hintereinander jeweils eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nach § 1090 Abs. 1 BGB zu bestellen (Keller, ZfIR 2011, 705, 707; ders. DNotZ 2011, 99, 110; Böttcher, NJW 2012, 822, 825 f.). Eine derartige Verpflichtung gegenüber dem Versprechensempfänger lässt sich nach überwiegender Ansicht durch eine (einige) Vormerkung (§ 883 Abs. 1 BGB) im Grundbuch absichern (BGHZ 28, 99, 103; OLG München MittBayNot 2011, 231; BayObLG NJW-RR 2002, 885 = DNotZ 2002, 784; a. A. Reymann, DNotZ 2010, 84, 104), weil es sich angesichts der Kontinuität des Anspruchsinhalts um einen Daueranspruch des Versprechensempfängers handelt und der einheitliche Anspruch auf mehrere Leistungen an unterschiedliche Leistungsempfänger gerichtet ist. Der Daueranspruch erlischt nicht bereits mit der erstmaligen Benennung eines Dritten, sondern erst dann, wenn nach den zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vereinbarungen keine weiteren Benennungen mehr

möglich sind (vgl. Böttcher a.a.O.; auch Keller, ZfIR 2011, 705, 708; ders. DNotZ 2011, 99, 110).

**Der Anspruch des Versprechensempfängers, selbst Berechtigter der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zu werden, muss jedoch durch eine eigene Vormerkung abgesichert werden**

b) Mit dem GBA ist davon auszugehen, dass der Anspruch der Sparkasse, selbst Berechtigte der Dienstbarkeit zu werden, nicht durch dieselbe, den Anspruch als Versprechensempfängerin zugunsten mehrerer (dritter) Rechtsnachfolger sichernde Vormerkung abgesichert werden kann.

**Der Anspruch des Versprechensempfängers, selbst Berechtigter der Dienstbarkeit werden zu können, ist nicht inhaltsgleich mit dessen Anspruch, die Bestellung der Dienstbarkeit für einen Dritten verlangen zu können**

Denn der Anspruch der Sparkasse, die Bestellung eines solchen Rechts für eine andere Person zu verlangen, mithin der Anspruch aus einem mit dieser abgeschlossenen Vertrag zugunsten Dritter (siehe auch Zeiser, Rpfleger 2009, 285, 286), ist nicht inhaltsgleich mit einem eigenen Anspruch der Bet. zu 2) gegen den Besteller, selbst Berechtigte der Dienstbarkeit zu werden. Dieser Anspruch ist kein Anspruch zugunsten Dritter, sondern beruht auf einem unmittelbaren Recht der Bet. zu 2), ihr selbst und unmittelbar – gegebenenfalls bedingt (§ 158 BGB) – das Recht als solches einzuräumen. Mehrere Ansprüche sind indessen nur durch mehrere Vormerkungen sicherbar (vgl. BayObLG Rpfleger 2002, 135 = DNotZ 2002, 293; BayObLG NJW-RR 2003, 450 = DNotZ 2003, 434; Demharter, Anh. zu § 44 Rn. 108; Giehl, MittBayNot 2002, 158). Dass es sich um unterschiedliche Ansprüche handelt, macht auch die Überlegung deutlich, dass derjenige auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für eine bestimmte Person – anders als der Anspruch des Versprechensempfängers gemäß a) – nach der zwingenden (vgl. BayObLGZ 1980, 176, 178 = DNotZ 1981, 124) Regelung in § 1092 Abs. 1 BGB nicht übertragbar ist. Die Ausnahmen in Abs. 3 sind hier nicht einschlägig. Die Übertragbarkeit gilt auch für den Anspruch auf Bestellung, wie aus § 1092 Abs. 3 S. 3 BGB zu folgern ist, sich aber auch aus § 399 1. Alt. BGB ableiten lässt (Staudinger/J. Maier, BGB, Bearb. 2008, § 1092 Rn. 4; Zeiser, Rpfleger 2009, 285, 286; ferner BGHZ 28, 99, 102; BGH NJW 2010, 1074, 1076 f.). Einer anderweitigen schuldrechtlichen Vereinbarung steht die eingeschränkte Gestaltungsfreiheit im Sachenrecht entgegen (BayObLG a.a.O.). Deshalb kommt es auch nicht darauf an, dass die Dienstbarkeit hier nicht – wie sonst üblich – auf das persönliche Bedürfnis der Berechtigten zugeschnitten ist, was üblicherweise ihre Bindung an eine bestimmte Person erklärt (vgl. BGH NJW 2010, 1074, 1076), die Sparkasse vielmehr nur wie eine dritte Person in der „Kette“ möglicher Rechtsinhaber stehen soll.

**3. Liegenschaftsrecht – Zur Belastung eines ideellen Bruchteils eines Grundstücksanteils mit einer Eigentumsvormerkung**

(OLG München, Beschluss vom 23. 4. 2012 – 34 Wx 53/12)

**BGB §§ 883; 1008; 1009**

**GBO § 28**

1. Ein Miteigentümer eines Grundstücks kann einen ideellen Bruchteil seines Grundstücksanteils nicht mit einer Eigentumsvormerkung belasten. Dies gilt auch dann, wenn hinsichtlich eines Bruchteils schon eine Eigentumsvormerkung eingetragen ist und nach Zuerwerb eine weitere Eigentumsvormerkung für einen Dritten allein hinsichtlich des hinzuerworbenen Grundstücksanteils beantragt wird (Abgrenzung zu BayObLGZ 2005, 285).

(amtlicher Leitsatz)

2. Eine gesonderte Belastung von ideellen Grundstücksteilen ist nur zulässig, wenn diese verständigt sind.

(RNotZ-Leitsatz)

**Zur Einordnung:**

Gegenstand der Entscheidung ist die Frage, ob ein Miteigentümer auch einen ideellen Bruchteil seines Grundstücksanteils mit einer Vormerkung belasten kann. Der Senat hat dies in der nachfolgend abgedruckten Entscheidung verneint. Der Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem beide Eheleute ihrer Tochter jeweils einen 4/10 Anteil an einem Grundbesitz übertrugen und ein Rückforderungsrecht dergestalt vereinbart wurde, dass beide Elternteile unabhängig voneinander berechtigt sein sollten, die Rückübereignung des jeweiligen Miteigentumsanteils zu verlangen. Zur Sicherung des jeweils begründeten bedingten Übereignungsanspruchs wurde die Eintragung je einer Auflassungsvormerkung hinsichtlich des jeweiligen 4/10 Anteils im Gleichrang untereinander, hilfsweise so bewilligt, dass zunächst nur die Überlassung des einem Elternteil zustehenden Bruchteils an die Tochter mit der Vormerkung für diesen eingetragen werden und anschließend dann die Überlassung durch den anderen Elternteil samt Vormerkung solle.

Das Gesetz regelt diese Problematik nicht ausdrücklich. Allerdings bestimmen §§ 1095, 1106, 1114 BGB für das dingliche Vorkaufsrecht, die Reallast und die Hypothek, dass die Belastung eines Bruchteils nur möglich ist, wenn dieser in dem Anteil eines Miteigentümers besteht. Der Senat folgt hier einer vom OLG Düsseldorf (MittBayNot 1976, 137) und in der Lit. (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 1502) vertretenen Auffassung, wonach ein Alleineigentümer einen ideellen Bruchteil des Grundstücks rechtsgeschäftlich nicht mit einer Auflassungsvormerkung belasten kann. Die §§ 1095, 1106 und 1114 BGB beruhen auf Zweckmäßigkeitswägungen und gingen auf die gesetzgeberische Grundentscheidung zurück, eine gesonderte Belastung von ideellen

Grundstücksteilen nur im Fall der Verselbständigung zuzulassen, wodurch größtmögliche Klarheit und Übersichtlichkeit des Grundbuchs gewährleistet werden solle. Auch ein sukzessiver Teilvollzug dergestalt, dass zunächst nur die Überlassung eines Bruchteils mit der Rückauflassungsvormerkung für einen Berechtigten und sodann die Überlassung nebst Rückauflassungsvormerkung für den anderen eingetragen werden, sei nicht möglich: Nach Eintragung der Übertragung des zweiten Bruchteils entstehe ein einheitlicher Miteigentumsanteil, der nur einheitlich mit einer Vormerkung belastet werden kann.

Die Entscheidung bringt für die notarielle Praxis Klarheit. Zugleich weist der Senat darauf hin, dass die Rechtslage beim Nießbrauch anders ist: Dort wird gerade wegen des Fehlens von §§ 1095, 1106, 1114 BGB vergleichbaren Bestimmungen die Belastung eines Bruchteils durch den Alleineigentümer für zulässig gehalten (vgl. BayObLGZ 1930, 342).

*Die Schriftleitung (LB)*

### Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. zu 1) und 2), zu je 1/2 Miteigentümer eines Grundstücks, sind die Eltern der Bet. zu 3). Dieser überließen sie mit notarieller Urkunde vom 12. 12. 2011 je einen Miteigentumsanteil von 4/10 an dem Grundstück und erklärten die Auflösung. In Ziff. VI. der Urkunde vereinbarten sie mit der Bet. zu 3) ein Rückforderungsrecht dergestalt, dass beide Elternteile unabhängig voneinander unter bestimmten Voraussetzungen berechtigt sein sollten, die Rückübereignung des jeweiligen Miteigentumsanteils zu verlangen. Zur Sicherung des jeweils begründeten bedingten Übereignungsanspruchs der Bet. zu 1) und 2) wurde die Eintragung je einer Auflassungsvormerkung hinsichtlich des jeweiligen 4/10 Anteils im Gleichrang untereinander bewilligt.

Mit Schreiben vom 23. 12. 2011 hat der Notar hilfsweise beantragt, die Urkunde in der Weise zu vollziehen, dass zunächst nur die Überlassung des dem Bet. zu 1) zustehenden Bruchteils an die Bet. zu 3) mit der Eigentumsvormerkung für diesen eingetragen werden solle und anschließend dann die Überlassung durch die Bet. zu 2) samt Rückauflassungsvormerkung.

Das GBA hat diese Eintragungsanträge mit Beschluss vom 1. 2. 2012 zurückgewiesen, da eine Belastung ideeller Bruchteile bei Eigentumsvormerkungen nicht möglich sei, sondern – bei gemeinsamer Eintragung – nur der gesamte neu gebildete Anteil belastet werden könne. Bei einem Teilvollzug sei zwar die Vormerkung hinsichtlich eines Bruchteils für den zuerst übertragenen Anteil eintragbar. Nach Eintragung der Übertragung des zweiten Bruchteils sei aber nur der gesamte, dann bestehende Miteigentumsanteil der Bet. zu 3) mit der Vormerkung zu belasten.

Gegen diese Entscheidung wenden sich die Bet. im notariellen Beschwerdeschreiben vom 6. 2. 2012. Die Bet. zu 3) würde die Miteigentumsanteile schon belastet erwerben, so dass die Rückauflassungsvormerkung auch nur hinsichtlich des Bruchteils einzutragen sei.

Der Beschwerde hat das AG am 21. 2. 2012 nicht abgeholfen.

### Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde ist nach §§ 11 Abs. 1 RpflG in Verbindung mit § 71 Abs. 1, § 73 GBO statthaft und vom Notar namens aller drei Bet. als Antragsberechtigten –

wenn auch nicht namentlich bezeichnet (vgl. Demhaber, GBO, 28. Aufl., § 15 Rn. 20) – in zulässiger Weise eingelegt (§ 15 Abs. 2 GBO).

1. Soweit mit der Beschwerde der ursprüngliche Antrag auf gleichzeitigen Vollzug der Auflassungen und Vormerkungen verfolgt wird, hat diese keinen Erfolg; denn durch Übertragung des jeweiligen 4/10-Miteigentumsanteils an die Bet. zu 3) entsteht bei dieser ein einheitlicher Miteigentumsanteil zu 8/10, von dem nicht ein nur ideeller Bruchteil mit einer Rückauflassungsvormerkung gesichert werden kann.

### Ein ideeller Bruchteil eines Grundstücksanteils kann nicht mit einer Eigentumsvormerkung belastet werden

a) Ob der Eigentümer einen Bruchteil seines Grundstücksanteils mit einer Eigentumsvormerkung belasten darf, ist im Gesetz nicht geregelt. §§ 1095, 1106, 1114 BGB bestimmen für das dingliche Vorkaufsrecht, die Reallast und die Hypothek, dass die Belastung eines Bruchteils nur möglich ist, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht. Bei weiteren Grundstücksrechten, bei denen, ebenso wie für die Vormerkung als einem mit dinglicher Wirkung ausgestaltetem Sicherungsmittel eigener Art (Palandt/Bassenge, BGB, 71. Aufl., § 883 Rn. 2), eine gesetzliche Regelung fehlt, wird die Frage, ob die Belastung eines ideellen Anteils des Eigentums möglich ist, unterschiedlich beantwortet. Für (Grund-)Dienstbarkeiten (vgl. BGHZ 36, 187, 189) oder das Erbbaurecht (vgl. Palandt/Bassenge, § 1 ErbbauRG Rn. 1) wird sie in der Regel verneint, während beim Nießbrauch die Belastung eines ideellen Anteils durch den Alleineigentümer für zulässig erachtet wird (BayObLGZ 1930, 342). In Rechtsprechung und Literatur wird im Übrigen allgemein die Ansicht vertreten, dass grundsätzlich nicht die Möglichkeit einer Vorratsteilung zum Zweck der Bildung von Miteigentum – anders als im WEG – besteht (BGH Rpfleger 1968, 114, 115; Staudinger/Gursky, BGB, Bearb. 2006, § 1010 Rn. 3). Dementsprechend hat das OLG Düsseldorf (MittBayNot 1976, 137) für die Vormerkung entschieden, dass der Alleineigentümer einen ideellen Bruchteil des Grundstücks rechtsgeschäftlich nicht mit einer Eigentumsvormerkung belasten kann (so auch Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn. 1502).

### Den Ausnahmeverordnungen der §§ 1095, 1106 und 1114 BGB liegt der gesetzgeberische Wille zugrunde, eine gesonderte Belastung von ideellen Grundstücksteilen nur zuzulassen, wenn diese ver selbstständigt sind

b) Dem folgt auch der Senat. Die Bestimmungen der §§ 1095, 1106, 1114 BGB bilden Ausnahmen. Sie beruhen letztlich auf Zweckmäßigkeitswägungen (vgl. BayObLGZ 1918, 161, 163; OLG Düsseldorf MittBayNot 1976, 137). Ihnen liegt der gesetzgeberische Wille zugrunde, eine gesonderte Belastung von ideellen Grundstücksteilen nur zuzulassen, wenn diese ver selbstständigt sind. Hierdurch soll größtmögliche Klarheit und Übersichtlichkeit des Grundbuchs gewährleistet werden. Für diese Sichtweise spricht insbesondere auch die formelle Vorschrift des § 28 S. 1 GBO,

die die notwendige Bestimmtheit der maßgeblichen Erklärungen und der sich daran anschließenden Eintragung gewährleisten soll (Meikel/Böhringer, GBO, 10. Aufl., § 28 Rn. 1) und sich auch auf Miteigentumsanteile erstreckt (Meikel/Böhringer, § 28 Rn. 43, 44).

Auch wenn für den Nießbrauch aus dem Fehlen von mit § 1095, 1106, 1114 BGB vergleichbaren Bestimmungen der Schluss gezogen wird, dass der Alleineigentümer einen Bruchteil seines Grundstücks belasten kann (vgl. BayObLGZ 1930, 342), lässt sich dies nicht verallgemeinern. Sonstige Ausnahmen (vgl. dazu Bauer/von Oefele/Maaß, GBO, 2. Aufl., § 7 Rn. 16 ff.) betreffen vor allem den Fall, dass ein Bruchteileigentümer einen Restbruchteil hinzuwirkt (vgl. BayObLG MittBayNot 1996, 108; Meikel/Böttcher, § 7 Rn. 63). Hier bleiben bereits vorhandene Belastungen bestehen und beziehen sich nach dem Rechtsübergang auf fiktive Anteile eines einheitlichen Rechts.

Vorliegend wird kein belasteter Bruchteil auf die Bet. zu 3) übertragen. Dies ist auch nicht möglich, da eine Eigenvormerkung nicht zulässig ist. Die Belastung erfolgt nach Maßgabe des Hauptantrags daher erst nach Vereinigung der Bruchteile zu einem einheitlichen Grundstücksanteil, der der Bet. zu 3) zusteht.

2. Die Bedingung für den nur hilfsweise gestellten Antrag auf Teilvollzug ist damit eingetreten. Eine Übertragung des Anteils des Bet. zu 1) auf die Bet. zu 3) kann – wie letztlich auch das GBA feststellt – vollzogen werden. Mit Übergang des Eigentumsanteils von 4/10 auf die Bet. zu 3) kann diese an dem Anteil eine Vormerkung bestellen.

**Möglich wäre ggf. die Belastung mit einer Vormerkung im Fall des Zuerwerbs eines Miteigentumsanteils zu einem schon belasteten Anteil, wenn die Vormerkung demselben Berechtigten bestellt wird**

3. Allerdings kann dann nach weiterer Übertragung des 4/10-Anteils der Bet. zu 2) auf die Bet. zu 3) keine Vormerkung nur hinsichtlich des damit übertragenen Anteils für die Bet. zu 2) erfolgen.

a) Mit Eintragung des Eigentums auch hinsichtlich dieses Anteils am Grundstück entsteht bei der Bet. zu 3) ein einheitlicher Miteigentumsanteil von 8/10. Wie oben dargestellt kann nach allgemeiner Ansicht ein ideeller Anteil – von hier 4/10 – am Grundstück(-santeil) nicht mit einer Vormerkung belastet werden.

b) Diesem Ergebnis steht auch die Entscheidung des BayObLG vom 20. 10. 2004 (BayObLGZ 2005, 285) nicht entgegen. Es kann dahinstehen, ob sich der Senat ihr anschließen würde, die den Sonderfall der Belastung eines ideellen Bruchteils mit einer Vormerkung betrifft. Es handelt sich dort um einen Ausnahmefall, in dem der Zuerwerb eines Miteigentumsanteils zu einem schon mit einer Vormerkung belasteten Anteil erfolgt war und die Rückauflassungsvormerkung demselben Vormerkungsberechtigten bestellt werden sollte. Der vorliegende Fall ist damit nicht vergleichbar.

Eventuellen Schwierigkeiten, die bei Belastung des gesamten Grundstücks mit einer Eigentumsvormerkung für die Sicherung der Rückübertragung eines Bruchteils

auftreten, kann im Übrigen durch entsprechende obligatorische Vereinbarungen begegnet werden.

#### 4. Erbrecht – Recht zur Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers als rechtlicher Vorteil gem. § 7 Nr. 1 BeurkG

(OLG Stuttgart, Beschluss vom 29. 3. 2012 – 8 W 112/12)

##### BeurkG § 7 BGB § 2198

**Das dem Urkundsnotar vom Erblasser in seiner notariell beurkundeten letztwilligen Verfügung eingeräumte Recht zur Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers stellt für den Urkundsnotar einen rechtlichen Vorteil i. S. d. § 7 Nr. 1 BeurkG dar, so dass die diesbezügliche Beurkundung der Willenserklärung des Erblassers unwirksam ist.**

##### Zur Einordnung:

Die Entscheidung betrifft die umstrittene Frage, ob dem beurkundenden Notar in der Verfügung von Todes wegen wirksam das Recht eingeräumt werden kann, die Person des Testamentsvollstreckers zu bestimmen. Während eine Ansicht (OLG Neustadt DNotZ 1951, 339; Huhn/v. Schuckmann/Armbrüster, BeurkG, 4. Aufl. 2003, § 27 Rn. 7; Reimann, DNotZ 1990, 434, 435) dies grundsätzlich für zulässig hält, unterfällt das Bestimmungsrecht nach anderer Auffassung § 7 Nr. 1 BeurkG. Danach ist die Beurkundung von Willenserklärungen insoweit unwirksam, als diese darauf gerichtet ist, dem Notar einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen (Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 2012, § 27 Rn. 19; Reimann, DNotZ 1994, 659, 664). Dieser Auffassung hat sich auch der Senat angeschlossen. Es genüge für die Annahme eines rechtlichen Vorteils, dass dem Notar objektiv ein Vorteil rechtlicher Art erwachse. Die wirtschaftlichen Auswirkungen müssten außer Betracht bleiben. Zudem ergebe sich der rechtliche Vorteil auch unmittelbar aus der in der Urkunde niedergelegten Willenserklärung. Da der Urkundsnotar kein wirksames Bestimmungsrecht gehabt habe, sei auch die Ernenntung des Testamentsvollstreckers unwirksam.

Der Senat hat die Rechtsbeschwerde zugelassen. Bis zur Entscheidung des BGH wird die Praxis davon auszugehen haben, dass die Einräumung eines derartigen Bestimmungsrechts zugunsten des Notars die Beurkundung unwirksam macht und die Ermächtigung nicht nur standeswidrig nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG ist (vgl. auch Litzenburger, FD-ErbR 2012, 332259). Eine gleichwohl vorgenommene Bestimmung ist daher ebenfalls unwirksam. Allerdings stehen ohnehin bessere Gestaltungsvarianten zur Verfügung: Die sicherste besteht darin, dass zwar die Testamentsurkunde die Anordnung und alle Modalitäten der Testamentsvollstreckung enthält, der Erblasser dem Urkundsnotar das Bestimmungsrecht aber in einem privatschriftlichen Testament einräumt (vgl. dazu Litzenburger, FD-ErbR 2012, 332259).

*Die Schriftleitung (LB)*

### Zum Sachverhalt:

I. Der Erblasser hat in § 9 des vor dem Bet. zu 5) notariell beurkundeten Testaments vom 29. 7. 2005 Testamentsvollstreckung angeordnet und bestimmt, dass der Testamentsvollstrecker durch den beurkundenden Notar, ersatzweise durch das zuständige Nachlassgericht zu ernennen ist, sofern er nicht selbst noch einen Testamentsvollstrecker benannt hat.

Aufgrund dessen bestimmte der Urkundsnotar die Bet. zu 4), die ehemalige Rechtsanwältin des Erblassers, als Testamentsvollstreckerin. Ihre Annahmeerklärung ging am 23. 2. 2011 beim Nachlassgericht ein, das mit Beschluss vom 1. 3. 2011 den Eingang bestätigte.

In Kenntnis des von der Bet. zu 2) gestellten Antrags auf Entlassung der Testamentsvollstreckerin beantragte diese mit notarieller Urkunde des Notariats A. I vom 9. 11. 2011 die Erteilung eines Zeugnisses über ihre Ernennung zum Testamentsvollstrecker.

Dem Antrag wurde mit Beschluss des Nachlassgerichts vom 9. 2. 2012 entsprochen. Seine sofortige Wirksamkeit und die Erteilung des Zeugnisses wurden jedoch bis zur Rechtskraft der Entscheidung zurückgestellt, nachdem diese dem erklärten Willen der Bf. widerspricht.

Gegen den am 11./13. 2. 2012 zugestellten Beschluss hat die Bet. zu 2) am 1. 3. 2012 Beschwerde eingelegt, der der Notar nicht abgeholfen hat. Er hat die Akten mit Beschluss vom 22. 3. 2012 dem OLG zur Entscheidung vorgelegt und zugleich darauf hingewiesen, dass über den Antrag auf Testamentsvollstreckerentlassung erst nach dem Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung in der gegenständlichen Beschwerdesache entschieden werde.

Zur Sachverhaltsdarstellung im einzelnen wird verwiesen auf das schriftsätzliche Vorbringen der Bet., den angefochtenen Beschluss und den übrigen Akteninhalt.

### Aus den Gründen:

II. 1. Die befristete Beschwerde der Bet. zu 2) ist gemäß § 58 Abs. 1 FamFG statthaft. Ihre Beschwerdeberechtigung ergibt sich aus § 59 Abs. 1 FamFG. Durch die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses für die Ast. wird sie als Miterbin in ihrer Verfügungsbefugnis bezüglich des Nachlasses (§ 2211 Abs. 1 BGB) beschränkt. Der erforderliche Beschwerdewert (§ 61 Abs. 1 FamFG: über 600,- €) ist gegeben und das Rechtsmittel wurde innerhalb der gesetzlichen Frist des § 63 Abs. 1 FamFG in der vorgeschriebenen Form (§ 64 Abs. 2 FamFG) beim Notariat (§ 64 Abs. 1 FamFG) eingelegt.

2. Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

Einem Testamentsvollstrecker hat das Nachlassgericht auf Antrag ein Zeugnis über die Ernennung zu erteilen (§ 2368 BGB).

In diesem Rahmen entscheidet das Notariat nur mittelbar über die Wirksamkeit der Testamentsvollstreckerernennung (Mayer/Bonefeld/Wälzholz/Weidlich/Vassel-Knauf/Mayer, 3. Aufl. 2011, Testamentsvollstreckung, Anm. II. „Bestimmung durch einen Dritten“, Rn. 11, m. w. N.).

Allein entscheidungserheblich ist insoweit die zwischen den Bet. bereits erinstanzlich diskutierte Rechtsfrage, ob die vom Erblasser in dem notariellen Testament vom 29. 7. 2005 dem Urkundsnotar überlassene Bestim-

mung der Person des Testamentsvollstreckers gemäß § 7 Nr. 1 BeurkG unwirksam ist mit der Folge der Teilnichtigkeit der diesbezüglichen Anordnung (§§ 2197 Abs. 1, 2198 Abs. 1 S. 1, 125 S. 1, 134 BGB).

Auf den weiteren Streit des Umfangs der notariell verfügten Testamentsvollstreckung kommt es entsprechend den nachfolgenden Ausführungen nicht an.

### Dem Urkundsnotar darf in der Urkunde kein rechtlicher Vorteil eingeräumt werden – auf einen wirtschaftlichen Vorteil kommt es nicht an

Bestimmungsberechtigter Dritter i. S. v. § 2198 Abs. 1 S. 1 BGB konnte nach früher maßgeblicher Meinung (OLG Neustadt DNotZ 1951, 339) auch der das Testament beurkundende Notar sein. Durch das später eingeführte Beurkundungsgesetz vom 28. 8. 1969 ist es im Hinblick auf § 7 BeurkG zwischenzeitlich zu einer Ablehnung dieser Meinung gekommen. Dem Urkundsnotar darf in der Urkunde kein rechtlicher Vorteil eingeräumt werden. Der wirtschaftliche Vorteil spielt keine Rolle (Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 4. Aufl. 2010, 2. Kap. Rn. 135; Mayer, a.a.O., E. „Beurkundungsrechtliche Fragen, insbesondere zur Testamentsvollstreckerernennung“, Rn. 7; MünchKomm-BGB/Zimmermann, 5. Aufl. 2010, § 2198 BGB Rn. 3; BeckOK-BGB/Mayer, Hrsg. Bamberger/Roth, Stand 1. 2. 2012, § 2198 Rn. 2; Staudinger/Reimann, BGB, Neubearb. 2003, § 2198 BGB Rn. 3; Reimann, DNotZ 1994, 659; ZNotP 2000, 196 und 208; Schiemann in dem vorliegend erstellten Rechtsgutachten vom 15. 11. 2011; je m. w. N.).

Abzustellen ist allein darauf, ob das dem Urkundsnotar eingeräumte Bestimmungsrecht einen rechtlichen Vorteil i. S. d. § 7 BeurkG für ihn mit sich bringt.

### Der unbestimmte Rechtsbegriff des „rechtlichen Vorteils“ ist rein objektiv zu bestimmen und erfordert nicht, dass die Beteiligten die Absicht haben, dem Urkundsnotar einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen

Der unbestimmte Rechtsbegriff des „rechtlichen Vorteils“ beinhaltet ausschließlich eine Verbesserung der Rechtsposition, d. h. eine Erweiterung des Kreises seiner Rechte in irgendeiner Richtung zu seinem Vorteil oder eine Einschränkung bestehender Pflichten. Es ist nicht erforderlich, dass die Bet. die Absicht haben, einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen. Es genügt, dass nach der objektiven Rechtslage aus dem Rechtsgeschäft ein Vorteil erwächst oder ein Recht abzuleiten ist. Auf eine wirtschaftliche Besserstellung kommt es nicht an. Der rechtliche Vorteil muss sich aber unmittelbar aus der in der Urkunde niedergelegten Willenserklärung ergeben und nicht erst als dessen Folge eintreten oder gar erst eintreten können (Lerch, Beurkundungsgesetz, 4. Aufl. 2011, § 7 BeurkG, Rn. 4 ff.; Winkler, Beurkundungsgesetz, 16. Aufl. 2008, § 7 BeurkG Rn. 3 ff.; je m. w. N.; zu dem Rechtsbegriff i. S. d. § 107 BGB: MünchKomm-BGB/Schmitt, 6. Aufl. 2012, § 107 BGB Rn. 28 ff.; Staudinger/Knothe, BGB, Neubearb. 2011, § 107 BGB Rn. 2; Jauernig, BGB, 14. Aufl. 2011, § 107 BGB Rn. 2; BeckOK-BGB/Wendländer, Hrsg. Bamberger/Roth, Stand 1. 2. 2012, § 107 BGB Rn. 8; je m. w. N.).

### **Ein rechtlicher Vorteil im Sinne von § 7 BeurkG ist alles, was die Rechtsstellung des Notars verbessert**

Ein rechtlicher Vorteil i. S. v. § 7 BeurkG ist dabei alles, was die Rechtsstellung des Notars verbessert (Reimann, DNotZ 1994, 659, m. w. N.). Auch wenn das ihm eingeräumte Gestaltungsrecht lediglich als „verfahrensmäßiger“ rechtlicher Vorteil gewertet würde (Mayer, in BeckOK-BGB/Mayer, a.a.O., § 2198 BGB Rn. 2 m. w. N.), so wäre dieser doch ausreichend, um die diesbezügliche Beurkundung gemäß § 7 BeurkG unwirksam werden zu lassen. Die durch das Bestimmungsrecht dem Urkundsnotar eingeräumte, ihm ansonsten nicht zustehende Rechtsposition erweitert seine Rechte und fällt deshalb unzweifelhaft unter den unbestimmten Rechtsbegriff des „rechtlichen Vorteils“. Dass er in Ausübung dieses Gestaltungsrecht sich unter Umständen auch wirtschaftliche Vorteile durch die entsprechende Auswahl der Person des Testamentsvollstreckers verschaffen kann, ist allerdings unerheblich.

Aus den vorgenannten Gründen kann der Rechtsauffassung des Nachlassgerichts nicht gefolgt werden.

Die Entscheidung des OLG Neustadt in DNotZ 1951, 339, erging vor der Einführung des Beurkundungsgesetzes. Darauf gestützte Meinungen sind heute im Hinblick auf § 7 BeurkG überholt.

Die Entscheidungen des BGH vom 18. 12. 1996, Az. IV ZB 9/96, veröffentlicht u. a. in NJW 1997, 946, sowie BGH NJW-RR 1987, 1090, und OLG Oldenburg NJW-RR 1990, 1350, sowie OLG Stuttgart/Senat Justiz 1989, 435, betreffen andere Sachverhalte.

Bei den ersten drei Entscheidungen ging es um die Frage, ob die notarielle Beurkundung einer testamentarischen Ernennung zum Testamentsvollstrecker gegen §§ 7, 27 BeurkG verstößt, weil ein Sozius des Notars Testamentsvollstrecker und der Notar – unter Umständen – an dessen Vergütung aufgrund entsprechender Vereinbarungen beteiligt ist. In der insoweit neuesten Entscheidung des BGH hat sich dieser der überwiegenden Meinung (vergleiche die dortigen Literaturnachweise) angeschlossen, dass die Ernennung eines Sozius im notariellen Testament zum Testamentsvollstrecker auch dann wirksam ist, wenn der beurkundende Notar an der zu erwartenden Testamentsvollstreckervergütung beteiligt ist, weil es in diesem Fall an einem rechtlichen Vorteil fehlt, der sich unmittelbar aus der in der Urkunde niedergelegten Willenserklärung ergibt. Denn die Beteiligung des beurkundenden Notars an der Testamentsvollstreckervergütung folgt allein aus der Gestaltung des Soziätätsverhältnisses, hängt also von den Vereinbarungen der Sozien im Einzelfall ab, die sich auch nach der Beurkundung des Testaments noch ändern können.

Die Entscheidung des Senats (Justiz 1989, 435) befasste sich mit dem Ersuchen des Erblassers an das Nachlassgericht, den Urkundsnotar nach Möglichkeit zum Testamentsvollstrecker zu berufen. Hier wurde abgestellt auf die Umgehungsmöglichkeit zu §§ 7, 27 BeurkG durch die Anordnung von Testamentsvollstreckung in der beurkundeten Verfügung und die Berufung

des Urkundsnotars zum Testamentsvollstrecker in einem privatschriftlichen, häufig von ihm entworfenen Testament. Die hier zu entscheidende Problematik spielte bei der dortigen Fallkonstellation keine Rolle.

Nachdem die Einräumung des Bestimmungsrechts zu Gunsten des Urkundsnotars für diesen einen rechtlichen Vorteil bedeutet, ist die entsprechende Beurkundung der Willenserklärung des Erblassers in dem notariellen Testament vom 29. 7. 2005 gemäß § 7 Nr. 1 BeurkG unwirksam. Der Bet. zu 5) war damit nicht berechtigt, die Ast. als Testamentsvollstreckerin zu benennen.

Auf die Beschwerde der Bet. zu 2) war deshalb unter Abänderung des Beschlusses des Nachlassgerichts vom 9. 2. 2012 der Antrag gemäß § 2368 BGB auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses zurückzuweisen.

Auf die Problematik des Umfanges der angeordneten Testamentsvollstreckung kam es entsprechend den obigen Ausführungen nicht mehr entscheidungserheblich an.

3. Die Gerichtsgebührenfreiheit ergibt sich aus § 131 Abs. 3 KostO.

Die Anordnung einer Kostenerstattung entsprach im Hinblick auf die bislang höchstrichterlich nicht entschiedene Rechtsfrage nach § 81 Abs. 1 S. 1 FamFG nicht billigem Ermessen, so dass hiervon abgesehen wurde.

Bei der Festsetzung des Beschwerdewerts gemäß §§ 131 Abs. 4, 30 KostO wurden 10 % des Reinnachlasses in Ansatz gebracht (Hartmann, Kostengesetze, 41. Aufl. 2011, § 30 KostO Rn. 35 „Testamentsvollstreckung“, m. w. N.).

Nachdem auch über den Umfang der Testamentsvollstreckung gestritten wird, kam eine Reduzierung der Höhe des Reinnachlasses nicht in Betracht.

4. Die Rechtsbeschwerde war gemäß § 70 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 FamFG zuzulassen, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat und die Fortbildung des Rechts eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert.

5. **Handels-/Gesellschaftsrecht – Sitzverlegung bei Zweifeln über Existenz des Unternehmens am neuen Ort nicht eintragungsfähig**  
(KG, Beschluss vom 7. 2. 2012 – 25 W 4/12)

#### **HGB §§ 106; 107; 161**

- 1. Die Sitzverlegung einer KG ist durch sämtliche Gesellschafter – auch die Kommanditisten – zum Handelsregister anzumelden.**
- 2. Gegen die Ablehnung der unter 1. genannten Anmeldung sind die anmeldenden Gesellschafter beschwerdebefugt.**
- 3. Zur Zustellungsvollmacht für den anmeldenden Notar.**

**4. Zu den Voraussetzungen einer Sitzverlegung und deren Nachweis.**

(amtliche Leitsätze)

**5. Personenhandelsgesellschaften können anders als Kapitalgesellschaften ihren Sitz nicht durch Festlegung im Gesellschaftsvertrag frei wählen, sondern haben als Sitz ihren tatsächlichen Verwaltungssitz zum Handelsregister anzumelden.**

(RNotZ-Leitsatz)

**Zur Einordnung:**

Nachdem das MoMiG für Kapitalgesellschaften die freie Sitzwahl, d. h. die Möglichkeit eines Auseinanderfallens von Satzungssitz und tatsächlichem Sitz der Unternehmensleitung, gestattet hat (§ 4a GmbHG, § 5 AktG), wird dies in der Literatur teilweise auch für Personenhandelsgesellschaften für möglich gehalten oder gefordert (Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl. 2012, § 106 Rn. 8 m. w. N.; Staub, HGB, 5. Aufl. 2009, § 106 Rn. 18f.; Heidel/Schall, HGB, 1 Aufl. 2011). Ebenso wie zuvor das OLG Schleswig (RNotZ 2012, 348, jedoch die inländische Geschäftsananschrift, nicht den Sitz betreffend) hat sich das Kammergericht mit der hier abgedruckten Entscheidung der Gegenmeinung (Henssler/Strohn/Streitz, Gesellschaftsrecht, 1. Aufl. 2011, § 106 HGB Rn. 13; MünchKomm-HGB/Langhein, 3. Aufl. 2011, § 106 Rn. 28f.; Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn/Märtens, HGB, 2. Aufl. 2008, § 106 Rn. 13) angeschlossen und die Rechtsprechung des BGH fortgeführt (NJW 2009, 289 – „Trabrennbahn“; BGH BB 1957, 799 = WM 1957, 999). Bemerkenswert ist, dass das Kammergericht klarstellt, dass auch dann, wenn man der erstgenannten Meinung folgt, es erforderlich wäre, dass die Verlegung des Sitzes (also die Änderung des Gesellschaftsvertrages) nachgewiesen wird und Zustellungen an dem neuen Sitz möglich sind. Anders als bei Kapitalgesellschaften, bei denen die Satzungsänderung der notariellen Beurkundung bedarf, dürfte der Nachweis der Änderung des Gesellschaftsvertrages jedoch in Zweifelsfällen schwer zu führen sein.

Die Schriftleitung (MK)

**Zum Sachverhalt:**

I. Die Bet. zu 2) bis 4) meldeten am 30. 11. 2010 eine Übertragung der Kommanditanteile der Bet. zu 3) und 4) von je 1.000,- € auf den Bet. zu 2) sowie Verlegung des Sitzes der Bet. zu 1) von G. nach B. zur Eintragung in das Handelsregister an. Der Bet. zu 2) handelte dabei zugleich als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Bet. zu 1).

Nach negativen Stellungnahmen der IHK B. zur Sitzverlegung vom 27. 1. und 24. 3. 2011 und einer Nichtbeseitigung des Eintragungshindernisses durch die Bet. zu 1) bis 4) wies das AG Ch. mit Beschluss vom 11. 11. 2011 die Anmeldung der Sitzverlegung vom 30. 11. 2010 zurück.

Gegen diesen Beschluss, dem anmeldenden Notar zugegangen am 15. 11. 2011, haben die Bet. zu 3) und 4) mit jeweils eigenen Schreiben vom 11. 11. 2011, Beschwerde eingelegt. Eine Begründung erfolgte – trotz jeweiliger Ankündigung –

nicht. Der vom Bet. zu 3) als Zustellungsempfänger benannte beurkundende und die Registereintragungen beantragende Bet. zu 5) erklärte mit Schriftsatz vom 24. 1. 2012, keine Bevollmächtigung für das Beschwerdeverfahren erhalten zu haben und um Zustellung an die Bf. direkt zu bitten. Die vom Senat an die Bf. gerichtete Verfügung vom 27. 1. 2012 kam hinsichtlich des Bet. zu 3) mit dem Vermerk „Empfänger unter der angegebenen Adresse nicht zu ermitteln“ zurück. Das AG Ch. hat den – nach wie vor nicht begründeten – Beschwerden mit Beschluss vom 10. 1. 2012 nicht abgeholfen.

**Aus den Gründen:**

II. Die Beschwerden der Bet. zu 3) und 4) haben keinen Erfolg.

Die Beschwerden sind zulässig.

Sie sind gemäß §§ 63, 64 FamFG form- und fristgerecht eingelebt und begründet worden. Die Bet. zu 3) und 4) besitzen auch die notwendige Beschwerdeberechtigung i. S. d. § 59 FamFG. Die Sitzverlegung einer Kommanditgesellschaft ist durch sämtliche Gesellschafter einschließlich der Kommanditisten anzumelden (Kafka/Willer/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 342). Gegen die Ablehnung der Anmeldung der Sitzverlegung steht den anmeldenden Gesellschaftern das Rechtsmittel der Beschwerde zu (vgl. Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 17. Aufl. 2011, § 59 Rn. 86).

Dabei sind Zustellungen für den Bet. zu 3) an den Bet. zu 5) vorzunehmen, nachdem der Bet. zu 3) mit seiner Beschwerde mitgeteilt hatte, dass Zustellungen für ihn im Zusammenhang des Beschwerdeverfahrens an Notar H... zu bewirken seien. Grundsätzlich kann ein Bet. in einem FamFG-Verfahren seinem Bevollmächtigten ausdrücklich eine Vollmacht des Inhaltes erteilen, dass Zustellungen, durch die eine gesetzliche oder richterliche Frist in Lauf gesetzt wird, nur an diesen erfolgen sollen (OLG Hamm OLGZ 1971, 485; Keidel/Sternal, a.a.O., § 15 Rn. 24). So liegt der Fall hier. Neben dieser ausdrücklichen Vollmacht durch den Bet. zu 3) spricht auch die hier eingreifende Vollmachtsvermutung des § 378 FamFG (vgl. insoweit Keidel/Heinemann, a.a.O., § 378 Rn. 7 f.) dafür, dass der Bet. zu 5) zum Empfang von Zustellungen des Bet. zu 3), aber auch der übrigen Bet. ermächtigt ist.

Die Beschwerde ist jedoch unbegründet.

Die Bet. zu 1) hat angeblich Ihren Gesellschaftssitz von G. nach B. verlegt. Diese Sitzverlegung ist gemäß §§ 161 Abs. 2, 107 HGB zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Eintragung muss jedoch unverbleiben, weil die materiellen Sitzbestimmungsanforderungen des §§ 161 Abs. 2, 106 Abs. 1 und 2 HGB nicht erfüllt sind.

Nach § 106 Abs. 1 HGB ist Sitz der Personenhandelsgesellschaft im Inland der Sitz der tatsächlichen Hauptverwaltung, also der Geschäftsführung (Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl. 2012, § 106 Rn. 8). Ein solcher Sitz lässt sich in B. nicht feststellen. Nach den Mitteilungen der IHK B. vom 27. 1. und 24. 3. 2011 ließ sich – nicht zuletzt mangels Kooperation der Bet. zu 1), aber auch der Bet. zu 2) bis 4) – nicht feststellen, dass die Gesellschaft ihren Betrieb, die Geschäftsleitung und/oder die Verwaltung in B. hat (vgl. auch Mitteilung der IHK vom

11. 7. 2011). Gegen eine Sitzverlegung in die E... Straße ... in ... B. spricht ferner, dass dort Zustellungen des Rückweisungsbeschlusses vom 11. 11. 2011 an die Bet. zu 1) nicht erfolgen konnten.

Selbst dann, wenn man mit einer neueren Ansicht davon ausgeht, dass nach dem MoMiG richtiger auch für Personenhandelsgesellschaften auf einen vom tatsächlichen Sitz unterschiedenen gesellschaftsvertraglichen bzw. satzungsmäßigen Sitz abzustellen ist (vgl. Baumbach/Hopt, a.a.O., Rn. 8), ändert sich nichts. Die Bet. haben nicht nachgewiesen, dass der Sitz der Bet. zu 1) von G. nach B. verlegt worden wäre. Hier käme erschwerend hinzu, dass an dem vermeintlichen neuen Gesellschaftssitz Zustellungen nicht erfolgen können. Damit bestehen aber erhebliche Zweifel an der Sitzverlegung. Um die in einem solchen Fall berechtigten Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Sitzverlegung zu beheben, sind die Bet. jedoch gemäß § 27 FamFG verpflichtet, dem AG die notwendigen Informationen dafür vorzutragen, dass die Sitzverlegung rechtlich zulässig, und nicht nur zur Täuschung von Gläubigern beabsichtigt war. Ein solcher Vortrag ist jedoch unterblieben.

## **6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zum Fortbestehen einer im englischen Handelsregister gelöschten Limited in Deutschland**

(OLG Celle, Beschluss vom 29. 5. 2012 – 6 U 15/12)

### **HGB § 128**

**Hört eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die ihren Sitz in England hat, dort auf zu bestehen, weil sie im dortigen Gesellschaftsregister gelöscht wird, besteht sie, wenn sie ihre Geschäftstätigkeit in Deutschland fortsetzt, hier fort, falls sie ein Handelsgewerbe betreibt, als offene Handelsgesellschaft, sonst als Gesellschaft bürgerlichen Rechts.**

(amtlicher Leitsatz)

#### **Zur Einordnung:**

Der vorliegende Beschluss behandelt die Frage nach dem rechtlichen Fortbestand einer im Companies House gelöschten englischen Limited in Deutschland, wenn diese ihre Geschäftstätigkeit unverändert fortsetzt. Letzteres grenzt die Entscheidung von ähnlich gelagerten Sachverhalten ab, die in der Vergangenheit von Gerichten behandelt wurden.

So hatte sich das LG Duisburg in seinem Beschluss vom 20. 2. 2007 mit der Frage der Insolvenzfähigkeit einer gelöschten Limited auseinanderzusetzen (NJW-Spezial 2007, 368). Dort wurde entschieden, dass, wenn eine Gesellschaft nach dem für sie maßgeblichen Gesellschaftsrecht aufgelöst ist, es nur konsequent erscheinen müsse, ihr auch im Inland die Insolvenzfähigkeit – vorbehaltlich etwa noch vorhandenen Vermögens – abzuerkennen. Wie das LG Duisburg in jenem Beschluss deutlich machte, ist damit auch keine unzulässige Gefährdung von Gläubigerinteressen verbunden. Da es sich bei der im Companies House gelöschten Gesellschaft um ein rechtliches Nullum handele, könne auf die dahinter-

stehenden handelnden Personen zugegriffen werden, ohne dass es dazu der strengen Voraussetzungen der Durchgriffshaftung (etwa wegen Vermögensvermischung) bedürfe. Vielmehr würden die §§ 177 ff. BGB entsprechend gelten.

Auch um das Konstrukt einer deutschen „Rest- und Spaltgesellschaft“ ging es in dem hier abgedruckten Beschluss nicht in erster Linie, da es nicht möglich ist, für eine solche Gesellschaft neue Verbindlichkeiten einzugehen (siehe Punkt (2) des Beschlusses). Nach den Grundsätzen einer Restgesellschaft ist vom Fortbestand einer ausländischen Gesellschaft, die nach ihrem Personalstatut die Rechtsfähigkeit bereits verloren hat, als „Restgesellschaft“ nur so lange auszugehen, wie die Liquidation inländischen Vermögens noch nicht beendet ist (OLG Düsseldorf NZG 2010, 1226; KG NZG 2010, 310 = ZIP 2010, 204; OLG Nürnberg NZG 2008, 76). Dadurch soll der Schutz der Gläubiger der gelöschten Limited bewirkt werden, da ihnen insoweit der Zugriff auf das inländische Restvermögen einer gelöschten Limited ermöglicht wird (OLG Nürnberg NZG 2008, 76). Voraussetzung für die Annahme einer solchen Restgesellschaft ist jedoch, dass die Limited Restvermögen in Deutschland besitzt, welches ansonsten keinem Rechtsträger zugeordnet werden kann und „herrenlos“ bliebe.

Vorliegend setzte die Limited nach ihrer Löschung im Companies House ihre Geschäftstätigkeit in Deutschland jedoch unverändert fort, blieb mithin als Rechtsträger existent. Das OLG Celle hat klargestellt, dass dies in einem solchen Fall in der Rechtsform der OHG geschieht, falls es sich um ein Handelsgewerbe handelt, und ansonsten – wie im zugrundeliegenden Fall – in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

*Die Schriftleitung (TF)*

#### **Aus den Gründen:**

Der Antrag ist unbegründet.

Die beabsichtigte Rechtsverfolgung bietet keine hinreichende Aussicht auf Erfolg (§ 114 S. 1 ZPO).

Die Kl. hat gegen die Liquidationsgesellschaft, welche mit dem Tod des Ehemannes der Bekl. an die Stelle der Gesellschaft bürgerlichen Rechts getreten ist (§ 727 Abs. 1 Hs. 1, § 730 Abs. 2 S. 1, § 733 Abs. 1 S. 1 BGB), die an die Stelle der A. Solar G.technik Ltd. getreten war, Anspruch auf Werklohn für die Montage von Photovoltaikanlagen bei den Bauherren G. in M., V. in L., A. in H., H. in L., B. in W., Ma./Mi., T. in L., V. in M., K.-P. in A., S. in L. und R. in W. in Gesamthöhe von 29.267,86 € aus den Verträgen über die Montagen zwischen ihr und der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, vertreten durch den verstorbenen Ehemann der Bekl., (§ 631 Abs. 1 Hs. 2 BGB), für welche Verbindlichkeiten die Bekl. als Gesellschafterin der Gesellschaft bürgerlichen Rechts haftet (entsprechend § 128 S. 1 HGB), geltend gemacht.

1. Der Anspruch ist entstanden.

a) Die Werkverträge sind zwischen dem Kl. und der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zustande gekommen.

aa) Der Kl. durfte die mündlichen Anträge des Ehemannes der Bekl. (§ 145 BGB) zu den Montageverträgen (Seite 2 des Schriftsatzes des Kl. vom 2. 12. 2011 – Bl. 107 d. A; Seite 4 des Schriftsatzes der Bekl. vom 24. 11. 2011 – Bl. 103 d. A.), die er angenommen hat (§ 147 Abs. 1 S. 1 BGB), den Umständen nach (§ 164 Abs. 1 S. 2 BGB) so verstehen, dass dieser sie im Namen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts machte, welche die Geschäfte der A. Solar G.technik Ltd. fortführte. Die Anträge zielten auf den Abschluss von auf das Unternehmen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts bezogenen Verträgen (vgl. BGH Urt. v. 18. 1. 1996, III ZR 121/95, zit. nach juris: Rn. 9, 10 = MittBayNot 1996, 90).

#### **Fortbestehen der gelöschten Limited als Gesellschaft bürgerlichen Rechts**

(1) Die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit der A. Solar G.technik Ltd. durch die Aufträge an den Kl. zwischen Ende Juni und Mitte Dezember 2010 war eine solche der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Dadurch, dass der Registerbeamte (registrar) des Companies House in Cardiff die A. Solar G.technik Ltd. am 4. 5. 2010 im englischen Register löschte und die Löschung veröffentlichte, hörte dieses Unternehmen nach dem maßgeblichen englischen Recht auf zu bestehen (dazu: LG Duisburg, Beschl. v. 20. Feb. 2007, 7 T 269/06, zit. nach juris: Rn. 10), und die Geschäftstätigkeit unter dessen Namen war von jetzt an diejenige einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. An dem Zusammenschluss der Bekl. und deren Ehemannes zum Erreichen und Fördern der Gewinnerzielung mit Geschäften auf dem Gebiet der Solartechnik insbesondere durch Leisten der vereinbarten Beiträge (§ 705 BGB) als shareholder je zur Hälfte bei einem share capital von 100 englischen Pfund hatte sich nichts geändert (zum Entstehen persönlicher Haftung der Gesellschafter in diesem Falle: LG Duisburg a.a.O. Rn. 12; Cranshaw, jurisPR-InsR 20/2007 Buchst. D), und das Entstehen einer offenen Handelsgesellschaft lässt sich nicht feststellen. Die Gesellschaft ist nicht im deutschen Handelsregister eingetragen und nicht auszuschließen, dass der Umfang ihrer Geschäfte keinen kaufmännisch eingerichteten Gewerbebetrieb erforderte (§ 1 Abs. 2, § 105 Abs. 2 S. 1 HGB).

#### **Keine Rest- und Spaltgesellschaft bei Fortsetzung der Geschäftstätigkeit der gelöschten Limited in Deutschland**

(2) Unerheblich ist, dass die A. Solar G.technik Ltd., als sie zu bestehen aufhörte, noch Eigentum in Deutschland in Gestalt von sechs Modulen hatte. Ihre Geltung als fortbestehend in Form einer deutschen Rest- und Spaltgesellschaft (hierzu: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10. 5. 2010, 24 U 160/09, zit. nach juris: Rn. 6, 7) ermöglicht nicht, im Namen dieser Gesellschaft neue Verbindlichkeiten einzugehen. Die Rechtsfigur vorbezeichneter Gesellschaft soll nur verhindern, dass Vermögen einer englischen Gesellschaft, die es nicht mehr gibt, in Deutschland „herrenlos“ wird, und die Liquidation im Interesse der Gläubiger der englischen Gesellschaft ermöglichen, die sich nur auf Vermögen erstreckt, das die englische Gesellschaft hatte, als sie zu bestehen aufhörte (§ 11 Abs. 3 Fall 1 InsO).

(3) Das Vorbringen der Bekl., das Handeln ihres Ehemannes sei nur auf Vermittlung von Werkverträgen zwischen den Bauherren und dem Kl. gerichtet gewesen, ist ohne die notwendige Substanz. Es setzt sich nicht mit den Auftragsbestätigungen und Rechnungen für die Solaranlagen auseinander, welche der Kl. vorgelegt und die A. Solar G.technik Ltd. den Bauherren erteilt hat.

bb) Dem Ehemann der Bekl. stand die Vertretungsmacht zu, für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Verträge mit dem Kl. zu schließen. Seine Vertretungsmacht als Organ der A. Solar G.technik Ltd. (Director 1; Nr. 23 – 27 Articles of Association) wirkte fort. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist, wie ausgeführt, mit dem Untergang der A. Solar G.technik Ltd. an deren Stelle getreten.

b) Der Anspruch besteht in der geltend gemachten Höhe. Die Bekl. ist der Behauptung des Kl., ihr Ehemann und er hätten stets 46,- € netto je Standardmodul und ansonsten 200,- € netto je installierte kWp-Leistung vereinbart, nicht entgegengetreten. Ihr Bestreiten mit Nichtwissen ist unzulässig (§ 138 Abs. 4 ZPO). Die Vergütungsvereinbarungen zwischen ihrem Ehemann und dem Kl. sind Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung. Dazu genügt die Wahrnehmbarkeit (s. Baumbach, ZPO, 70. Aufl., § 138 Rn. 51, 53), welche die Bekl. hatte. Als Mitgesellschafterin der A. Solar G.technik Ltd. war sie solche der Gesellschaft bürgerlichen Rechts geworden, als welche sie sich über deren Geschäfte hätte in Kenntnis setzen können.

2. Weder mindert der Anspruch sich, noch ist er ganz oder teilweise erloschen. Das Bestreiten seitens der Bekl., dass der Kl. seine Leistungen ordnungsgemäß erbracht habe, bewirkt dieses nicht. Die Bekl. hat Mängel der Werke des Kl. im Einzelnen nicht dargetan und Gegenrechte, die sie geltend machen will, nicht bezeichnet.

3. Der Anspruch ist fällig (§ 641 Abs. 1 S. 1 BGB). Auf die Abnahme der Werke des Kl. durch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts kommt es nicht an. Die Bekl. erhebt keine Ansprüche auf Nacherfüllung gegen den Kl.

#### **7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Anwendbarkeit der Heilung nach § 20 Abs. 2 UmwG auf mit Verschmelzung verbundene Kapitalherabsetzung (OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 24. 1. 2012 – 20 W 504/10)**

##### **UmwG § 20**

**1. Zur Frage der Anwendung von § 20 Abs. 2 UmwG auf eine mit der Verschmelzung verbundene Kapitalherabsetzung.**

**(amtlicher Leitsatz)**

**2. Erfolgen zur Durchführung und im einheitlichen Rahmen und Zusammenhang einer Verschmelzung eine vereinfachte Kapitalherabsetzung und gleichzeitig im Hinblick auf die aufgrund der Verschmelzung auszugebenden neuen Anteile eine**

**Kapitalerhöhung, so erfasst die Heilungswirkung des § 20 Abs. 2 UmwG nicht nur die Kapitalerhöhung, sondern auch die vorangegangene Kapitalherabsetzung.**

(RNotZ-Leitsatz)

#### Zur Einordnung:

Im Rahmen einer Verschmelzung beschloss die Hauptversammlung der übernehmenden Gesellschaft zunächst eine vereinfachte Kapitalherabsetzung nach § 229 AktG, um sodann zum Zweck der Durchführung der Verschmelzung ihr Grundkapital wieder zu erhöhen (§ 69 UmwG). Ausweislich des Verschmelzungsvertrages erfolgte auch die Kapitalherabsetzung „zur Durchführung der Verschmelzung“. Die Verschmelzung und die beiden Kapitalmaßnahmen wurden gleichzeitig in das Handelsregister eingetragen. Später stellte das Gericht jedoch ihre Nichtigkeit wegen Mängeln der Beschlussvorschläge für die Hauptversammlung und des Verschmelzungsberichts fest. In der Begründung führte es aus, dass durch die Eintragung jedoch gemäß § 20 Abs. 2 UmwG die Heilung der zur Nichtigkeit führenden Mängel sowohl im Hinblick auf die Verschmelzung als auch im Hinblick auf die Kapitalerhöhung eingetreten sei. Ob die Heilungswirkung auch die Kapitalherabsetzung umfasst, erwähnte das Gericht nicht ausdrücklich. Die Hauptversammlung beschloss deshalb rein vorsorglich erneut die Kapitalherabsetzung; diese wurde von der Gesellschaft zur Eintragung angemeldet. Das Registergericht wies jedoch die Eintragung der vorsorglichen „Wiederholung“ zurück. Die Beschwerde gegen diese Zurückweisung ist Gegenstand der nachfolgend abgedruckten Entscheidung des OLG Frankfurt am Main.

Das Gericht sieht sowohl die Kapitalherabsetzung als auch die Kapitalerhöhung als „notwendigen Annex“ der Verschmelzung und miteinander untrennbar verbunden an, so dass sich die Heilungswirkung der Eintragung entsprechend § 20 Abs. 2 UmwG auch auf sie erstreckt. Soweit es die Kapitalerhöhung betrifft, entspricht dies der bisherigen Rechtsprechung (BGH NJW-RR 2007, 1409, 1410; OLG Hamm Der Konzern 2005, 374, 376) und der herrschenden Ansicht in der Literatur (statt vieler: Kallmeyer/Marschner, UmwG, 4. Aufl. 2010, § 20 Rn. 42 m. w. N.). Das wird damit begründet, dass die Kapitalerhöhung zur Finanzierung der Ausgabe neuer Anteile am übernehmenden Rechtsträger an die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers benötigt wird. Bei der Kapitalherabsetzung wendet das Gericht ähnliche Überlegungen an. Sie sei mit der gleichzeitig beschlossenen Verschmelzung und der gleichzeitig beschlossenen Kapitalerhöhung derart verknüpft, dass auch sie als Glied der Kette, auf der die Verschmelzung beruht, nicht gesondert herausgelöst werden könne. Lasse man lediglich die Verschmelzung und die Kapitalerhöhung in Bestandskraft erwachsen, baue die Kapitalerhöhung auf einer anderen – nicht herabgesetzten – Grundkapitalziffer auf, was zu einer anderen als der von den Beteiligten gewollten Anteilsverteilung führe.

Für die Umwandlungspraxis bedeutet die Entscheidung mehr Rechtssicherheit. Zu beachten ist jedoch auch, dass die Entscheidung tragend auf den Willen der Parteien des Verschmelzungsvertrages und seine Darstellung der Verknüpfung der verschiedenen Maßnahmen abstellt. Der umsichtige Vertragsgestalter wird daher, um den Weg für eine Erstreckung der Heilungswirkung des § 20 Abs. 2 UmwG nicht zu verschließen, bei der Vertragsgestaltung darauf achten, die von den Parteien beabsichtigten Verknüpfungen deutlich herauszustellen.

Die Schriftleitung (MK)

#### Zum Sachverhalt:

I. Mit Anmeldungen vom 21. 5. 2010 haben die damaligen Vorstände der Bf. A1 und B1 sowie deren damaliger stellvertretender Vorsitzender des Aufsichtsrats C1 zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet: „Die außerordentliche Hauptversammlung der D1 AG, seinerzeit O1 (nunmehr: F1 AG, O2) vom ... 2008 hat unter Tagesordnungspunkt 7 die Herabsetzung des Grundkapitals der Gesellschaft dergestalt beschlossen, dass mit Wirksamwerden der Kapitalherabsetzung auf eine Stückaktie ein anteiliger Betrag am Grundkapital von 2,- Euro entfällt. Die Herabsetzung erfolgte nach den Vorschriften über die vereinfachte Kapitalherabsetzung zu dem Zweck, Wertminderungen auszugleichen und sonstige Verluste zu decken (§§ 229 ff. AktG). Eine Zusammenlegung von Aktien erfolgte nicht, die Herabsetzung ist durchgeführt. Es wird auf das bereits eingereichte Protokoll der außerordentlichen Hauptversammlung vom ... 2008 verwiesen. Im Rahmen der Kapitalherabsetzung ist keine Änderung der derzeit in § 4 Abs. 1 der Satzung und im Handelsregister angegebenen Grundkapitalziffer erforderlich.“ Die Kapitalherabsetzung mache aufgrund des Charakters des Beschlusses vom ... 2008 als rein wiederholender Beschluss der am ... 5. 2007 beschlossenen und im Handelsregister eingetragenen Kapitalherabsetzung keine Änderung der Grundkapitalziffer in der Satzung oder dem Handelsregister notwendig.

Dieser Anmeldung ist nachfolgendes vorausgegangen:

#### Hauptversammlung beschließt Verschmelzung nebst Kapitalherabsetzung und Kapitalerhöhung zu ihrer Durchführung

Auf der Hauptversammlung der Bf. (damals noch firmierend unter „D2 Aktiengesellschaft“ und noch eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts O1, HRB ...) vom ... 5. 2007 wurde, wie zuvor bereits in der am 30. 3. 2007 veröffentlichten Einladung angekündigt, unter anderem das Grundkapital der Gesellschaft von 3.048.000,- €, eingeteilt in 1.190.625 auf den Inhaber lautende Aktien ohne Nennbetrag (Stückaktien), um 666.750,- € auf 2.381.250,- € dergestalt herabgesetzt, dass mit Wirksamwerden der Kapitalherabsetzung auf eine Stückaktie ein anteiliger Betrag am Grundkapital von 2,- € entfällt. Die Herabsetzung erfolgte nach den Vorschriften über die vereinfachte Kapitalherabsetzung zu dem Zweck, Wertminderungen auszugleichen und sonstige Verluste zu decken (§§ 229 ff. AktG). Außerdem wurde das Grundkapital der Gesellschaft gemäß § 69 UmwG zur Durchführung der Verschmelzung mit der G1 GmbH von 2.381.250,- € um 3.723.720,- € auf 6.104.970,- € erhöht und dem Entwurf eines Verschmelzungsvertrages vom ... 2007 zwischen der Bf. als übernehmendem Rechtsträger und der G1 GmbH als übertragendem Rechtsträger zugestimmt. In § 3 dieses Verschmelzungsvertrages sind Kapitalmaßnahmen vereinbart wie folgt: „Zur Durchführung der Verschmelzung wird die übernehmende Gesellschaft ihr Grundkapital von 3.048.000,- €, eingeteilt in 1.190.625 Stückaktien um 666.750,- € auf

2.381.250,- €, weiterhin eingeteilt in 1.190.625 Stückaktien, dergestalt herabsetzen, dass mit Wirksamwerden der Kapitalherabsetzung auf eine Stückaktie ein anteiliger Betrag am Grundkapital von 2,- € entfällt. Mit der Kapitalherabsetzung verbunden wird sie sodann ihr Grundkapital von den herabgesetzten 2.381.250,- € um 3.723.720,- € auf 6.104.970,- € durch Aufnahme der übertragenden Gesellschaft in Form der Sacheinlage, eingeteilt in 1.861.860 neue Stückaktien, erhöhen“. Wegen des weiteren Ablaufs dieser Hauptversammlung wird auf das Protokoll dieser Hauptversammlung, Urkunde des Notars Dr. H1, Nr. .../2007, Bezug genommen. Weiterhin wird auch Bezug genommen auf den zu dieser Verschmelzung erstatteten Verschmelzungsbericht vom 28. 3. 2007 (vgl. jeweils diese im elektronischen Handelsregister des Registergerichts O1 zu HRB ... freigegebenen Dokumente).

#### **Eintragung von Kapitalherabsetzung, Kapitalerhöhung und Verschmelzung**

Kapitalherabsetzung und Kapitalerhöhung sind nachfolgend noch vom Registergericht O1 am ... 2007 unter Ifd. Nr. 9 im Handelsregister der Bf. eingetragen worden wie folgt: „Die Hauptversammlung vom ... 5. 2007 hat die Herabsetzung des Grundkapitals im Wege der vereinfachten Kapitalherabsetzung gem. §§ 229 ff AktG um 660.750,- € auf 2.381.250,- € und die gleichzeitige Erhöhung des Grundkapitals um 3.723.720, € auf 6.104.970,- € zur Durchführung der Verschmelzung mit der G1 GmbH, HRB ... AG D. beschlossen. Die Herabsetzung und die Erhöhung des Grundkapitals sind durchgeführt. § 4 der Satzung (Grundkapital) wurde in Anpassung der Kapitalerhöhung geändert.“ Diese Eintragung wurde nachfolgend bis heute nicht gelöscht. Weiterhin hat das Registergericht O1 auch die beschlossene Verschmelzung am ... 2007 in das Handelsregister der Bf. unter Ifd. Nr. 10 wie folgt eingetragen: „Die Gesellschaft ist als übernehmender Rechtsträger nach Maßgabe des Verschmelzungsvertrages vom ... 5. 2007 sowie der Zustimmungsbeschlüsse der Beteiligten Rechtsträger vom selben Tag mit der G1 GmbH mit Sitz in O2 (AG D., HRB ...) verschmolzen“. Auch diese Eintragung wurde nachfolgend bis heute nicht gelöscht.

#### **Nichtigerklärung der Hauptversammlungsbeschlüsse zur Kapitalherabsetzung, zur Kapitalerhöhung und zum Verschmelzungsvertrag; Urteil lässt unklar, ob sich Heilungswirkung des § 20 Abs. 2 UmwG auch auf die Kapitalherabsetzung erstreckt**

Mit rechtskräftigem Urteil des LG F. hat dieses unter anderem die vorgenannten Beschlüsse der ordentlichen Hauptversammlung der Gesellschaft vom ... 5. 2007 zur Herabsetzung des Grundkapitals, zur Kapitalerhöhung und zum Verschmelzungsvertrag für nichtig erklärt. Dabei hat es unter anderem ausgeführt, dass alle angefochtenen Beschlussfassungen dieser Hauptversammlung in sachlichem Zusammenhang mit der beschlossenen Zustimmung zum Verschmelzungsvertrag stünden, so dass deren Anfechtbarkeit von der Anfechtbarkeit der Zustimmung zum Verschmelzungsbeschluss unmittelbar abhänge. Sei der Verschmelzungsbeschluss für nichtig zu erklären, würden die anderen angefochtenen Beschlüsse dieses Schicksal teilen. Keiner der Beschlussfassungen zu den Tagesordnungspunkten 6, 8, 9, 10 mithin auch diejenigen zur Kapitalherabsetzung (Tagesordnungspunkt 6) und zur Kapitalerhöhung (Tagesordnungspunkt 8), sei ohne die zu Tagesordnungspunkt 7 beschlossene Verschmelzung sinnvoll oder sachgerecht; sie stellten vielmehr alle nur den „notwendigen Annex“ zur Verschmelzung dar. Der Zulässigkeit der Anfechtungsklagen stehe auch nicht entgegen, dass Verschmelzung und Kapitalerhöhung bereits in das Handelsregister eingetragen worden seien. Zwar führe dies gemäß § 20 Abs. 2 UmwG dazu, dass die Wirksamkeit der Verschmelzung und jedenfalls der Kapitalerhöhung als Annex unumkehrbar wirk-

sam geworden seien (vgl. BGH Urteil vom 21. 5. 2007- II ZR 266/04 -), doch führe dies nicht zur Unzulässigkeit der entsprechenden Anfechtungsklagen, sondern diese könnten durchgeführt werden. Aus dem Rechtsgedanken des §§ 16 Abs. 3 S. 6 UmwG folge, dass die Anfechtungsklagen hier im Hinblick auf die Schadensersatzpflicht weitergeführt werden könnten (vgl. BGH a.a.O.), so dass das Rechtsschutzbedürfnis für die Anfechtungsklagen hier gegeben sei. Letztlich hat das LG die Nichtigkeit der in Bezug genommenen Beschlüsse damit begründet, dass der vorgelegte Verschmelzungsbericht nicht den Anforderungen genüge und die verantwortliche Bearbeitung und Unterbreitung der Beschlussvorschläge zu den hier in Betracht kommenden Tagesordnungspunkten sowohl gesetz- als auch satzungswidrig gewesen seien und die Beschlussfassungen der Hauptversammlung vom ... 5. 2007 auf diesem Fehler beruhen würden.

#### **Vorsorglicher erneuter Hauptversammlungsbeschluss zur Kapitalherabsetzung**

Mit Einladung vom 5. 12. 2007 zur außerordentlichen Hauptversammlung vom ... 2008 hat die Bf. sodann in der Tagesordnung folgendes angekündigt: „Aufgrund von Anfechtungsklagen gegen die Beschlüsse der Hauptversammlung der Gesellschaft vom ... 5. 2007 und bestehenden Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der Wirksamkeit weiterer Beschlüsse derselben Hauptversammlung sollen in dieser Hauptversammlung einige Beschlüsse der Hauptversammlung vom ... 5. 2007 wiederholt und darüber hinaus Beschlüsse über weitere Maßnahmen gefasst werden. . . 7. Beschlussfassung über die Herabsetzung des Grundkapitals nach den Vorschriften über die vereinfachte Kapitalherabsetzung und Satzungsänderung: Vorstand und Aufsichtsrat schlagen mit Blick auf die eventuelle Nichtigkeit der aufgrund des Beschlusses der Hauptversammlung vom ... 5. 2007 eingetragenen Kapitalherabsetzung um 666.750,- € vor, folgende Beschlüsse zu fassen: a) das Grundkapital der Gesellschaft, dass für den Fall der Nichtigkeit der in der Hauptversammlung am ... 5. 2007 beschlossenen Kapitalherabsetzung 6.771.720,- € beträgt, von 6.771.720,- €, eingeteilt in 3.052.485 auf den Inhaber lautende Aktien ohne Nennbetrag (Stückaktien), wird um 666.750,- € auf 6.104.970,- €, eingeteilt in 3.052.485 auf den Inhaber lautende Stückaktien dergestalt herabgesetzt, dass mit Wirksamwerden der Kapitalherabsetzung auf eine Stückaktie ein anteiliger Betrag am Grundkapital von 2,- € entfällt; eine Zusammenlegung von Aktien erfolgt nicht. Die Herabsetzung erfolgt nach den Vorschriften über die vereinfachte Kapitalherabsetzung zu dem Zweck, Wertminderungen auszugleichen und sonstige Verluste zu decken (§§ 229 ff. AktG)“. Aus dem Protokoll zur Hauptversammlung vom ... 2008 ergibt sich sodann unter anderem folgendes: „Der Vorstandsvoritzende erklärte daraufhin, dass aufgrund der nach dem Zeitpunkt der Einberufung der außerordentlichen Hauptversammlung . . . eingetragenen Kapitalerhöhung der Beschlussvorschlag von Vorstand und Aufsichtsrat zu Tagesordnungspunkt 7 in Anpassung an das erhöhte Grundkapital nunmehr wie folgt lautet: Vorstand und Aufsichtsrat schlagen mit Blick auf die eventuelle Nichtigkeit der aufgrund des Beschlusses der Hauptversammlung vom ... 5. 2007 eingetragenen Kapitalherabsetzung um 666.750,- € vor, folgende Beschlüsse zu fassen: a) Das Grundkapital der Gesellschaft, das für den Fall der Nichtigkeit der in der Hauptversammlung am ... 5. 2007 beschlossenen Kapitalherabsetzung 7.478.328,- € beträgt, wird von 7.478.328,- €, eingeteilt in 3.405.789,- auf den Inhaber lautende Aktien ohne Nennbetrag (Stückaktien), um 666.750,- € auf 6.811.578,- €, eingeteilt in 3.405.789 auf den Inhaber lautende Stückaktien dergestalt herabgesetzt, dass mit Wirksamwerden der Kapitalherabsetzung auf eine Stückaktie ein anteiliger Betrag am Grundkapital von 2,- € entfällt; eine Zusammenlegung von Aktien erfolgt nicht. Die Herabsetzung erfolgt nach den Vorschriften über die vereinfachte

Kapitalherabsetzung zu dem Zweck, Wertminderungen auszugleichen und sonstige Verluste zu decken (§§ 229 ff. AktG)“. Dies ist dann auch so beschlossen worden. Es wird Bezug genommen auf die genannte Einladung und das Protokoll der Hauptversammlung vom ... 2008 (vgl. jeweils diese im elektronischen Handelsregister des Registergerichts O1 zu HRB ... freigegebenen Dokumente).

#### Anmeldung der vorsorglich erneut beschlossenen Kapitalherabsetzung

Mit Anmeldungen vom 21. 8. 2008 an das AG O1 hat die Bf. dann unter anderem diese beschlossene Kapitalherabsetzung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet (auf die im elektronischen Handelsregister des Registergerichts O1 zu HRB ... freigegebene Anmeldung wird Bezug genommen).

[...]

#### Zurückweisung der erneuten (weil zwischenzeitlich in Vergessenheit geratenen) Anmeldung der Kapitalherabsetzung

Mit Zwischenverfügung vom 20. 7. 2010 hat die nunmehr zuständige Rechtspflegerin des Registergerichts hinsichtlich dieser Anmeldung folgendes Eintragungshindernis aufgezeigt: Es bestehe kein Rechtsschutzbedürfnis für die Eintragung der Kapitalherabsetzung um 666.750,- €, da diese bereits am ... 2007 unter Ifd. Nr. 9 von dem Registergericht O1 (HRB ...) zusammen mit der Kapitalerhöhung um 3.723.720,- € zur Durchführung der Verschmelzung mit der ihr G1 GmbH gemäß Beschluss der Hauptversammlung vom ... 5. 2007 eingetragen worden sei; die Eintragung der Verschmelzung sei am ... 2007 im Handelsregister des Amtsgerichts O1 erfolgt. Diese Verschmelzung sei mit Eintragung wirksam geworden (§ 20 Abs. 2 UmwG), unabhängig davon, ob die zu Grunde liegenden Beschlüsse mängelbehaftet seien. Unstreitig sei, dass die Kapitalerhöhung gemäß Beschluss der Hauptversammlung vom ... 5. 2007 zur Durchführung der Verschmelzung zusammen mit der Verschmelzung unumkehrbar geworden seien. Nichts anderes könne daher auch für den weiteren vorbereitenden Beschluss zur Durchführung der Verschmelzung, den Beschluss der Hauptversammlung zur Kapitalherabsetzung gelten. Alle Beschlüsse der Hauptversammlung vom ... 5. 2007 sollten das gleiche Schicksal teilen, da sie in sachlichem Zusammenhang stünden. Es könnten daher nicht einige Beschlüsse (Verschmelzung und Kapitalerhöhung zur Verschmelzung) Wirkung entfalten, obwohl ihre Nichtigkeit festgestellt wurde, ein anderer Beschluss (Kapitalherabsetzung zur Durchführung der Verschmelzung) dagegen nicht. Eine ausdrückliche Feststellung der Wirksamkeit des Beschlusses zur Kapitalherabsetzung in Anwendung der §§ 16 Abs. 3 S. 6, 20 Abs. 2 UmwG enthalte weder das Urteil des LG F. vom 27. 5. 2008 noch das Urteil des OLG F. vom ... 2009.

[...]

Das Registergericht hat sodann mit Beschluss vom 29. 9. 2010 die Anmeldung vom 21. 5. 2010 zurückgewiesen. Der Eintragung stünden die in der gerichtlichen Verfügung vom 20. 7. 2010 genannten Gründe entgegen. Da das Registergericht die Anmeldung nicht für eintragungsfähig halte, sei diese nunmehr zunächst zurückzuweisen gewesen, damit gemäß §§ 58 ff. FamFG das Rechtsmittel der Beschwerde gegeben sei.

Gegen diesen am 5. 10. 2010 zugestellten Beschluss haben die Verfahrensbevollmächtigten der Bf. mit Schriftsatz an das AG vom 13. 10. 2010, dort eingegangen am 15. 10. 2010, Beschwerde eingelegt. Die Begründung ist identisch mit dem Inhalt der Beschwerde vom 19. 8. 2010.

Mit Beschluss vom 30. 11. 2010 hat das Registergericht dieser Beschwerde nicht abgeholfen und die Beschwerde dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. In der Beschwerde werde kein

neuer Sachverhalt vorgetragen, so dass es bei der Entscheidung über die Zurückweisung der Anmeldung vom 21. 5. 2010 bleibe.

#### Aus den Gründen:

II. Die Beschwerde der Bf. ist gemäß § 382 Abs. 3, 58 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig, da sie insbesondere form- und fristgerecht eingelegt wurde (§§ 63, 64 FamFG) und die Bf. – die vorliegend auch Ast. ist – durch die Zurückweisung der Anmeldung in eigenen Rechten beeinträchtigt ist (§ 59 Abs. 1 und 2 FamFG).

Die Beschwerde ist jedoch unbegründet, da das Registergericht D. die Anmeldung vom 21. 5. 2010 aus zutreffenden Gründen zurückgewiesen hat.

#### Ursprüngliche Kapitalherabsetzung ist aufgrund Eintragung entsprechend § 20 Abs. 2 UmwG wirksam

Die von der Bf. angemeldete Eintragung der mit Hauptversammlungsbeschluss vom ... 2008 beschlossenen Kapitalherabsetzung war zurückzuweisen, da diese Kapitalherabsetzung bereits am ... 2007 durch das damals noch zuständige AG O1 unter laufender Nummer 9 a) im Handelsregister der Bf. eingetragen worden ist, diese Eintragung seither auch nicht wieder gelöscht worden ist und aufgrund dieser Eintragung im Handelsregister unter entsprechender Anwendung von § 20 Abs. 2 UmwG von ihrer Wirksamkeit auszugehen ist.

#### Erneute Kapitalherabsetzung ist nicht einzutragen, da keine zweimalige Kapitalherabsetzung gewollt war

Dabei ist aufgrund des Sachverhalts und der Darlegungen der Bf. zunächst davon auszugehen, dass die Bf. keine zweimalige Kapitalherabsetzung um 666.750,- € vornehmen wollte, sondern in jedem Fall nur eine einmalige. So wurde bei der Anmeldung darauf hingewiesen, dass die angemeldete Kapitalherabsetzung aufgrund des „Charakters des Beschluss vom ... 2008 als rein wiederholender Beschluss der am ... 5. 2007 beschlossenen und im Handelsregister eingetragenen Kapitalherabsetzung keine Änderung der Grundkapitalziffer in der Satzung oder dem Handelsregister notwendig“ mache. Auch aus der Beschwerdebegründung und dem Schriftsatz der Verfahrensbevollmächtigten der Bf. vom 8. 4. 2010 ergibt sich, dass dieser neuerliche Kapitalherabsetzungsbeschluss vom ... 2008 lediglich im Hinblick auf die mit der bereits erfolgten Eintragung des Kapitalherabsetzungsbeschlusses vom ... 5. 2007 verbundene Rechtsunsicherheit über dessen Wirksamkeit erfolgt sei. Dies wird auch durch den Inhalt der Einladung vom 5. 12. 2007 zur Hauptversammlung vom ... 2008 und aus dem Protokoll dieser Hauptversammlung deutlich.

Weiterhin ist davon auszugehen, dass sich mit der neuerrlichen Anmeldung der Kapitalherabsetzung gemäß Hauptversammlungsbeschluss vom ... 2008 mit Anmeldung vom 21. 5. 2010 die offensichtlich im Laufe des Registerwechsels von O1 nach D. zunächst in Vergessenheit geratene Anmeldung vom 21. 8. 2008 mit dem selben Gegenstand erledigt hat.

Eine nochmalige Eintragung dieser Kapitalherabsetzung kommt nicht in Frage, da die von der Bf. nur einmalig gewollte Kapitalherabsetzung bereits mit deren Eintragung vom ... 2007 Wirksamkeit erlangt hat, mithin eine nochmalige Eintragung zu einer auch von der Bf. so nicht gewollten und auch nicht beschlossenen zweimaligen Kapitalherabsetzung um 666.750,- € führen würde.

Dem liegen folgende Erwägungen zu Grunde:

#### **Zur Heilung der Verschmelzungsmängel durch Eintragung**

Eine Verschmelzung wird mit ihrer Eintragung ungetacht vorhandener Mängel gemäß § 20 Abs. 2 UmwG wirksam. Mängel der Verschmelzung lassen die Wirkungen der Eintragung unberührt. Für den Eintritt dieser Rechtswirkung der umfassenden Heilung aller Mängel durch die konstitutive Handelsregistereintragung der Verschmelzung kommt es nicht darauf an, welche Rechtshandlungen im Rahmen des Umwandlungsverfahrens mit Mängeln behaftet sind und wie schwer eventuelle Mängel wiegen. Aus §§ 20 Abs. 2, 16 Abs. 3 S. 10 UmwG folgt vielmehr das Verbot einer Entschmelzung und es kommt auch keine Amtslösung der Verschmelzungseintragung in Betracht; vielmehr sind in diesem Fall lediglich Schadensersatzansprüche und einvernehmliche Korrekturen durch die Bet. möglich, letzteres jedoch auch nicht durch nachträgliche Aufhebung des Verschmelzungsvertrages selbst (vgl. zu allem: Beschlüsse des erkennenden Senats vom 22. 10. 2002, Az. 20 W 299/02 = RNotZ 2003, 196, und vom 26. 5. 2003, Az. 20 W 61/03; LG Hamburg, Urteil vom 23. 11. 2005, Az. 401 O 47/05; Hanseatisches OLG Hamburg, Urteil v. 17. 8. 2007, Az. 11 U 277/05 = RNotZ 2008, 37, zitiert jeweils nach Juris; Kölner Kommentar zum UmwG/Simon, 2009, § 20, Rn. 44 ff. 52; Kallmeyer/Marsch-Barner, UmwG, 4. Aufl., 2010, § 20, Rn. 33, 40 ff.; Semler/Stengel/Kübler, UmwG, 3. Aufl., 2012, § 20 Rn. 84 ff.; Goutier/Knopf/Tulloch/Goutier, UmwG, 1996, § 20 Rn. 57 ff.; Krieger, Fehlerhafte Satzungsänderungen: Fallgruppen und Bestandskraft, in ZHR 158 (1994), 35 ff., 44, noch zur alten Regelung in § 352 a AktG; Lutter/Grunewald, UmwG, 4. Aufl., 2009, § 20, Rn. 70 ff. m. w. N., auch zur teilweise in der Literatur vertretenen Gegenansicht; Schmitt/Hörtnagel/Stratz, UmwG, 5. Aufl. 2009, § 20, Rn. 121 ff., auch zur teilweisen Gegenansicht in der Literatur, die aus den Regeln der fehlerhaften Gesellschaft, zumindest in Extremfällen, eine Möglichkeit zur Entschmelzung bejahen will).

Auch wenn man in ganz besonders gravierenden Ausnahmefällen eine Nichtdurchführung der Verschmelzung trotz Eintragung im Register beispielsweise dann annehmen will, wenn ein Verschmelzungsvertrag gänzlich fehlt (K. Schmidt, ZIP 1998, 181, 186), wenn eine Verschmelzung ohne Fassung von Verschmelzungsbeschlüssen eingetragen wird (BGHZ 132, 353 ff., 360), wenn die gewählte Umwandlungsform oder die Gesellschaftsform, in die umgewandelt werden sollte, nicht dem Gesetz entspricht (BGH, Urteil v. 29. 6. 2001, Az. V ZR 186/00) oder im Falle eines eklatanten und offensichtlichen Verstoßes der Verschmelzung gegen den ordre public (Kübler, a.a.O., § 20 Rn. 89), kann vorliegend von einem derartigen Ausnahmefall nicht aus-

gegangen werden. Das LG F. hat in seinem am 2. 10. 2007 verkündeten rechtskräftigen Urteil die maßgeblichen Hauptversammlungsbeschlüsse der Bf. zur Verschmelzung vom ... 5. 2007 lediglich deswegen für nichtig erklärt, weil die verantwortliche Bearbeitung und Unterbreitung der Beschlussvorschläge zu den in Betracht kommenden Tagesordnungspunkten sowohl gesetz- als auch satzungswidrig waren und die Beschlussfassungen der Hauptversammlung auf diesem Fehler beruhten sowie deswegen, weil der vorgelegte Verschmelzungsbericht nicht den gesetzlichen Anforderungen genügte. Dies stellt keinen derartigen gravierenden Ausnahmefall dar, der trotz Eintragung möglicherweise zu einer Nichtdurchführung der Verschmelzung führen könnte.

#### **Zur Erstreckung der Heilungswirkung auf die Kapitalerhöhung**

Weiterhin ist davon auszugehen, dass nicht nur die Verschmelzung selbst nach deren Eintragung im Handelsregister nach § 20 Abs. 2 UmwG Bestandskraft erlangt hat, sondern unter entsprechender Anwendung dieser gesetzlichen Regelung auch der zum Zwecke dieser Verschmelzung gefasste und im Handelsregister eingetragene Kapitalerhöhungsbeschluss.

So weist Grunewald (a.a.O., Rn. 79) zu Recht darauf hin, dass eine Beseitigung der Kapitalerhöhung nach Eintragung der Verschmelzung nicht in Betracht komme, weil die Wirksamkeit der Verschmelzung nicht mehr infrage gestellt werden könne und daher auch nicht ein Glied der Kette herausgebrochen werden könne, auf dem die Verschmelzung beruhe. Ließe man zu, dass der Kapitalerhöhungsbeschluss zu Fall gebracht werde, so stünden die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers ohne Gegenleistung für den Verlust ihrer Rechte dar. Auch sei nicht ersichtlich, wieso eine unterschiedliche Behandlung von Klagen gegen den Zustimmungsbeschluss und Klagen gegen den Kapitalerhöhungsbeschluss erfolgen sollte, wenn doch der Eingriff in die Mitgliedschaft, der durch einen fehlerhaften Zustimmungsbeschluss erfolgt, eher intensiver sei, als der Eingriff durch einen fehlerhaften Kapitalerhöhungsbeschluss (im Ergebnis für die Wirksamkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses auch: Kübler, a.a.O., § 20 Rn. 95, 96; Stratz, a.a.O., § 55 Rn. 30; Bermel, a.a.O., § 20 Rn. 59; Sagasser/Bula/Brünger/Sagasser/Luke, Umwandlungen, 4. Aufl., 2011, § 9 Rn. 318; Lutter/Winter, UmwG, a.a.O., § 55 Rn. 33; Marsch-Barner, a.a.O., § 20 Rn. 42; Kort, Aktien aus vernichteten Kapitalerhöhungen, ZGR 1994, 291 ff., 310, 311).

In diesem Sinne hat auch der BGH in einem Beschluss vom 21. 5. 2007 (Aktenzeichen II ZR 266/04, zitiert nach Juris = DNotZ 2008, 143) dargelegt, dass der dort im Rahmen einer Verschmelzung gefasste Kapitalerhöhungsbeschluss schon seinem Wortlaut, aber auch seinem Inhalt nach lediglich einen „Annex“ zum Verschmelzungsbeschluss darstelle, weil die Kapitalerhöhung zur Finanzierung der Verschmelzung im Hinblick auf die Aktionäre des übertragenden Rechtsträgers benötigt worden sei; nachdem das LG die Freigabeentscheidung auf die Eintragung sowohl der Verschmelzung als auch des Kapitalerhöhungsbeschlusses erstreckt habe, sei mit deren *Eintragung* gemäß § 16

Abs. 3, S. 6 UmwG (*nunmehr S. 10*) nicht nur die Verschmelzung selbst, sondern in entsprechender Anwendung dieser Vorschrift auch der notwendige „Annex“ der Kapitalerhöhung unumkehrbar wirksam geworden. Insoweit könne aber die Anfechtungsklage auch in Bezug auf diesen „Annexbeschluss“ zur Kapitalerhöhung nach erfolgter Eintragung in das Handelsregister zum Zwecke der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen entsprechend § 16 Abs. 3, S. 6 UmwG (*nunmehr S. 10*) fortgeführt werden.

Soweit zur alten Regelung in dem aufgehobenen § 352 a AktG noch vertreten wurde, dass die Eintragung der Verschmelzung nicht auch die Kapitalerhöhung mit den ihr anhaftenden Mängeln unangreifbar mache, vielmehr auch nach Eintragung der Verschmelzung die Anfechtung des Kapitalerhöhungsbeschlusses weiterverfolgt werden könne und sich das Wirksamwerden der Verschmelzung infolge Eintragung im Handelsregister nicht auf die Kapitalerhöhung erstrecke (vgl. u. a. Kölner Kommentar zum AktG/Kraft, 2. Aufl. 1990, § 352 a, Rd. 24 ff.; LG Frankfurt a. M. WM 1990, 592 ff.), beachtete diese Auffassung nicht ausreichend, dass ein Erfolg dieses Anfechtungsverfahrens die Konsequenz der vollständigen Vernichtung der Anteile zur Folge hätte, die die Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers für den Verlust ihrer bisherigen Beteiligungen entschädigen sollten, und eine nachträgliche Korrektur aufwendig und mit erheblichen Risiken für diese Anteilseigner verbunden wäre (vgl. Kübler, a.a.O., § 20 Rn. 95). Im Übrigen ging auch die Begründung des Gesetzentwurfes zum Verschmelzungsrichtlinie-Gesetz vom 23. 11. 1981 (BT-Drucks. 9/1065, S. 20) zu dem inzwischen aufgehobenen § 352 a AktG zwar auf der einen Seite davon aus, dass diese Vorschrift nicht die Rechtshandlungen betreffe, die für die Verschmelzung erforderlich seien, sie mithin insbesondere nicht den Verschmelzungsvertrag und die Hauptversammlungsbeschlüsse heile, da die Heilung sachlicher Mängel einen zu weitgehenden und nicht gebotenen Eingriff in allgemeine Grundsätze des Zivilrechts bedeute, auf der anderen Seite aber auch davon aus, dass solche sachlichen Mängel der die Verschmelzung vorbereitenden Rechtshandlungen nur zu Ansprüchen gegen diejenigen Personen führen sollten, die für sie verantwortlich seien; auf die Wirksamkeit einer einmal eingetragenen Verschmelzung und ihrer Rechtsfolgen hätten sie allerdings keinen Einfluss. Es ist auch danach ausreichend, dass diese fehlerhafte Handhabung zu einer Verantwortlichkeit der handelnden Personen im Rahmen von Schadensersatzansprüchen (vgl. nunmehr § 16 Abs. 3, S. 10 UmwG) führt, und nicht auch der Unwirksamkeit der erfolgten Eintragung der Verschmelzung bedarf. Dies sollte dann auch gleichermaßen für den zugehörigen Kapitalerhöhungsbeschluss gelten.

#### Für die Kapitalherabsetzung kann nichts anderes gelten

Nachdem also auch vorliegend die Verschmelzung der B. mit der G1 GmbH sowie die hierzu erfolgte Kapitalerhöhung zum Zwecke der Verschmelzung nach diesen Grundsätzen durch die seither nicht gelöschten Eintragungen im Handelsregister der Bf. am ... 2007 und ... 2007 (noch durch Registergericht O1, HRB ...) wirksam

geworden sind, kann zumindest im vorliegenden konkreten Fall auch nichts anderes für die von der Bf. am ... 5. 2007 beschlossene und bereits am ... 2007 eingetragene (ebenfalls noch durch Registergericht O1, HRB ...) und seither nicht gelöschte Kapitalherabsetzung um 666.750,- € gelten.

Aufgrund der Eintragung der Kapitalherabsetzung zugrundeliegenden, zum Handelsregister eingereichten und zur Einsicht freigegebenen Dokumente (vgl. elektronisches Handelsregister des Registergerichts O1 zu HRB ...) ist in diesem Fall davon auszugehen, dass die beschlossene vereinfachte Kapitalherabsetzung nach §§ 229 ff. AktG nach dem Willen der Vertragsparteien derart eng mit der ebenfalls in dieser Hauptversammlung beschlossenen Verschmelzung sowie der in diesem Zusammenhang beschlossenen Kapitalerhöhung verknüpft ist, dass auch sie als Glied der Kette, auf der die Verschmelzung beruht, nicht gesondert herausgelöst werden kann und somit ebenfalls entsprechend § 20 Abs. 2 UmwG Wirksamkeit erlangt hat.

Entsprechend dem bereits in der am 30. 3. 2007 veröffentlichten Einladung zur Hauptversammlung vom ... 5. 2007 angekündigten Inhalt des Verschmelzungsvertrages der Bf. mit der G1 GmbH enthält dieser Verschmelzungsvertrag, dem die Hauptversammlungen der Vertragschließenden am ... 5. 2007 zugestimmt haben, in § 3 ausdrücklich die Vereinbarung, dass „zur Durchführung der Verschmelzung“ das Grundkapital der Bf. von 3.048.000,- €, eingeteilt in 1.190.625 Stückaktien, um 666.750,- € auf 2.381.250,- € herabgesetzt wird und sodann mit der Kapitalherabsetzung verbunden ihr Grundkapital von den herabgesetzten 2.381.250,- € um 3.723.720,- € auf 6.104.970,- € durch Aufnahme der übertragenden Gesellschaft in Form der Sacheinlage, eingeteilt in 1.861.860 neue Stückaktien, erhöht wird. Auch aus dem Verschmelzungsbericht vom März 2007 ergibt sich diese unmittelbare Verknüpfung von Kapitalherabsetzung und Verschmelzung. So ist dort die beschlossene vereinfachte Kapitalherabsetzung in Ziffer 4.3 unter der Überschrift „Wesentliche rechtliche Schritte der Zusammenführung im Rahmen der Verschmelzung“ aufgeführt. Weiterhin ergibt sich aus diesem Bericht und dann auch aus § 2 des Verschmelzungsvertrages, dass das vereinbarte Verschmelzungsverhältnis von 39 Teilen der Altgesellschafter der übernehmenden Gesellschaft (Bf.) sowie 61 Teilen für die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft mit dem sich erst nach vorangehender Kapitalherabsetzung bei der Bf. um 666.750,- € und dann nachfolgender Kapitalerhöhung zum Zwecke der Verschmelzung um 3.723.720,- € ergebenden erhöhten Grundkapital von sodann 6.104.970,- € korrespondiert. Würde man nun lediglich die Kapitalerhöhung zum Zwecke der Verschmelzung neben der Verschmelzung selbst über § 20 Abs. 2 UmwG als wirksam erachten und nicht auch die in diesem Zusammenhang beschlossene Kapitalherabsetzung, so würde sich ergeben, dass sich das Grundkapital der verschmolzenen Gesellschaften nicht auf 6.104.970,- € sondern auf 6.771.720,- € belaufen hätte, was dann bei den im Rahmen der Verschmelzung der übertragenden Gesellschaft als Gegenleistung gewährten insgesamt 1.861.860 neuen Inhaber-Stückaktien der überneh-

menden Gesellschaft nur einem Verhältnis von etwa 55 Teilen für die Gesellschafter der übertragenden und 45 Teilen für die Altgesellschafter entsprochen hätte. Diese den beteiligten Anteilsinhabern bewusste und von ihnen gewollte unmittelbare Verknüpfung der Kapitalherabsetzung mit der Verschmelzung und der hierzu vorgenommenen Kapitalerhöhung bei der Bf. lässt eine hinsichtlich der Frage der Wirksamkeit der einzelnen Verfahrensschritte unterschiedliche Beurteilung nicht zu.

Soweit die Bf. aus dem Ausgang des Anfechtungsverfahrens gegen den Kapitalherabsetzungsbeschluss vom ... 2008 und der Begründung der insoweit ergangenen Urteile des LG F. und des OLG F. folgert, dass schon unter dem Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung auf Ebene der nachfolgenden Umsetzung, d. h. der Eintragung im Handelsregister, nicht anders entschieden werden könne, kann dem nicht gefolgt werden. Zwar haben LG und OLG in diesem Verfahren den Antrag der dortigen Kl., die Beschlussfassung zu Tagesordnungspunkt 7. – „Beschlussfassung über die Herabsetzung des Grundkapitals nach den Vorschriften über die vereinfachte Kapitalherabsetzung und Satzungsänderung“ – für nichtig zu erklären, zurückgewiesen. Ausweislich der Entscheidungsgründe hatte die dortige Kl. die insoweit von ihr angenommene Unwirksamkeit der Beschlussfassung aber lediglich damit begründet, dass in der Einberufung hinsichtlich dieser Beschlussfassung eine irreführende Mitteilung erfolgt sei, da eine eventuelle Nichtigkeit der insoweit bereits mit Hauptversammlungsbeschluss vom ... 5. 2007 beschlossenen Kapitalherabsetzung angegeben worden sei, während diese Beschlussfassung durch Urteil des LG F. vom 2. 10. 2007 doch bereits für nichtig erklärt worden sei; bei den Aktionären sei der Eindruck erweckt worden, sie würden nur vorsorglich einen Beschluss fassen. Lediglich insoweit haben LG und OLG festgestellt, dass eine Nichtigkeit des Kapitalherabsetzungsbeschlusses deswegen nicht gegeben sei, weil unter anderem aufgrund dieses Urteils des LG F. vom 2. 10. 2007 tatsächlich die in der Einladung angegebene Unsicherheit hinsichtlich des rechtlichen Schicksals der im Zusammenhang mit der Verschmelzung beschlossenen und im Handelsregister eingetragenen Kapitalherabsetzung bestanden habe. LG und OLG haben damit jedoch nicht die hier maßgebliche Frage beantwortet, ob neben der zum Zwecke der Verschmelzung beschlossenen Kapitalerhöhung auch die zu diesem Zwecke beschlossene vorherige Kapitalherabsetzung bei der Bf. durch die erfolgte Eintragung in das Handelsregister an der Wirkung des § 20 Abs. 2 UmwG teilhat.

Soweit die Bf. zunächst auch Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Registergerichts vom 20. 7. 2010 eingelegt hat, hat sich diese durch den nunmehr angegriffenen Zurückweisungsbeschluss des Registergerichts vom 29. 9. 2010 erledigt.

Hinsichtlich der Gerichtskosten war eine ausdrückliche Auferlegung auf die Bf. nicht erforderlich, da sich deren Verpflichtung zur Tragung dieser Kosten bereits aus § 2 Nr. 1 KostO ergibt.

Einer Geschäftswertfestsetzung bedurfte es nicht (Festgebühr nach §§ 131 c Absatz 1, 79 Abs. 1 KostO i. V. m. § 1 i. V. m. Anlage zu § 1 HRegGebVO).

Die Rechtsbeschwerde wird im Hinblick auf die bislang höchstrichterlich nicht entschiedene Frage der Wirksamkeit einer im Zusammenhang mit einer Verschmelzung beschlossenen Kapitalherabsetzung unter entsprechender Anwendung von § 20 Abs. 2 UmwG nach § 70 Absatz 2 Nr. 1 FamFG zugelassen, weil diese hier entscheidungserhebliche Rechtsfrage über den konkreten Einzelfall hinaus in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen relevant werden kann und deshalb ein Interesse der Allgemeinheit an einer einheitlichen Handhabung des Rechts besteht.

#### **8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Fristsetzung analog §§ 146, 148 BGB bei Ungewissheit des Eintritts einer vereinbarten Bedingung**

(LG Bautzen, Urteil vom 2. 2. 2012 – 1 HK O 97/11)

**BGB §§ 133; 146; 148; 157; 158; 433  
GmbHG § 15 Abs. 4**

- 1. Eine Erfüllungsdauer von 10 Wochen für Freistellungsverpflichtungen aus einem notariellen Kaufvertrag (als aufschiebende Bedingungen) rechtfertigt keine Fristsetzung entsprechend §§ 146, 148 BGB.**
- 2. Auch falsche Angaben des Käufers über sein belastbares Vermögen berechtigen den Verkäufer nicht zur Anfechtung des Kaufvertrags wegen arglistiger Täuschung (§ 123 Abs. 1 BGB).**

#### **Zur Einordnung:**

Im vorliegenden Sachverhalt geht es im Wesentlichen um die Frage, ob man von einem unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossenen Vertrag durch Rücktritt loskommen kann, wenn die aufschiebende Bedingung „nicht rechtzeitig“ eingetreten ist. Vorliegend wurden GmbH-Anteile verkauft und abgetreten, wobei der Vertrag unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen wurde, dass der Kläger bedingungslos aus den für die Gesellschaft gewährten Sicherheiten und Bürgschaften durch die sicherungsnehmenden Banken entlassen würde. Die Voraussetzung eines wirksamen Rücktritts wurde indessen vom LG Bautzen verneint, da die erklärte Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung unwirksam gewesen sei (siehe Urteil Ziffer II.2.). Das LG Bautzen betont zwar, dass nach besonderen, einzelfallbezogenen Umständen eine Berechtigung eines Vertragspartners entstehen könne, dem anderen Partner zur Klärung des Eintritts oder Nichteintritts einer vereinbarten Bedingung in analoger Anwendung der §§ 146, 148, 149 BGB eine Frist zu setzen, nach deren fruchtlosem Ablauf die Bedingung als ausgefallen gilt. Dies sei aber nur dann anzunehmen, wenn beide Parteien ein berechtigtes Interesse an der Klärung hatten, ob und wie lange sie sich noch erfüllungsbereit zu halten haben. Dafür müsse der Eintritt einer aufschiebenden Bedingung jedoch von der vorherigen Handlung eines Vertragspartners abhängen, nur dann habe nach fruchtlosem Fristablauf die Bedingung als endgültig ausgefallen zu gelten (BGH NJW 1985, 1556). Vorliegend sah das Gericht

die Herbeiführung der Schuldhaftentlassung des Klägers durch die Banken nicht als Verpflichtung der Vertragspartner, sondern lediglich als Entlastung des Klägers an, so dass die vorgenannte BGH-Rechtsprechung zur Erfüllungsbereitschaft nicht herangezogen werden konnte.

Hier von völlig losgelöst war der weitere Versuch des Klägers, den Vertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten. Dabei ging es dem Kläger nicht etwa um eine Täuschung über den Wert der Kaufsache, sondern um die Tatsache, dass der Beklagte behauptet hatte, er könne aufgrund seiner Vermögensverhältnisse nicht mehr als letztlich vereinbart für die Gesellschaftsanteile bezahlen. Dass Erklärungen zu den Vermögensverhältnissen des Käufers nach erfolgter Preisfindung den Verkäufer nicht zur Anfechtung berechtigen, wurde sodann vom LG Bautzen in deutlicher Weise festgestellt.

*Die Schriftleitung (TF)*

### Zum Sachverhalt:

I. Der Kl. wendet sich mit seiner Klage gegen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der Bekl. zu 1) und begeht die Feststellung, dass diese Beschlüsse, mit denen sein Geschäftsanteil eingezogen und die Gesellschaft ermächtigt wird, durch gerichtliches Urteil die Herbeiführung seines Ausschlusses vorzunehmen, nichtig sind.

Kl. und Bekl. zu 2) waren beide Gesellschafter und Geschäftsführer der Bekl. zu 1). Der Kl. war als Geschäftsführer allerdings bereits seit längerem einverständlich abberufen. Mit den angefochtenen Beschlüssen hat der Bekl. zu 2) als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer den Kl. als Mitgesellschafter ausgeschlossen.

Mit notariellem Vertrag vom 7. 7. 2011, der eine über acht Stunden dauernde Verhandlung beim Notar abschloss, hat der Kl. seine Geschäftsanteile an die Bekl. zu 1) und die Ehefrau des Bekl. zu 2) verkauft. Gleichzeitig hat der Kl. sein Organschafts- und Anstellungsverhältnis als Geschäftsführer aufgegeben und insoweit erklärt, dass ihm keine Ansprüche mehr zustehen. Darüber hinaus haben die hiesigen Parteien im genannten Vertrag einen umfassenden gegenseitigen Forderungsverzicht erklärt. Der Kl. hatte sich auch verpflichtet, den Insolvenzantrag gegen die Bekl. zu 1) zurückzunehmen. Dieser Verpflichtung ist er nachgekommen.

Der Vertrag steht unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Kl. bedingungslos aus den für die Gesellschaft gewährten Sicherheiten und Bürgschaften durch die sicherungsnehmenden Banken entlassen wird.

Der Kl. ist der Auffassung, dass die aufschiebende Bedingung nicht rechtzeitig eingetreten sei. Zwar sei ihm der Kaufpreis überwiesen worden, doch habe er die Haftentlassungserklärungen bis zum 18. 8. 2011 nicht bedingungslos erhalten. Deswegen sei er wirksam zurückgetreten. Die Parteien seien von einer sehr kurzfristigen Klärung ausgegangen. Die von den Banken gesetzte Frist sei am 30. 6. 2011 abgelaufen, die Bekl. habe mehrfach betont, dass die Haftentlassung binnen einiger Tage vorliege.

Da er – der Kl. – ein berechtigtes Interesse an der Klärung habe, ob er sich noch Erfüllungsbereit zu halten habe, habe er eine angemessene Frist setzen können. Diese hat er mit Schreiben vom 26. 7. 2011 zum 29. 7. 2011 gesetzt. Daraufhin sei ein Telefonat erfolgt, dass in der Woche vom 1. 8. – 7. 8. 2011 alle Unterlagen vorliegen könnten. Diese hätten nicht vorgelegen. Am 2. 8. 2011 trat daraufhin der Kl. von dem Vertrag zurück.

Nachdem er ursprünglich in der mündlichen Verhandlung am 18. 8. 2011 eine Täuschung über die Vermögensverhältnisse der Bekl. zu 1.) vorgetragen hat, stützt sich der Kl. mit Schriftsatz vom 7. 7. 2011 vorsorglich allein auf die Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung wegen falscher Angaben. Auf die Frage an den Bekl. zu 2) vor Vertragsschluss, ob dieser noch weiteres Vermögen, insbesondere Grundbesitz habe, den er zur Aufbringung einer höheren Abfindung belasten könne, habe dieser angegeben, er habe sein komplettes Vermögen einsetzen müssen, um die Banken zu der Finanzierung zu veranlassen, er sei gerne bereit, eine höhere Abfindung zu bezahlen, wenn ihm dies möglich wäre, einen höheren Betrag könne er nicht aufbringen. Der Kl. meint, dass ein Grundstück mit einer Größe von 4 000 m<sup>2</sup> dem Bekl. noch lastenfrei zur Verfügung gestanden hätte. Hätte dies der Kl. gewusst, hätte er vom Bekl. verlangt, auch dieses Grundstück einzusetzen.

Mit Schriftsatz vom 29. 11. 2011 erweitert der Kl. die Anfechtung wiederum auf die Behauptung, die Bekl. zu 1) habe über die Fördermittel der... getäuscht.

Der Kl. beantragt daher:

1. Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der Bekl. zu 1) vom 27. 1. 2011 werden im Rechtsverhältnis zwischen dem Kl. und der Bekl. zu 1) insoweit für nicht erklärt, als dort beschlossen wurde:

„TOP 3

Einziehung des Geschäftsanteils des Herrn... aus wichtigem Grund wegen schwerwiegender Verletzung von Gesellschafterverpflichtungen, alternativ – ebenfalls beschlossen – anstelle der Einziehung ist auch die Abtretung des Geschäftsanteils des Herrn... an Herrn... zulässig,

weiter beschlossen, dass die Gesellschaft auch berechtigt ist, durch gerichtliches Urteil aus wichtigem Grund die Herbeiführung des Ausschlusses des Herrn... vorzunehmen.“

2. Hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Klageantrag zu Ziffer 1.

Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der Bekl. zu 1) vom 27. 1. 2011 werden im Rechtsverhältnis zwischen dem Kl. und der Bekl. zu 1) insoweit für nichtig erklärt, als dort beschlossen wurde:

„TOP 3

Einziehung des Geschäftsanteils des Herrn... aus wichtigem Grund wegen schwerwiegender Verletzung von Gesellschaftsverpflichtungen, weiter wird beschlossen, dass die Gesellschaft auch berechtigt ist, durch gerichtliches Urteil aus wichtigem Grund die Herbeiführung des Ausschlusses des Herrn... vorzunehmen.“

Dieser Hilfsantrag richtet sich nicht gegen den Beschluss, wonach anstelle der Einziehung auch die Abtretung des Geschäftsanteils des Herrn... an Herrn... zulässig ist.

3. Außerdem beantragen wir:

Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der Bekl. zu 1) vom 3. 5. 2011 werden im Rechtsverhältnis zwischen dem Kl. und der Bekl. zu 1) insoweit für nicht erklärt, also dort beschlossen wurde:

„TOP 2

Einziehung des Geschäftsanteils laufende Nummer zwei im Nominalwert von € 100.000,- des Herrn... aus wichtigem Grund.

Der Geschäftsanteil laufende Nummer zwei im Nominalwert von 100.000,- € des Gesellschafters Herrn... wird aus wichtigem Grund eingezogen.

Die Einziehung ist sofort wirksam.

Der Geschäftsführer Herr ... wird beauftragt, dem Gesellschafter ... Herrn ... gegenüber die Einziehung zu erklären.

Der Beschluss wird mit 100 % der anwesenden Stimmen gefasst.

Zum Ersatz für den eingezogenen Geschäftsanteil und zur erneuten Herstellung der Übereinstimmung der Summe der Geschäftsanteile mit dem Betrag des Stammkapitals, wird ein neuer Geschäftsanteil im Nominalwert von 100.000,- € mit der laufenden Nummer drei gebildet, der zunächst durch die Gesellschaft selbst gehalten wird.

Der Geschäftsführer Herr ... wird beauftragt, den Betrag des Einziehungsentgeltes zu ermitteln und die vorgesehenen Raten zu den festgelegten Fälligkeitsterminen an den Gesellschafter Herrn ... zu zahlen.

Der Beschluss wird mit 100 % der anwesenden Stimmen gefasst.

Der verbleibende Gesellschafter Herr ... ist befugt zu bestimmen, dass der neu gebildete Geschäftsanteil im Nominalwert 100.000,- € mit der laufenden Nummer drei auf einen anderen Gesellschafter oder einen vom Gesellschafter Herrn ... zu benennenden Dritten übertragen werden darf. Die Übernahme dieses Geschäftsanteils durch einen anderen Gesellschafter oder durch einen von dem verbleibenden Gesellschafter Herrn ... zu benennenden Dritten bedarf jedoch in jedem Fall einer ausdrücklichen notariellen Übernahmevereinbarung des verbleibenden Gesellschafters Herrn ... oder des von dem verbleibenden Gesellschafter Herrn ... benannten Dritten.

Höchst vorsorglich und ausschließlich für den Fall, dass die Einziehung des Geschäftsanteils des Gesellschafters Herrn ... mit der laufenden Nummer 2 im Nominalwert von 100.000,- € unter anderem deshalb nichtig ist, weil die Gesellschaft das geschuldete Einziehungsentgelt nicht aus ungebundenem Vermögen leisten kann, wird als Vorratsbeschluss in Übereinstimmung mit § 10 letzter Absatz der Satzung beschlossen, der betroffene Gesellschafter Herr ... seinen Geschäftsanteil laufende Nummer 4 im Nominalwert von 100.000,- € an einen von der Gesellschaft zu benennenden Dritten abzutreten hat. Für den Vollzug der Abtretung bedarf es der Benennung des Übernehmers durch die Geschäftsführung der Gesellschaft und einer ausdrücklichen notariellen Übernahmevereinbarung des benannten Übernehmers.

Der Beschluss wird im 100 % der anwesenden Stimmen gefasst.-

Im Rechtsverhältnis zwischen dem Kl. und der Bekl. zu 1) wird außerdem die Mitteilung des Bekl. zu 2) an den Kl. vom 13. 5. 2011 für nichtig erklärt, soweit der Bekl. zu 2) dem Kl. dort die Mitteilung macht:

„Sehr geehrter ... ,

Hiermit teile ich Ihnen mit, dass ihr Gesellschafteranteil im Nominalwert von € 100.000,- mit sofortiger Wirkung aus wichtigem Grund eingezogen ist.

Mit freundlichen Grüßen

Geschäftsführer

..., den 13. 5. 2011-

4. Hilfsweise für den Fall der Abweisung des Klageantrages zu Ziff. 1 und des Obsiegens mit dem Klageantrag zu Ziff. 2 und 3.

Der Bekl. zu 2) wird verurteilt, an den Kl. 100.000,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. 7. 2011 zu zahlen.

Die Bekl. beantragen:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Hilfsweise: Die Klage ist erledigt.

Die Bekl. sind der Auffassung, dass ein Kündigungsgrund nicht vorgelegen habe, insbesondere dass der notarielle Vertrag bereits vor der Kündigungserklärung erfüllt gewesen sei und die Bedingungen eingetreten seien. Dies sei auch rechtzeitig geschehen, eine Kündigung des Kl. sei nicht berechtigt.

Eine arglistige Täuschung liege bereits deswegen nicht vor, weil dem Kl. das Grundstück bekannt gewesen und es tatsächlich nicht belastbar gewesen sei. Auch war zwischen den Parteien – insoweit unstreitig – klar, dass der Bekl. zu 2) eine Offenlegung seiner Vermögensverhältnisse, wie vom Kl. in den Verhandlungen gefordert, ablehnt.

Fördermittel der ... seien bekannt gewesen, insbesondere dem Kl. selbst durch den Bekl. zu 1) mitgeteilt.

#### Aus den Gründen:

II. Die Klage ist statthaft und auch im Übrigen zulässig. In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg, da der Kl. aufgrund wirksamen Verkaufs und Abtretung seiner Geschäftsanteile nicht mehr Gesellschafter der Bekl. zu 2) ist. Mithin kommt ihm auch kein Recht zu, die Beschlüsse anzufechten. Gleichzeitig hat er auf weitergehende Ansprüche gegen die Bekl. verzichtet.

1. Dieser Vertrag ist erfüllt. Dies ist zwischen den Parteien unstreitig. So wurde der Kl. aus den Bürgschaften und sonstigen Haftungserklärungen/Sicherheiten gegenüber den beteiligten Banken entlassen, die entsprechenden Urkunden vorgelegt als auch der Kaufpreis gezahlt. Dies bestätigte der beurkundende Notar mit Schreiben vom 1. 9. 2011 zu Recht.

2. Von diesem Vertrag ist der Kl. nicht wirksam zurückgetreten.

a) Voraussetzung für einen wirksamen Rücktritt wäre eine berechtigte Fristsetzung für die Erfüllung der Vertragspflichten. Die erklärte Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung des Kl. ist jedoch unwirksam.

**Hängt der Eintritt einer aufschiebenden Bedingung von der vorherigen Handlung eines Vertragspartners ab, so kann ihm der andere eine angemessene Frist zur Vornahme der Handlung setzen und seine Erfüllungsverweigerung für den Fall der Fristverstößung ankündigen**

Zwar kann nach den besonderen Umständen des Falles eine Berechtigung eines Vertragspartners entstehen, dem anderen Partner zur Klärung des Eintritts oder Nichteintritts einer vereinbarten Bedingungen in analoger Anwendung der §§ 146, 149 BGB eine Frist zu setzen, nach deren fruchtlosem Ablauf die Bedingung als ausgefallen gilt. Dies insbesondere dann, wenn beide Parteien ein berechtigtes Interesse an der Klärung hatten, ob und wie lange sie sich noch erfüllungsbereit zu halten haben. „Welche nach Treu und Glauben zu bestimmenden Rechte und Pflichten daraus folgen, kann sich nur aus den Einzelumständen des jeweiligen Sachverhaltes ergeben“ (BGH v. 26. 11. 1984, VIII ZR 217/83 zitiert nach Juris).

aa) Eine solche Konstellation liegt hier bereits nicht vor. Denn die hier entscheidende Bedingung war die Rückgabe von Sicherheiten, also eine Entlastung des Kl., und keine Verpflichtung für ihn. Inwiefern seine „Erfüllungsbereitschaft“ Probleme bereitet haben soll, erschließt sich nicht.

Zudem war es nicht allein Sache des Bekl. zu 2), für die Vertragserfüllung zu sorgen. Auch der Kl. hätte sich einsetzen können, was er nicht getan hat. Vielmehr hat der Kl. in der mündlichen Verhandlung erklärt, dies sei nicht seine Aufgabe gewesen. Dies deckt sich bereits nicht mit den in der notariellen Urkunde festgehaltenen Verpflichtungen. Denn dort wurde der Notar beauftragt, die entsprechenden Erklärungen einzuholen. Eine Verpflichtung der Beklagtenseite bestand im Sinne eines vertragskonformen Verhaltens. Allerdings war – folgt man dem Vertrag – das im Interesse beider Parteien gelegen.

Bereits hier lag der wesentliche Unterschied zu dem vom BGH entschiedenen Fall. Denn dort war neben der Finanzierbarkeit des Liefervertrages durch den dort beklagten Abnehmer ausschlaggebend, inwieweit und wie lange die Kl. das Computersystem vorrätig halten musste oder anderweitig verkaufen konnte.

bb) Eine Rücktrittsberechtigung folgt aber für den Kl. auch nicht aus dem Gesichtspunkt, dass der Schwebezustand für ihn mit Rechtsnachteilen verbunden war. Zwar hat er in der mündlichen Verhandlung erklärt, er habe Probleme mit seiner Firma gehabt bei Geschäften, für die auch die Bekl. zu 1) verantwortlich gewesen sei. Er konnte aber bereits nicht mitteilen, ob dies dem Bekl. zu 2) tatsächlich bekannt war.

Derart ungefähre, bei Vertragsschluss nicht mitgeteilte und außerhalb des Vertragsgegenstandes liegende Probleme, die allein im Risikobereich einer Partei liegen, stellen keinen Grund dar, eine Fristsetzung zu rechtfertigen. Gerade wenn die Parteien über die Aufnahme einer Frist für die Erfüllung der Bedingungen verhandelt, sie jedoch im Ergebnis unterlassen haben, wäre es vom Kl. geradezu vertragswidrig, über vermeintliche eigene wirtschaftliche Zwänge eine Frist gleichsam über die Hintertür erzwingen zu wollen.

b) Selbst wenn man ein für von den Bekl. zu berücksichtigendes Interesse des Kl. an einer zeitnahen Vertragserfüllung bejahen würde, wäre objektiv die bis zur Kündigung abgelaufene Frist nicht geeignet, eine die Kündigungsmöglichkeit auslösende – und damit auch die Fristsetzung gegebenenfalls rechtfertigende – Verzögerung zu begründen. Denn dabei ist der mit dem gewöhnlichen Lauf der Dinge verbundene Zeitablauf zu berücksichtigen.

Der Notarvertrag stammte vom 17. 6. 2011. Weder am 29. 7. 2011, noch am 2. 8. 2011 war eine Situation entstanden, mit der die Parteien unter normalem Lauf der Dinge nicht rechnen konnten oder mussten. Vielmehr ist ein Zeitablauf von weniger als 6 Wochen bei der einzuholenden Zustimmung von Banken für die Entlassung aus Bürgschaften oder anderen Sicherheiten unerheblich.

Mangels erkennbarem Interesse des Kl. an einer kurzfristigen Klärung konnte seine Fristsetzung auch nicht

durch Umdeutung in eine „ausreichende“ Frist geheilt werden. Abgesehen davon hält sich der spätestens am 1. 9. 2011 erfolgte Bedingungseintritt in einem Rahmen, der dem Kl. vor dem Hintergrund der vorangegangenen monatelangen Verhandlungen und auch unter dem allgemeinen Gesichtspunkt zügiger Abwicklung zumutbar war.

c) Damit kommt es auf die Frage, ob der Rücktritt gegenüber dem richtigen Empfänger erklärt wurde, nicht mehr an.

#### **Kein Wegfall der Geschäftsgrundlage wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung von Auflagen**

3. Auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung der Auflagen durch die Bekl. kann sich der Kl. ebenfalls nicht mit Erfolg berufen.

Zwar beruht die Rechtsprechung des BGH zur Fristsetzung bei der Herbeiführung von Bedingungen im Wesentlichen auf den selben Gesichtspunkten, die für die Anerkennung einer Geschäftsgrundlage gelten. Doch auch eine gesonderte Prüfung – soweit daneben überhaupt noch notwendig – führt zu keinem anderen Ergebnis.

Geschäftsgrundlage sind die bei Vertragsschluss zutage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Partei oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien von dem Vorhandensein oder zukünftigen Eintritt bestimmter Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut (BGH v. 5. 1. 95, IX ZR 85/94 zitiert nach Juris). Es genügt allerdings nicht, dass eine Partei bei den Vertragsverhandlungen ihre Erwartungen der anderen Partei mitgeteilt hat. Entscheidend ist vielmehr, ob das Verhalten des anderen Teils als bloße Kenntnisnahme oder nach Treu und Glauben als Einverständnis und Aufnahme der Erwartung in die gemeinsame Grundlage des Geschäftswillens zu werten ist (vgl. Palandt, BGB, 71. Aufl., § 313 Rn 9 m. w. N.).

Unter Beachtung dieser Prämissen ist die Vorstellung des Kl., der Bedingungsantritt sei für ihn der 30. 6. gewesen und die Zahlung des Bekl. sei fest für Anfang Juli 2011 eingeplant gewesen, nicht Geschäftsgrundlage geworden.

Zwar hatten die Banken – wie zwischen den Parteien unstreitig – eine Frist zur abschließenden Regelung bis 30. 6. 2011 gesetzt. Doch hätte dies allenfalls indizielle Wirkung. Denn der Kl. konnte demgegenüber bereits nicht mitteilen, ob seine weiteren Vorstellungen, insbesondere die Probleme mit seiner Firma, dem Bekl. zu 2) tatsächlich bekannt war. Vor allem jedoch haben die Parteien unstreitig über die Aufnahme einer Fristbestimmung für die auflösende Bedingung verhandelt, dies jedoch dann unterlassen, um nicht den Erfolg des Vertrages an Unwägbarkeiten bei den Reaktionszeiten der Banken oder dem Ablauf des notariellen Vollzugs scheitern zu lassen. Damit war der zeitliche Rahmen gerade offen gelassen. Weiter ist die behauptete Vorstellung bereits durch die eigenen Fristverlängerungen des Kl. widerlegt.

Abgesehen davon ist nicht ersichtlich, inwieweit selbst eine Anerkennung als Geschäftsgrundlage dem Kl. ermöglichen sollte, sich vom Vertrag lösen zu können. Denn nach dem Vertragsschluss erwachsen ihm – bis auf die Veräußerung seiner Gesellschaftsanteile – lediglich Vorteile. Allein ein nachträglich als zu niedrig empfundener Kaufpreis ist in diesem Zusammenhang nicht zu berücksichtigen.

### **Keine arglistige Täuschung**

4. Der notarielle Vertrag ist auch nicht wegen einer Anfechtung aus dem Gesichtspunkt der arglistigen Täuschung (§§ 123, 142 Abs. 1 BGB) nötig.

a) Eine Täuschung wegen der Auszahlung von Fördermitteln hat nicht stattgefunden. Denn der Kl. teilt selbst mit, dass ihn die Bekl. zu 1) über einen Bewilligungsbescheid über 1,6 Millionen € informiert habe.

Wenn dann der Kl. irrtümlich davon ausgeht, das Geld stehe der Gesellschaft nicht oder nicht in der später zugesagten Höhe zu, und sich diese Annahme der Kl. als Irrtum herausstellt, liegt dieser Irrtum allein im Verantwortungsbereich des Kl.

**Bei Kaufpreisverhandlungen sind Erklärungen zu den Vermögensverhältnissen von vornherein nicht geeignet, ein wie auch immer geartetes Vertrauen zu erzielen**

b) Eine Täuschung über die Vermögensverhältnisse des Bekl. zu 2) hat ebenfalls nicht stattgefunden. Denn es liegt bereits aus Sicht des Kl. keine Erklärung vor, die geeignet war, ein Vertrauen auf bestimmte Vermögenswerte des Bekl. zu erzeugen (aa). Weiter war der Kl. nicht durch die Erklärung zum Vertragschluss bestimmt worden (bb).

Da keine Beweisaufnahme stattgefunden hat, ist zugunsten des Kl. zu unterstellen, dass der Bekl. zu 2) entgegen seinen Erklärungen nicht sein komplettes Vermögen eingesetzt und dass ihm ein unbelastetes Grundstück zur Verfügung gestanden hat. Auch mit dieser Maßgabe hat der Bekl. nicht arglistig getäuscht.

aa) Den Erklärungen des Bekl. zu 2) ist bereits nicht die Bedeutung beizumessen, dass sich der Kl. darauf verlassen kann, dem Bekl. zu 2) stünde kein Grundstück oder keinerlei sonstiges belastbares Vermögen mehr zur Verfügung. Dafür ist sie nicht hinreichend konkret. Vielmehr enthielten sie die Aussage, dass hier die finanzielle „Schmerzgrenze“ des Bekl. zu 2) liegt.

Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist nicht beim Wortlaut stehen zu bleiben. Vielmehr sind wesentlich die Begleitumstände zu berücksichtigen. Maßgeblich für den objektiven Erklärungswert der Äußerungen bei deren Abgabe ist vor allem auch die beiderseits bestehende Interessenslage und der mit der Erklärung verfolgte Zweck (vgl. §§ 133, 157 BGB, Palandt, a.a.O. §§ 133, Rn. 14 ff. m. w. N.). Daher gilt die Erklärung so, wie sie nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte von denen verstanden werden musste, für die sie bestimmt war (vgl. BGH v. 27. 1. 2010, VIII ZR 58/09, zit. zitiert nach Juris).

Bei den in Rede stehenden Erklärungen ging es wesentlich um die Frage, wieviel der Bekl. zu 2) zu zahlen bereit und imstande war. Es ging gerade nicht um den Wert der Kaufsache – der Gesellschaftsanteile –, sondern um ein „Ringen“ um den erzielbaren Preis. Im Rahmen dieser Verhandlungen kommt es auf das kaufmännische Geschick der Verhandlungspartner an. Erklärungen zu den Vermögensverhältnissen sind dabei von vornherein nicht geeignet, ein wie auch immer geartetes Vertrauen zu erzielen. Denn nach der Auslegung stellten sie allenfalls die Mitteilung einer Schmerzgrenze dar, nicht jedoch eine belastbare Verpflichtung. Daher spielt der Wortlaut der einzelnen, im Laufe der Verhandlungen abgegebenen Erklärung eine allenfalls untergeordnete Rolle.

(1) Dennoch ergibt sich die mangelnde Verbindlichkeit hier auch aus dem Wortlaut der abgegebenen Erklärungen.

Die Erklärung, das komplette Vermögen sei eingesetzt, um die Banken zu einer Finanzierung zu veranlassen, ist zu unbestimmt, als dass sie beim Empfänger ein Vertrauen auf (tatsächlich?) allumfassende und absolute Belastung angesehen werden kann. Dasselbe gilt für die Erklärung, es sei kein belastbares Vermögen mehr vorhanden – ohne dass diese Erklärung aus dem Gesamtkontext genommen werden könnte.

(2) Aus den Begleitumständen, insbesondere dem Kontext der Erklärungen ergibt sich ebenso, dass keine „werthaltige“ Aussage getroffen wurde.

Denn es ging allein um die Frage, bei welchem Betrag die Parteien abschließen, nicht um die Höhe oder den wahren Wert des Gesellschaftsvermögens. Unter Berücksichtigung der gesamten Verhandlungssituation behauptete der Bekl. zu 2) nichts anderes, als dass er keinen höheren Kaufpreis finanzieren wolle. Für jeden durchschnittlichen Erklärungsempfänger ist damit klar, dass eine Verhandlungslinie mitgeteilt wird, ohne dass die zugrundeliegenden Angaben im Sinne einer bindenden Zusage, Zusicherung oder Bedingung zu verstehen wären.

(3) Entscheidend ist jedenfalls, dass die Erklärungen vom Kl. nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte so verstanden werden mussten, dass er ihnen eine Verlässlichkeit nicht beimessen konnte.

Denn Angaben über Vermögensverhältnisse im Rahmen von Preisverhandlungen sind generell nicht geeignet, beim Empfänger ein Vertrauen auf deren Belastbarkeit zu erzeugen.

Deutlich wird dies am Vergleich mit der Aussage eines Kaufinteressenten, er könne nicht mehr zahlen als eine bestimmte Summe. Sollte sich anschließend – nach Vertragsabschluss in dieser Höhe – das Gegenteil herausstellen, würde niemand wegen arglistiger Täuschung anfechten. Denn bei vernünftiger Betrachtung vom Empfängerhorizont aus ist klar, dass damit keine Zusicherung im Sinne einer verlässlichen Erklärung abgegeben ist. Auch aus diesem Grund gelten die Vermögensverhältnisse nicht als verkehrswesentliche Eigenschaften, die zu einer Irrtumsanfechtung berechtigen können.

Gleiches gilt für die Angabe, die Kreditlinie oder Finanzierungsmöglichkeiten bei den Banken seien ausgeschöpft. Auch hier wird die Richtigkeit dieser Erklärung vom Verkehr nicht als Anfechtungsgrund, sondern vielmehr als alleiniges Risiko des Verkäufers angesehen, der sich auf einen niedrigeren Preis einlässt.

In diesem Zusammenhang sind auch die hier erheblichen Erklärungen zu sehen. Denn die Angaben des Bekl. zu 2) sind nicht nur begleitet von der Erklärung, er werde gerade kein Vermögensverzeichnis vorlegen, sondern dienen vielmehr vornehmlich dem Ziel, den Kaufpreis niedrig zu halten. Dies war dem – zudem geschäftserfahrenen – Empfänger klar.

Hinzu kommt die Überlegung, dass erfahrungsgemäß immer ein Spielraum für den abschließenden Käufer verbleibt. Demzufolge können derartigen Erklärungen keine Grenzziehungen im Sinne von Einstandspflichten zugemessen werden, bei deren Verletzung ein Lösen vom Vertrag möglich sein sollte. Vielmehr werden sie im Verkehr als Verhandlungslinien dahingehend verstanden, dass die „Schmerzgrenze“ des Erklärenden erreicht ist, unabhängig von dessen tatsächlichem finanziellen Spielraum.

(4) Dass dies der Kl. nicht anders verstanden hat, zeigt auch sein Verhalten im Zusammenhang mit den Verhandlungen.

Denn er hatte noch am 16. 3. 2011 eine weitere angemessene Absicherung verlangt, obwohl bereits damals der Bekl. zu 2) die angegriffenen Erklärungen abgegeben hatte. Damit zeigt er, dass er diesen Erklärungen keine Verlässlichkeit zumaß.

Darüber hinaus hatte ihm der Bekl. zu 2) deutlich gemacht, dass er gerade kein Vermögensverzeichnis erstellen werde. Auch damit war dem Kl. bewusst, dass er Auskünfte zum Vermögen nicht mit der Verlässlichkeit eines Vermögensverzeichnisses bekommen werde.

Im Ergebnis kommt es damit nicht auf die Frage an, inwieweit dem Kl. das fragliche Grundstück und dessen Qualität durch Anfrage beim GBA . . . bereits bekannt war.

bb) Der Bekl. ist auch nicht zu einer Aufklärung über seine Vermögensverhältnisse verpflichtet.

Voraussetzung einer Aufklärungspflicht wäre, dass der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise Aufklärung erwarten durfte (vgl. Palandt a.a.O., § 123 Rn. 5 m. w. N.). Solche Fälle sind besonders für verkehrswesentliche Eigenschaften anzunehmen. Auch für Vermögensverhältnisse kann in Ausnahmefällen (Insolvenz, Unterhaltpflicht, vgl. die Nachweise bei Palandt a.a.O.) eine derartige Pflicht begründet sein.

Im Rahmen von Preisverhandlungen ist jedoch keine Verpflichtung ersichtlich, den anderen Teil über den Bestand des eigenen Vermögens aufzuklären. Vielmehr bleibt es dem jeweiligen Verhandlungspartner überlassen, welchen Preis er akzeptiert.

c) Der Kl. wurde zudem nicht durch den Bekl. zu 2) zu dem Vertragsabschluss bestimmt (i. S. v. § 123 Abs. 1 BGB).

Ursächlichkeit in diesem Sinne ist dann anzunehmen, wenn die Täuschung nach der Lebenserfahrung geeignet ist, die Erklärung zu beeinflussen (vgl. Palandt, a.a.O., § 123 Rn. 24 m. w. N.).

Dies ist hier nicht der Fall. Denn eine Täuschung liegt – wie gezeigt – nicht vor. Abgesehen davon hat der Kl. den Vertrag nicht deswegen abgeschlossen, weil er dem Bekl. dahingehend vertraute, nicht zu einer höheren Zahlung imstande zu sein, sondern weil er die Grenze der Aushandelbarkeit erreicht sah. Dies belegt auch seine ständige Nachfrage während der Verhandlungen vor dem Notar, ob er von dem Vertrag am nächsten Tag oder später noch Abstand nehmen könne.

## RNotZ – Forum

### Rechtsprechung in Leitsätzen

#### 1. Liegenschaftsrecht – Keine Kündigung wegen Eigenbedarfs der Gesellschafter einer vermittelnden Personenhandelsgesellschaft (BGH, Urteil vom 15. 12. 2010 – VIII ZR 210/10)

#### BGB §§ 573; 573 Abs. 2

Eine Personenhandelsgesellschaft kann ein Wohnraummietverhältnis nicht wegen Eigenbedarfs ihrer Gesellschafter kündigen.

(Fundstellen: Beck-Online; DNotl-Online-Plus, NJW 2011, 993)

#### 2. Liegenschaftsrecht – Zum Bestimmtheitsgrundsatz bei der Ermächtigung zur Zuweisung von Sondernutzungsrechten (BGH, Urteil vom 20. 1. 2012 – V ZR 125/11)

#### WEG § 13 Abs. 2

1. Eine Regelung in der Teilungserklärung, durch die sich der teilende Eigentümer vorbehält, an Flächen des Gemeinschaftseigentums nachträglich Sondernutzungsrechte zu begründen, muss dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen.  
(amtlicher Leitsatz)
2. Dies ist nur dann der Fall, wenn sich aus der entsprechenden Regelung eindeutig ergibt, welche Flächen des Gemeinschaftseigentums diesem Vorbehalt unterliegen. Die Einräumung der Befugnis, nicht näher bezeichnete Teile der Gartenflächen als Ter-

rassen zur Sondernutzung zuzuordnen, genügt dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz nicht. (RNotZ-Leitsatz)

(Fundstellen: Beck-Online; DNotI-Online-Plus; DNotI-Report 09/2012, 73; NJW-RR 2012, 711)

**3. Liegenschaftsrecht – Zur Sittenwidrigkeit einer Treuhandabrede zur Verheimlichung von Vermögen vor dem Sozialleistungsträger**  
(BGH, Urteil vom 2. 2. 2012 – III ZR 60/11)

**BGB § 138**

Zur Frage der Sittenwidrigkeit einer Treuhandabrede, die bezieht, Vermögen des Treugebers (hier: ein Sparguthaben) vor dem Sozialleistungsträger zu verheimlichen, wenn das Vermögen auf die Bewilligung oder die laufende Gewährung der in Rede stehenden Sozialleistung ohne Einfluss ist.

(Fundstellen: Beck-Online; DNotI-Online-Plus; FamRZ 2012, 539)

**4. Liegenschaftsrecht – Zu den Anforderungen an die Heilung eines sittenwidrigen Geschäfts durch dessen Bestätigung (§ 141 Abs. 1 BGB) oder Neuabschluss**

(BGH, Urteil vom 10. 2. 2012 – V ZR 51/11)

**BGB § 138 Abs. 1**

1. Vereinbarungen, mit denen die Parteien die im Ursprungsvertrag vereinbarten Hauptleistungen (über den Kaufgegenstand oder den Preis) nachträglich ändern, sind bei der Prüfung, ob das Rechtsgeschäft wegen eines auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung nach § 138 I BGB nichtig ist, grundsätzlich zu berücksichtigen.

2. Um einem nach § 138 Abs. 1 BGB nichtigen Vertrag Rechtswirksamkeit zu verschaffen, müssen sich die Parteien nicht nur über die zur Beseitigung des Nichtigkeitsgrunds erforderlichen Änderungen oder Ergänzungen verständigen, sondern auch das Geschäft nach § 141 Abs. 1 BGB bestätigen oder insgesamt neu abschließen.

(Fundstellen: Beck-Online; NJW 2012, 1570; DNotI-Online-Plus)

**5. Liegenschaftsrecht – Zur Verwendung einer im Grundbuch eingetragenen und unrichtig gewordenen Vormerkung für einen neuen Anspruch durch nachträgliche Bewilligung**

(BGH, Beschluss vom 3. 5. 2012 – V ZB 258/11)

**BGB §§ 883 Abs. 1 S. 2; 887**

**GBO §§ 22; 44 Abs. 2 S. 1**

1. Die unrichtig gewordene Eintragung einer Vormerkung kann durch nachträgliche Bewilligung für einen

neuen Anspruch verwendet werden, wenn Anspruch, Eintragung und Bewilligung kongruent sind.

2. An dieser Übereinstimmung fehlt es, wenn die Vormerkung für einen höchstpersönlichen, nicht vererblichen und nicht übertragbaren Rückübertragungsanspruch des Berechtigten eingetragen ist, die Vormerkung nach der nachfolgenden Bewilligung aber einen anderweitigen, vererblichen Anspruch sichern soll (Fortführung von Senat, BGHZ 143, 175).

(Fundstellen: Beck-Online, DNotI-Online-Plus, DNotI-Report 12/2012, 98; NJW 2012, 2032)

**6. Liegenschaftsrecht – Zum Begriff des Geschäfts der laufenden Verwaltung nach § 64 Abs. 2 GO NW**

(OLG Hamm, Beschluss vom 22. 2. 2012 – 15 W 67/11)

**GO NW § 64 Abs. 2**

Eine Grundstücksveräußerung zu einem Kaufpreis von 64.000,- € kann auch bei einer westfälischen Großstadt nicht als Geschäft der laufenden Verwaltung i. S. d. § 64 Abs. 2 GO NW qualifiziert werden.

(mitgeteilt von Richter am Oberlandesgericht Hartmut Engelhardt)

(Fundstellen: Beck-Online; DNotI-Online-Plus)

**7. Familienrecht – Zu den Voraussetzungen einer Kontrollbetreuung bei Vorliegen einer Generalvollmacht mit Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB**

(BGH, Beschluss vom 21. 3. 2012 – XII ZB 666/11)

**BGB § 1896**

1. Zu den Voraussetzungen einer Kontrollbetreuung bei Vorliegen einer wirksamen Generalvollmacht, in der der Bevollmächtigte von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit wurde (im Anschluss an Senat, NJW 2011, 2137 = FamRZ) (amtlicher Leitsatz)

2. Für die Anordnung einer Kontrollbetreuung nach § 1896 Abs. 3 BGB müssen konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass der Bevollmächtigte nicht mehr entsprechend der Interessen des Vollmachtgebers handelt.

3. Allein der Umstand, dass der generalbevollmächtigte und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Sohn mit sich als Käufer einen Grundstückskaufvertrag abschließt, rechtfertigt die Anordnung einer Kontrollbetreuung nach § 1896 Abs. 3 BGB nicht.  
(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: Beck-Online; DNotI-Online-Plus; ZEV 2012, 374)

**8. Erbrecht – Zu Pflichtteilsergänzungsansprüchen für Schenkungen des Erblassers vor Geburt der pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge**  
*(BGH, Urteil vom 23. 5. 2012 – IV ZR 250/11)*

**§§ 2325 BGB**

Der Pflichtteilsergänzungsanspruch – hier eines Abkömlings – nach § 2325 Abs. 1 BGB setzt nicht voraus, dass die Pflichtteilsberechtigung bereits im Zeitpunkt der Schenkung bestand (Abkehr von den Senatsurteilen vom 21. Juni 1972 IV ZR 69/71, BGHZ 59, 210 und vom 25. Juni 1997 IV ZR 233/96, ZEV 1997, 373).

(Fundstellen: Beck-Online; DNotl-Online-Plus; Pressemitteilung des BGH Nr. 72/12 vom 24. 5. 2012)

**9. Erbrecht – Zur Freistellungspflicht des Nacherben für die beim Vorerfall entstandene Erbschaftsteuer**

*(LG Bonn, Urteil vom 24. 1. 2012 – 10 O 453/10)*

**BGB §§ 2124; 2126**

**ErbStG § 20**

1. Die bei einer Vorerbschaft angefallene Erbschaftsteuer ist eine außerordentliche Last i. S. d. § 2126 BGB.
2. Wird die Steuer erst nach dem Eintritt der Nacherbfolge festgesetzt, muss der Nacherbe den Vorerben von dieser Verbindlichkeit freistellen.
3. Tritt die Nacherbfolge mit dem Tod des Vorerben ein, muss der Nacherbe dessen Erben freistellen.

(Fundstellen: Beck-Online; ZEV 2012, 321)

**10. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur ausnahmsweisen Geltung der Eigenkapitalersatzregeln für Finanzierungshilfen Dritter**

*(BGH, Urteil vom 28. 2. 2012 – II ZR 115/11)*

**GmbHG §§ 30 Abs. 1; 31 Abs. 1**

Ist ein Gesellschafter an der Darlehen nehmenden und an der Darlehen gebenden Gesellschaft beteiligt, finden auf eine Finanzierungshilfe des Darlehen gebenden Unternehmens die Eigenkapitalersatzvorschriften Anwendung, wenn der Gesellschafter auf die Gewährung der Kredithilfe an das andere Unternehmen oder auf deren Abzug einen bestimmenden Einfluss ausüben kann. Hiervon ist grundsätzlich dann auszugehen, wenn der Gesellschafter der hilfnehmenden GmbH zwar „nur“ zu 50 % an der hilfeleistenden GmbH beteiligt, aber zugleich deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer ist.

(Fundstellen: Beck-Online; DNotl-Online-Plus; NZG 2012, 545)

**11. Notar-/Berufsrecht – Zur Verfassungsmäßigkeit der DONot**

*(BVerfG, Beschluss vom 19. 6. 2012 – 1 BvR 3017/09)*

**AEUV Art. 51**

**BNotO §§ 92, 93**

**GG Art. 12, 33**

1. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn den Aufsichtsbehörden im Rahmen ihrer Befugnisse nach §§ 92, 93 BNotO ein Weisungsrecht gegenüber den Notarinnen und Notaren zugebilligt wird.
2. Die Regelungen der Dienstordnung für Notarinnen und Notare zur Dokumentation von Verwaltungsgeschäften begegnen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

(Fundstellen: DNotl-Online-Plus)

**12. Notar-/Berufsrecht – Berechtigtes Interesse des Maklers zur Grundakteinsicht**

*(OLG Dresden, Beschluss vom 3. 12. 2009 – 3 W 1228/09)*

**GBO § 12**

**GBV § 46**

Ein berechtigtes Interesse i. S. v. § 46 Abs. 1 GBV i. V. m. § 12 Abs. 3 GBO, Einsicht in die Grundakten zu nehmen und dadurch den vereinbarten Kaufpreis zu erfahren, hat der Grundstücksmakler allenfalls dann, wenn eine beträchtliche Wahrscheinlichkeit für die behauptete Entstehung eines nach der Kaufpreishöhe zu berechnenden Provisionsanspruchs spricht.

(Fundstellen: Beck-Online; DNotl-Online-Plus; NJW-RR 2010, 1175)

**13. Notar-/Berufsrecht – Recht zur Grundbucheinsicht des getrennt lebenden Ehegatten**

*(OLG Rostock, Beschluss vom 23. 12. 2011 – 3 W 71/11)*

**BGB § 1365**

**GBO § 12**

Haben Ehegatten den Güterstand der Zugewinngemeinschaft gewählt, hat der getrennt lebende Ehegatte ein berechtigtes Interesse in Grundbücher, in denen der andere Ehegatte als Eigentümer eingetragen ist oder war, Akteneinsicht zu nehmen.

(Fundstellen: Beck-Online; DNotl-Online-Plus; NJW-RR 2012, 400)

**14. Gesellschaftsrecht/Europarecht – Grenzüberschreitender identitätswahrender Formwechsel**

*(EuGH, Urteil vom 12. 7. 2012 – C-378/10)*

**AEUV Art. 49, 54**

1. Sieht die Rechtsordnung eines Mitgliedstaats für inländische Gesellschaften die Möglichkeit einer identitätswahrenden Umwandlung vor, muss er diese Möglichkeit auch einer in einem anderen Mitgliedstaat gegründeten Gesellschaft einräumen.
2. Der Niederlassungsbegriff i. S. d. Art. 49, 54 AEUV setzt die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung im Aufnahmemitgliedstaat auf unbestimmte Zeit voraus.

(Fundstellen: Beck-Online; NZG 2012, 871)

## Gesetzgebung

### Regierungsentwurf eines Mietrechtsänderungsge setzes

Geplant sind Änderungen des BGB u. a. §§ 536 Abs. 1 a, 555a-f, 556c, 559, 557a Abs. 1 a und Abs. 2 a Erweiterung der Kündigungsbeschränkung gem. § 577a BGB auf Veräußerung an Personengesellschaft oder mehrere Erwerber („Münchener Modell“); Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen; Mietterhöhung nach Modernisierungsmaßnahmen.

Für die notarielle Praxis bedeutsam ist vor allem die Änderung in § 577a BGB, durch welche die Umgehung des Kündigungsschutzes bei der Umwandlung in Eigentumswohnungen nach dem „Münchener Modell“ verhindert wird. Der Schutz des Mieters vor Eigenbedarfskündigungen für einen 3-Jahres-Zeitraum besteht künftig auch dann, wenn eine GbR oder eine andere Personengesellschaft ein Mietshaus von vornherein mit dem

Ziel erwirbt, die Wohnungen zum Nutzen ihrer Mitglieder in Eigentumswohnungen umzuwandeln. Die Änderung war erforderlich geworden, nachdem der BGH in einem Grundsatzurteil im Jahr 2009 (NJW 2009, 2738) entschieden hatte, dass § 577a BGB a. F. nicht analog auf das Münchener Modell anwendbar sei.

### EU-Erbrechtsverordnung

Der Rat der Europäischen Union hat am 7. 6. 2012 die „Verordnung 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“ (2009/0157 (COD)) mit einer Gegenstimme verabschiedet.

Gem. Art. 21 ErbRVO unterliegt die Erbfolge dem Recht des Staates, in dem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Das Recht der Staatsangehörigkeit kann allerdings dann weiterhin Anwendung finden, wenn der Erblasser eine dahingehende Rechtswahl getroffen hat. Eine grundstücksbezogene Rechtswahl (Art. 25 Abs. 2 EGBGB) wird nicht mehr zulässig sein. Sonderregeln gelten für Erbverträge (Art. 25 ErbRVO).

Vgl. DNotl-Report 15/2012, S. 121

Die Erbrechtsverordnung ist nach einer dreijährigen Übergangsfrist, voraussichtlich ab August 2015, anwendbar (Art. 84 ErbRVO).

Pressemitteilung des BMJ v. 7. 6. 2012

Für weitere Hinweise vgl. Wagner, DNotZ 2010, 503; Remde, RNotZ 2012, 65; Lange, DNotZ 2012, 168; Buschbaum/Simon, NJW 2012, 2393.

## Buchbesprechung

### Mayer/Bonefeld, Testamentsvollstreckung, Praxis handbuch, 3. Auflage 2011, (Zerb Verlag, Bonn), 774 Seiten, 98,00 €

Gab es über längere Jahre nur ein einschlägiges Praktiker-Handbuch, das sich ausschließlich dem Thema der Testamentsvollstreckung widmete, den „Haegeler“, der nunmehr von Winkler in der 20. Auflage fortgeführt wird, so sind es deren inzwischen sieben; wie behauptet sich in dieser Situation das hier zu besprechende, nach wechselnden Herausgeberschaften nunmehr von Mayer und Bonefeld ohne Änderung des Autorenteams im letzten Jahr in 3. Auflage herausgegebene Werk „Testamentsvollstreckung“? – Nach Auffassung des Rezessenten: ganz ausgezeichnet! Wenn es darum geht, neben der Darstellung im Bengel/Reimann (Handbuch des Testamentsvollstreckung, zu dem eine gewisse Nähe wegen der Mitautorenschaft besteht) noch weitere Problemdarstellungen und -analysen zu sichten, ist stets der Griff zum Mayer/Bonefeld angezeigt.

Zum Inhalt des in drei Teile untergliederten Werkes sei Folgendes angemerkt bzw. angeregt:

1. Gelegentlich machen Testamentsvollstrecker, denen das Recht eingeräumt ist, einen Nachfolger zu ernennen, den Fehler, das Amt aufzugeben und erst die berühmte logische Sekunde danach den Testamentsvollstrecker zu ernennen. Hier könnte in § 5 Rn. 19 noch ergänzt werden, dass es angezeigt sein kann zu prüfen, ob der Testamentsvollstrecker nicht doch noch als Person gemäß § 2198 BGB zur Nachfolgerernennung berechtigt ist (vgl. Reimann in: Bengel/Reimann, Kap. 2 Rn. 162).

2. In § 5 Rn. 21 ff. kommt Mayer auf die Ernennungspraxis der Nachlassgerichte gemäß § 2200 BGB zu sprechen, bezeichnet sie hier lediglich als nicht unproblematisch und verweist hinsichtlich der Kritikwürdigkeit auf seine eigenen Ausführungen im Bamberger/Roth, § 2200 Rn. 2. Diese Stellungnahme hätte ruhig deutlicher ausfallen können. Die Gerichtspraxis geht viel zu schnell von einem Ernennungsersuchen aus; m. E.

müsste im Sinne der Andeutungstheorie gefordert werden, dass nicht nur eine Aufgabe für den Testamentsvollstrecker (noch) besteht, sondern darüber hinaus weiter, dass der Testator sich auch eine andere Person – und das auch noch mittels Drittbestimmung – als Testamentsvollstecker vorstellen konnte. Über die rein sachliche Aufgabenstellung hinaus muss es auch noch eine personenorientierte Indikation geben.

3. In § 5 Rn. 37 wird ausgeführt, dass auch alle Mit-erben zu Testamentsvollstreckern berufen werden können. Hier wäre interessant, dieses Thema weiterzuentwickeln zu der Frage hin, ob und inwieweit man so die Testamentsvollstreckerfunktion als Schutz vor Gläubigern der Erben begründen kann oder ob eine solche Konstruktion nicht am Vorwurf des Rechtsmissbrauchs scheitert.

4. Bei dem Kostenhinweis zum Annahmezeugnis – kostet genauso viel wie ein Testamentsvollstrecker-Zeugnis, § 7 Rn. 45 – kann man auch gut anderer Meinung sein; immerhin ist der Prüfungsumfang geringer. Tatsache ist allerdings, dass dieses Zeugnis in der Praxis hinsichtlich seiner Beachtlichkeit vielfach nicht recht verstanden wird, so dass eine etwaige Kostenersparnis anderweitige Nachteile bewirken würde, folglich besser gleich ein Testamentsvollstrecker-Zeugnis angestrebt wird.

5. Etwas versteckt finden sich in § 9 mit der Überschrift „Die ordnungsgemäße Nachlassverwaltung durch den Testamentsvollstrecker“ wertvolle Hinweise zu einer etwa erforderlich werdenden Vermögensanlage durch den Testamentsvollstrecker, wobei auch die einzelnen Anlageformen dargestellt werden.

6. Über die Beendigung bzw. die mögliche Dauer einer Testamentsvollstreckung ist insbesondere auch im Zusammenhang mit der sogenannten Hohenzollernentscheidungen viel diskutiert worden – die entsprechenden Fragen sind in § 13 „auf den Punkt gebracht“ zusammenfassend dargestellt. Hier soll wegen der besonderen Bedeutung gerade für die notarielle Praxis nur noch auf die Beendigung im Grundbuch (sprich: Löschung des Testamentsvollstreckervermerkes, vgl. § 17 Rn. 5 f.) eingegangen werden, die gelegentlich mehr Schwierigkeiten als erwartet macht, weil etwa ein Nachweis der Erledigung aller Testamentsvollstreckeraufgaben mittels öffentlicher Urkunden kaum zu führen ist. Hier scheinen die Grundbuchämter dazu zu neigen, einen Erbschein – ohne Testamentsvollstrecker-Vermerk – zu fordern, auch wenn man zuvor mittels einer in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen – und eröffneten – Verfügung von Todes wegen den Erbfall abwickeln konnte. Es erscheint jedoch widersprüchlich, für den Nachweis der Beendigung der Testamentsvollstreckung „höhere“ Anforderungen zu stellen als für deren Beginn. Damit würden die Vorteile, die eine in einer öffentlichen Urkunde enthaltene Verfügung von Todes wegen auch durchaus aufweisen soll, zu einem Teil wieder entwertet, was den berechtigten Erwartungen der Rechtssuchenden widerspricht. Hier sollte als Topos herausgearbeitet werden, dass eine seitens des Testamentsvollstreckers substantiiert erfolgte Darlegung der Gesichtspunkte, die zur Beendigung der Testamentsvollstreckung führen (so auch DNotl-Rep. 2001, 21, 23), möglicherweise züglich einer entsprechenden Darstellung seitens der

von der Testamentsvollstreckung Betroffenen, beides in öffentlich beglaubigter Form, von den Grundbuchämtern als ausreichend akzeptiert werden muss (ähnlich Reimann in Bengel/Reimann Kap. 7. Rn. 106, der jedoch in seinen Ausführungen davon ausgeht, dass auf einem Testamentsvollstrecker-Zeugnis ein Unwirksamkeitsvermerk angebracht wurde – eine m. E. unnötige Einschränkung; das Gesagte müsste auch dann gelten, wenn ein Testamentsvollstrecker-Zeugnis gemäß § 35 GBO Abs. 2, 2. Hs. entbehrlich war). Im Hinblick auf die insoweit noch zu leistende Überzeugungsarbeit wird hier eine breitere Darstellung angeregt.

7. Mit der Auseinandersetzung des Nachlasses befasst sich § 18, wobei angedeutet wird, dass die gesetzlichen Vorschriften, die zumindest teilweise einen Verkauf nach den Vorschriften über den Pfandverkauf verlangen, um dann den Erlös zu teilen, nicht unbedingt zu den besten Ergebnissen führen. Sonderbefugnisse habe der Testamentsvollstrecker gemäß § 2205 BGB nur bei Grundstücken. Diese ganz am Wortlaut des Gesetzes orientierte Auslegung wird aber dann trotz einer gewissen Skepsis akzeptiert (Rn. 10 ff.; ähnlich aber eine Nuance anderer Bonefeld in § 40 Rn 3: freihändiger Einzelverkauf kann Verwaltungshandeln sein). Hier dürfte die Gegenmeinung, dass der Testamentsvollstrecker an diese Vorschriften nicht zwingend gebunden ist (Winkler Rn. 512; Zimmermann Rn. 662 ff.; Schaub in Bengel/Reimann Kap. 4 Rn 229 ff.), jedoch überzeugender sein. Abhilfe kann insofern im Vorfeld eine Anordnung des Erblassers schaffen, der Testamentsvollstrecker habe den Nachlass nach billigen Ermessen auseinanderzusetzen (Uricher in: Tanck/Krug, Anwaltformulare Testamente, § 17 Rn. 15 ff.; Eckelskemper in: Brambring/Mutter, Beck'sches Formularbuch Erbrecht C. VII. 3.).

8. Unter dem Gliederungspunkt B. VII. (Rn 21 ff.) finden sich Ausführungen zu Vereinbarungen der Erben im Rahmen des Auseinandersetzungsplans und ihren Konsequenzen. Hier ist m. E. größere Vorsicht angezeigt. Der vom Testamentsvollstrecker verfasste Auseinandersetzungsplans bezieht seine Autorität aus den Anordnungen des Erblassers und den Vorgaben des Gesetzes – nur deshalb kann die aus ihm herrührende einseitig bewirkte Verbindlichkeit begründet werden. Vereinbarungen der Erben, die gemäß Rn. 22 den Handlungsspielraum des Testamentsvollstreckers erweitern können sollen, lassen sich m. E. nicht in diese Einseitigkeitsstruktur „transplantieren“. Beim Praxistipp (Rn. 34 a. E.) sollte bei dem Hinweis auf die steuerlichen Gefahren noch bedacht werden, dass diese auch bei einer Auseinandersetzung mittels Auseinandersetzungsplans bestehen können und durch einen Auseinandersetzungsvortrag unter der Berücksichtigung der selben dann, wenn sich ein solcher Vertrag „zustandekommen“ ließe, vielleicht gebannt werden könnten.

9. Der von Weidlich verfasste § 19 behandelt die Testamentsvollstreckung im Unternehmensbereich. Hier werden in Abschnitt A auf eineinviertel Seiten die Unverträglichkeiten erbrechtlicher und handelsrechtlicher Haftung so dargestellt, dass man die sich ergebenden Probleme gleichsam schon erahnt. Im Folgenden werden dann insbesondere überzeugend die Ersatzlösungen vorgestellt, wobei die einzelnen Gesellschafts-

formen mit ihren Eigenheiten übersichtlich dargestellt werden. Dazu ist dieser Paragraf in seiner kompakten Kürze auch eine wahre Fundgrube für alle möglichen Problemvarianten der Testamentsvollstreckung im Unternehmensbereich.

10. Naturgemäß hat den Rezessenten das Kapitel über die Vergütung der Testamentsvollstreckung in § 21 besonders interessiert und es wird erfreut zur Kenntnis genommen (Rn. 49 ff.), dass die seitens des Rezessenten entwickelten Fallgruppen von Mayer übernommen werden. Erörtert wird die Frage, ob vor dem Erbfall erfolgte Zuwendungen, die im Rahmen von Ausgleichung und/oder Anrechnung beachtlich werden, dem für die Berechnung der Vergütung maßgeblichen Bruttovermögen hinzuzurechnen sind (Rn. 22), sowie das Problem der Bezugsbasis bei Erbteilsvollstreckung (Rn. 56); zu dem Ersten verneint Mayer mit dem OLG Schleswig (3 U 46/08, RNotZ 2010, 267 = MittBayNot 210, 139 m. Anm. von Reimann = ZEV 2009, 625 m. Anm. von Klumpp) eine Hinzurechnung, setzt sich aber nicht im Einzelnen mit der gegenteiligen Auffassung auseinander wozu näher auf die Anmerkung des Rezessenten in RNotZ 2010, 242 verwiesen wird. Bei der Frage, ob eine der verschiedenen Vergütungstabellen zu bevorzugen sei, wird Zurückhaltung geübt. Die Frage, ob die Rechtsprechung, die bisher immer die Festlegung auf eine bestimmte Tabelle vermieden hatte, nicht doch, wie seitens des Rezessenten in der vorerwähnten Anmerkung erörtert und befürwortet, ähnlich etwa den unterhaltsrechtlichen Leitlinien der Oberlandesgerichte, aufgerufen ist, eine gewisse Verbindlichkeit auch insofern zu entwickeln und wie diese begründet werden könnte, wird – noch – nicht aufgegriffen. Diese Diskussion soll hiermit nochmals angestoßen werden.

11. In § 22 widmet sich Mayer dem Thema Testamentsvollstreckung und Nacherbenschaft mit seinen vielfältigen Nuancen und insbesondere dem Schwerpunkt des sog. Behindertentestamentes. Dessen komplizierte Besonderheiten werden in einer erschöpfenden Weise abgehandelt. Zu Rn. 85, in der eine Teilungsanordnung hinsichtlich des Familieneigenheims angeregt wird, sollte allerdings auch noch die Alternative des Übernahmerechtes erwähnt werden. Als Anregung sei auch noch das m. E. erörterungswürdige Problem vorgenommen, dass nach dem Tode eines der Ehegatten, die ihre Kinder bindend als Schlusserben eingesetzt hatten, noch zu Lebzeiten des Längstgebundenen einem der Kinder eine Behinderung widerfährt, und nunmehr insoweit ein Behindertentestament errichtet werden soll. Hier stellt sich die Frage, ob und wie mit der Zustimmung des Betroffenen (evtl. Bevollmächtigten oder Betreuers) gemäß § 2352 BGB noch die bekannten Schutzwirkungen bewirkt werden können.

12. Zum 3. Teil regt der Rezessent an, bei der Besteuerung der Vergütung im Rahmen der Ausführungen zur Umsatzbesteuerung noch einen Hinweis auf die sogenannte Kleinunternehmerregelung aufzunehmen; auf Grund der Umsatzgrenzen fällt in vielen Fällen trotz des seitens der Rechtsprechung zu weit ausgedehnten Unternehmerbegriffs dann doch keine Umsatzsteuer an.

13. Last but not least: Die einzelnen Teile des Buches, insbesondere Teil 1 und 2, stehen manchmal etwas unverbunden nebeneinander. Die Bezüge sollten durch Verweisungen deutlich gemacht werden.

Notar Heinrich Eckelskemper, Leverkusen