

## Voraussetzungen und Folgen der Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen

von Notarassessor Dr. Tobias Clevinghaus, Düsseldorf

- A. Einleitung
  - I. Funktion der Einziehung im heutigen Rechtsverkehr und gesetzliche Regelung
  - II. Einziehung und Abfindung
- B. Abgrenzung zum Ausschluss bzw. Austritt eines Gesellschafters
  - I. Überblick
  - II. Vollzug von Austritt und Ausschluss ohne Satzungsgrundlage
  - III. Satzungsgestaltung
- C. Fragen der Satzungsgestaltung im Rahmen der Einziehung
  - I. Bestehen einer satzungsmäßigen Grundlage
  - II. Formelle Anforderungen an die Satzungsgestaltung
  - III. Inhaltliche Schranken im Fall der Zwangseinziehung
  - IV. Einzelne Zwangseinziehungsgründe
- D. Durchführung der Einziehung
  - I. Gesetzliche Anforderungen allgemeiner Art
  - II. Regelung zum Wirksamwerden der Einziehung
  - III. Möglichkeit der Einziehung kraft Satzung?
  - IV. Nennbetragsanpassung als Wirksamkeitsvoraussetzung
  - V. Maßnahmen zur Herstellung der Nennbetragsanpassung
  - VI. Nennbetragsanpassung und Satzungsgestaltung
- E. Einziehung von Geschäftsanteilen und Handelsregister
  - I. Allgemeines
  - II. Gesellschafterliste
- F. Alternative Gestaltungen
  - I. Problemlage
  - II. Möglichkeiten im Fall fehlender Kapitalaufbringung
  - III. Die Zwangsabtretung als allgemeine Alternative

### A Einleitung

#### I. Funktion der Einziehung im heutigen Rechtsverkehr und gesetzliche Regelung

Gemessen an ihrer Bedeutung für die Rechtspraxis hat die Einziehung von Geschäftsanteilen in § 34 GmbHG eine ausgesprochen generische Regelung erfahren.<sup>1</sup> Im heutigen Rechtsverkehr stellt sie das zentrale Instrument dar, um sich eines nicht mehr erwünschten Gesellschafters zu entledigen bzw. das Eindringen gesellschaftsfremder Dritter zu verhindern. Ferner dient sie als Mittel, dem austrittswilligen Gesellschafter ein Aus-

scheiden ohne Auflösung der Gesellschaft zu ermöglichen.<sup>2</sup>

Nach § 34 Abs. 1 GmbHG bedarf die Einziehung – unabhängig ob mit oder ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters – der Zulassung in der Satzung.<sup>3</sup> Der Normzweck des § 34 Abs. 1 GmbHG liegt nicht im Schutz des betroffenen Gesellschafters. Im Fall der freiwilligen Einziehung ist er nicht schutzbedürftig, für den Fall der Zwangseinziehung schützt ihn § 34 Abs. 2 GmbHG. Geschützt werden vielmehr die verbleibenden Gesellschafter.<sup>4</sup> Als nachteilige Veränderungen, vor denen die verbleibenden Gesellschafter zu schützen sind, kommen insbesondere eine Veränderung der Stimmrechtsverhältnisse<sup>5</sup> sowie eine Veränderung der Subsidiaritätshaftung nach §§ 24 und 31 Abs. 3 GmbHG in Betracht.<sup>6</sup> Dem Schutz des von der Einziehung betroffenen Gesellschafters dient allerdings § 34 Abs. 2 GmbHG, wonach eine Zwangseinziehung nur zulässig ist, wenn ihre Voraussetzungen bereits vor dem Anteilserwerb des betroffenen Gesellschafters im Gesellschaftsvertrag festgesetzt waren. Er soll seine Beteiligung nur dann ungewollt verlieren, wenn er damit bei seinem Beitritt zur Gesellschaft rechnen musste.<sup>7</sup> Die Vorschrift des § 34 GmbHG enthält in allen drei Absätzen zwingendes Recht und kann nicht abbedungen werden.<sup>8</sup> Im Hinblick auf die Ausgestaltung der Einziehungsvoraussetzungen und des Einziehungsverfahrens sind die Gesellschafter allerdings weitestgehend frei.<sup>9</sup> Insbesondere kann im Rahmen der Satzungsautonomie auch ein Recht auf Einziehung zugunsten eines Gesellschafters vorgesehen werden, das dann der Sa-

1 Zu den historischen Hintergründen vgl. Niemeier, Rechtstatsachen und Rechtsfragen der Einziehung von GmbH-Anteilen, S. 7 f.; Scholz/Westermann, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 10. Auflage 2006–2010, § 34 Rn. 3.

2 MüKo-GmbHG/Strohn, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2010, § 34 Rn. 2.

3 Michalski/Sosnitza, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Auflage, 2010, § 34 Rn. 30.

4 Niemeier, a.a.O. (Fn. 1), S. 126 f.

5 Sind z. B. an einer Gesellschaft vier Gesellschafter mit gleich großen Geschäftsanteilen beteiligt, so entsteht nach Einziehung eine Drittelbeteiligung, bei der bereits zwei Gesellschafter die Mehrheit haben, vgl. Niemeier, a.a.O. (Fn. 1), S. 127 f.

6 Das Risiko einer Erweiterung der Subsidiaritätshaftung ist allerdings beschränkt. Aufgrund der Anwendbarkeit der Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften auch im Bereich der Einziehung (vgl. dazu unten F. I.) bezieht sich die Subsidiaritätshaftung nur auf die verbleibenden Geschäftsanteile. Weiterhin bleibt der durch Einziehung ausgeschlossene Gesellschafter weiterhin Schuldner von bereits vor dem Wirksamwerden der Einziehung fällig gewordenen Subsidiaritätshaftungspflichten (vgl. dazu Niemeier, a.a.O. (Fn. 1), S. 128 f.).

7 Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, Großkommentar zum GmbH-Gesetz, Band II 2006, § 34 Rn. 3.

8 Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 7.

9 Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 7. Auf die Möglichkeiten der Satzungsgestaltung sowie etwaige Beschränkungen wird nachfolgend jeweils an entsprechender Stelle gesondert eingegangen.

che nach auf ein Austrittsrecht des begünstigten Gesellschafters hinausläuft.<sup>10</sup>

## II. Einziehung und Abfindung

Auch wenn das Gesetz insoweit keine ausdrückliche Anordnung trifft, entspricht es heute allgemeiner Meinung, dass als Folge der Einziehung eines Geschäftsanteils – zunächst einmal unabhängig von statutarischen Regelungen – eine Abfindung seitens der Gesellschaft geschuldet wird. Dogmatisch wird der Abfindungsanspruch von der überwiegenden Meinung auf eine Analogie zu § 738 Abs. 1 S. 2 BGB gestützt.<sup>11</sup> Vor diesem Hintergrund entspricht es einhelliger Meinung, dass (wirksame) Regelungen zum Abfindungsanspruch nicht Gültigkeitsvoraussetzung einer Einziehung sind.<sup>12</sup> Die Abfindung muss weder im Gesellschaftsvertrag geregelt, noch muss sie Gegenstand des Einziehungsbeschlusses sein. Schweigt die Satzung hat der Gesellschafter gegen die Gesellschaft Anspruch auf Zahlung des vollen wirtschaftlichen Wertes seiner Beteiligung.<sup>13</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH ist insoweit der Verkehrswert zu erstatten.<sup>14</sup> Eine Überschneidung der Bereiche Einziehung und Abfindung besteht allerdings insofern, als nach gefestigter Rechtsprechung des BGH ein Einziehungsbeschluss entsprechend § 241 Nr. 3 AktG nichtig ist, wenn bei der Beschlussfassung bereits feststeht, dass die geschuldete Abfindung nicht aus freiem Vermögen gezahlt werden kann.<sup>15</sup>

## B. Abgrenzung zum Ausschluss bzw. Austritt eines Gesellschafters

### I. Überblick

Der Ausschluss führt zum zwangsweisen, der Austritt zum freiwilligen Ausscheiden des Gesellschafters aus der Gesellschaft.<sup>16</sup> Sowohl Ausschluss als auch Austritt sind aus wichtigem Grund auch ohne entsprechende Regelung in der Satzung zulässig.<sup>17</sup> Der Unterschied zwischen Ausschluss/Austritt einerseits und Einziehung besteht darin, dass der Ausschluss bzw. der Austritt die Person des Gesellschafters betrifft, während die Einziehung den Geschäftsanteil als solchen erfasst.<sup>18</sup> Diese Differenzierung hat rechtlich vor allem zwei Konsequenzen:

- Die eine Konsequenz ist, dass Ausschluss bzw. Austritt einerseits und die Einziehung andererseits rechtlich zwei unterschiedliche Maßnahmen darstellen, die nach Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit grundsätzlich getrennt zu beurteilen sind. Allerdings ist hier – wie eine Entscheidung des BGH vom 5. 4. 2011<sup>19</sup> lehrt – Vorsicht geboten. Der Entscheidung lag ein Fall zugrunde, in dem schon bei Fassung des Einziehungsbeschlusses feststand, dass die Abfindung nicht aus freiem Vermögen würde gezahlt werden können. Gemäß den beschriebenen Grundsätzen, dass zwischen der Ausschließung einerseits und Einziehung andererseits zu differenzieren ist, hatte das OLG Hamm in der Vorinstanz entschieden, dass die Unwirksamkeit der Einziehung nicht automatisch die Unwirksamkeit der Ausschließung zur

Folge habe.<sup>20</sup> Soweit der Gesellschaftsvertrag weitere Verwertungsarten des Geschäftsanteils vorsehe, bestehe auch keine vermutete Verknüpfung in der Bestandsfolge nach § 139 BGB. Der BGH hat diese Entscheidung aufgehoben und dahingehend entschieden, dass im vorliegenden Fall auch die Ausschließung unwirksam sei.<sup>21</sup> Das Gebot der Kapitalerhaltung gelte nicht nur für die Einziehung, sondern auch für die Ausschließung, so dass auch diese unwirksam sei, wenn schon bei Beschlussfassung über die Ausschließung feststünde, dass die Abfindung nicht aus freiem Vermögen gezahlt werden könnte. Die Entscheidung des BGH widerspricht allerdings nur scheinbar der vorstehend geschilderten Differenzierung sowie der Entscheidung des OLG Hamm. Wie der BGH in seiner Entscheidung erläutert, könne es auf die Möglichkeit der anderweitigen Verwertung des Geschäftsanteils nur ankommen, wenn die Möglichkeit auch tatsächlich bestehe. Im vorliegenden Fall aber hätten die Gesellschafter die Einziehung zugleich mit der Ausschließung beschlossen und damit das Schicksal der Ausschließung untrennbar mit der Einziehung verbunden.<sup>22</sup> Mit anderen Worten, die Gesellschafter hätten durch diese Art der Beschlussfassung eine Verknüpfung in der Bestandsfolge selbst hergestellt. Da der konkrete Inhalt des Beschlusses im Tatbestand der Entscheidung nicht wiedergegeben wird, ist allerdings nicht ersichtlich, ob in dem Beschluss noch eine besondere Verknüpfung sprachlich angeklungen ist oder ob allein die Tatsache, dass beide Maßnahmen in einem Beschluss zusammengefasst wurden, den BGH zu der Schlussfolgerung bewogen hat, dass die Ausschließung nur durch Einziehung vollzogen werden sollte. Wohl in letzterem Sinne ist die Entscheidung zu verstehen. Ob dies überzeu-

10 Hierbei müssen freilich die Kapitalerhaltungsvorschriften beachtet werden. Zudem darf es sich nicht um den letzten verbliebenen Geschäftsanteil handeln, vgl. Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 28.

11 Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 19. Auflage 2010, § 34 Rn. 22; Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 72; Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 46; Niemeier, a.a.O. (Fn. 1), S. 98 f. Anderes gilt allerdings in dem Fall, dass die Abfindungsregelung wegen Gläubigerbenachteiligung nichtig ist, weil sie nur für den Fall der Insolvenz oder Pfändung gilt. Dann ist nach aktueller Rechtsprechung wohl die gesamte Einziehungsklausel nichtig. Dies ist allerdings nicht systemgerecht, vgl. MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 53.

12 Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 45 m.w.N.; MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 29.

13 Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 22.

14 BGHZ 116, 359, 370 f.

15 BGH NJW 1975, 1835, 1837; NJW 1983, 2880, 2881; NJW 2000, 2819, 2821; NZG 2009, 221.

16 Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Anh. Rn. 1. Sowohl der Ausschluss als auch der Austritt dürften technisch eine Kündigung der Gesellschafterstellung darstellen, vgl. Bacher/v. Blumenthal, NZG 2008, S. 406. Allerdings sind diverse Besonderheiten zu beachten, da beide Rechtsinstitute als Folge einer fehlenden gesetzlichen Regelungslage durch Literatur und Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung ausgeformt wurden, vgl. zur Entwicklung der Rechtsinstitute Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), Anh. § 34 Rn. 3 f.

17 Heidinger/Blath, GmbHR 2007, S. 1185, 1188.

18 BGH NJW 1953, 780.

19 BGH GmbHR 2011, 761 f.

20 OLG Hamm, DStR 2009, S. 1771; Römermann, NZG 2010, S. 96.

21 BGH, a.a.O., (Fn. 19), 762 f.

22 BGH, a.a.O., (Fn. 19), 763.

gend ist, sei dahingestellt, denn es erscheint zweifelhaft, ob sich Gesellschafter im Zeitpunkt der Beschlussfassung derart weitgehende Gedanken machen, dass eine entsprechende Willensvermutung gerechtfertigt ist. Für die Praxis jedenfalls bedeutet dies, dass, soweit eine Verknüpfung nicht gewollt ist, in dem oder in den Beschlüssen zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass die Ausschließung auch vollzogen werden soll, soweit eine Einziehung nicht durchführbar ist.

- Eine weitere Folge der rechtlichen Differenzierung ist, dass als Folge des Austritts bzw. des Ausschlusses zunächst einmal eine weitere Disposition über den Geschäftsanteil erforderlich ist. Anders als im Personengesellschaftsrecht wächst der Geschäftsanteil des ausscheidenden Gesellschafters nicht automatisch den übrigen Gesellschaftern an.<sup>23</sup> Vor diesem Hintergrund muss sich an den Austritt/Ausschluss ein gesondertes Verwertungsverfahren anschließen.<sup>24</sup> Wenn auch zum Teil davon gesprochen wird, dass es mehrere Varianten der Verwertung gäbe<sup>25</sup>, so zeigt sich bei näherer Betrachtung, dass tatsächlich grundsätzlich nur zwei Wege der Verwertung in Betracht kommen. Da nach einhelliger Meinung der Geschäftsanteil der Gesellschaft im Anschluss an einen Austritt bzw. an die Rechtskraft des Ausschlussurteils nicht anwächst<sup>26</sup>, kann er entweder übertragen oder durch Einziehung vernichtet werden.<sup>27</sup> Im Rahmen der Übertragung gibt es natürlich verschiedene denkbare Möglichkeiten, insbesondere die Übertragung auf die Gesellschaft, einen Mitgesellschafter oder einen Dritten.<sup>28</sup> Für den Fall des Austritts hat der BGH allerdings jüngst als weitere Verwertungsart eine Klausel gebilligt, wonach der Geschäftsanteil des ausgeschiedenen Gesellschafters den verbliebenen Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Anteile anwächst.<sup>29</sup>

## II. Vollzug von Austritt und Ausschluss ohne Satzungsgrundlage

### 1. Vollzug des Austritts

In einem ersten Schritt vollzieht sich der Austritt durch formlose rechtsgestaltende Austrittserklärung des austrittswilligen Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft.<sup>30</sup> Der Zugang der Erklärung bewirkt allerdings nur, dass die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet ist, Zug um Zug gegen Zahlung der Abfindung nach ihrer Wahl entweder den Geschäftsanteil einzuziehen oder dessen Abtretung unter Wahrung der Form des § 15 Abs. 3 GmbHG zu verlangen.<sup>31</sup> Die Einziehung des Geschäftsanteils ist hier ausnahmsweise auch ohne besondere Satzungsgrundlage zulässig.<sup>32</sup> Die Auswirkungen der Austrittserklärung auf die Rechtstellung des austrittswilligen Gesellschafters sind umstritten. Während eine Mindermeinung vertritt, dass die Rechte des austrittswilligen Gesellschafters ruhen<sup>33</sup>, hat nach herrschender und auch vom BGH vertretener Meinung die Austrittserklärung zunächst keinen unmittelbaren Einfluss auf die Mitgliedschaft mit allen Rechten (insbesondere das Stimmrecht) und Pflichten des austrittswilligen Gesellschafters.<sup>34</sup> Diese besteht solange fort,

bis der Austritt durch Einziehung oder Abtretung des Geschäftsanteils vollzogen ist.<sup>35</sup>

### 2. Vollzug des Ausschlusses

Im Ansatz aufwendiger ist das Ausschlussverfahren, das zu einem zeitlich noch größeren Zwischenzustand führen kann. Mangels satzungsmäßiger Regelung ist die Erhebung einer gerichtlichen Gestaltungsklage erforderlich<sup>36</sup>, über deren Erhebung zunächst ein Gesellschafterbeschluss entscheiden muss.<sup>37</sup> Da das über den Ausschluss entscheidende Gestaltungsurteil nach der Rechtsprechung des BGH unter der aufschiebenden Bedingung der Zahlung der Abfindung zu erfolgen hat, verliert der Gesellschafter seine Gesellschafterstellung erst nach Abschluss des Verwertungsverfahrens.<sup>38</sup> Verliert der Gesellschafter, insbesondere aufgrund entsprechender Anordnung in der Satzung, seine Stellung als Gesellschafter unabhängig von der Zahlung der Abfindung, bspw. durch Zugang des Ausschlussbeschlusses, besteht sein Geschäftsanteil zunächst als trägerloses Recht fort und bedarf der gesonderten Verwertung.<sup>39</sup> Die Einziehung bedarf auch hier in Abweichung zu § 34 Abs 1 GmbHG keiner besonderen Grundlage in der Satzung.<sup>40</sup>

### III. Satzungsgestaltung

Die vorstehend beschriebenen Schwierigkeiten, insbesondere das sehr langwierige Verfahren eines gerichtli-

23 Heidinger/Blath, a.a.O. (Fn. 17), S. 1184.

24 Bacher/v. Blumenthal, a.a.O. (Fn. 16), S. 406

25 So Römermann, NZG 2010, S. 96, 98; Auch das Kaduzierungsverfahren stellt im Ergebnis keine weitere Variante dar, weil der Geschäftsanteil auch hier einer Folgeverwertung nach §§ 22, 23 zugeführt werden muss. Das Kaduzierungsverfahren kann aber als verfahrenstechnischer Rahmen einer Ausschließung nutzbar gemacht werden, vgl. Baumann, MittRhNotK, 1991, S. 271, 272 sowie unten E. II. 1.

26 Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), Anh. § 34 Rn. 20, 39 u. 59; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Anh. 10; Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3), Anh. § 34 Rn. 36 u. 63.

27 Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Anh. 10.

28 Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), Anh. § 34 Rn. 20; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Anh. Rn. 10.

29 BGH GmbHR 2003, 1062, 1064.

30 Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3), Anh. § 34 Rn. 58.

31 Vgl. nur Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), Anhang § 34 Rn. 14 m. w. N.

32 Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 26.

33 Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), Anh. § 34 Rn. 60;

34 BGH NJW 1984, 489; Scholz/H. Winter/Seibt, a.a.O. (Fn. 1), Anhang § 34 Rn. 14; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Anh. Rn. 26; Lutter/Hommelhoff/Lutter, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 17. Auflage 2009, § 34 Rn. 48; Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3), Anh. § 34 Rn. 64; Roth/Altmeppen/Altmeppen, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 6. Auflage 2009, § 60 Rn. 109.

35 BGH, NJW 1984, 489. Allerdings wird zum Schutz der Gesellschaftsinteressen angenommen, dass der betroffene Gesellschafter aufgrund der fortbestehenden Treuepflicht in besonderem Maße zur Zurückhaltung bei der Ausübung der Verwaltungsrechte verpflichtet ist, vgl. BGH NJW 1984, 489, 491.

36 BGH NJW 1953, 780, 781.

37 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 144.

38 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 169; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 15. Es ist allerdings umstritten, ob mit Rechtskraft des Ausschlussurteils die Mitgliedschaftsrechte des ausgeschlossenen Gesellschafters ruhen, vgl. MüKo-GmbHG/Strohn, ebenda.

39 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 117.

40 Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3), Anh. § 34 Rn. 40.



chen Ausschlusses und die zahlreichen rechtlichen Unwägbarkeiten im Zusammenhang hiermit, lassen es ratsam erscheinen, diese durch eine entsprechende Satzungsgestaltung zu vermeiden. Vor diesem Hintergrund sollte in der Satzung zum Thema Ausschluss/Austritt insbesondere folgendes geregelt werden:

- Die Satzung sollte den Ausschluss eines Gesellschafters ausdrücklich zulassen. Insbesondere sollte in diesem Zusammenhang geregelt werden, dass der Ausschluss durch rechtsgestaltenden Gesellschaftersbeschluss erfolgt. Das Erfordernis der Ausschlussklage entfällt damit.<sup>41</sup> Satzungstechnisch wird der Ausschluss in der Praxis häufig einer von mehreren Einziehungstatbeständen geregelt, wonach die Einziehung zulässig ist, soweit in der Person des Gesellschafters ein wichtiger Grund vorliegt.<sup>42</sup>
- Auch der Austritt sollte in der Satzung näher geregelt werden. Hierbei ist allerdings zu beachten, dass das Recht zum Austritt aus wichtigem Grund statuarisch nicht ausgeschlossen werden kann, da es sich um ein unverzichtbares Mitgliedschaftsrecht handelt.<sup>43</sup> Regelungsbedürftiger Punkt ist deshalb in erster Linie die Möglichkeit des Austritts in Form der ordentlichen Kündigung, die nach h.M. nur bei entsprechender statuarischer Regelung besteht.<sup>44</sup>
- In jedem Fall bedarf es näherer Rechtsfolgenregelungen zu beiden Themen. Wichtig ist hierbei zunächst, dass Regelungen zu dem durch die Bedingungstheorie hervorgerufenen Schwebezustand getroffen werden.<sup>45</sup> Diese können entweder dahingehend lauten, dass der Gesellschafter mit Zugang der Kündigungserklärung bzw. Zugang des Ausschlussbeschlusses sofort ausscheidet oder jedenfalls ab dann seine Mitgliedschaftsrechte und -pflichten ruhen.<sup>46</sup> Ferner sollten Regelungen zur Verwertung des Geschäftsanteils getroffen werden.<sup>47</sup>

## C. Fragen der Satzungsgestaltung im Rahmen der Einziehung

### I. Bestehen einer satzungsmäßigen Grundlage

Sowohl im Fall der freiwilligen Einziehung als auch im Fall der Zwangseinziehung bedarf es nach § 34 Abs. 1 GmbHG, der für beide Fälle Geltung beansprucht, einer satzungsmäßigen Grundlage.<sup>48</sup> Eine Satzungsgrundlage ist auch dann erforderlich, wenn die Einziehung durch Beschluss aller Gesellschafter erfolgt.<sup>49</sup> Fraglich ist, ob eine zur Einziehung ermächtigende Grundlage auch nach Gründung der Gesellschaft geschaffen werden kann.

#### 1. Nachträgliche Einführung im Fall der freiwilligen Einziehung

Soweit die ursprüngliche Fassung der Satzung eine freiwillige Einziehung nicht vorsieht, kann diese durch nachträgliche Satzungsänderung geschaffen werden.<sup>50</sup> Unstreitig gelten für eine entsprechende Satzungsänderung im Grundsatz die allgemeinen Vorschriften über Satzungsänderungen. Die Satzungsänderung bedarf

also eines notariell beurkundeten Gesellschaftersbeschlusses nach § 53 Abs. 2 GmbHG und hat nach § 54 Abs. 3 GmbHG erst rechtliche Wirkung, sobald sie in das Handelsregister eingetragen ist.<sup>51</sup> Umstritten sind allerdings die Mehrheitserfordernisse. Nach der Rechtsprechung und Teilen der Literatur müssen der Satzungsänderung sämtliche Gesellschafter zustimmen.<sup>52</sup> Zur Begründung beruft sich diese Auffassung auf § 53 Abs. 3 GmbHG, der bestimmt, dass eine Vermehrung der den Gesellschaftern obliegenden Leistungen nur mit Zustimmung sämtlicher beteiligter Gesellschafter beschlossen werden darf. Nach der in der Literatur herrschenden Gegenauffassung genügt grundsätzlich eine Mehrheit von  $\frac{3}{4}$  der abgegebenen Stimmen.<sup>53</sup> Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Maßgebliches Argument ist, dass das in § 53 Abs. 3 GmbHG zum Ausdruck kommende allgemeine Belastungsverbot keine uneingeschränkte Geltung beansprucht, sondern nach Sinn und Zweck der in Rede stehenden Schutzgüter, durch das das Kapitalgesellschaftsrecht ebenfalls beherrschende Prinzip der Satzungsänderung durch qualifizierten Mehrheitsbeschluss eingeschränkt wird.<sup>54</sup> Allerdings spricht nichts dagegen, ausnahmsweise Einstimmigkeit dann zu fordern, wenn es aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses zu einer Pflichtenvermehrung kommen kann, die über das Risiko einer möglichen Ausfallhaftung nach

41 Heidinger/Blath, a.a.O. (Fn. 17), S. 1185.

42 Vgl. bspw. Beck'sches Formularhandbuch GmbH-Recht/Haasen, 2010, Formular C.I.3.; Münchener Anwaltsbandbuch GmbH-Recht/Seibt, 2. Auflage 2009, § 2 Rn. 251; Wehrstedt/Füssenich, GmbHHR 2006, S. 698, 702.

43 BGH NJW 1992, 892, 895.

44 Ausführlich zum Streitstand MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 178.

45 Zur Bedingungstheorie vgl. unten D. II.

46 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 203.

47 Vgl. bspw. Beck'sches Formularhandbuch/Haasen, a.a.O. (Fn. 42), Formular C.I.3.

48 Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 5. Im Fall des Austritts und des Ausschlusses kann eine Einziehung allerdings auch ohne Satzungsgrundlage erfolgen, vgl. oben B. II.

49 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 13.

50 Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 5; Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 10.

51 Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 9.

52 BGH NJW 1952, 780; BGH NJW 1977, 2316; WM 1976, 204, 206; Lutter/Hommelhoff/Lutter, a.a.O. (Fn. 34), Rn. 9; Michalski/Sosnitza a.a.O. (Fn. 3), Rn. 11. Den Entscheidungen des BGH ist allerdings keine eindeutige Positionierung zu entnehmen, da bei den Entscheidungen die Zwangseinziehung im Vordergrund stand und der BGH sich im Hinblick auf die freiwillige Einziehung noch nicht eindeutig positioniert hat, vgl. Niemeier, a.a.O. (Fn. 1), S. 145 f.

53 Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 5; Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 10; Roth/Altmeppen/Altmeppen, a.a.O. (Fn. 34), § 34 Rn. 8.

54 Es ginge an dieser Stelle zu weit, ausführlich auf den Streitstand einzugehen. Aus meiner Sicht gibt es allerdings zwei überzeugende Argumente, die für die Zulässigkeit eines Mehrheitsbeschlusses sprechen: Zum einen muss § 53 Abs. 3 GmbHG auch im Rahmen des Kapitalerhöhungsbeschlusses zurückstehen, der heute nach h. M. mit einer  $\frac{3}{4}$  Mehrheit der abgegebenen Stimmen beschlossen werden kann (vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O. (Fn. 11), § 55 Rn. 17). Die Kapitalerhöhung kann allerdings aufgrund des theoretisch unbegrenzt erhöhbaren Stammkapitals im Vergleich zur Einziehung zu viel gravierenden Subsidiaritätsrisiken führen, vgl. Niemeier, a.a.O. (Fn. 1), S. 153. Zum anderen spricht das Gesetz selbst gegen die h. M., denn dies fordert in § 34 Abs. 1 GmbHG und § 34 Abs. 2 GmbHG lediglich die Zustimmung des von dem Eingriff betroffenen Gesellschafters, nicht auch der verbleibenden, vgl. zu diesem Punkt Niemeier, a.a.O. (Fn. 1), S. 149 f.

§§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG bzw. einer Verschiebung der Stimmrechtsverhältnisse hinausgeht.<sup>55</sup>

## 2. Nachträgliche Schaffung im Fall der Zwangseinziehung

Unstreitig ist, dass § 34 Abs. 2 GmbHG kein Verbot der nachträglichen Einführung von Zwangseinziehungsklauseln enthält, so dass auch im Fall der Zwangseinziehung die nachträgliche Einführung von Zwangseinziehungstatbeständen möglich ist.<sup>56</sup> Wie im Fall der freiwilligen Einziehung ist auch hier allerdings streitig, welche Mehrheitserfordernisse für die nachträgliche Einführung der Zwangseinziehung gelten, wenn auch das Meinungsbild hier deutlich homogener ist. Der BGH und die ganz h. M. in der Literatur vertreten die Auffassung, dass Zwangseinziehungstatbestände nachträglich nur mit Zustimmung aller Gesellschafter eingeführt werden können.<sup>57</sup> Eine Mindermeinung vertritt Ulmer.<sup>58</sup> Danach bedarf die Beschlussfassung über die nachträgliche Einführung der Zwangseinziehung nur der in § 53 Abs. 2 GmbHG vorgesehenen Dreiviertelmehrheit. Er begründet dies damit, dass zwischen der erforderlichen Beschlussmehrheit und der nach § 34 Abs. 2 GmbHG erforderlichen Zustimmung des von der Einziehung betroffenen Gesellschafters zu unterscheiden sei.<sup>59</sup> Nach dieser Auffassung ist immer konkret zu prüfen, wer von der nachträglich eingeführten Zwangseinziehungsklausel betroffen ist. Dieser müsse dann der Satzungsänderung zustimmen.<sup>60</sup> Eine Satzungsänderung mit bloßer Dreiviertelmehrheit wäre danach abstrakt gesprochen in folgenden zwei Fällen möglich: (i) Die Satzungsänderung betrifft nur die Gesellschafter, die über sie mit Dreiviertelmehrheit beschließen oder (ii) die Satzungsänderung betrifft überhaupt nicht den aktuellen Gesellschafterkreis.<sup>61</sup> Indes dürfte der Mindermeinung in dieser Allgemeinheit nicht zu folgen sein, auch wenn ihr zuzugeben ist, dass § 34 Abs. 2 GmbHG zunächst einmal keine von der allgemeinen Bestimmung des § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG abweichenden Mehrheitserfordernisse vorsieht. Für die h. M. spricht, dass die Einführung von Zwangseinziehungsklauseln jeden Geschäftsanteil umgestaltet und damit zu einem Eingriff in die Mitgliedschaft eines jeden Gesellschafters führt, unabhängig davon, wie hoch der konkrete Grad der Betroffenheit des jeweiligen Gesellschafters im Zeitpunkt der Beschlussfassung ist.<sup>62</sup> Weiterhin spricht für die h. M. auch die Parallelvorschrift zur Einziehung von Aktien nach § 237 Abs. 1 S. 2 AktG. Danach können Aktien grundsätzlich nur eingezogen werden, wenn dies in der Gründungssatzung vorgesehen ist. Eine nachträglich durch Satzungsänderung eingeführte Zwangseinziehung ist nur möglich im Hinblick auf Aktien, die nach Wirksamwerden der Satzungsänderung durch Zeichnung oder Übernahme neu geschaffen wurden.<sup>63</sup> Diese Vorschrift weist auch den Weg für die zutreffende Abgrenzung im GmbH Recht. Die nachträgliche Einführung der Zwangseinziehung mit Dreiviertelmehrheit ist auch hier möglich, soweit lediglich, insbesondere im Wege der Kapitalerhöhung geschaffene neue Anteile betroffen sind.<sup>64</sup> Denn diese unterliegen dann von Anfang an der Möglichkeit der Zwangseinziehung.<sup>65</sup>

Unstreitig ist, dass das Einstimmigkeitsprinzip (soweit man ihm folgt) nicht nur für die nachträgliche erstmalige

Einführung der Zwangseinziehung gilt, sondern auch für nachträgliche Erleichterungen bestehender Einziehungsregelungen, sei es auf tatbestandlicher Ebene, sei es auf Rechtsfolgenrechte bspw. durch Abfindungsbeschränkungen.<sup>66</sup>

## II. Formelle Anforderungen an die Satzungs-gestaltung

### 1. Grad der Konkretisierung im Fall der freiwilligen Einziehung

Im Fall der freiwilligen Einziehung bestehen keine speziellen inhaltlichen Anforderungen an die Satzungs-gestaltung im Hinblick auf die Zulassung der Einziehung. Die Einziehung muss in der Satzung nur allgemein zugelassen sein. Damit reicht die pauschale Formulierung, die Einziehung sei zulässig, nach allgemeiner Meinung aus.<sup>67</sup>

Unstreitig ist, dass sich die Zulässigkeit der freiwilligen Einziehung auch durch Auslegung der Satzung ergeben

55 Dies ist bspw. der Fall, wenn der Gesellschaftsvertrag Vinkulierungsklauseln enthält, die verhindern sollen, dass einzelne Gesellschafter ausscheiden, weil deren Beteiligung an der Gesellschaft wesentliche Vertragsgrundlage ist.

56 Niemeier, a.a.O. (Fn. 1), S. 202.

57 BGH NJW 1977, 2316; NJW 1992, 892, 893; Baumbach/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 8; Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 23; Michalski/Sosnitzer, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 32; Niemeier, a.a.O. (Fn. 1), S. 207; Lutter/Hommelhoff/Lutter, a.a.O. (Fn. 34), § 34 Rn. 23. Begründet wird dies zum einen damit, dass bereits die nachträgliche Einführung der freiwilligen Einziehung eines einstimmigen Beschlusses bedürfe (vgl. Michalski/Sosnitzer, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 32), zum anderen damit, dass nach dem Wortlaut des § 34 Abs. 2 GmbHG eine Zwangseinziehung nur mit Zustimmung des jeweiligen betroffenen Gesellschafters möglich sei und im Zweifel alle Gesellschafter betroffen seien, vgl. Roth/Altmeppen/Altmeppen, a.a.O. (Fn. 34), § 34 Rn. 9; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 8. Letzteres ist wohl auch die Argumentationslinie des BGH (vgl. NJW 1992, 892, 893), der allerdings bisher inhaltlich nicht vertieft Stellung genommen hat.

58 Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 34.

59 Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 34 f.

60 Offen bleibt, in welcher Form die Zustimmung erklärt werden muss. Da das GmbH-Gesetz keine Formvorgaben macht, wäre es konsequent – wie bei der Zustimmung im Rahmen der freiwilligen Einziehung – eine formlose Zustimmung genügen zu lassen.

61 Letzterer Fall wäre z. B. gegeben, wenn die Satzungsänderung im Zuge einer Kapitalerhöhung erfolgte und sich auf die neuen Anteile beschränken würde, vgl. Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 35.

62 Dies muss auch die Mindermeinung im Rahmen der Diskussion um die Folgeprobleme ihrer Meinung einräumen, vgl. Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 36. Soweit man nämlich der Auffassung der Mindermeinung folgt, stellt sich die Frage, ob bei fehlender erforderlicher Zustimmung einzelner Gesellschafter, die mit Dreiviertelmehrheit beschlossene Satzungsänderung jedenfalls gegenüber Rechtsnachfolgern bzw. gegenüber denjenigen wirkt, die an der Beschlussfassung mitgewirkt haben; zu diesen Fragenkreisen vgl. ausführlich Niemeier, a.a.O. (Fn. 1), S. 206 f.

63 Hüffer, AktG, 9. Auflage 2010, § 237 Rn. 7; Kölner Kommentar zum AktG/Lutter, 2. Auflage, § 237 Rn. 25.

64 Dafür auch Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 8; Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 35; Altmeppen/Roth/Altmeppen, a.a.O. (Fn. 34), § 34 Rn. 9; Michalski/Sosnitzer, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 32.

65 Kölner Kommentar zum AktG/Lutter, a.a.O. (Fn. 62), § 237 Rn. 22.

66 BGH NJW 1992, 892, 893; Lutter/Hommelhoff/Lutter, a.a.O. (Fn. 33), § 34 Rn. 23; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 8; Michalski/Sosnitzer, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 32.

67 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 10.

kann.<sup>68</sup> Zurecht wird allerdings darauf hingewiesen, dass bei der Auslegung Zurückhaltung geboten ist, da sonst entgegen dem Schutzzweck des § 34 Abs. 1 GmbHG die Gesellschaftermehrheit mit Zustimmung des Betroffenen den Anteilsbestand und die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises verändern könnte.<sup>69</sup> Der Satzung müssen sich dementsprechend klare Anhaltspunkte entnehmen lassen, dass die Einziehung von Geschäftsanteilen zugelassen wird.<sup>70</sup> Klauseln zu „Rücktritt“, „Kündigung“ oder „Ausschluss“ alleine reichen vor diesem Hintergrund nicht aus, denn sie regeln lediglich das Ausscheiden eines Gesellschafters, aber nicht den Weg, auf dem dies geschieht.<sup>71</sup> Anders verhält es sich mit Abfindungsklauseln, die eine freiwillige Einziehung voraussetzen.<sup>72</sup> Letztlich kommt es allerdings immer auf die Umstände des Einzelfalls an. Deswegen kann auch die viel diskutierte Frage<sup>73</sup>, ob Regelungen zur Zwangseinziehung auch eine freiwillige Einziehung ermöglichen, nicht abstrakt beantwortet werden.<sup>74</sup>

Für die Vertragsgestaltung hat die vorstehend aufgezeigte Diskussion zur Folge, dass eine ausdrückliche Regelung zur freiwilligen Einziehung nicht nur empfehlenswert, sondern zur Vermeidung von Auslegungsunklarheiten Teil einer professionellen Vertragsgestaltung ist. Die ausdrückliche Regelung kann dabei – je nach Wunsch der Gesellschafter – in beide Richtungen gehen: Also entweder ausdrückliche Zulassung oder ausdrückliche Nichtzulassung der freiwilligen Einziehung.

## 2. Grad der Konkretisierung im Fall der Zwangseinziehung

Nach allgemeiner Meinung müssen die Zwangseinziehungstatbestände mit Rücksicht auf Wortlaut<sup>75</sup> und Schutzzweck des § 34 Abs. 2 GmbHG ein deutlich höheres Maß an Konkretisierung aufweisen, als im Fall der freiwilligen Einziehung. Neben der Ermächtigung des zuständigen Gesellschaftsorgans, den konkreten Geschäftsanteil ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters einzuziehen<sup>76</sup>, müssen die Einziehungstatbestände so genau gefasst sein, dass der betroffene Gesellschafter bei Gründung oder Beitritt zur Gesellschaft erkennen können kann, in welchen Fällen er von einer Einziehung betroffen ist. Denn der Abschluss bzw. der Beitritt zur Gesellschaft ist als schlüssige vorweggenommene Unterwerfung unter die Zwangseinziehung zu verstehen.<sup>77</sup> Vor diesem Hintergrund muss die Satzungsregelung zur Zwangseinziehung so genau und vollständig sein, dass die Voraussetzungen und Rechtsfolgen für den betroffenen Gesellschafter deutlich erkennbar und deren Vorliegen gerichtlich nachprüfbar sind.<sup>78</sup>

Dies hat folgende wichtige Folgen für die Satzungsgestaltung: Im Gegensatz zur freiwilligen Einziehung muss die Zwangseinziehung ausdrücklich satzungsmäßig zugelassen sein und kann nicht erst der Satzung durch Auslegung entnommen werden. Zwar muss nicht das Wort Einziehung verwendet werden.<sup>79</sup> Es muss aber ausdrücklich geregelt sein, dass der betroffene Geschäftsanteil vernichtet werden kann. Insofern reicht es nicht, wenn die Satzung lediglich von Übertragung oder Abtretung spricht.<sup>80</sup>

Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, die ihrerseits wieder einer ausfüllenden tatsächlichen Bewertung bedürfen, ist nach allgemeiner Meinung zulässig, soweit sie gerichtlich nachprüfbar sind.<sup>81</sup> Die unbestimmten Rechtsbegriffe müssen sich an dem Topos des „wichtigen Grundes“ orientieren.<sup>82</sup> Hierher gehören bspw. Begriffe wie „schwerwiegende Pflichtverletzung“, „gröblichster Verstoß gegen bestehende Interessen der Gesellschaft“, „Vermögensverfall“, „Unzumutbarkeit der weiteren Zusammenarbeit“ oder „Bestehen eines wichtigen Grundes in der Person eines Gesellschafters“. <sup>83</sup> Soweit an den Begriff des wichtigen Grundes angeknüpft wird, ist allerdings zu beachten, dass dieser in der Person des Gesellschafters selbst vorliegen muss.<sup>84</sup>

## III. Inhaltliche Schranken im Fall der Zwangseinziehung

Wie im Personengesellschaftsrecht<sup>85</sup> für den Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters stellt sich auch im Recht der GmbH die Frage, ob und gegebenenfalls in

68 Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 4; Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 7; Michalski/Sosnitzer, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 9; Niemeier, a.a.O. (Fn. 1), S. 174.

69 Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 7; Michalski/Sosnitzer, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 9f.

70 Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 4.

71 Niemeier, a.a.O. (Fn. 1), S. 175; in der Tendenz auch Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 7.

72 Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 15.

73 Vgl. Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 8; Michalski/Sosnitzer, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 9; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 4; Niemeier, a.a.O. (Fn. 1), S. 172 f.

74 Ein Anhaltspunkt für die konkludente Zulassung der freiwilligen Einziehung durch Regelung von Zwangseinziehungstatbeständen mag allerdings darin zu finden sein, dass der Gesellschaftsvertrag die Zwangseinziehungsgründe nur beispielhaft nennt, vgl. Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 8. Insgesamt kommt es jedoch auf die Würdigung aller auslegungsrelevanten Tatsachen an, weshalb es m.E. zu weit geht, wenn in der Literatur z.T. abstrakte Auslegungsleitlinien formuliert werden.

75 Im Gegensatz zu § 34 Abs. 1 GmbHG spricht § 34 Abs. 2 GmbHG von Voraussetzungen, die festgelegt sein müssen.

76 Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 38.

77 BGH NJW 1977, 2316; Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 13.

78 Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 7; Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 13 jeweils mit weiteren Nachweisen.

79 Niemeier, a.a.O. (Fn. 1), S. 220.

80 Niemeier, a.a.O. (Fn. 1), S. 220; Ebenfalls interessant die Entscheidung des BGH DStR 2001, 1898, in deren zugrunde liegenden Fall die Satzung lediglich eine Regelung über die Ausschließung nicht aber eine ausdrückliche Ermächtigunggrundlage für die Einziehung enthielt.

81 BGH NJW 1977, 2316; BGH NJW 1999, 3779; Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 16 m. w. N.

82 Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 38.

83 Sosnitzer/Michalski, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 37. Nicht verkannt werden sollte allerdings, dass mit der Verwendung derart generischer Regelungen lediglich die Möglichkeit der Einziehung durch Gesellschaftsbeschluss geschaffen wird. Die eigentliche Frage, ob nämlich die Einziehung auch gerechtfertigt ist, muss dann erst anhand einer umfassenden Interessenabwägung – nötigenfalls gerichtlich – geklärt werden. Dennoch ist eine entsprechende Regelung kautelarjuristisch empfehlenswert, vgl. unten C. IV. 1.

84 Im Fall der Treuhand also in der Person des Treuhänders, vgl. Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 9; Lutter/Hommelhoff/Lutter, a.a.O. (Fn. 34), § 34 Rn. 26. Zusätzlich kann dem Treuhänder ein treuwidriges Verhalten des Treugebers zugerechnet werden, vgl. Lutter/Hommelhoff/Lutter, ebenda.

85 Vgl. hierzu Beck'sches Notarhandbuch/Hermanns, 5. Auflage, 2009, D II Rn. 42.



welchen Fällen die Satzung eine Einziehung auch ohne sachlichen Grund zulassen und damit die Einziehung in das Belieben der Gesellschafter gestellt werden darf. Im Bereich des Personengesellschaftsrechts hat der BGH insoweit in einer Reihe von Urteilen seit dem Jahr 1977 entschieden, dass ein Ausschließungsrecht nach freiem Ermessen eines oder mehrerer Gesellschafter gegen § 138 BGB verstößt.<sup>86</sup> Hintergrund dieser Rechtsprechung ist, dass der Gesellschafter nicht einer Willkürherrschaft übriger Gesellschafter ausgesetzt sein soll, die seine Entschließungs- und Entscheidungsfähigkeit beeinträchtigt. Diese sog. „Damoklesschwertrechtsprechung“ hat der BGH in einem Urteil aus dem Jahr 1990 ausdrücklich als auf das Recht der GmbH anwendbar erklärt.<sup>87</sup> Auch dort sei ein satzungsmäßiges Ausschließungs- oder Einziehungsrecht grundsätzlich nur zulässig, wenn es an in der Satzung festgelegte sachliche Gründe gebunden sei.<sup>88</sup> Allerdings könne ein freies Einziehungsrecht ausnahmsweise dann gerechtfertigt sein, wenn es wegen besonderer Umstände sachlich gerechtfertigt ist.<sup>89</sup> Entsprechende Ausnahmen aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls hat der BGH zwischenzeitlich in zahlreichen Fällen zugelassen.<sup>90</sup> Als allgemeine für den Vertragsgestalter in dieser Hinsicht maßgebliche Linie dürfte gelten, dass eine Ausnahme immer dann zulässig ist, wenn eine Einzelfallgestaltung vorliegt, die die zur Sittenwidrigkeit führende Drucksituation nicht entstehen lässt oder aufgrund besonderer Umstände für den betroffenen Gesellschafter ausnahmsweise zumutbar ist.<sup>91</sup>

Ferner dürfen durch die Ermöglichung der Einziehung nicht zwingende Rechte der Gesellschafter unterlaufen werden. Für unzulässig wurde bspw. eine Satzungsbestimmung befunden, die generell für den Fall der Erhebung der Auflösungsklage die Einziehung des Geschäftsanteils des klagenden Gesellschafters vorsieht. Eine solche Einziehungsklausel beseitige den gesetzlichen Auflösungsgrund des § 60 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG.<sup>92</sup>

#### IV. Einzelne Zwangseinziehungsgründe

Abgesehen von den vorstehend beschriebenen Schranken sind die Gesellschafter in der Festlegung von Einziehungsgründen als Folge der Privatautonomie weitestgehend frei. Klassischerweise finden sich in Gesellschaftsverträgen Regelungen zu mindestens folgenden drei Zwangseinziehungsgründen:

- wichtiger Grund in der Person eines Gesellschafters
- Vermögensverfall eines Gesellschafters
- Erbfall

##### 1. Einziehung aus wichtigem Grund

Um nicht den mühsamen und langwierigen Weg einer Ausschlussklage beschreiten zu müssen, sollte die Satzung unbedingt eine Regelung zur Einziehung bei wichtigem Grund in der Person des Gesellschafters enthalten.<sup>93</sup> Dabei reicht schon die Formulierung aus, dass die Einziehung zulässig ist, wenn in der Person des betroffenen Gesellschafters ein wichtiger Grund vorliegt, der die Ausschließung rechtfertigt. Eine entspre-

chende Generalklausel entspricht dem von der Literatur und Rechtsprechung in Anwendung der §§ 723 Abs. 1 S. 2, 737 BGB, 133, 140 HGB entwickelten Grundsatz, wonach die Ausschließung eines Gesellschafters gerechtfertigt ist, wenn die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Gesellschafter bei umfassender Würdigung aller Umstände den übrigen Gesellschaftern unzumutbar ist und weniger einschneidende Maßnahmen als die Einziehung für eine Abhilfe nicht ausreichen.<sup>94</sup> Ferner kann die Satzung Einzelregelungen zu verschiedenen Gründen enthalten, die nach Auffassung der Gesellschafter eine Einziehung rechtfertigen. Dies können insbesondere auch personenbezogene Gründe sein. Die Schwelle des wichtigen Grundes muss nicht erreicht werden. In der Praxis wird insoweit häufig ein Verstoß gegen ein Wettbewerbsverbot als Einziehungsgrund festgelegt. Es ist allerdings ratsam entsprechende Gründe ausdrücklich neben der Generalklausel aufzuführen. Denn fehlt eine Generalklausel, kann eine Einziehung nur erfolgen, wenn ein individuell festgelegter Grund erfüllt ist. Eine erweiternde Auslegung ist insofern unzulässig.<sup>95</sup> Ferner sollten die Einzelregelungen satzungstechnisch von der Generalklausel abgesetzt werden, um nicht den Eindruck zu erwecken, dass die Schwelle des wichtigen Grundes erreicht sein muss.

#### 2. Vermögensverfall eines Gesellschafters

Wohl in der Mehrzahl der Gesellschaftsverträge ist vorgesehen, dass im Fall einer Anteilspfändung im Wege der Zwangsvollstreckung oder im Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters eine Zwangseinziehung des betroffenen Geschäftsanteils möglich ist. Hintergrund der Regelungen ist das Bedürfnis, gesellschaftsfremde Personen aus der Gesellschaft herauszuhalten.<sup>96</sup>

##### a) Überblick

Die Regelung der Zwangseinziehung im Fall der Insolvenz oder der Pfändung eines Geschäftsanteils resultiert aus der Schwäche von Vinkulierungsklauseln im Insolvenzverfahren und Zwangsvollstreckungsverfahren. Nach §§ 857 Abs. 1, 851 Abs. 2 ZPO gelten statutarische Abtretungsbeschränkungen weder im Insolvenzverfahren noch im Einzelzwangsvollstreckungsverfahren. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die Beschlagnahme bzw. Begründung eines Pfändungspfandrechts als auch im Hinblick auf die Verwertung des Geschäftsanteils

86 BGH NJW 1977, 1292; NJW 1979, 104; NJW 1981, 2565; 1985, 2421; NJW 1988, 1903; NJW 1989, 2681; NJW 1994, 1156/1157.

87 BGH NJW 1990, 2622 f.

88 BGH, a.a.O. (Fn. 87), 2623: Die Sachlage bei einer GmbH sei nicht grundsätzlich anders als in der Personengesellschaft, da auch bei der GmbH die Mitwirkung an von der Gesellschafterversammlung zu treffenden Beschlüssen Ausfluss der freien Willensbildung sein müsse.

89 BGH, a.a.O. (Fn. 87), 2623.

90 Vgl. die Auflistung bei Lutter/Hommelhoff/Lutter, a.a.O. (Fn. 34), § 34 Rn. 27 f sowie die Fallgruppen bei Sosnitzer/Michalski, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 42.

91 Vgl. nur Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 17 f.

92 OLG München, MittBayNot 2010, S. 409, 410.

93 Zum Ausschluss durch Ausschlussklage vgl. oben B. II. 2.

94 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 47.

95 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 50.

96 Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 14; Michalski, ZIP 1991, S. 147, 149.

durch den Insolvenzverwalter oder Gerichtsvollzieher.<sup>97</sup> Demgegenüber wird in der heutigen Diskussion nicht mehr in Frage gestellt, dass der Geschäftsanteil der Verwertung durch den Gerichtsvollzieher oder den Insolvenzverwalter durch Einziehung entzogen werden kann.<sup>98</sup>

### b) Formulierung der Einziehungsklausel im Fall der Einzelvollstreckung und Insolvenz

Bei der Formulierung des Einziehungstatbestandes ist zu beachten, dass die in Literatur und Rechtsprechung herrschende Meinung der Gesellschaft eine gewisse Treupflicht dahingehend auferlegt, dass die Pfändungsmaßnahme im Zeitpunkt des Einziehungsbeschlusses noch fortbestehen muss.<sup>99</sup> Dahinter steht die Überlegung, dass es unangemessen wäre, einen Gesellschafter aus der Gesellschaft zu drängen, soweit die Gefahr eines Fremdeinflusses nicht oder nicht mehr besteht.<sup>100</sup> Vor diesem Hintergrund wird in der Praxis die Einziehungsregelung dahingehend ergänzt, dass die Pfändung nicht innerhalb einer bestimmten Frist aufgehoben wurde.<sup>101</sup> Durch eine derartige Fassung der Einziehungsklausel bleibt allerdings offen, was im Fall der Einstellung der Zwangsvollstreckung gilt.<sup>102</sup> Weiterhin bleibt ungeregt, ob die Einziehung nicht dennoch zulässig sein soll, wenn die Aufhebung der Vollstreckungsmaßnahmen auf Maßnahmen Dritter zurückzuführen sind. Für diesen Fall wird diskutiert, ob eine Einziehung nicht dennoch zulässig sein soll, weil die Gefahrenlage, nämlich ein Eindringen fremder Dritter, bei anhaltender Illiquidität des Gesellschafters nicht beseitigt ist.<sup>103</sup>

Ein weiterer wichtiger Aspekt für die Satzungsgestaltung ist kürzlich durch das OLG Düsseldorf aufgeworfen worden. Es hat im Fall einer Zwangseinziehung aufgrund Gesellschafterinsolvenz entschieden, dass im Hinblick auf die gesellschaftsrechtliche Treupflicht zwischen dem Eintritt des Einziehungsereignisses und dem Einziehungsbeschluss kein übermäßig langer Zeitraum liegen dürfe.<sup>104</sup> Eine Entscheidung über die Einziehung müsse innerhalb eines Zeitraums von einem bis anderthalb Jahren erfolgen.<sup>105</sup> Dieser Aspekt hat freilich nicht nur für die Insolvenz als Einziehungsgrund Relevanz. Vielmehr gilt es auch bei anderen Einziehungsgründen einen zeitlichen Zusammenhang zu wahren, um nicht unerträgliche Schwebezustände entstehen zu lassen, die den weiteren Verbleib eines Gesellschafters in der Gesellschaft ungewiss erscheinen lassen.<sup>106</sup>

Vor dem Hintergrund vorstehender Aspekte könnte eine Einziehungsklausel zum Vermögensverfall eines Gesellschafters etwa wie folgt lauten:

*Der Geschäftsanteil eines Gesellschafters kann zwangsweise eingezogen werden, wenn*

- a) *über sein Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet oder mangels Masse abgelehnt wird oder der Gesellschafter die Richtigkeit seines Vermögensverzeichnisses an Eides statt zu versichern hat;*
- b) *sein Geschäftsanteil von einem Gläubiger gepfändet wird.*

*Über die Einziehung ist binnen eines Jahres ab Kenntnis einer für die Beschlussfassung erforderlichen Anzahl an*

*Gesellschaftern von den die Einziehungsmöglichkeit begründenden Tatsachen zu entscheiden. Der Einziehungsbeschluss ist unwirksam, wenn zum Zeitpunkt der Beschlussfassung aktuell keine Gefahr der Verwertung des Geschäftsanteils in der Zwangsvollstreckung oder im Insolvenzverfahren mehr besteht (bspw. durch Aufhebung der Pfändung) oder eine Aufnahme eines eingestellten Verfahrens oder erneute Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nicht mehr drohen. Eine entsprechende Gefahr wird vermutet, soweit eine Zwangsvollstreckung dadurch abgewendet wurde, dass ein Dritter (einschließlich der Gesellschaft) auf die Forderung des Gläubigers gezahlt hat.*

## 3. Einziehung bei Tod eines Gesellschafters

### a) Allgemeines

Geschäftsanteile einer GmbH sind nach § 15 Abs. 1 GmbHG frei vererblich. Insofern ist es im Gegensatz zum Personengesellschaftsrecht<sup>107</sup> nicht möglich, die erbrechtliche Nachfolge in den Geschäftsanteil unmittelbar durch den Gesellschaftsvertrag zu steuern. Soweit demnach keine lebzeitige Übertragung auf den Todesfall erfolgt<sup>108</sup>, bleibt nur die Möglichkeit, durch nachsorgende Gestaltungen die Erbfolge zu korrigieren. Dies geschieht typischerweise dadurch, dass im Gesellschaftsvertrag eine Abtretungsverpflichtung der fehlerhaften Erben an die gesellschaftsvertraglich bestimmten Nachfolger vorgesehen wird und alternativ dazu – also für den Fall, dass die Abtretungsverpflichtung nicht befolgt wird – die Möglichkeit der Einziehung.<sup>109</sup> Im Hinblick auf § 2302 BGB nicht möglich ist hingegen eine Bestimmung in der Satzung, wonach ein Gesellschafter verpflichtet wird, über den Geschäftsanteil in bestimmter Weise von Todes wegen zu verfügen.<sup>110</sup> Eine gesonderte Regelung dahingehend, dass die Einziehungsklausel auch einen Rechtsnachfolger

97 Ganz h. M. vgl. nur Scholz/H. Winter/Seibt, a.a.O. (Fn. 1), § 15 Rn. 202 u. Rn. 254 m. w. ;N.; andere Auffassung Liebscher/Lübke, ZIP 2004, S. 241 f mit der Begründung, Vinkulierungsklauseln seien Inhaltsbestimmungen der Mitgliedschaft.

98 Vgl. nur Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 44 m. w. ;N. auch zur älteren Literatur. Dies gilt freilich nur für den Geschäftsanteil, nicht den Abfindungsanspruch, der dann der Masse zusteht bzw. an dem sich nach § 1287 BGB das Pfändungspfandrecht fortsetzt, vgl. Bischoff, GmbHR 1984, S. 61.

99 OLG Hamburg ZIP 1996, 963; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 10; Roth/Altmeyen/Altmeyen, a.a.O. (Fn. 34), § 34 Rn. 37. Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 14.

100 Roth/Altmeyen/Altmeyen, a.a.O. (Fn. 34), § 34 Rn. 37.

101 Vgl. bspw. Münchener Anwaltshandbuch/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), § 2 Rn. 251 und Beck'sches Formularhandbuch, a.a.O. (Fn. 42), Formular C I. 3.

102 Hierzu ausführlich Michalski, a.a.O. (Fn. 96), S. 149 f.

103 Vgl. Michalski, a.a.O. (Fn. 96), S. 151.

104 OLG Düsseldorf ZIP 2007, 2418.

105 OLG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 104).

106 Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, die Satzung mit einer allgemeinen Ausschlussfrist für sämtliche Einziehungsgründe zu versehen, vgl. etwa Münchener Anwaltshandbuch/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), § 2 Rn. 252.

107 Vgl. hierzu Beck'sches Notarhandbuch/Hermanns, a.a.O. (Fn. 85), D II Rn. 50 f.

108 Zu den Anforderungen, insbesondere der Mitwirkung des Begünstigten, vgl. Langner/Heydel, GmbHR 2005, S. 377, 378.

109 Möglich ist jedoch auch eine Kombination mit der Einziehung als Handlungsalternative, vgl. Langner/Heydel, a.a.O. (Fn. 108), 381.

110 Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Auflage 2009, § 4 Rn. 259.



bindet, ist nicht notwendig, da dieser den mit der Erbnachfolgeklausel belasteten Geschäftsanteil erwirbt.<sup>111</sup>

## b) Gestaltung der Satzungsklausel

Ausgangspunkt der Gestaltung ist die Festlegung der Nachfolgeberechtigten.<sup>112</sup> In dieser Hinsicht ist der Vertragsgestalter weitgehend frei. Es ist nur darauf zu achten, dass die Regelung auch (gerichtlich) nachprüfbar sein muss.<sup>113</sup> Anknüpfungspunkte können bspw. bestimmt festgelegte Personen sein oder auch eine Mischung aus Personen und qualifizierenden Merkmalen dieser Personen.<sup>114</sup> Der Vertragsgestalter sollte hierbei nur beachten, dass ein enger Kreis an möglichen nachfolgeberechtigten Personen eher dazu führen kann, dass keine nachfolgeberechtigten Personen vorhanden sind. In solchen Fällen sollte, um Auslegungsfragen vorzubeugen, in jedem Fall geregelt werden, dass die Einziehungsmöglichkeit auch besteht, soweit keine nachfolgeberechtigten Personen vorhanden sind.<sup>115</sup> Weiterhin sollte die Satzungsklausel Vorkehrungen für den Fall enthalten, dass der Geschäftsanteil auf eine Erbengemeinschaft übergeht. Zum einen sollte die mit der gemeinschaftlichen Rechtsausübung verbundene Schwerfälligkeit dadurch vermieden werden, dass die Erbengemeinschaft zur Bestellung eines gemeinsamen Vertreters verpflichtet wird.<sup>116</sup> Zum anderen sollte der Fall geregelt sein, dass der Geschäftsanteil auf eine aus nachfolgeberechtigten und nichtnachfolgeberechtigten Personen bestehende Erbengemeinschaft übergeht. Dies geschieht dadurch, dass die nichtnachfolgeberechtigten Personen verpflichtet sind, ihren Geschäftsanteil im Wege der Auseinandersetzung an die nachfolgeberechtigten Personen zu übertragen.<sup>117</sup> Ein weiterer regelungsbedürftiger Punkt ist der Nachweis der Erbfolge. Allerdings dürfte es hier ratsam sein, die Nachweismöglichkeit nur in Zweifelsfällen auf den Erbschein zu beschränken.<sup>118</sup> Letztlich ist auch hier wiederum darauf zu achten, dass die Einziehungsmöglichkeit nicht unbefristet besteht.<sup>119</sup>

## D. Durchführung der Einziehung

### I. Gesetzliche Anforderungen allgemeiner Art

Die Einziehung ist ein zweiaktiges Verfügungsgeschäft, bestehend aus einem Einziehungsbeschluss der Gesellschafter und der Erklärung der Einziehung gegenüber dem betroffenen Gesellschafter.<sup>120</sup> Die Einziehung erfolgt nach der Vorschrift des § 46 Nr. 4 GmbHG grundsätzlich durch Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung mit Stimmenmehrheit.<sup>121</sup> Die Zuständigkeit kann im Gesellschaftsvertrag einem anderen Gesellschaftsorgan, etwa einem Aufsichtsrat oder einem Beirat übertragen werden.<sup>122</sup> Auch die Übertragung auf einen Gesellschafter als Sonderrecht ist zulässig.<sup>123</sup> Fraglich ist allerdings, ob bei der Übertragung auf einen Gesellschafter die Einziehungsgründe spezifiziert sein müssen.<sup>124</sup> Dies würde bedeuten, dass bspw. die Einziehung aus wichtigem Grund nicht durch einen Gesellschafter ausgesprochen werden dürfte. M. E. ist dieser Einschränkung nicht zu folgen, weil es für die Frage des Willkürschutzes lediglich darauf an-

kommt, ob die Einziehungsgründe tatbestandlich hinreichend genau festgelegt sind, nicht wer die Einziehung ausspricht. Nach überwiegender Meinung ausgeschlossen ist hingegen eine Übertragung der Einziehungskompetenz auf gesellschaftsfremde Dritte.<sup>125</sup>

Soweit es bei der Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung verbleibt, ist umstritten, ob der von der Einziehung betroffene Gesellschafter bei der Beschlussfassung ein Stimmrecht hat. Für den Fall der freiwilligen Einziehung bejaht die überwiegende Meinung ein Stimmrecht, während die abweichende Meinung von einem Stimmverbot nach § 47 Abs. 4 S. 2 GmbHG ausgeht.<sup>126</sup> Im Fall der Zwangseinziehung geht der BGH und die h. M. hingegen in analoger Anwendung des § 47 Abs. 4 S. 1 GmbHG von einem Stimmverbot aus, wenn die Zwangseinziehung aus einem wichtigen Grund in der Person des betroffenen Gesellschafters erfolgt.<sup>127</sup> Die sonstigen Fälle der Zwangseinziehung (z. B. Pfändung und Insolvenz) sind umstritten und höchst richterlich noch nicht geklärt.<sup>128</sup> Für die Praxis ist die unklare Rechtslage sehr nachteilig, denn diese ist auf klare Verfahrensregeln und rechtsichere Handhabungen angewiesen. Dies gilt umso mehr, als nicht nur der Fall problematisch ist, dass ohne das Stimmrecht des betroffenen Gesellschafters eine Mehrheit nicht besteht, sondern auch der Fall, dass eine trotz Stimmverbots abgegebene Stimme zur Anfechtbarkeit des Beschlusses führt.<sup>129</sup> Es dürfte deshalb schon als Gestaltungsfehler zu werten sein, wenn die Satzung die Rechtslage nicht eindeutig klärt, wobei sich in der Regel ein generelles Stimmverbot des von der Einziehung betroffenen Gesellschafters empfehlen wird.

Der Einziehungsbeschluss muss den betroffenen Geschäftsanteil benennen und – im Fall der Zwangsein-

111 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 250.

112 Langner/Heydel, a.a.O. (Fn. 108), S. 379 f.

113 Zum Grad der Konkretisierung vgl. oben C. II. 2.

114 z. B. nur die Abkömmlinge, die ein bestimmtes Studium bestanden haben, vgl. die Beispiele bei Langner/Heydel, a.a.O. (Fn. 108), S. 380.

115 Langner/Heydel, a.a.O. (Fn. 108), S. 382.

116 Ivo, ZEV 2006, S. 252, 253.

117 Vgl. den Formulierungsbaustein von Langner/Heydel, a.a.O. (Fn. 108), S. 383.

118 Vgl. das Formulierungsbeispiel von Ivo, a.a.O. (Fn. 116), S. 254.

119 Langner/Heydel, a.a.O. (Fn. 108), S. 382; Anknüpfungspunkt für den Fristbeginn sollte die Kenntnis aller Gesellschafter vom Erbfall sein, nicht etwa die Erteilung eines Erbscheins, da sich der öffentliche Glaube des Erbscheins nicht auf den Erwerb der Geschäftsanteile erstreckt (vgl. Palandt/Edenhofer, 69. Auflage, § 2365 Rn. 3 sowie § 2366 Rn. 2).

120 Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 94; Roth/Altmeppen/Altmeppen, a.a.O. (Fn. 34), § 34 Rn. 56.

121 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 18.

122 Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 100. Umstritten ist allerdings, ob die Übertragung auf die Geschäftsführung zulässig ist, vgl. zum Streitstand Michalski/Sosnitza, ebenda.

123 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 25.

124 So Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 101, mit Hinweis darauf, dass sonst eine willkürliche Einziehung drohe.

125 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 26.

126 Ausführlich zum Streitstand Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 103 f; MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 19 f. jeweils m. w. ;N.

127 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 20.

128 Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 104.

129 Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 106.

ziehung – den Einziehungsgrund angeben.<sup>130</sup> Die Beschlussfassung bedarf nicht der notariellen Beurkundung, da die Regelungen über Satzungsänderungen nach den §§ 53 f. GmbHG nicht eingreifen.<sup>131</sup> Nicht erforderlich ist, dass der Beschluss Bestimmungen über den Abfindungsanspruch trifft.<sup>132</sup> Der Einziehungsbeschluss muss dem betroffenen Gesellschafter als Gestaltungserklärung zugehen, soweit der betroffene Gesellschafter bei der Gesellschafterversammlung nicht anwesend war. Das Wirksamwerden der Einziehung kann von einer Befristung oder aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht werden.<sup>133</sup> Im Hinblick auf die Gestaltungswirkung der Einziehung dürften aber nur Bedingungen in Betracht kommen, die für den betroffenen Gesellschafter keine unzumutbaren Ungewissheiten verursachen.<sup>134</sup>

## II. Regelung zum Wirksamwerden der Einziehung

Nach wie vor höchststrichterlich ungeklärt ist, ob das Wirksamwerden der Einziehung unter der aufschiebenden Rechtsbedingung der Zahlung der Abfindung aus freiem Vermögen an den ausscheidenden Gesellschafter steht. In einem Urteil aus dem Jahr 1953 hatte der BGH dies für den Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters durch rechtsgestaltendes Urteil ohne Satzungsgrundlage entschieden.<sup>135</sup> Ob dieses Urteil auf den Fall der satzungsgemäßen Zwangseinziehung übertragen werden kann, ist in Literatur und obergerichtlicher Rechtsprechung äußerst umstritten.<sup>136</sup> Während das OLG Düsseldorf sich explizit für die Bedingungslösung ausgesprochen hat,<sup>137</sup> wird nach einem Urteil des KG die Einziehung auch ohne Zahlung des Abfindungsentgelts sofort wirksam, wenn der Grund für die Einziehung in einem gesellschaftsschädigenden Verhalten des betroffenen Gesellschafters beruht.<sup>138</sup> Neben diesen konträren Auffassungen zur sofortigen Wirksamkeit bzw. aufschiebenden Bedingung werden in der Literatur noch zahlreiche andere Ansichten dazu vertreten, wie ein angemessener Interessenausgleich gestaltet werden kann.<sup>139</sup>

Angesichts dieser unklaren Rechtslage und der Ungewissheit, wie sich der BGH entscheiden wird, ist es für die rechtsgestaltende Praxis unabdingbar, in dieser Hinsicht selbst Vorsorge zu treffen. Der BGH hat insoweit in jüngeren Entscheidungen zur Kündigung und zum Ausschluss eines Gesellschafters entschieden, dass Satzungsregelungen getroffen werden können, wonach im Fall des Ausschlusses bzw. der Kündigung durch den Gesellschafter dieser seine Gesellschaftsstellung mit sofortiger Wirkung verliert.<sup>140</sup> Diese Entscheidungen lassen keinen Zweifel daran, dass gleiches auch für den Fall der Einziehung gelten muss, zumal sich diese in den Fällen der Kündigung oder des Ausschlusses als mögliche Verwertungsart anschließt.<sup>141</sup> Insofern bestehen keine strukturellen Unterschiede, die eine anderweitige Handhabung im Fall der Einziehung rechtfertigen würden. Vor diesem Hintergrund sollte die Satzung eine Regelung dahingehend enthalten, dass die Einziehung mit Zugang der Einziehungserklärung beim betroffenen Gesellschafter unabhängig von der Zahlung der geschuldeten Abfindung wirksam wird.<sup>142</sup>

Gleiches sollte natürlich für sonstige Fälle des Ausscheidens, wie etwa die Kündigung oder die Zwangsabtretung, geregelt werden.

Die Anordnung des sofortigen Wirksamwerdens der Einziehung ändert allerdings nichts an der Tatsache, dass – soweit eine Abfindung geschuldet wird – die Wirksamkeit der Einziehung schlussendlich von der Zahlung der Abfindung aus freiem Vermögen abhängt.<sup>143</sup> Da die Vorschrift des § 34 Abs. 3 GmbHG zwingendes Recht ist, kann hiervon nicht durch gesellschaftsvertragliche Regelung dispensiert werden. Soweit keine Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses vorliegt, weil sich erst später herausstellt, dass die Abfindung nicht aus freiem Vermögen zahlbar ist, ist eine Anfechtbarkeit des Beschlusses mit der Folge gegeben, dass dem betroffenen Gesellschafter nach Feststellung des Mangels ein Anspruch auf Wiederaufnahme in die Gesellschaft zusteht.<sup>144</sup> Werden Abfindungszahlungen unter Verstoß gegen § 34 Abs. 3 GmbHG geleistet, lösen diese Zahlungen einen Rückzahlungsanspruch nach § 31 Abs. 1 GmbHG und die Ausfallhaftung nach § 31 Abs. 3 GmbHG aus. Um das Szenario einer Unwirksamkeit der Einziehung wegen Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften zu vermeiden, kann in der Satzung zusätzlich zur Anordnung des sofortigen Wirksamwerdens der Einziehung eine Außenhaftung der Gesellschafter für das Einziehungsentgelt gegenüber dem betroffenen Gesellschafter vorgesehen werden.<sup>145</sup>

## III. Möglichkeit der Einziehung kraft Satzung?

Fraglich ist, ob auf einen Durchführungsakt vollständig verzichtet werden kann, d. h. eine automatische Einziehung in der Satzung geregelt werden kann. Dies hätte dann zur Folge, dass sich die Einziehung ipso iure mit Eintritt des satzungsmäßig vorgesehenen Ereignisses ohne weitere Handlungen vollzieht.<sup>146</sup> Nach wie vor

130 Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 99; Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 50.

131 Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 50; MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 18.

132 Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 99.

133 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 18.

134 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 18.

135 BGH NJW 1953, 780, 782.

136 Einen ausführlichen Überblick über den aktuellen Streitstand mit umfangreichen Nachweisen gibt MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O., § 34 Rn. 73.

137 OLG Düsseldorf ZIP 2007, S. 1064.

138 KG NZG 2006, 437.

139 Vgl. hierzu MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 74; Heckschen/Heidinger/Heckschen, a.a.O. (Fn. 110), § 4 Rn. 223.

140 BGH NZG 2003, 871, 872 (für den Fall der Kündigung); BGH GmbHR 2009, 313 (für den Fall des Ausschlusses).

141 Hiervon geht auch das OLG Hamm in einem Urteil vom 20. 10. 2008 aus, vgl. OLG Hamm DStR 2009, 1771.

142 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 78; Heckschen/Heidinger/Heckschen, a.a.O. (Fn. 110), § 4 Rn. 227.

143 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 31.

144 Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 82.

145 Vgl. z. B. Heckschen/Heidinger/Heckschen, a.a.O. (Fn. 110), § 4 Rn. 262.

146 Ein praktisches Bedürfnis besteht bspw. für eine auf den Tod eines Gesellschafters aufschiebend befristete Einziehung, so dass der Geschäftsanteil gar nicht erst in die Erbmasse fällt, vgl. Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 49.

heftig umstritten ist<sup>147</sup>, ob eine entsprechende Satzungsbestimmung überhaupt wirksam getroffen werden kann.<sup>148</sup> Die überwiegende Meinung lehnt die Möglichkeit einer entsprechenden Gestaltung ab. Eine klärende Entscheidung des BGH zu der Streitfrage steht noch aus. Von der h. M. wird vor allem geltend gemacht, dass die Prüfung der Einhaltung der Kapitalerhaltungsvorschriften ansonsten nicht gewährleistet wäre.<sup>149</sup> Sollte dennoch eine entsprechende Satzungsbestimmung aufgenommen werden, hat der Notar die haftungsbewährte Pflicht, auf die Möglichkeit der Unwirksamkeit einer entsprechenden Bestimmung ausdrücklich hinzuweisen.<sup>150</sup>

Neben der Frage der materiellen Wirksamkeit entsprechender Klauseln, ist von der Verwendung aber auch im Hinblick auf Schwierigkeiten im Rahmen des Vollzugs der Einziehung abzu sehen. Zum einen sind Beanstandungen durch die Registergerichte zu befürchten.<sup>151</sup> Zum anderen besteht die Gefahr, dass die Pflicht zur Einreichung der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 1 GmbHG verletzt wird.<sup>152</sup> Diese ist unverzüglich nach Wirksamwerden der Einziehung einzureichen. Andernfalls haften die Geschäftsführer nach § 40 Abs. 3 GmbHG dem betroffenen Gesellschafter und den Gläubigern der Gesellschaft für den aus der Nichteinreichung bzw. nicht rechtzeitigen Einreichung entstehenden Schaden. Die statuarische Einziehung erhöht – je nach Einziehungstatbestand – ihrem Wesen gemäß die Gefahr, dass die Geschäftsführung nicht im Blick hat, ob eine Einziehung erfolgt ist oder nicht. Damit führt die statuarische Einziehung dazu, dass sich die Geschäftsführung dem Vorwurf aussetzt, sie habe nicht unverzüglich die Gesellschafterliste eingereicht.<sup>153</sup>

#### IV. Nennbetragsanpassung als Wirksamkeitsvoraussetzung?

##### 1. Alte Rechtslage

Sehr umstritten ist, welche Rechtsfolgen die im Zuge des MoMiG erfolgte Neufassung des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG n. F. zeitigt. Während § 5 Abs. 3 S. 3 GmbHG a. F. lautete: „Der Gesamtbetrag der Stammeinlagen muss mit dem Stammkapital übereinstimmen“, heißt es nunmehr: „Die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile muss mit dem Stammkapital übereinstimmen“. Das Gesetz in seiner alten Fassung bezweckte nach allgemeiner Lesart, die Vollübernahme des Stammkapitals bei Gründung der GmbH zu sichern und verlangte damit nach ganz h. M. eine Korrespondenz von Stammkapital und Stammeinlagen lediglich für das Gründungsstadium der GmbH.<sup>154</sup> Damit hatte eine Einziehung von Geschäftsanteilen nach altem Recht weitestgehend unstreitig folgende Folgen: Durch die Einziehung wurde der betroffene Geschäftsanteil bei unverändertem Stammkapital mit allen Rechten und Pflichten vernichtet.<sup>155</sup> Eine automatische Aufstockung der Nennbeträge der verbliebenen Geschäftsanteile wurde von der überwiegenden Meinung abgelehnt.<sup>156</sup> Das Auseinanderfallen von Stammkapital und Summe der Nennbeträge der verbliebenen Geschäftsanteile wurde als „Schönheitsfehler“ hingenommen, da sich – insofern unstreitig – die mit den verbleibenden Geschäftsanteilen verbundenen Rechte und Pflichten ent-

sprechend dem neuen Verhältnis zum unveränderten Stammkapital erhöhten, materiell also keine Veränderung der Beteiligungsverhältnisse eintrat.<sup>157</sup>

##### 2. Meinungsstand nach neuer Rechtslage

Mit Einführung des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG ergibt sich ein breites Spektrum unterschiedlicher Meinungen zu der Frage, welche Bedeutung § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG für die Rechtsfolgen der Einziehung hat. Eine höchstgerichtliche Rechtsprechung existiert bislang nicht. Das aktuelle Meinungsfeld stellt sich wie folgt dar:

a) Nach einer Auffassung soll es trotz der Neuregelung in § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG bei der bisherigen Interpretation des § 34 GmbHG verbleiben.<sup>158</sup> Ein neues Verständnis sei weder systematisch noch teleologisch sachgerecht. Das Ziel der Neuregelung sei primär terminologischer Natur, nämlich die Betonung der Mitgliedschaft in Anlehnung an aktienrechtliche Terminologie. Systematisch fehle nach wie vor ein Verweis auf § 5 GmbHG, der sich bspw. in § 55 Abs. 4 GmbHG finde. Ferner fehle eine Überleitungsvorschrift mit der der Gesetzgeber die Härten der Neuregelung (bspw. eine behauptete Nichtigkeit bestehender GmbH-Sat-

147 Es handelt es sich um eines der umstrittensten Probleme im Recht der Einziehung, vgl. Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 117.

148 Ausführlich zum Streitstand Michalski/Sosnitzer, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 96 f.; Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 116 f.; MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 27 jeweils m. w. ;N.

149 Michalski/Sosnitzer, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 97; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 17; Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 50; auch Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 118, der vor diesem Hintergrund eine statuarische Einziehung nur zulassen will, wenn sie entweder ausnahmsweise wirksam unentgeltlich vorgesehen ist oder die Mitgliedschafter in der Satzung die persönliche Zahlungspflicht übernommen haben.

150 Zur Hinweispflicht bei möglicherweise unwirksamen Bestimmungen, vgl. Würzburger Notarhandbuch/Ganter, 2. Auflage 2009, Kapitel 6 Rn. 74.

151 Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 49. Vor dem Hintergrund der eingeschränkten Prüfungskompetenz nach § 9 c Abs. 2 GmbHG ist allerdings fraglich, ob die Registergerichte statuarische Einziehungsklauseln – deren Unzulässigkeit vorausgesetzt – überhaupt beanstanden dürften. Die Unzulässigkeit statuarischer Klauseln vorausgesetzt, dürfte hier allenfalls § 9 c Abs. 2 Nr. 2 GmbHG einschlägig sein. Insofern ließe sich argumentieren, die Verwendung statuarischer Einziehungsklauseln verhindere eine effektive Prüfung der Kapitalerhaltungsvorschriften und damit Gläubigerschutzvorschriften im Sinne des § 9 c Abs. 2 Nr. 2 GmbHG.

152 Zur Einziehung und Gesellschafterliste vgl. unten E. II.

153 Fraglich ist natürlich, wie das Merkmal „unverzüglich“ im Fall der statuarischen Einziehung auszulegen ist. In dieser Hinsicht sind verschiedene Auslegungsvarianten denkbar. Die für die Geschäftsführung günstigste wäre, dass die Frist erst läuft, sobald die Geschäftsführung von der automatischen Einziehung Kenntnis erlangt hat.

154 Vgl. nur Scholz/H. Winter/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 5 Rn. 31 f m. w. ;N.

155 Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 62; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 19 f.; Baumann, a.a.O. (Fn. 24); S 273 f.; Müller, DB 1999, S. 2045.

156 Vgl. nur Müller, a.a.O. (Fn. 155), m. w. ;N.

157 Müller, a.a.O. (Fn. 155), m. w. ;N.

158 Ulmer, DB 2010, S. 321 f.; Ulmer/Habersack/Winter/Casper, a.a.O. (Fn. 7), Nachtrag zum MoMiG § 5 Rn. 14; in diese Richtung auch Braun, GmbHR 2010, S. 82 f.; MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 65.



zungen) abgemildert hätte, wäre ein neues Verständnis zugrunde zulegen.

b) Andere Auffassungen gehen davon aus, dass die Lücke zwischen Nennbetrag des Stammkapitals und der Summe der Nennbeträge der verbleibenden Geschäftsanteile automatisch geschlossen würde. Hierbei werden drei Varianten vorgeschlagen bzw. diskutiert: 1. die automatische Aufstockung der Nennbeträge der verbliebenen Geschäftsanteile<sup>159</sup>, 2. die unmittelbare Neuentstehung eines Geschäftsanteils, der den verbleibenden Gesellschaftern in ihrem Beteiligungsverhältnis gemeinschaftlich zustünde<sup>160</sup> sowie 3. der automatische Erwerb des Geschäftsanteils durch die Gesellschaft.<sup>161</sup> Die letztere Auffassung geht dabei davon aus, dass der Geschäftsanteil gar nicht erst vernichtet wird, sondern mit Wirksamwerden der Einziehung unmittelbar der Gesellschaft zufällt.<sup>162</sup>

c) Die wohl überwiegende Meinung interpretiert die Neuregelung dahingehend, dass nunmehr der Einziehungsbeschluss zu seiner Wirksamkeit mit einer Maßnahme zu verbinden ist, die die Kongruenz zwischen der Stammkapitalziffer und den Nennbeträgen der Geschäftsanteile sicherstellt.<sup>163</sup> Innerhalb dieses Meinungs-lagers gibt es wiederum zwei (Unter-)Auffassungen. Eine Meinung wertet das Nennbetragsanpassungsgebot als gesetzliches Verbotsgesetz nach § 134 BGB mit der Folge, dass die Einziehung nichtig ist, wenn sie nicht mit einer zeitgleich wirksam werdenden Nennbetragsanpassung einhergeht.<sup>164</sup> Dieser Auffassung hat sich auch das LG Essen, Urteil vom 9. 6. 2010<sup>165</sup> und das LG Neubrandenburg, Urteil vom 31. 3. 2011<sup>166</sup>, angeschlossen.

Eine vermittelnde Ansicht vertritt hingegen die Auffassung, dass zwar mit Rücksicht auf den eindeutigen Wortlaut eine Nennbetragsanpassung zu erfolgen habe. Erfolge dieser aber nicht zeitlichgleich mit der Einziehung, sei dies kein Grund für eine Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses. Es bestehe vielmehr nur die Pflicht der Geschäftsführung, unverzüglich für eine Anpassung Sorge zu tragen.<sup>167</sup> Zum Teil wird in gleicher Richtung, aber inhaltlich weitergehend, vertreten, dass die Nichtigkeitsfolge ex tunc eintritt, wenn nicht innerhalb einer angemessenen Frist (etwas über ein Jahr) für eine Kongruenz zwischen Stammkapitalziffer und Nennbeträge aller Geschäftsanteile gesorgt werde. In der Interimszeit seien die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft anzuwenden.<sup>168</sup>

### 3. Stellungnahme

Sämtliche Varianten einer ipso iure vollzogenen Schließung der Lücke zwischen Stammkapitalziffer und Nennbeträgen der verbliebenen Gesellschaftern, sei es durch automatische Aufstockung, automatische Neuentstehung oder automatischen Anfall des eingezogenen Geschäftsanteils, sind mangels gesetzlicher Grundlage abzulehnen. Für die mit solchen Automatismen verbundenen Rechtsfolgen bedürfte es einer gesetzlichen Grundlage. Dies gilt insbesondere für eine angenommene automatische Neuentstehung eines Geschäftsanteils oder den automatischen Anfall des Geschäftsanteils, weil es sich bei solchen Automatismen um einen Eingriff in das Rechten- und Pflichten-

gefüge der Gesellschafter im Rahmen ihres Beteiligungsverhältnisses handelt, über das diese selber bestimmen müssen. Weniger gilt dies hingegen für die Nennbetragsaufstockung, weil es sich hierbei letztlich um eine Rechenoperation handelt.<sup>169</sup> Wie aber schon nach alter Rechtslage ist die Aufstockung rechnerisch nicht immer durchführbar, da der Nennbetrag von Geschäftsanteilen – auch nach einer Einziehung – nach neuer Rechtslage immer mindestens auf volle ein Euro lauten muss.<sup>170</sup> Ferner spricht auch gegen die automatische Aufstockung die Regierungsbegründung zum MoMiG, wonach der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass die Lücke durch eine gesellschaftsrechtliche Maßnahme zu schließen ist.<sup>171</sup>

Demgegenüber überzeugt aber auch nicht die in der Literatur aktuell verbreitete vertretene Meinung, der sich auch das LG Essen und das LG Neubrandenburg angeschlossen haben, wonach es sich bei § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG um ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB handelt. Denn diese These wird bisher nicht ausreichend begründet. Der Gesetzgeber hat die Nichtigkeitsfolge nicht ausdrücklich angeordnet und sie lässt sich auch nicht der Regierungsbegründung entnehmen, wie das LG Essen meint. Die Regierungsbegründung spricht ausdrücklich von verschiedenen Möglichkeiten der Beseitigung der Betragsdiskrepanz u. a. auch von der Kapitalherabsetzung. Die Kapitalherabsetzung kann aber wegen der Sperrfrist von einem Jahr nach § 58 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG bei einer kurzfristig erfolgenden Einziehung gar nicht zeitgleich mit durchgeführt werden.<sup>172</sup> Demgemäß wäre nach allgemeinen Maßstäben zunächst zu prüfen, ob die Nichtigkeitssanktion dem Sinn und Zweck des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG überhaupt entspricht.<sup>173</sup> Dies dürfte nicht der Fall sein, da schutzwürdige Interessen, die eine Nichtigkeitssanktion gebieten würden, nicht erkennbar sind. Da das Stammkapital durch die Einziehung nicht verändert wird, sind Gläubigerinteressen nicht berührt.<sup>174</sup> Durch die Dis-

159 Lutter/Hommelhoff/Lutter, a.a.O. (Fn. 33), § 34 Rn. 3

160 Wicke, GmbHG § 34 Rn. 3

161 Meyer, NZG 2009, S. 1201 f.

162 Meyer, a.a.O. (Fn. 161), S. 1203.

163 Heckschen/Heidinger/Heckschen, a.a.O. (Fn. 110), § 13 Rn. 247; Römermann, NZG 2010, S. 96, 99; Wachter, GmbHR, Sonderheft Oktober 2008, S. 5, 11; Lutter/Hommelhoff/Bayer, a.a.O. (Fn. 33), § 5 Rn. 6; Ivo, ZEV 2009, S. 333; Langenfeld, GmbH-Vertragspraxis, 6. Auflage, Rn. 95; Scholz/Veil, a.a.O. (Fn. 1), Nachtrag zum MoMiG § 5 Rn. 10.

164 Heckschen/Heidinger/Heidinger, a.a.O. (Fn. 110), § 13 Rn. 247; Römermann, NZG 2010, S. 96, 99; Wachter, GmbHR, Sonderheft Oktober 2008, S. 5, 11; Lutter/Hommelhoff/Bayer, a.a.O. (Fn. 34), § 5 Rn. 6; Ivo, ZEV 2009, S. 333.

165 Vgl. RNotZ 2010, S. 547.

166 ZIP 2011, S. 1214.

167 Roth/Altmeppen/Altmeppen, a.a.O. (Fn. 34), § 34 Rn. 74.

168 Wanner-Laufer, NJW 2010, S. 1499, 1502 f.

169 Vgl. näher zur Aufstockung unten E. V. 1.

170 Römermann, DB 2010, S. 209, 210.

171 Vgl. die Reg.Begr.MoMiG (BT-Dr. 354/07, S. 69).

172 Vgl. hierzu Römermann, DB 2010, a.a.O. (Fn. 170), S. 210. Haberstroh, NZG 2010, S. 1094 weist ferner darauf hin, dass Probleme der Zeitgleichheit auch im Fall der Neubildung eines Geschäftsanteils entstehen könnten, da der eingezogene Geschäftsanteil erst mit Zahlung der Abfindung untergehe. Dies lässt sich m. E. aber dadurch steuern, dass die Bildung des neuen Geschäftsanteils unter der aufschiebenden Bedingung der Einziehung des alten steht.

173 Palandt/Ellenberger, 70. Auflage, § 134 Rn. 7.

174 Roth/Altmeppen/Altmeppen, a.a.O. (Fn. 34), § 34 Rn. 74.

krepanz entsteht auch kein ansonsten untragbarer Zustand. Gefährdungen durch die neu geschaffene Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs nach § 16 Abs. 3 GmbHG erscheinen nicht möglich, denn durch die Einziehung wird der Geschäftsanteil vernichtet und unterliegt somit nicht mehr der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs.<sup>175</sup> Die verbleibenden Geschäftsanteile weisen demgegenüber trotz Einziehung keine falsche Stückelung aus, die nach umstrittener Ansicht ebenfalls Ansatzpunkt eines gutgläubigen Erwerbs sein kann.<sup>176</sup> Bei unterbliebener Nennbetragsanpassung liegt folglich lediglich eine gewisse Beteiligungsintransparenz im Hinblick auf die mit dem verbliebenen Geschäftsanteil verbundenen Rechte und Pflichten vor, die aber – wie die über Jahre bewährte Praxis gezeigt hat – tolerierbar ist und keinesfalls die drakonische Sanktion der Nichtigkeit rechtfertigt.

Im Ergebnis bedeutet dies jedoch nicht, dass eine Nennbetragsanpassung zu unterbleiben hat. Es lässt sich nicht darüber hinwegblicken, dass das Gesetz eine Nennbetragsanpassung nunmehr ausdrücklich fordert. Folge ist, dass die Geschäftsführung unverzüglich für eine Nennbetragsanpassung Sorge zu tragen hat.<sup>177</sup> Unverzüglich bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Nennbetragsanpassung durch eine geeignete Maßnahme unmittelbar nach Wirksamwerden der Einziehung in Angriff zu nehmen ist. Nicht zu folgen ist jedoch der Ansicht, nach der die Einziehung ex tunc unwirksam wird, wenn die Anpassungsmaßnahme nicht innerhalb der angemessenen Frist erfolgt.<sup>178</sup> Vielmehr liegt in diesem Fall ein Beschlussmangel vor, der lediglich zur Anfechtbarkeit des Einziehungsbeschlusses führt.<sup>179</sup> Eine rückwirkend eintretende Nichtigkeit der Einziehung nach Ablauf etwa eines Jahres<sup>180</sup> als angemessener Frist würde zu kaum tragbaren Folgen führen, zumal – wegen der zeitlichen Unbestimmtheit der angemessenen Frist – überhaupt nicht klar wäre, wann die rückwirkende Nichtigkeit eintritt.

Folgt man der hier vertretenen Auffassung von der Anfechtbarkeit des Beschlusses, ist insbesondere zu klären, bis zu welchem Zeitpunkt eine Anfechtung möglich ist und welche Personen anfechtungsbefugt sind.

Im Hinblick auf die Anfechtungsfrist stellt sich das Problem, dass schon im Allgemeinen nicht klar ist, welche Fristen für die Anfechtung von Gesellschaftsbeschlüssen eigentlich gelten sollen.<sup>181</sup> Im Bereich der Einziehung wird insoweit m. E. zu Recht vertreten, dass die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises nicht allzu lange in der Schwebe bleiben darf und deswegen die Einmonatsfrist nach § 246 Abs. 1 AktG Leitbildcharakter hat.<sup>182</sup> Fraglich ist allerdings, wann diese Frist zu laufen beginnt, wenn man sie für den konkreten Beschlussmangel zugrunde legt. Da man den Gesellschaftern etwas Zeit geben muss, die passende Maßnahme zur Nennbetragsanpassung zu wählen, liegt ein Beschlussmangel erst vor, wenn nicht nach Wirksamwerden der Einziehung eine Nennbetragsanpassungsmaßnahme unverzüglich in Angriff genommen wurde. Unverzüglichkeit dürfte insofern nicht mehr vorliegen, wenn nicht innerhalb von drei Monaten nach Wirksamwerden der Einziehung Schritte zur Nennbetragsanpassung unternommen wurden. Sind Schritte zur

Nennbetragsanpassung innerhalb der drei Monate nicht unternommen worden, muss der Beschlussmangel innerhalb eines weiteren Monats geltend gemacht werden.

Anfechtungsbefugt sind im Grundsatz alle Gesellschafter. Fraglich ist allerdings, ob auch der durch Einziehung ausgeschiedene Gesellschafter anfechtungsbefugt ist. Eine Anfechtungsbefugnis des ausgeschiedenen Gesellschafters dürfte allerdings zu verneinen sein, zum einen, weil er mit Wirksamwerden der Einziehung nicht mehr Gesellschafter ist, zum anderen, weil keine schutzwürdigen Interessen seinerseits betroffen sind.

#### 4. Intertemporales Recht

Das EGGmbHG enthält keine Überleitungsvorschrift zu der Frage, wie mit Altfällen, also mit Einziehungen vor Einführung des Nennbetragsanpassungsgebotes nach § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG zu verfahren ist. Hieraus wird zum Teil von Vertretern der strengen Auffassung, wonach § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG ein Verbotsgesetz enthalte, der Schluss gezogen, mit Inkrafttreten des MoMiG am 1. 11. 2008 sei insoweit ein Gesetzesverstoß eingetreten, soweit nicht für vor dem 1. 11. 2008 erfolgte Einziehungen Anpassungsmaßnahmen vorgenommen wurden.<sup>183</sup> Folge seien insbesondere die Nichtigkeit der Satzungen solcher Gesellschaften und die Möglichkeit der Amtsauflösung gemäß § 399 FamFG.<sup>184</sup> Diese Auffassung dürfte kaum haltbar sein. Zum einen dürfte schon die Grundthese, dass frühere Einziehungen automatisch mit Inkrafttreten des MoMiG unwirksam sind, dem gesetzgeberischen Willen widersprechen. Denn in der Regierungsbegründung zum MoMiG heißt es explizit, dass künftig im Gegensatz zum geltenden Recht ein Auseinanderfallen der Summe der Nennbeträge und des Nennbetrages des Stammkapitals unzulässig ist.<sup>185</sup> Der Gesetzgeber ging also offenbar davon aus, dass mit dem MoMiG eine zeitliche Zäsur geschaffen wird und die Nennbetragsanpassung erst für Fälle ab dem 1. 11. 2008 gelten soll. Ferner ist aber auch nicht recht ersichtlich, wieso – ein unterstellter – Verstoß gegen § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG zu einer Satzungsichtigkeit führen soll. Die Einziehung stellt keine Satzungsänderung dar.<sup>186</sup> Auch für die Maßnahmen der Nennbetragsanpassung bedarf es keiner Satzungsgrundlage. Eine unwirksame Einziehung bewirkt demgemäß noch keine Satzungsichtigkeit.

#### V. Maßnahmen der Nennbetragsanpassung

Bis zu einer abschließenden höchstrichterlichen Klärung der Streitfrage ist allerdings aus Gründen der no-

175 Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 16 Rn. 28.

176 Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 16 Rn. 28.

177 Roth/Altmeppen/Altmeppen, a.a.O. (Fn. 34), § 34 Rn. 74.

178 So Wanner-Laufer, a.a.O. (Fn. 167).

179 So auch Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3) § 34 Rn. 122.

180 Als angemessener Frist nach Wanner-Laufer, a.a.O. (Fn. 168).

181 Vgl. zur unübersichtlichen Rechtslage nur Baumbach/Hueck/Zöllner, a.a.O. (Fn. 11), Anh § 47 Rn. 144 f.

182 Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 48.

183 Römermann, a.a.O. (Fn. 170), S. 211 f.

184 Römermann, ebenda, S. 212.

185 RegBegr. MoMiG (vgl. BT-Dr 354/07, S. 69).

186 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 18.

tariellen Vorsicht die strengste und aktuell wohl herrschende Meinung zugrunde zu legen, wonach ein Einziehungsbeschluss nach § 134 BGB nichtig ist, wenn mit ihm nicht zeitgleich eine wie auch immer geartete Nennbetragsanpassungsmaßnahme einhergeht. Demgemäß stellt sich in der Praxis die Frage, welche Maßnahmen in Betracht kommen und welchen Grenzen bzw. Anforderungen sie unterliegen:

## 1. Aufstockung der verbliebenen Geschäftsanteile

### a) Allgemeines

Bei der Aufstockung von Geschäftsanteilen handelt es sich nicht um eine Kapitalmaßnahme, sondern lediglich um eine – gesetzlich nicht geregelte, aber nach allgemeiner Auffassung zulässige – rechnerische Anpassung der verbliebenen Geschäftsanteile an die Stammkapitalziffer. Im Gegensatz zur früher überwiegend vertretenen Ansicht<sup>187</sup>, entspricht es heute allgemeiner Meinung, dass der Aufstockungsbeschluss nicht beurkundungsbedürftig ist.<sup>188</sup> Begründet wird dies damit, dass der Nennwert des Geschäftsanteils kein materieller Satzungsbestandteil ist und deshalb die Satzung nicht betroffen ist, wenn eine Änderung des Nennwerts erfolgt.<sup>189</sup> Daraus folgt nach allgemeiner Meinung weiter, dass der Beschluss – soweit die Satzung nichts Anderweitiges bestimmt – gemäß § 47 Abs. 1 GmbHG mit einfacher Mehrheit gefasst wird.<sup>190</sup>

Das praktische Problem im Rahmen des Aufstockungsbeschlusses ergibt sich daraus, dass auch nach einer Aufstockung der Nennbetrag der Geschäftsanteile nach § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG auf volle ein Euro lauten muss,<sup>191</sup> andernfalls liegt eine nach dem Rechtsgedanken des § 57j GmbHG unzulässige sog. disquotale Aufstockung vor.<sup>192</sup> Eine disquotale Aufstockung ergibt sich aber bereits, wenn Geschäftsanteile in ein Euro Beträge gestückelt sind oder vier im Nennbetrag gleichlautende Geschäftsanteile vorliegen.<sup>193</sup>

### b) Lösungsansätze zum Problem der disquotalen Aufstockung

In der Literatur werden verschiedene Lösungsansätze zur Vermeidung der disquotalen Aufstockung diskutiert:

#### aa) Bildung eines Spitzengeschäftsanteils

Denkbar erscheint zunächst, die Vorschrift des § 57 k GmbHG über die Bildung eines Spitzengeschäftsanteils aus dem Bereich der Kapitalerhöhung auch für den Fall der Nennbetragsanpassung analog anzuwenden.<sup>194</sup> Dies würde bedeuten, dass die im Rahmen der Aufstockung gebildeten Dezimalbeträge in einem auf einen Euro lautenden Spitzengeschäftsanteil zusammengefasst werden. An diesem Spitzengeschäftsanteil sind die verbliebenen Gesellschafter mit einem jeweiligen Teilrecht in Höhe der Dezimalstelle beteiligt.<sup>195</sup> Auch wenn diese Teilrechte nach § 57 k Abs. 1 GmbHG selbstständig veräußerlich und vererblich sind, ist diese Lösung kaum praktikabel, da die Rechte aus den Teilrechten nach § 57 k Abs. 2 GmbHG nur ausübbar sind, wenn sich die Teilrechtsinhaber nach § 18 GmbHG zur gemeinsamen Ausübung zusammenschließen.<sup>196</sup>

#### bb) Abweichende Nennwertfeststellung

Als weitere Maßnahme zur Vermeidung der disquotalen Aufstockung wird in der Literatur vertreten, die Gesellschafter seien im Rahmen des Aufstockungsbeschlusses zu einer abweichenden Nennwertfestlegung befugt.<sup>197</sup> Vor dem Hintergrund des bestehenden Teilbarkeitsgebotes nach § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG würde dies bedeuten, dass sich der Nennwert bei einem Gesellschafter um einen ganzen Euro erhöht, während bei den Geschäftsanteilen der übrigen Gesellschafter die Dezimalstellen entfallen. Da dies zu einer – nach neuem Recht allerdings nur noch sehr geringfügigen – Verschiebung der Beteiligungsverhältnisse führt, wird insofern zu Recht gefordert, dass die abweichende Nennwertfestlegung einstimmig erfolgt bzw. jedenfalls mit den Stimmen derjenigen Gesellschafter, deren Geschäftsanteile rechnerisch reduziert werden.<sup>198</sup> Erfolge die abweichende Nennwertfestlegung mit den Stimmen aller Gesellschafter, sei eine Verletzung von Minderheitsrechten ausgeschlossen. Auch seien keine anderweitigen schutzwürdigen Interessen betroffen, die durch einen solchen von der streng proportionalen Verteilung abweichenden Aufstockungsbeschluss berührt würden.<sup>199</sup> Da sich allerdings zu diesem Punkt noch keine hinreichende Meinung in Rechtsprechung oder Literatur herausgebildet hat, wird weiter vorgeschlagen, die abweichende Nennwertfestlegung im Aufstockungsbeschluss sicherheitshalber mit einer Teilrechtsübertragung zu verbinden. Für den Fall, dass die abweichende Nennwertfestlegung nicht anerkannt würde, hätten sich automatisch Teilrechte an einem Spitzengeschäftsanteil gebildet, die entsprechend der beschlossenen abweichenden Nennwertfestlegung zu übertragen seien.<sup>200</sup> Die Kombination von Nennwertfestlegung und Teilrechtsübertragung erfordert dann allerdings die notarielle Beurkundung<sup>201</sup>, denn nach allgemeiner Meinung sind die § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG auf die Teilrechtsübertragung nach § 57 k GmbHG analog anzuwenden.<sup>202</sup>

187 Vgl. Nachweise hierzu bei BGH, NJW 1989, 164, 169

188 BGH, NJW 1989, 164, 169; BayObLG, GmbHR 1992, S. 42; Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 34; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 20; Michalski/Sosniza, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 120; Steiner, MittBayNot 1996, S. 6; Sieger/Mertens, ZIP 1996, S. 1493, 1496. In der Praxis dürfte diese Auffassung maßgeblich sein. Anders Braun, GmbHR 2010, S. 82, 83 mit Hinweis darauf, dass die Rechtsprechung des BGH nur obiter sei und sicherheitshalber eine Beurkundung anzuraten sei. Dies halte ich allerdings angesichts des überraschenden Meinungsbildes und der deutlichen Ausführungen des BGH für nicht angezeigt.

189 BGH, a.a.O. (Fn. 185).

190 Vgl. nur Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 69.

191 Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 67.

192 Heckschen/Heidinger/Heidinger, a.a.O. (Fn. 110), § 13 Rn. 245.

193 Heckschen/Heidinger/Heidinger, a.a.O. (Fn. 110), Rn. 246.

194 Hierzu ausführlich Sieger/Mertens, a.a.O. (Fn. 188), S. 1497.

195 Vgl. zur Berechnung Sieger/Mertens, ebenda.

196 Vgl. Sieger/Mertens, ebenda; Müller, a.a.O. (Fn. 155), S. 2047.

197 Sieger/Mertens, a.a.O. (Fn. 188), S. 1498; Müller, a.a.O. (Fn. 155), S. 2047; ebenfalls für den Bereich der Kapitalerhöhung durch Nennwertaufstockung Heckschen/Heidinger/Heckschen, a.a.O. (Fn. 110), § 10 Rn. 103.

198 Sieger/Mertens, a.a.O. (Fn. 188), S. 1498.

199 Sieger/Mertens, a.a.O. (Fn. 188), S. 1498; Müller, a.a.O. (Fn. 155), S. 2047.

200 Sieger/Mertens, ebenda, S. 1498; Müller, ebenda, S. 2047.

201 Sieger/Mertens, ebenda, S. 1498; Müller, ebenda, S. 2047.

202 Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich a.a.O. (Fn. 11), § 57 k Rn. 6.



### cc) Nennbetragsaufstockung verbunden mit einer Kapitalerhöhung

Vorgeschlagen wird ferner die nominelle Aufstockung der Nennbeträge mit einer ordentlichen Kapitalerhöhung zu kombinieren.<sup>203</sup> Da eine Kapitalerhöhung nicht zwingend proportional erfolgen müsse, könnten so die auf Cent lautenden Beträge auf den nächsten Euro Betrag erhöht werden.<sup>204</sup> Dieser Vorschlag ist letztlich geistig verwandt mit der Idee der einvernehmlichen Nennwertfestlegung, nur dass hier ein gesetzlich geregeltes Verfahren nutzbar gemacht wird. Die Kapitalerhöhung dürfte zulässig sein, obwohl die Erhöhungsbeträge selbst nicht durch ein Euro teilbar sind.<sup>205</sup> Um nicht gegen das Teilbarkeitsgebot des § 5 Abs. 2 S. 3 GmbHG zu verstoßen, wird in diesem Zusammenhang ferner vorgeschlagen, die nominelle Aufstockung auf den Zeitpunkt der Eintragung der Kapitalerhöhung zu bedingen.<sup>206</sup>

## 2. Neubildung eines Geschäftsanteils

### a) Allgemeines

Nach ganz überwiegender Meinung in Literatur und Rechtsprechung haben die Gesellschafter ferner die Möglichkeit, anstelle des eingezogenen Geschäftsanteils auch einen – oder mehrere neue – Geschäftsanteile ohne Kapitalerhöhung zu bilden (sog. Revalorisierung).<sup>207</sup> Ebenso wie die Aufstockung stellt die Neubildung eines Geschäftsanteils keine Satzungsänderung dar und erfolgt durch Gesellschafterbeschluss.<sup>208</sup> Eine spezielle Satzungsgrundlage ist deshalb nach der ganz überwiegenden Meinung nicht erforderlich.<sup>209</sup> Der neugebildete Geschäftsanteil steht der Gesellschaft als eigener Anteil zu.<sup>210</sup> Auch wenn die Neubildung des Geschäftsanteils eine Art Wiederbelebung des eingezogenen Geschäftsanteils darstellt,<sup>211</sup> setzen sich etwaige Pfandrechte an dem eingezogenen Geschäftsanteil nicht fort, da er nicht Surrogat des eingezogenen Geschäftsanteils ist.<sup>212</sup> Wie auch sonst beim Erwerb eigener Anteile durch die Gesellschaft ruhen die mit dem neugebildeten Geschäftsanteil verbundenen Mitgliedschaftsrechte während des Verbleibs bei der Gesellschaft, so dass die Beteiligungsverhältnisse der verbleibenden Gesellschafter bei dieser Maßnahme zunächst nicht berührt werden.<sup>213</sup>

### b) Anforderungen an den Gesellschafterbeschluss

Da die Gesellschaft nicht gehindert ist, den Geschäftsanteil an einen Dritten oder auch an einen Mitgesellschafter anschließend zu veräußern<sup>214</sup>, wodurch sich die Beteiligungsquoten der übrigen Gesellschafter vermindern würden, ist umstritten, welche Mehrheitsanforderungen für den zu fassenden Gesellschafterbeschluss bestehen. Nach wohl überwiegender Auffassung reicht für den Beschluss in Anlehnung an die Mehrheitserfordernisse bei der Kapitalerhöhung eine Dreiviertelmehrheit aus.<sup>215</sup> Nach anderer Auffassung muss der Beschluss einstimmig gefasst werden.<sup>216</sup> Zu folgen sein dürfte der h. M., denn ansonsten würden ohne sachlichen Grund höher Maßstäbe als im Kapitalerhöhungsrecht angelegt. Auch eine Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss kann nach h. M. mit Drei-

viertelmehrheit beschlossen werden, auch wenn sie zu einer Verwässerung der Mitgliedschaftsrechte der Altgesellschafter führt.<sup>217</sup> Um Streitigkeiten im Hinblick auf die Mehrheitserfordernisse zu vermeiden, sollte eine Bestimmung in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden. Hierbei ist es auch zulässig, den Gesellschaftern in der Satzung das Recht zu geben, über die Neubildung mit einfacher Mehrheit zu beschließen.<sup>218</sup> Mit der Neubildung des Geschäftsanteils kann gleichzeitig über die Zulassung eines Mitgeschafter oder eines Dritten zum entgeltlichen Erwerb des neuen Geschäftsanteils beschlossen werden.<sup>219</sup>

Fraglich ist, ob der Beschluss über die Neubildung auch nach Wirksamkeit der Einziehung erfolgen kann. Insofern wird eingewandt, dass ein einmal vernichteter Geschäftsanteil zu einem späteren Zeitpunkt dinglich nicht wieder neu geschaffen werden könne.<sup>220</sup> Eine spätere Neuentstehung beinhalte zudem eine Umgehung des § 15 GmbHG, da dieses Ergebnis ansonsten nur durch Teilgeschäftsanteilsabtretungen erreicht werden könne. Nur die sofortige Bildung des neuen Geschäftsanteils könne die automatisch eintretenden Rechtsfolgen der Einziehung verhindern.<sup>221</sup> Dieser Auffassung ist nicht zuzustimmen. Folgt man nicht der oben wiedergegebenen Auffassung, wonach mit der Einziehung zeitlich eine wie auch immer geartete Nennbetragsanpassung erfolgen muss, kann die Entscheidung über die Neuentstehung des Geschäftsanteils auch zu einem späteren Zeitpunkt gefällt werden. Der neugebildete Geschäftsanteil ist gerade nicht Surrogat des eingezogenen, weshalb nicht davon gesprochen werden kann, dass die Neubildung des Geschäftsanteils die Rechtsfolgen der Einziehung verhindert. Richtig ist allerdings, dass in der späteren Neubildung des Geschäftsanteils eine Umgehung des § 15 GmbHG gesehen werden kann, weshalb – wie

203 DNotI-Report 4/2010, S. 31 f.

204 DNotI-Report, ebenda.

205 DNotI-Report, ebenda, S. 32

206 DNotI-Report, ebenda, S. 31.

207 Vgl. nur Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 20 m. w. ;N.; anders allerdings diejenigen, die von einer automatischen Aufstockung ausgehen, vgl. hierzu Sieger/Mertens, a.a.O. (Fn. 188), S. 1499.

208 Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 121; Müller, a.a.O. (Fn. 155), S. 2047; Steiner, a.a.O. (Fn. 188), S. 6, 8.

209 Zweifelnd in letzter Zeit Meyer, a.a.O. (Fn. 162), S. 1202 allerdings ohne nähere Begründung.

210 Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 121.

211 Deshalb der Begriff Revalorisierung, vgl. Steiner, a.a.O. (Fn. 188), S. 8.

212 Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 121.

213 Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 121.

214 Umstritten ist allerdings, ob die Geschäftsführung verpflichtet ist, den Gesellschaftern den Geschäftsanteil zunächst entsprechend ihrer Beteiligungsquoten anzubieten, vgl. Beck'sches Handbuch der GmbH/Maul, 4. Auflage, § 13 Rn. 48.

215 Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 70; MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 69; Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 121 jeweils m. w. ;N.

216 Sieger/Mertens, a.a.O. (Fn. 188), S. 1499; Müller, a.a.O. (Fn. 155), S. 2048.

217 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 69; Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 70.

218 Michalski/Sosnitza, a.a.O. (Fn. 3), § 34 Rn. 121.

219 Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 71; sowie das Formulierungsbeispiel bei Steiner, a.a.O. (Fn. 188), S. 9.

220 DNotI-Gutachten Nr. 4/2010 S. 31.

221 DNotI-Gutachten, ebenda.

auch aus den nachfolgenden Gründen – die notarielle Form zu wahren ist.

### c) Formerfordernisse

Die Frage, welcher Form der Beschluss über die Neubildung des Geschäftsanteils bedarf, wird nur spärlich behandelt. Aktuelle Rechtsprechung hierzu liegt – soweit ersichtlich – gar nicht vor. Nach ganz überwiegender Auffassung in der Literatur bedarf der Beschluss über die Neubildung eines Geschäftsanteils nicht der notariellen Beurkundung. Da es sich nicht um eine Satzungsänderung handele, seien die besonderen Formerfordernisse nach § 53 Abs. 2 GmbHG nicht einzuhalten.<sup>222</sup> Hiergegen wird von Steiner<sup>223</sup> m. E. zu Recht eingewandt, dass ein gewisser Argumentationsbruch vorliegt, wenn man einerseits mit den Mehrheitserfordernissen aus dem Kapitalerhöhungsrecht argumentiert, im Hinblick auf die Formerfordernisse aber diese Vergleichbarkeit ablehnt. Jedenfalls, wenn mit der Beschlussfassung über die Neubildung zugleich ein Übernahmeangebot an einen Gesellschafter oder Dritten verbunden wird, ist der Beschluss schon nach § 15 Abs. 3 GmbHG beurkundungsbedürftig.<sup>224</sup> Da die Frage letztlich noch nicht höchststrichterlich entschieden ist, sollte der Notar in jedem Fall zur Beurkundung raten. Wie vorstehend unter a) ausgeführt, bedarf in jedem Fall die nachträgliche Neubildung eines Geschäftsanteils der notariellen Form.

### 3. Kapitalherabsetzung

Als weiterer Lösungsweg zur Nennbetragsanpassung wird die Kapitalherabsetzung diskutiert. Diese kommt allerdings nur in Betracht, wenn die Herabsetzung nicht zu einer Unterschreitung des gesetzlichen Mindestkapitals nach § 5 Abs. 1 GmbHG in Höhe von 25 000,- € führt.<sup>225</sup>

### 4. Vor- und Nachteile der verschiedenen Maßnahmen

Der Vorteil der Aufstockung liegt in der Einfachheit ihrer Handhabung. Da sie keine Kapitalmaßnahme ist, unterliegt sie nicht den vergleichsweise strengen Regeln und Formvorschriften über die Kapitalerhöhung bzw. -herabsetzung. Wie vorstehend gezeigt, kann allerdings das Problem der disquotalen Aufstockung nach wie vor nicht ohne zusätzlichen Aufwand gelöst werden. Der in der Literatur diskutierte Vorschlag einer einvernehmlichen Nennwertfestsetzung, fehlt meines Erachtens die dogmatische Grundlage, jedenfalls soweit sie sich ohne Übertragung von Teilrechten vollziehen soll. Sicherster Weg einer Nennbetragsanpassung dürfte aktuell die Kombination von Aufstockung und Kapitalerhöhung oder die Neubildung eines Geschäftsanteils sein. Die von der wohl h. M. geforderte Zeitgleichheit zwischen Wirksamkeit der Einziehung und Nennbetragsanpassung lässt sich allerdings bei der Kapitalerhöhung nur herstellen, wenn die Einziehung auf den Zeitpunkt der Eintragung der der Kapitalerhöhung bedingt wird. Eine entsprechende Bedingung dürfte zulässig sein, weil sie keine unzumutbare Ungewissheit für den betroffenen Gesellschafter bedeutet.

Wirtschaftlich ist von der Aufstockung abzuraten, soweit die Aufnahme eines Neugesellschafters geplant ist, durch den der Gesellschaft Geldmittel, insbesondere zur Finanzierung der Abfindung zufließen sollen. Denn die Aufnahme eines Neugesellschafters erfordert nach der Aufstockung eine Abtretung von (Teil)geschäftsanteilen der verbliebenen Gesellschafter, womit ein Rechtsgeschäft zwischen diesen und dem Neugesellschafter vorliegt.<sup>226</sup>

Soweit die Neubildung eines Geschäftsanteils geplant ist, sollte der Notar zur Beurkundung raten. Da der Geschäftsanteil bei der Gesellschaft verbleibt, kann mit der Revalorisierung im Gegensatz zur Aufstockung durch eine spätere Veräußerung der Gesellschaft unmittelbar Kapital zugeführt werden. Die Neubildung bietet ferner eine weitere Möglichkeit, das Problem der disquotalen Aufstockung zu umgehen. So kann der Geschäftsanteil in Teilgeschäftsanteilen an die Gesellschafter zurückübertragen werden.<sup>227</sup> Es sollte darauf geachtet werden, dass die Einziehung zeitgleich mit der Neubildung des Geschäftsanteils wirksam wird.

Die Kapitalherabsetzung scheidet von vornherein aus, soweit man der oben dargestellten Meinung ist, dass Einziehung und Anpassungsmaßnahme zeitgleich erfolgen müssen<sup>228</sup>, die ordentliche Kapitalherabsetzung wird erst mit der Eintragung wirksam, die nach § 58 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG erst ein Jahr nach der öffentlichen Bekanntmachung des Kapitalherabsetzungsbeschlusses erfolgen kann. Eine Abkürzung der Frist durch Anwendung der Vorschriften über die vereinfachte Kapitalherabsetzung kommt in der Regel nicht in Betracht, da es bei der Einziehung von GmbH Geschäftsanteilen nur selten um einen Sanierungsfall gehen dürfte. Die Kapitalherabsetzung hat ferner den Nachteil, dass sie bei den Geschäftspartnern der GmbH den Eindruck einer wirtschaftlichen Zwangslage hervorrufen kann.<sup>229</sup> Die Kapitalherabsetzung wird nur dann ausnahmsweise in Betracht zu ziehen sein, wenn hierdurch ein Verstoß gegen die Kapitalaufbringungs- oder Kapitalerhaltungsvorschriften vermieden werden soll.<sup>230</sup>

### VI. Nennbetragsanpassung und Satzungs-gestaltung

Die Nennbetragsanpassung erfordert an sich keine unmittelbaren Regelungen in der Satzung, da sämtliche Maßnahmen ohne satzungsrechtliche Ermächtigungsgrundlage zulässig sind. Im Hinblick auf die aktuell unklare Rechtslage, ob eine Einziehung auch ohne unmittelbare Nennbetragsanpassung wirksam durchgeführt werden kann, dürfte es allerdings vor dem Hintergrund der notariellen Belehrungspflicht geboten sein, die Satzung mit einem Hinweis auf das Nennbetragsanpassungsgebot und dessen umstrittene Rechts-

222 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 69; Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 70.

223 A.a.O. (Fn. 188), S. 9.

224 Vgl. das Formulierungsbeispiel bei Steiner, ebenda, S. 9.

225 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 67.

226 Steiner, a.a.O. (Fn. 188), S. 7.

227 Müller, a.a.O. (Fn. 155), S. 2047 f.

228 Vgl. oben D IV. 2.

229 Müller, a.a.O. (Fn. 155), S. 2046.

230 Ausführlich Steiner, a.a.O. (Fn. 188), S. 7.

folgen zu versehen. Ferner lehrt die Erfahrung, dass Gesellschafter im Vorfeld einer Einziehung zwar nochmals einen Blick in die Satzung tätigen, sich aber nicht zusätzlich die Regelungen des GmbH Gesetzes vergegenwärtigen, weil sie davon ausgehen, dass alles Wesentliche in der Satzung geregelt oder erwähnt ist.

Im Rahmen der Belehrung können auch die einzelnen Formen der Nennbetragsanpassung kurz angesprochen werden.<sup>231</sup> Nicht empfehlenswert dürfte eine Regelung sein, die die Gesellschafter auf eine bestimmte Maßnahme festlegt. Auch ist kein Grund dafür ersichtlich, dass sich die Gesellschafter nochmals wechselseitig verpflichten, Maßnahmen der Nennbetragsanpassung vorzunehmen.<sup>232</sup> Eine entsprechende Verpflichtung ergibt sich bereits aus dem Gesetz. Eine zusätzliche Verpflichtung würde lediglich erneute Anfechtungsgründe schaffen, wovon aufgrund der ohnehin schon bestehenden Schwierigkeiten mit der Nennbetragsanpassung abzuraten ist. Ferner dürfte es nicht empfehlenswert sein, in der Satzung eine automatische Aufstockung der Anteile vorzusehen, auch wenn dies zulässig sein dürfte.<sup>233</sup> Denn ein solcher Automatismus wird häufig nicht erwünscht sein. Zudem funktioniert die Aufstockung nur, wenn es nicht zu einer disquotalen Aufstockung kommt. Die Gesellschafter könnten sich dann in der falschen Sicherheit wiegen, keine Maßnahmen mehr ergreifen zu müssen.

Konkreten Regelungsbedarf gibt es allerdings in zweierlei Hinsicht im Hinblick auf die Möglichkeit der Revalorisierung. Vor dem Hintergrund, dass hierfür mindestens eine satzungsändernde Mehrheit erforderlich ist, sollte geregelt werden, dass der eingezogene Geschäftsanteil auch mit einfacher Mehrheit neu gebildet werden kann.<sup>234</sup> Jedenfalls erscheint dies zweckmäßig, soweit auch die Einziehung mit einfacher Mehrheit beschlossen werden kann, denn ansonsten würden unterschiedliche Mehrheitserfordernisse bestehen. Ferner können bereits bestimmte Punkte im Hinblick auf die spätere Veräußerung des Geschäftsanteils geregelt werden. Bei der Veräußerung eigener Geschäftsanteile durch die GmbH ist nämlich zum einen umstritten, ob diese in die Alleinvertretungskompetenz der Geschäftsführung fällt, zum anderen, ob die Gesellschafterversammlung auch im Außenverhältnis ein Mitspracherecht hat.<sup>235</sup> In der Regel dürften die Gesellschafter im Fall der Neubildung ein Mitspracherecht fordern, weil es bei der Neubildung eines Geschäftsanteils und dessen weiteren Schicksals auch um gesellschaftsstrategische Fragen geht. Insofern empfiehlt sich der klarstellende Satz, dass der neu gebildete Geschäftsanteil nach einem mit einfacher Mehrheit zu fassendem Gesellschafterbeschluss an einen Dritten oder einen Mitgesellschafter veräußert werden kann.

## E. Einziehung von Geschäftsanteilen und Handelsregister

### I. Allgemeines

Die Einziehung für sich gesehen bewirkt keine Satzungsänderung und ist deshalb nicht zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.<sup>236</sup> Dies gilt gleicher-

maßen für die nominelle Aufstockung der verbliebenen Geschäftsanteile sowie die Neubildung des Geschäftsanteils.<sup>237</sup> Selbstverständlich bleiben die im Zusammenhang mit Satzungsänderungen sowie mit Kapitalmaßnahmen bestehenden Anmeldepflichten unberührt.<sup>238</sup> Die Publizität im Hinblick auf die Einziehung als solche und die sie ergänzenden Maßnahmen, die keine eintragungsbedürftigen Kapitalmaßnahmen sind, wird vielmehr durch die Gesellschafterliste hergestellt.<sup>239</sup>

## II. Gesellschafterliste

### 1. Bedeutung der Gesellschafterliste

Das MoMiG hat die Gesellschafterliste grundlegend aufgewertet und mit § 40 Abs. 2 GmbHG insbesondere für den Notar ein neues Aufgabenfeld geschaffen.<sup>240</sup> Mit der Gesellschafterliste soll der bei den Handelsregisterdaten ausgewiesene Gründungsstand bei nachfolgenden Veränderungen jeweils aktualisiert werden und dadurch eine korrekte Wiedergabe des jeweiligen Gesellschafterbestandes ermöglicht werden.<sup>241</sup> Neben der Funktion als Legitimationsbasis gegenüber der Gesellschaft (§ 16 Abs. 1 GmbHG) und Erwerben der Geschäftsanteile (§ 16 Abs. 3 GmbHG) dient die Liste aber auch allgemein dem Rechts- und Wirtschaftsverkehr, indem sie jederzeit einsehbare Transparenz über die Anteilseignerstruktur an der GmbH schaffen will.<sup>242</sup> So soll bspw. auch dem Registergericht eine sichere Grundlage im Hinblick auf die Anteilsinhaberschaft bei der formellen Prüfung von Gesellschafterbeschlüssen zur Verfügung stehen.<sup>243</sup> Die Gesellschafterliste ist allerdings nicht Wirksamkeitsvoraussetzung von Übertragungsvorgängen, sondern stellt lediglich eine sich daran anschließende Dokumentation dar.

### 2. Listenerstellung und Listeneinreichung

#### a) Veränderungsspalte

Nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG sind Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung in der Gesellschafterliste zu erfassen. Die

231 Vgl. bspw. das Formulierungsbeispiel bei Katschinski/Rawert, ZIP 2008, S. 1993, 1997 sowie bei Heckschen/Heidinger/Heckschen, a.a.O. (Fn. 110), § 4 Rn. 232.

232 So bspw. Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht/Seibt, (Fn. 42), § 13 Rn. 251, der die Gesellschafter verpflichtet, einen Aufstockungsbeschluss zu fassen. Diese Regelung halte ich für besonders unglücklich, weil sie Auslegungsspielraum dahingehend lässt, ob die Gesellschafter noch andere Maßnahmen treffen dürfen.

233 Beck'sches Formularbuch/Haasen, a.a.O. (Fn. 42), Anm. 39 zu Muster C.I.3.

234 Katschinski/Rawert, a.a.O. (Fn. 231), S. 1997.

235 Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 33 Rn. 28.

236 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 80.

237 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 80.

238 Etwa in dem Fall, dass die nominelle Aufstockung im Gesellschaftsvertrag abgebildet werden soll, vgl. MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 80.

239 MüKo-GmbH/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 80.

240 Zur Bedeutung der Liste für die notarielle Praxis vgl. Link, RNotZ 2009, S. 193 f.

241 Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, a.a.O. (Fn. 11), § 40 Rn. 1; Heckschen/Heidinger/Heidinger, a.a.O. (Fn. 110), § 13 Rn. 249.

242 Michalski/Terlau, a.a.O. (Fn. 3), § 40 Rn. 1.

243 Michalski/Terlau, a.a.O. (Fn. 3), § 40 Rn. 1; Ulmer/Habersack/Winter/Paefgen, a.a.O. (Fn. 7), MoMiG Ergänzungsband, § 40 Rn. 4.



durch Einziehung bewirkte Vernichtung des Geschäftsanteils ist eine Veränderung in den Personen der Gesellschafter, denn diese scheiden durch die Einziehung aus der Gesellschaft aus. Fraglich ist allerdings, ob die durch Einziehung bewirkte Vernichtung des Geschäftsanteils in der Liste durch Einfügung einer Veränderungsspalte als solche gekennzeichnet werden muss bzw. sollte oder ob es nicht ausreicht, eine neue Liste mit den verbleibenden Geschäftsanteilen einzureichen. Die Frage wird in der Literatur kontrovers behandelt. Eine Mindermeinung hält nähere Angaben zum Grund der Veränderung für zweckmäßig bzw. sogar für erforderlich.<sup>244</sup> Die wohl überwiegende Auffassung in der Literatur vertritt allerdings die Auffassung, dass es zwar möglich ist, die Einziehung z. B. durch eine Veränderungsspalte zu kennzeichnen, dass dies aber mangels gesetzlicher Grundlage keine Verpflichtung der einreichenden Person darstellt.<sup>245</sup> Dieser Auffassung dürfte zuzustimmen sein, denn die Veränderungsspalte erfüllt unmittelbar keine der gesetzlich vorgezeichneten Funktionen der Gesellschafterliste. In der Praxis dürfte es empfehlenswert sein, von einer Kennzeichnung der Veränderung eher zurückhaltend Gebrauch zu machen. Mangels gesetzlicher Regelung ist schon unklar, was genau in der Veränderungsspalte aufgeführt werden muss. Ferner bieten entsprechende Angaben erneutes Fehlerpotential, insbesondere vor dem Hintergrund, dass eine einheitliche Handhabung in der Praxis nicht gewährleistet ist.<sup>246</sup> Schließlich besteht die Gefahr, dass ein Registergericht die Gesellschafterliste unter Hinweis auf unzulässige Angaben zurückweist, da letztlich höchststrichterlich noch gar nicht geklärt ist, ob entsprechende Angaben zulässig sind.

## b) Einreichungsorgan

### aa) Grundsatz

§ 40 Abs. 1 und Abs. 2 GmbHG enthalten alternative Zuständigkeiten mit einer vorrangigen Zuständigkeit des an einer Veränderung mitwirkenden Notars.<sup>247</sup> Die Zuständigkeit der Geschäftsführer ist im Sinne einer Auffangzuständigkeit immer dann, aber auch nur dann gegeben, wenn an der Veränderung kein Notar mitgewirkt hat.<sup>248</sup> Vor dem Hintergrund der priorisierten Zuständigkeit des Notars ist demgemäß fraglich, in welchen Fällen der Notar an der Veränderung im Sinne des Gesetzes mitwirkt.

### bb) Zuständigkeit des Notars zur Listeneinreichung

Der Notar ist nach § 40 Abs. 2 GmbHG zur Listeneinreichung zuständig, wenn er an einer Veränderung mitgewirkt hat. Eine Mitwirkung in diesem Sinne setzt voraus, dass die notarielle Tätigkeit nicht nur kausal, sondern für das veränderungsgegenständliche Geschäft auch final geworden ist.<sup>249</sup> Im Rahmen des Einziehungsverfahrens ist zunächst zu berücksichtigen, dass der Einziehungsbeschluss für sich gesehen nicht beurkundungsbedürftig ist, da er keine Satzungsänderung darstellt.<sup>250</sup> Dennoch werden Einziehungsbeschlüsse in der Praxis gelegentlich beurkundet. Solange die Frage der Nennbetragsanpassung nicht abschließend geklärt ist, dürfte sich das Beurkundungsvolumen in der Praxis

noch erhöhen, da der Einziehungsbeschluss gegebenenfalls mit einer beurkundungsbedürftigen Kapitalmaßnahme, insbesondere einer Kapitalerhöhung zur Wahrung der Nennbetragsanpassung zu kombinieren ist.<sup>251</sup> Ferner kommt die Mitwirkung eines Notars dann in Betracht, wenn er den Entwurf erstellt hat. Vor diesem Hintergrund sind in der Praxis unterschiedliche Szenarien auseinanderzuhalten:

- Wird ein privatschriftlicher Einziehungsbeschluss gefasst, der mit einer privatschriftlichen Nennbetragsanpassung verbunden wird (bspw. der Aufstockung), sind für die Listeneinreichung die Geschäftsführer zuständig. Fraglich ist aber, ob eine Mitwirkung des Notars dann vorliegt, wenn dieser entsprechende Beschlüsse zwar nicht beurkundet, den oder die privatschriftlichen Beschlüsse aber entworfen hat.<sup>252</sup> Von der wohl überwiegenden Meinung wird in solchen Fällen m. E. zur Recht eine Zuständigkeit des Notars verneint.<sup>253</sup> Der Notar leistet mit der Entwurfsfertigung zwar einen kausalen Beitrag, dieser schlägt sich jedoch nicht final in der Veränderung nieder. Selbst die Kausalität hat der Notar nicht in der Hand, denn diese hängt davon ab, dass entsprechend der Entwürfe ein Entschluss gefasst wird. Ferner wird zu Recht darauf hingewiesen, dass der Notar in solchen Fällen häufig keine Kenntnis davon haben wird, ob und wann der vorformulierte Beschluss gefasst wird. Er ist damit nicht in dem Sinne Herr des Verfahrens, wie dies nach der Vorstellung des Gesetzgebers gedacht war. Nach dessen Vorstellungen soll der Notar im Stand sein, als Annex seiner Tätigkeit die Liste ohne weitere Nachforschungen auf den aktuellen Stand zu bringen.<sup>254</sup>
- Eine Zuständigkeit des Notars zur Listeneinreichung wird hingegen von der ganz h. M. bejaht, soweit der Notar den an sich nicht beurkundungsbedürftigen Einziehungsbeschluss beurkundet.<sup>255</sup> Eine entspre-

244 Katschinski/Rawert, a.a.O. (Fn. 231), S. 2000; Wachter, ZNotP 2008, S. 378, 385; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, a.a.O. (Fn. 11), § 40 Rn. 14.

245 Ulmer/Habersack/Winter/Paefgen, a.a.O. (Fn. 7), § 40 Rn. 25; Michalski/Terlau, a.a.O. (Fn. 3), § 40 Rn. 11; aA bspw. Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, a.a.O. (Fn. 11), § 40 Rn. 14; Hasselmann, NZG 2009, 449, 451 f.

246 Hasselmann, a.a.O. (Fn. 245), S. 451.

247 Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, a.a.O. (Fn. 11), § 40 Rn. 17, 57; Link, a.a.O. (Fn. 240), S. 195; Hasselmann, a.a.O. (Fn. 245), S. 452.

248 Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, a.a.O. (Fn. 11), § 40 Rn. 17.

249 Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, a.a.O. (Fn. 11), § 40 Rn. 51.

250 Vgl. oben D. I.

251 Zu den verschiedenen Möglichkeiten der Nennbetragsanpassung vgl. oben D. V.

252 Bei der Erstellung von Entwürfen für die in der Praxis relevante Zwangseinziehung dürfte allerdings aufgrund der Neutralitätspflicht der Notare äußerste Zurückhaltung geboten sein, da es sich in der Regel um streitige Sachverhalte handelt.

253 Ulmer/Habersack/Winter/Paefgen, a.a.O. (Fn. 7), § 40 Rn. 64; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, a.a.O. (Fn. 11), § 40 Rn. 56; Hasselmann, a.a.O. (Fn. 245), S. 453; Link, RNotZ, a.a.O. (Fn. 240), S. 197; aA Mayer, DNotZ 2008, S. 403, 408; Wälzholz, MittBayNot 2008, S. 425, 435.

254 Ulmer/Habersack/Winter/Paefgen, a.a.O. (Fn. 7), § 40 Rn. 64; Hasselmann, a.a.O. (Fn. 245), S. 453.

255 Roth/Altmeppen/Altmeppen, a.a.O. (Fn. 34), § 40 Rn. 15; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, a.a.O. (Fn. 11), § 40 Rn. 55; Ulmer/Habersack/Winter/Paefgen, a.a.O. (Fn. 7), § 40 Rn. 63; Heckschen/Heidinger/Heckschen, a.a.O. (Fn. 110), § 13 Rn. 322.

chend weite Auslegung entspreche der Intention des Gesetzgebers, durch Einschaltung eines Notars die Richtigkeitsgewähr der Liste zu erhöhen. Eine Pflicht zur Listeneinreichung kommt damit namentlich in Betracht, wenn der Notar einen Einziehungsbeschluss verbunden mit einer Aufstockung oder einer Neubildung eines Geschäftsanteils beurkundet. Erfolgen beide Beschlüsse nacheinander, dürfte es im Belieben des Notars stehen, eine oder zwei Listen einzureichen, soweit die jeweilige Listeneinreichung noch unverzüglich ist. Soweit der Notar an der an sich nicht beurkundungsbedürftigen Einziehung mitwirkt, sollte er allerdings im Auge behalten, dass die Einziehung mangels abweichender Satzungsregelung nach der bisher wohl h. M. erst mit Zahlung der Abfindung wirksam wird.<sup>256</sup> Insoweit sollte der beurkundende Notar die Satzung auch daraufhin durchsehen, ob das sofortige Wirksamwerden der Einziehung unabhängig von der Zahlung der Abfindung angeordnet ist.<sup>257</sup> Ansonsten ist dem Notar die Zahlung der Abfindung an den von der Einziehung betroffenen Gesellschafter aus dem freien Vermögen der Gesellschaft als Wirksamkeitsvoraussetzung der Einziehung nachzuweisen. Die Überprüfung, ob die Zahlung aus freiem Vermögen erfolgt ist, kann sich jedoch gegebenenfalls als schwierig erweisen.<sup>258</sup> Aus diesem Grund sollte sich der Notar gut überlegen, ob er eine Einziehung beurkundet, bei der nicht das sofortige Wirksamwerden gesellschaftsvertraglich festgelegt ist. In jedem Fall sollte er den Beschluss um entsprechende Informationspflichten der Gesellschafter ihm gegenüber ergänzen, denn der Notar hat kein Auskunftsanspruch gegenüber den Beteiligten.<sup>259</sup>

- Unstreitig besteht eine Zuständigkeit des Notars ferner, wenn im Rahmen der Einziehung beurkundungsbedürftige Beschlüsse, insbesondere Kapitalerhöhungs- bzw. Herabsetzungsmaßnahmen beschlossen werden.<sup>260</sup>

### 3. Registergerichtliche Prüfungskompetenz

Das Handelsregister fungiert im Hinblick auf die Gesellschafterliste lediglich als Verwahrstelle, weshalb ihm von der bisher wohl einhelligen Meinung lediglich eine eingeschränkte formale Prüfungskompetenz zugesprochen wird.<sup>261</sup> Im Hinblick auf die streitige Auslegung des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG und das von der wohl überwiegenden Meinung vertretene Postulat der zeitgleichen Anpassung von Stammkapital und Nennbeträgen<sup>262</sup> stellt sich jedoch die Frage, ob das Handelsregister die Aufnahme einer Liste verweigern dürfte, die eine unmittelbare Anpassung der Nennbeträge – wie von der wohl h. M. gefordert – nicht ausweist. Eine entsprechend weitgehende Prüfungskompetenz des Handelsregisters ist indes abzulehnen. Es ist schon fraglich, inwieweit das Problem überhaupt praktisch wird, denn soweit keine Veränderungspalte enthalten ist, kann das Registergericht aus der Liste nicht unbedingt ersehen, aus welchem Grund der Geschäftsanteil weggefallen ist. Ferner würde eine entsprechende Prüfungskompetenz auf eine materielle Prüfung der Gesellschafterliste hinauslaufen, die dem Registergericht gerade nicht zukommt.

## F. Alternative Gestaltungen

### I. Problemlage

Neben den oben dargestellten, durch das MoMiG neu geschaffenen Problemen im Zusammenhang mit der Nennbetragsanpassung können insbesondere auch die Grundsätze der Stammkapitalaufbringung und -erhaltung einer Einziehung entgegenstehen.<sup>263</sup>

Geschäftsanteile, auf die die Stammeinlage nicht voll eingezahlt ist, dürfen nach ganz h. M. nicht eingezogen werden.<sup>264</sup> Dies folgt unmittelbar aus § 19 Abs. 2 S. 1 GmbHG (und nicht aus § 34 Abs. 3 in Verbindung mit § 30 GmbHG), da die durch die Einziehung bewirkte Vernichtung des Geschäftsanteils auch den damit verbundenen Einzahlungsanspruch erfasst. Ob die Gesellschaft in der Lage wäre, die Mittel aus ungebundenem Vermögen aufzubringen, spielt im Bereich der Kapitalaufbringung nach allgemeiner Meinung keine Rolle.<sup>265</sup> Ebenso wie beim Erwerb eigener Anteile durch die GmbH dürfte es aber unschädlich sein, wenn die Einlage unter Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG zurückgewährt worden ist, weil der Erstattungsanspruch nach § 31 GmbHG nicht mit dem Geschäftsanteil verbunden ist, sondern eine persönliche Schuld darstellt, für die der Inhaber trotz Einziehung weiterhaftet.<sup>266</sup> Ein Einziehungsbeschluss über einen nicht voll eingezahlten Geschäftsanteil ist nichtig.<sup>267</sup>

Für die Praxis problematischer als der Grundsatz der Kapitalaufbringung ist die Beachtung der Kapitalerhaltung. § 34 Abs. 3 in Verbindung mit § 30 Abs. 1 GmbHG verlangt insoweit, dass die zu zahlende Abfindung im Zeitpunkt der Auszahlung<sup>268</sup> aus ungebundenem Vermögen, d. h. über die Stammkapitalziffer hinaus vorhandenem Reinvermögen, geleistet werden kann.<sup>269</sup> Entscheidend ist insoweit eine bilanzielle Betrachtungsweise. Ein Verstoß liegt vor, wenn durch die Bildung von Rückstellungen oder die Einbuchung einer Verbindlichkeit für die Abfindung bei der Gesellschaft eine Unterbilanz entstehen würde.<sup>270</sup> Nach gefestigter

256 Vgl. oben D. II.

257 Zur Möglichkeit dies gesellschaftsvertraglich zu regeln, vgl. oben D. II.

258 Sie setzt unter anderem Kenntnis im Bilanzierungswesen voraus, vgl. insoweit anschaulich die Feststellungen im Urteil des OLG Hamm, DStR 2009, 1771.

259 Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, a.a.O. (Fn. 11), § 40 Rn. 58.

260 Ulmer/Habersack/Winter/Paefgen, a.a.O. (Fn. 7), § 40 Rn. 59; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, a.a.O. (Fn. 11), § 40 Rn. 54.

261 Vgl. nur OLG Frankfurt GmbHR 2011, 823, 825 m. w. N.

262 Vgl. hierzu oben D. IV. 2.

263 Ein Einziehungshindernis kann sich ferner aus § 64 S. 3 GmbHG ergeben, wonach die Zahlungen an die Gesellschafter nicht zur Insolvenz der Gesellschaft führen dürfen. Hiervon sind auch Abfindungszahlungen umfasst, vgl. MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 32.

264 Vgl. nur Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 52; Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 11.

265 Vgl. nur Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 11.

266 Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 33 Rn. 2.

267 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 30.

268 Vgl. nur Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 39 m. w. N.

269 Scholz/Westermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 51.

270 Bacher/v. Blumenthal, NZG 2008, S. 406, 407.

Rechtsprechung des BGH soll ein Einziehungsbeschluss entsprechend § 241 Nr. 3 AktG nichtig sein, wenn bei der Beschlussfassung bereits feststeht, dass die geschuldete Abfindung nicht aus freiem Vermögen gezahlt werden kann.<sup>271</sup>

## II. Möglichkeiten im Fall fehlender Kapitalaufbringung

### 1. Kaduzierung

Die gesetzlich in den §§ 21 f. GmbHG vorgesehene Kaduzierung eröffnet die Möglichkeit, einen Gesellschafter wegen Säumnis mit der Zahlung der Stammeinlage bzw. von Nachschüssen seines Geschäftsanteils für verlustig zu erklären. Soweit die Kaduzierung möglich ist, stellt sie für die Gesellschaft auf den ersten Blick eine recht günstige Alternative zur Einziehung dar, weil bei der Kaduzierung keine Abfindung geschuldet wird.<sup>272</sup> Allerdings hat die Kaduzierung aufgrund des Erfordernisses der Säumnis mit der Einlageleistung einen sehr eingeschränkten Anwendungsbereich. Ferner dürften die Fälle, in denen ein Gesellschafter mit der Einlageleistung säumig ist und gleichzeitig eine Ersparnis bei der Abfindung aufgrund eines hohen Verkehrswertes des Geschäftsanteils in Betracht kommt, eine absolute Randerscheinung darstellen. Liegt indes eine Säumnis vor, kann das Kaduzierungsverfahren auch gewählt werden, wenn der eigentliche Grund für die Kaduzierung nicht in der Säumnis des betroffenen Gesellschafters mit der Einlageleistung liegt.<sup>273</sup>

### 2. Aufrechnung

Auch nach den Änderungen durch das MoMiG sind Aufrechnungen des Gesellschafters gegen die Einlagenschuld – mit Ausnahme der Aufrechnung mit einer Forderung aus der Überlassung von Vermögensgegenständen – nicht zulässig.<sup>274</sup> Umstritten ist aber, ob die Gesellschaft befugt ist, mit der noch offenen Einlagenschuld gegen die Abfindungsforderung aufzurechnen. Von der überwiegenden Meinung wird dies bejaht, soweit eine Aufrechnung nach den allgemeinen Grundsätzen des § 19 GmbHG zulässig ist, die Abfindungsforderung also sofort fällig, liquide und vollwertig ist.<sup>275</sup> Zutreffend heben *Wehrstedt/Füssenich* in diesem Zusammenhang hervor, dass die Aufrechnung allerdings rechtstechnisch nur möglich ist, wenn die Aufrechnungserklärung mit der Einziehung gleichzeitig wirksam wird, da die Einzahlung auf die Stammeinlage ein die Wirksamkeit der Einziehung bedingendes Tatbestandsmerkmal ist.<sup>276</sup> Insofern ist die Aufrechnung spätestens mit der Beschlussfassung zu erklären.<sup>277</sup> Praktisch dürfte die Aufrechnung allerdings häufig schon an der Fälligkeit des Abfindungsanspruchs scheitern. Denn, um die Liquidität der Gesellschaft zu schonen, enthalten die Satzungen üblicherweise Regelungen, die die Fälligkeit ganz oder teilweise durch Ratenzahlungen hinausschieben. Ferner muss der Abfindungsanspruch in seiner Werthaltigkeit der noch offenen Einlageforderung entsprechen, was ebenfalls häufig ein Problem sein kann.<sup>278</sup>

## III. Allgemeine Alternativen

### 1. Kapitalherabsetzung

Die Kapitalherabsetzung ist neben der nachfolgend noch näher dargestellten Abtretung des Geschäftsanteils die einzige Möglichkeit, eine Einziehung eines Geschäftsanteils zu bewirken, wenn diese ansonsten an der Sperrwirkung der Vorschriften über die Kapitalaufbringung bzw. Kapitalerhaltung scheitern würde.<sup>279</sup> Soll die Kapitalherabsetzung allerdings erfolgen, um die Sperrwirkung durch eine noch offene Einlagenschuld aufzuheben, muss diese spätestens mit der Einziehung wirksam werden.<sup>280</sup> Da die Wirksamkeit der Kapitalherabsetzung gemäß § 54 Abs. 3 GmbHG von der Eintragung in das Handelsregister abhängt, führt dies praktisch dazu, dass entweder die Kapitalherabsetzung zeitlich vor der Einziehung bereits erfolgt sein muss<sup>281</sup> oder die Einziehung aufschiebend bedingt durch das Wirksamwerden der Kapitalherabsetzung erklärt wird.

### 2. Zwangsabtretung

Um die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Sperrwirkung der Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsgrundsätze sowie mit der neuerdings erforderlichen Nennbetragsanpassung zu vermeiden, enthält eine lege artis gestaltete Satzung heute als Alternative zur Einziehung Regelungen zu Zwangsabtretungen.<sup>282</sup> Hierbei finden sich insbesondere drei Spielarten der Zwangsabtretung:<sup>283</sup>

#### a) Obligatorische Zwangsabtretung

Die sogenannte obligatorische Zwangsabtretungsklausel ist dadurch gekennzeichnet, dass der Gesellschafter als Folge der Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung oder des sonst zuständigen Geschäftsorgans verpflichtet ist, seinen Geschäftsanteil nach

271 Vgl. oben A. II.

272 Scholz/Emmerich, a.a.O. (Fn. 1), § 21 Rn. 26 a.

273 Baumann, MittRhNotK 1991, S. 271, 272.

274 Zu den Änderungen des MoMiG im Bereich der Aufrechnung vgl. Heidinger/Heckschen/Heidinger, a.a.O. (Fn. 110), § 11 Rn. 312 f.

275 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 30; Scholz/Wesermann, a.a.O. (Fn. 1), § 34 Rn. 52; aA Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, a.a.O. (Fn. 11), § 34 Rn. 11; Münchener Handbuch f. Gesellschaftsrecht, Bd. 3, 3. Auflage, 2009, § 28 Rn. 3.

276 Wehrstedt/Füssenich, GmbHR 2006, S. 698, 700.

277 Wehrstedt/Füssenich, ebenda.

278 Wehrstedt/Füssenich, ebenda.

279 Beck'sches Handbuch der GmbH/Müller/Maul, 4. Auflage, § 13 Rn. 79.

280 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 80. Steiner, a.a.O. (Fn. 187), S. 7.

281 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 30.

282 Die Zwangsabtretung eignet sich deshalb zur Aufhebung der Sperrwirkung, weil keine Abfindung durch die Gesellschaft, sondern ein Entgelt durch den Erwerber geschuldet wird. Anders ist dies freilich, wenn das Entgelt durch die Gesellschaft als Abtretungsempfängerin geschuldet wird, vgl. MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 99. Das geschuldete Entgelt richtet sich ebenfalls nach den Regeln über die Abfindung, vgl. Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 124. Umstritten ist, ob die Gesellschaft subsidiär haftet, vgl. Baumann, a.a.O. (Fn. 273), S. 276.

283 Umstritten ist die Insolvenzfähigkeit von Zwangsabtretungsklauseln. Von der wohl überwiegenden Meinung wird sie allerdings bejaht, vgl. MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 100; Ulmer, ZHR 149 (1985), S. 28, 35 f.; aA Heckschen NZG 2010, S. 521, 525 für die Abtretungsermächtigung.



Maßgabe des Beschlussinhaltes an einen oder mehrere Gesellschafter, die Gesellschaft oder einen gesellschaftsfremden Dritten zu übertragen.<sup>284</sup> Die obligatorische Zwangsabtretung folgt dabei satzungstechnisch den gleichen Wirksamkeitsanforderungen wie die Einziehung.<sup>285</sup> Insbesondere bedarf es wie bei der Einziehung auch einer Konkretisierung der Voraussetzungen der Zwangsabtretung in der Satzung.<sup>286</sup> Dies wird üblicherweise dadurch erreicht, dass auf die Voraussetzungen der Einziehung Bezug genommen wird.<sup>287</sup> Zu beachten ist, dass aufgrund der gleichen Anforderungen im Hinblick auf Kapitalerhaltung und -aufbringung beim Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die Gesellschaft eine Zwangsabtretung an die Gesellschaft zur Umgehung der Kapitalvorschriften nicht möglich ist.<sup>288</sup> Da umstritten ist, ob die Rechte des Gesellschafters bis zu seinem Ausscheiden durch Vollzug der Abtretung ruhen<sup>289</sup>, sollte insoweit ein Ruhen der Rechte ab dem Zugang der Aufforderung zur Abtretung in der Satzung explizit angeordnet werden.<sup>290</sup> Die im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Möglichkeit der Zwangsabtretung (gleich ob obligatorisch oder dinglich) begründet eine Nebenpflicht nach § 3 Abs. 2 GmbH, so dass auch Rechtsnachfolger hieran gebunden sind.<sup>291</sup> Während naturgemäß der in Erfüllung der Abtretungsverpflichtung noch zu schließende Abtretungsvertrag der notariellen Beurkundung nach § 15 Abs. 3 GmbHG bedarf, unterliegt der die Verpflichtung zur Zwangsabtretung begründende Beschluss nicht der notariellen Beurkundung nach § 15 Abs. 4 GmbHG, da die Voraussetzungen sich bereits aus der notariell beurkundeten Satzung ergeben.<sup>292</sup>

## b) Dingliche Varianten der Zwangsabtretung

### aa) Vorweggenommene Zwangsabtretung

Der Nachteil einer lediglich obligatorisch wirkenden Zwangsabtretungsklausel liegt offenkundig darin, dass diese noch unter Mitwirkung des auszuschließenden Gesellschafters vollzogen werden muss, was bei einer Weigerung des Gesellschafters ein gegebenenfalls langwieriges Gerichtsverfahren erfordert. Dieses Problem lässt sich zum einen durch eine in der Satzung vorweggenommene aufschiebend bedingte oder befristete Zwangsabtretung vermeiden.<sup>293</sup> Da das deutsche Recht keine Verträge zu Lasten Dritter kennt, hat diese Gestaltung allerdings den Nachteil, dass der Abtretungsempfänger Gesellschafter oder Rechtsnachfolger eines Gesellschafters sein muss, weil er nur dann selbst am Vertragsschluss beteiligt ist.<sup>294</sup> Eine entsprechende Gestaltung kommt also nur in dem seltenen Fall in Betracht, dass bereits bei Abfassung der Satzung feststeht, welcher Gesellschafter die der Einziehung unterliegenden Anteile erwerben soll.<sup>295</sup> Technisch handelt es sich bei einer echten Zwangsabtretung um eine auf die Fassung des Einziehungsbeschlusses aufschiebend bedingte Abtretung. Um dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz zu genügen, ist darauf zu achten, dass die Parteien der Abtretung und die abgetretenen Anteile genau bezeichnet sind.<sup>296</sup> Die Fassung des Einziehungsbeschlusses unterliegt nicht dem Formerfordernis der notariellen Beurkundung. Eines weiteren Vollzugs bedarf die Abtretung nicht.

### bb) Abtretungsermächtigung

Vor dem Hintergrund der genannten Anforderungen einer echten Zwangsabtretung empfiehlt es sich stattdessen, eine Verfügungsermächtigung nach § 185 BGB in der Satzung vorzusehen, die ebenfalls einen Selbstvollzug der Abtretung ermöglicht.<sup>297</sup> Mit der Abtretungsermächtigung räumt der auszuschließende Gesellschafter der Gesellschaft die unwiderrufliche Befugnis ein, unter den in der Satzung festgelegten Voraussetzungen, seinen Anteil an einen noch (in der Regel durch die Gesellschafterversammlung) näher zu bezeichnenden Dritten abzutreten.<sup>298</sup> Die Abtretungsermächtigung unterscheidet sich also von der echten Zwangsabtretung insbesondere dadurch, dass sie noch einen notariell beurkundeten Abtretungsvertrag vollzogen werden muss. Partei des Abtretungsvertrages sind einerseits die Gesellschaft und andererseits die noch zu benennende Abtretungsempfänger. Der Beschluss über die Zwangsabtretung unterliegt wiederum nicht der Formstrenge des § 15 Abs. 3 GmbHG.<sup>299</sup> Fraglich ist, ob der Gesellschafter bereits mit der wirklichen Abtretung aus der Gesellschaft ausscheidet oder erst mit Zugang der Mitteilung an ihn. Zum Schutze des Gesellschafters wird man verlangen müssen, dass der Gesellschafter erst mit der Mitteilung an ihn aus der Gesellschaft ausscheidet.<sup>300</sup> Hierfür spricht zum einen die Wertung des § 737 S. 3 BGB sowie der Umstand, dass für die Zwangsabtretung grundsätzlich die gleichen Voraussetzungen wie für die Einziehung gelten<sup>301</sup> und diese ein zweiaktiges Verfügungsgeschäft darstellt, das erst mit Zugang der Mitteilung an den Gesellschafter wirksam wird.<sup>302</sup> Um an dieser Stelle Unklarheiten zu vermeiden, sollte dies in der Satzung ausdrücklich erwähnt werden.

284 Ausführlich Baumann, a.a.O. (Fn. 273), S. 275 f.

285 Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 23.

286 Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 23.

287 Baumann, a.a.O. (Fn. 273), S. 275; ein Formulierungsbeispiel findet sich bspw. im Beck'schen Formularbuch/Haasen, a.a.O. (Fn. 42), Formular C.I.3. Wehrstedt/Füssenich, a.a.O. (Fn. 276), S. 702 weisen allerdings zu Recht darauf hin, dass bei der Formulierung insofern Genauigkeit gefragt ist, als dass nicht auch auf die ungeschriebenen Voraussetzungen der Einziehung verwiesen wird. So sollte nicht allgemein formuliert werden: „Statt der Einziehung, kann auch beschlossen werden . . .“, sondern: „Soweit ein Einziehungsgrund nach vorstehendem Absatz . . . vorliegt, kann auch beschlossen werden. . .“.

288 Baumann, a.a.O. (Fn. 273), S. 275.

289 Vgl. hierzu ausführlich Baumann, ebenda.

290 Baumann, ebenda.

291 Baumann, ebenda; MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 100.

292 Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 120.

293 Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7) § 34 Rn. 121; allgemein zur antizipierten Anteilsabtretung Heckschen/Heidinger/Heckschen, a.a.O. (Fn. 110), § 4 Rn. 194 f.

294 Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 121.

295 Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 121.

296 Heckschen/Heidinger/Heckschen, a.a.O. (Fn. 110) § 4 Rn. 200.

297 Baumann, a.a.O. (Fn. 273), S. 276; Ulmer/Habersack/Winter/Ulmer, a.a.O. (Fn. 7), § 34 Rn. 121; Wehrstedt/Füssenich, a.a.O. (Fn. 276), S. 702.

298 Ein Formulierungsbeispiel findet sich bspw. bei Wehrstedt/Füssenich, a.a.O. (Fn. 276), S. 702.

299 Anders wohl Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), § 13 Rn. 253.

300 Baumann, a.a.O. (Fn. 273), S. 276.

301 MüKo-GmbHG/Strohn, a.a.O. (Fn. 2), § 34 Rn. 100.

302 Vgl. hierzu oben D. I.

## Rheinische Pragmatik in Grundbuchsachen

– Zugleich Anmerkung zu OLG Köln vom 15. 9. 2011 – 2 Wx 54/10<sup>1</sup> –

von Notar Dr. Christian Kessler, Düren

*Sowohl die RNotZ wie auch die DNotZ haben die Entscheidung des OLG Köln zur grundbuchverfahrensrechtlichen Zustimmungsbedürftigkeit der Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch in Fällen, in denen die Eigentumsvormerkung bloß gutgläubig erworben und vor Vollzug der Auflassung der wahre Berechtigte im Grundbuch eingetragen wurde, ohne kritische Hinterfragung abgedruckt. Da die Entscheidung ebenso praktisch bequem wie falsch ist, soll sie hier nachträglich noch einmal beleuchtet werden.*

Der Entscheidungssachverhalt machte den Eindruck, als sei er aus einem Sachenrechtslehrbuch zum gutgläubigen Erwerb abgeschrieben. Er beweist wieder einmal, wie wichtig beim Verkauf durch Erben die Grundbuchberichtigung bzw. die Vorlage eines Erbscheins ist. Eine Eigentumswohnung war verkauft worden von zwei Schwestern, die als Erben der Wohnung im Grundbuch eingetragen waren. Im Grundbuch eingetragen wurde eine Vormerkung zugunsten des bei Eintragung gutgläubigen Käufers. Noch vor der Antragsstellung zum Eigentumswechsel ging beim Grundbuchamt ein Schreiben ein, wonach das Nachlassgericht um Rückgabe des Erbscheines zwecks Vermeidung dessen Kraftloserklärung gebeten hatte. Bei Antragsstellung war der Erbschein aber wohl noch nicht für kraftlos erklärt und das Grundbuch auch nicht berichtigt worden. Das Grundbuchamt hatte mittels einer Zwischenverfügung den Vormerkungsberechtigten dazu aufgefordert, die Eigentümerzustimmung des tatsächlich Berechtigten i. S. des § 888 Abs. 1 BGB beizubringen.

Obwohl nachstehend aufgezeigt werden wird, dass die Entscheidung in ihrer Begründung falsch ist, spricht einiges aus dem rudimentären Sachverhalt dafür, dass sie möglicherweise im Ergebnis sogar zutreffend ist. Nichts hat dies allerdings mit den vom Gericht angestellten Überlegungen zur Wirkung der Vormerkung, sondern vielmehr mit der Bedeutung des vom Nachlassgericht an das Amtsgericht gerichteten Schreibens zu tun. Angesichts der Ausgangssituation ist wohl davon auszugehen, dass es sich um das Rückgabeschreiben zur Herbeiführung der Einziehung des Erbscheines nach § 2361 BGB handelte. Wirksam wird die Einziehung dabei allerdings erst mit der tatsächlichen Rückgabe des Erbscheins an das Nachlassgericht und nicht etwa durch das bloße Schreiben. Auf diesen Gesichtspunkt kommt es allerdings auch nicht an. Denn durch die Einziehung des Erbscheins wird zwar der durch diesen gesetzte Rechtsscheinbestand beseitigt, der durch die unrichtige Eintragung im Grundbuch gesetzte Rechtsschein besteht aber weiter fort. Der Anknüpfungstatbestand für den gutgläubigen Erwerb, der Rechtsschein des Grundbuchs im Zeitpunkt der Antragsstellung nämlich, § 892 Abs. 2 BGB, wird erst durch die Berichtigung des Grundbuchs beseitigt. Diese stand hier allerdings weder als vom tatsächlichen Erben beantragte noch im Wege der Berichtigung von Amts wegen

erfolgte Eintragung im Raum. Ebenso wenig gegeben waren die Voraussetzungen des Amtswiderspruchs, da das Grundbuchamt bei Eintragung selbst ordnungsgemäß gearbeitet hatte. Worum ging es also bei der Verweigerung der Eintragung durch das Grundbuchamt? Es ist der alte Streit, inwieweit die Bösgläubigkeit des Grundbuchamtes selbst den gutgläubigen Rechtserwerb hindern kann. An anderer Stelle<sup>2</sup> habe ich ausführlich dargelegt, warum die von der herrschenden Auffassung in der Rechtsprechung<sup>3</sup> vertretene und von der herrschenden Meinung in der Literatur<sup>4</sup> abgelehnte Auffassung, wonach das Grundbuchamt daran gehindert sein soll, sehenden Auges an einem nur gutgläubigen Erwerb mitzuwirken, unzutreffend ist. In Erinnerung sei nur gerufen, dass der Gesetzgeber die Bestimmung des § 892 Abs. 2 BGB mit der ausdrücklichen Intention in das Gesetz aufgenommen hat, es allein auf die Gutgläubigkeit des Erwerbers zum Zeitpunkt der Antragstellung ankommen zu lassen.<sup>5</sup> Folgt man dieser Auffassung, dann war der Erwerber zum Zeitpunkt der Stellung seines Umschreibungsantrags hinsichtlich der Person des im Grundbuch eingetragenen Verkäufers immer noch gutgläubig, weshalb das Grundbuchamt zu vollziehen hatte. Die Ablehnung der Eintragung aufgrund der Bösgläubigkeit des Grundbuchamtes war damit fehlerhaft.

Das OLG Köln hat es allerdings nicht für notwendig erachtet, sich mit dieser Frage auseinanderzusetzen, da nach seiner Auffassung allein schon aufgrund der Stellung des Erwerbers als Inhaber einer gutgläubig erworbenen Vormerkung die Eintragung des Eigentumswechsels durch das Grundbuchamt hätte vorgenommen werden können. Damit geht das OLG Köln offensichtlich davon aus, dass selbst im Fall der erfolgten Grundbuchberichtigung die Eintragung des Eigentumswechsels hätte erfolgen können. Diese Überlegungen sind sowohl grundbuchverfahrensrechtlich wie auch materiellrechtlich falsch.

1 RNotZ 2011, 41; DNotZ 2011, 441.

2 Kessler, ZNotP 2004, 338.

3 BayObLGZ 1994, 66, 71 f.; KG DNotZ 1973, 301, 304; OLG Frankfurt, Rpfleger 1991, 361; OLG Karlsruhe NJW-RR 1998, 445; offen gelassen von BGH NJW 1986, 1687, 1688. Die vielfach in der Literatur fälschlich zitierte Entscheidung des BayObLGZ 1954, 97, 99, befasst sich mit § 878 BGB, nicht jedoch mit der hier in Rede stehenden Problematik des § 892 Abs. 2 BGB.

4 Böttcher, Rpfleger 1983, 187, 191; 1990, 486, 491; 1991, 272; Leenenbach, NJW 1999, 923; Rieger, BWNotZ 2001, 86 f.; Schmitz, JUS 1995, 245, 247; Ertl, MittBayNot 1975, 204; Rpfleger 1980, 41, 44; Eickmann, Rpfleger 1972, 77; Habscheid, ZJP 1977, 199; Rademacher, MittRhNotK 1983, 90.

5 „Man werde bei der Entscheidung der Frage zwei Gesichtspunkte im Auge zu behalten haben: einmal, daß der Schutz des guten Glaubens kein absolutes Prinzip sei, und daß er immer auf Kosten des materiellen Rechts gehe, andererseits, daß, wenn man einmal im Interesse des Verkehrs den guten Glauben schützen wolle, man dann auch soweit gehen müsse, als es das Bedürfnis des Verkehrs erfordere.“ (Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Band, 1899, S. 545).

Für die Entscheidung selber kann es nur auf die grundbuchverfahrensrechtliche Situation ankommen, da Gegenstand des Verfahrens nun einmal die Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung des Grundbuchamtes war. Nach Auffassung des OLG soll das Grundbuchamt verfahrensrechtlich die Eintragung des Eigentumswechsels vornehmen können, wenn einzige Legitimation die Einigungserklärung (die herrschende Meinung meint unrichtigerweise Eintragungsbewilligung<sup>6</sup>) des bis zum Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung Buchberechtigten ist. Verfahrensrechtlich zuständig sein kann immer nur derjenige, der im Grundbuch als Berechtigter des Rechts eingetragen ist. Die verfahrensrechtliche Zuständigkeit beim die Vormerkung Bewilligenden zu belassen, hieße ja, der Vormerkung die verfahrensrechtliche Komponente fortbestehender uneingeschränkter Verfügungsmacht beizumessen. Das Grundbuchamt kann schon gar nicht prüfen, ob eine Vormerkung wirksam gutgläubig erworben wurde oder nicht. Hinzu kommt aber, dass selbst für den Fall, dass die Vormerkung nicht gutgläubig, sondern vom Berechtigten erworben wurde, eine Verfügung der Zustimmung des Berechtigten bedarf. Da mag das OLG sich auf noch so viele andere OLG-Entscheidungen berufen können, der Gesetzgeber hat mit § 888 Abs. 1 BGB eine mehr als klare Anordnung getroffen. Dass das OLG sich für die Begründung seiner Entscheidung auch auf *Gursky* beruft,<sup>7</sup> dürfte ihm dieser wohl übelnehmen, da er in der entsprechenden Kommentierung – wenn auch eine Rn. weiter – genau die gegenteilige Auffassung vertritt.<sup>8</sup>

Obwohl dies für die Entscheidung der grundbuchverfahrensrechtlichen Frage keine Rolle spielt, will ich mir gleichwohl noch einen kurzen Ausflug ins materielle Recht und einen entsprechenden Hinweis erlauben. Man kann die Argumentation des OLG Köln nur so verstehen, dass es davon ausgeht, durch den gutgläubigen Erwerb der Vormerkung werde das fortbestehende Eigentum des Schuldners des Vorgemerkten Anspruchs fingiert. Nur wenn diese Überlegung nämlich zutrifft, kann ohne die nach dem Gesetz geforderte (meines Er-

achtens materiellrechtliche<sup>9</sup>) Zustimmung des tatsächlich Berechtigten das Recht erworben werden. Dem ist aber gerade nicht so. Der entgegen der Lage bei Eintragung (genauer wohl Antragstellung) der Vormerkung nunmehr Berechtigte am Grundstück ist dessen tatsächlicher Eigentümer. Daran ändert die in § 883 Abs. 2 BGB angeordnete relative Unwirksamkeit dessen Rechtserwerbs nichts. Die Vormerkung sichert nur die fortbestehende Erfüllungsfähigkeit des Anspruchsschuldners, die der tatsächlich Berechtigte durch seine Zustimmungserklärung i. S. des § 888 Abs. 1 BGB materiellrechtlich legitimiert und grundbuchverfahrensrechtlich vollzugsfähig macht. Schon die vom Berechtigten erworbene Vormerkung taugt deshalb nicht dazu, alleine die Zustimmungskompetenz im materiellen Sinne herzustellen. Wenn aber schon die vom Berechtigten erworbene Vormerkung nur dazu geeignet ist, dessen Erfüllungsfähigkeit auch über den Zeitpunkt des Verlustes der materiellen Verfügungsmacht hinaus zu erhalten, dann vermag auch die bloß gutgläubig erworbene Vormerkung nicht mehr zu tun. Auch in diesem Fall erhält die Vormerkung allein die Fähigkeit zur Erfüllung des vorgemerkten Anspruchs aufrecht. Ihrer materiell- und verfahrensrechtlichen Legitimation durch die Zustimmungserklärung des tatsächlich Berechtigten nach § 888 Abs. 1 BGB bedarf sie aber gleich wohl.

Die Entscheidung des OLG Köln erweist sich damit nur im Ergebnis als zutreffend. Schade ist es, dass wegen dieser falschen Begründung die Chance vertan wurde, sich mit der in der Rechtsprechung immer noch herrschend vertretenen Auffassung auseinanderzusetzen, wonach es für den gutgläubigen Erwerb eines Rechts auch der Gutgläubigkeit des Grundbuchamtes bei Vollzug des Eintragungsantrags bedarf.

6 Siehe dazu eingehend *Kessler* ZIP 2005, 176.

7 Es geht u m dessen Hinweise auf die Nachteile der Zustimmungspflicht für den wahren Berechtigten (*Staudinger/Gursky*, 13. Aufl. (Bearbeitung 2008), § 888 Rn. 72.

8 *Staudinger/Gursky*, 13. Aufl. (Bearbeitung 2008), § 888 Rn. 73.

9 *Kessler*, ZFIR 2007, 88.

## Das Familienheim in der notariellen Praxis

von Notarassessor Dr. Jörg Ihle, Troisdorf

### A. Einführung

Das selbstgenutzte Eigenheim stellt für viele Menschen nicht nur den wichtigsten Baustein ihrer Altersvorsorge dar. Es ist häufig auch der wertvollste Gegenstand ihres Vermögens. Das eigene Haus und dessen erbschaftsteuerfreier Übergang auf den Ehegatten, den Lebenspartner oder Kinder stehen regelmäßig im Zentrum der Überlegungen zur Nachfolgeplanung. Der Notar, der seine Klienten bei der Gestaltung von letztwilligen Verfügungen und Übergabeverträgen berät, sollte deshalb mit den im Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz vorgesehenen Steuerbefreiungen für das Familienheim und deren Handhabung vertraut sein. Dies gilt in verstärktem Maße, seitdem der Gesetzgeber im Zuge

des Erbschaftsteuerreformgesetzes 2009<sup>1</sup> erstmals in Gestalt des § 13 Abs. 1 Nrn. 4 b und 4 c ErbStG sachliche Befreiungsvorschriften für den Erwerb des Familienheims von Todes wegen geschaffen hat.

Mit dem vorliegenden Beitrag soll dem Notar ein Überblick über den praktischen Anwendungsbereich der erbschaftsteuerrechtlichen Befreiungsregelungen zum Familienheim und die sich daraus ergebenden Gestaltungsmöglichkeiten gegeben werden. Diese haben sich insbesondere an der Auslegung der Bestimmungen durch die Finanzverwaltung zu orientieren, die ihre

1 ErbStRG v. 24. 12. 2008, BGBl I 2008, 3018.



Sichtweise in gleich lautenden Ländererlassen veröffentlicht hat.<sup>2</sup>

## B. Gemeinsame objektbezogene Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Steuerbefreiungen für das Familienheim

Die Steuerbefreiungen gemäß § 13 Abs. 1 Nrn. 4 a–c ErbStG sind von Amts wegen zu berücksichtigen. Sie führen zu einer wertmäßig unbegrenzten Steuerfreistellung des begünstigten Zuwendungsgegenstandes.<sup>3</sup> Von der Steuer befreit bleibt auch der Erwerb eines Luxusanwesens. Eine Angemessenheitsprüfung durch das Finanzamt findet nicht statt.<sup>4</sup> Der persönliche Freibetrag nach § 16 ErbStG, der dem Erwerber im Verhältnis zum Erblasser oder Schenker zusteht, wird durch den begünstigten Übergang des Familienheims nicht geschmälert. Auch eine Zusammenrechnung mit anderen Erwerben von derselben Person innerhalb eines Zeitraums von zehn Jahren gemäß § 14 ErbStG scheidet aus.<sup>5</sup>

Kehrseite der vollständigen Steuerfreistellung ist freilich, dass die mit dem Familienheim wirtschaftlich zusammenhängenden Schulden und Lasten<sup>6</sup> bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Erwerbs nach § 10 Abs. 6 S. 1 ErbStG nicht abzugsfähig sind. Die Immobilie sollte deshalb möglichst schuldenfrei sein.<sup>7</sup> Sofern die Verbindlichkeiten den Steuerwert des Grundbesitzes ausnahmsweise übersteigen sollten, kann der Erwerber eine Berücksichtigung des Schuldenüberhangs im Erbfall nur erreichen, indem er eine unverzügliche Selbstnutzung der Wohnung vermeidet oder innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb, z. B. durch eine Veräußerung, gezielt den Nachsteuertatbestand des § 13 Abs. 1 Nrn. 4 b und 4 c S. 5 ErbStG auslöst.<sup>8</sup> Ein Verzicht auf die Steuerbefreiung durch Erklärung gegenüber der Finanzbehörde sieht das Gesetz hingegen nicht vor.<sup>9</sup>

## I. Räumlicher Geltungsbereich der Begünstigung

In europarechtskonformer Weise kann die Steuerfreistellung nach § 13 Abs. 1 Nrn. 4 a–c ErbStG für Objekte in Anspruch genommen werden, die in einem Mitgliedstaat der EU oder des Europäischen Wirtschaftsraums (EWS) belegen sind.<sup>10</sup> Diese geografische Ausdehnung der Begünstigung auf Auslandsimmobilien wirkt sich jedoch nur bei Bestehen einer (erweiterten) unbeschränkten Steuerpflicht in Deutschland nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG aus.<sup>11</sup> An dieser fehlt es, wenn sowohl der Erblasser/Schenker als auch der Erwerber im Inland weder ihren gewöhnlichen Aufenthalt noch einen (Zweit-)Wohnsitz haben und es sich bei den Beteiligten auch nicht um deutsche Staatsangehörige handelt, die sich erst seit weniger als fünf Jahren dauerhaft im Ausland aufhalten.<sup>12</sup> Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, kommt nur noch eine beschränkte Steuerpflicht gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG in Betracht. Sie ist gegenständlich auf das in § 121 BewG bezeichnete Inlandsvermögen begrenzt, zu dem kein Grundbesitz im Ausland zählt.

## II. Begünstigte Objekte

Sachlicher Gegenstand der Begünstigungen ist das sog. Familienheim. Darunter versteht das Gesetz<sup>13</sup> ein Ein- oder Zweifamilienhaus, ein Mietwohngrundstück, Wohnungs- oder Teileigentum, ein Geschäftsgrundstück oder ein gemischt genutztes Grundstück, soweit darin eine Wohnung zu eigenen Wohnzwecken genutzt wird. Nicht begünstigt ist ein Grundstück im Zustand der Bebauung (§ 196 BewG), bei dem mangels Bezugsfertigkeit eine Nutzung zu Wohnzwecken ausgeschlossen ist.<sup>14</sup>

Eine Mitbenutzung der Wohnung zu eigenen gewerblichen oder freiberuflichen Zwecken ist unschädlich, sofern die Wohnnutzung flächenmäßig überwiegt.<sup>15</sup> Allerdings soll sich die Steuerbefreiung bei einer entgeltlichen Mitbenutzung der Wohnung zu anderen als Wohnzwecken nach Ansicht der Finanzverwaltung<sup>16</sup> auf den der Wohnnutzung dienenden Teil beschränken. Entscheidend ist indes nicht, ob für die Nutzung zu gewerblichen oder sonstigen beruflichen Zwecken ein Entgelt zu entrichten ist. Abzustellen ist vielmehr allein auf die tatsächliche Nutzung der Wohnung.<sup>17</sup> In diese Richtung weist auch eine Entscheidung des BFH zu § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG a. F.<sup>18</sup> Danach ist ein von einem Ehegatten genutztes häusliches Arbeitszimmer der Wohnnutzung zuzurechnen, auch wenn dieses an den Arbeitgeber des Ehegatten vermietet ist.

Über die Nutzung zu eigenen Wohnzwecken hinaus wird verlangt, dass sich in der Wohnung der Mittelpunkt des familiären Lebens befindet.<sup>19</sup> Dies kann zum Zeitpunkt

2 Gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 25. 6. 2009 zur Anwendung der geänderten Vorschriften des ErbStG, insbesondere der Verschonungsregelungen der §§ 13 a, 13 b ErbStG, BStBl I 2009, 713, im Folgenden zitiert als „ErbSt-Erlass“.

3 Vgl. Meincke, 15. Aufl. 2009, § 13 ErbStG, Rn. 23; Jülicher, in: Troll/Gebel/Jülicher, 41. Aufl. 2011, § 13 ErbStG, Rn. 56.

4 Abschn. 3 Abs. 5 S. 3 ErbSt-Erlass.

5 Meincke, a.a.O. (Fn. 3), § 13 ErbStG, Rn. 23; Jülicher, a.a.O. (Fn. 3), § 13 ErbStG, Rn. 56.

6 Näher dazu Jüptner, in: Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter, 2. Aufl. 2010, § 10 ErbStG, Rn. 255 ff.; Jülicher, in: Troll/Gebel/Jülicher, 41. Aufl. 2011, § 10 ErbStG, Rn. 247 ff.

7 Reimann, ZEV 2010, 174, 175; Steiner, ErbStB 2010, 179.

8 Vgl. dazu auch Abschn. 1 Abs. 3 S. 3 ErbSt-Erlass.

9 Vgl. § 13 Abs. 3 S. 2 ErbStG.

10 Zum EWS gehören neben den Mitgliedstaaten der EU noch Island, Liechtenstein und Norwegen. Zur Europarechtswidrigkeit einer Regelung, die die Anwendung einer erbschaftsteuerrechtlichen Vergünstigung inländischem Vermögen vorbehält, vgl. EuGH (Rechtssache Jäger), ZEV 2008, 87 m. Anm. Gottschalk.

11 Siehe dazu auch Jülicher, ZEV 2009, 222, 223; Geck, ZEV 2008, 557, 558.

12 Näher zur Inländereigenschaft i. S. des § 2 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG Meincke, 15. Aufl. 2009, § 2 ErbStG, Rn. 6.

13 § 13 Abs. 1 Nrn. 4 a–c S. 1 ErbStG i. V. m. § 181 Abs. 1 Nrn. 1–5 BewG; vgl. auch Abschn. 3 Abs. 2 S. 1 ErbSt-Erlass.

14 Wachter, Die Immobilie im neuen Erbschaft- und Schenkungssteuerrecht, FS Spiegelberger, 2009, S. 524, 528.

15 Abschn. 3 Abs. 2 Sätze 8 und 9 ErbSt-Erlass; kritisch dazu Brüggemann, ErbBstg 2010, 187, 188.

16 Abschn. 3 Abs. 2 S. 10 ErbSt-Erlass.

17 So im Grundsatz auch Abschn. 3 Abs. 2 S. 3 ErbSt-Erlass; vgl. auch Söffing/Thonemann, ErbStB 2009, 325, 327.

18 BFH ZEV 2009, 257, 258.

19 Abschn. 3 Abs. 2 S. 4 ErbSt-Erlass; so auch R 43 Abs. 1 S. 1 ErbStR 2003; FG Münster, Urt. v. 18. 5. 2011, 3 K 375/09 Erb. n. rkr. (AZ: BFH: II R 35/11), zum alten Recht; kritisch dazu Schumann, DStR 2009, 197, 198; Jülicher, a.a.O. (Fn. 3), § 13 ErbStG, Rn. 61.

der Entstehung der Steuer gemäß § 9 ErbStG immer nur auf eine Wohnung zutreffen. Zweitwohnungen (von Berufspendlern), Ferien- und Wochenendhäuser sind folglich nicht als Familienheim anzusehen.<sup>20</sup> Durch Bezug einer neuen Wohnung nebst Verlagerung des familiären Lebensmittelpunktes in diese kann die Eigenschaft eines bebauten Grundstücks als Familienheim neu begründet werden. Theoretisch können auf diese Weise – in den Grenzen des § 42 AO – zeitlich nacheinander mehrere Immobilien steuerfrei auf einen Ehegatten übertragen werden, ohne dass ein „Objektverbrauch“ eintritt.<sup>21</sup>

Der Charakter als Familienheim bleibt auch dann erhalten, wenn Kinder oder andere Verwandte die Wohnung im Rahmen eines gemeinsamen Hausstandes mitbenutzen. Ob die Mitbenutzung der Räumlichkeiten unentgeltlich, aufgrund eines Mietverhältnisses oder eines dinglichen Wohnungsrechts erfolgt, spielt keine Rolle.<sup>22</sup> Nicht begünstigt ist dagegen eine separate Wohneinheit (beispielsweise eine Einliegerwohnung), die von Familienmitgliedern mit eigenem Hausstand genutzt wird.<sup>23</sup>

### III. Umfang der Befreiung bei gemischter Gebäudenutzung

Die Steuerbefreiungen gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 a–c ErbStG werden jeweils gewährt, *soweit* in dem Objekt eine Wohnung zu Wohnzwecken genutzt wird. Begünstigt ist daher nicht die gesamte wirtschaftliche Einheit, sondern nur der Anteil des Grundstückswerts, der auf die selbstgenutzte Wohnung entfällt.<sup>24</sup> Die grundbuchrechtliche Aufteilung eines gemischt genutzten Grundstücks in Wohnungs- und Teileigentum, wie von der Finanzverwaltung zur Bildung einer begünstigten Eigentumswohnung noch unter Geltung des § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG a. F. gefordert,<sup>25</sup> ist nicht mehr notwendig. Allerdings muss es sich bei der Wohnung – der Legaldefinition des Wohnungsbegriffs in § 181 Abs. 9 BewG zufolge – um eine von den übrigen Räumen des Gebäudes baulich getrennte, in sich abgeschlossene Einheit handeln.<sup>26</sup> An der Abgeschlossenheit der Wohneinheit fehlt es beispielsweise, wenn sich in dem Objekt noch eine fremdvermietete Einheit befindet und beide Einheiten nur über einen gemeinsamen Zugang verfügen.

Die Aufteilung zwischen dem steuerbefreiten Wohnteil und dem Rest des Gebäudes richtet sich nach dem Verhältnis der Wohn- und Nutzfläche des bebauten Grundstücks zum Bewertungsstichtag.<sup>27</sup> Der Wohnfläche sind dabei auch Nebenräume wie Keller oder Dachböden oder eine auf dem Grundstück befindliche Garage zuzurechnen.<sup>28</sup> Der von der Finanzverwaltung angewandte Aufteilungsmaßstab nach Wohn-/Nutzflächen ist für den Steuerpflichtigen speziell bei Objekten mit vermieteten Gewerbeeinheiten vorteilhaft, deren Mieten über denen von zu Wohnzwecken vermieteten Immobilien liegen.<sup>29</sup>

Was alles zur maßgeblichen wirtschaftlichen Einheit des bebauten Grundstücks i. S. der §§ 2, 70, 180 BewG gehört, bestimmt sich nach der Verkehrsanschauung, nicht nach Zivilrecht.<sup>30</sup> Danach können auch andere Flurstücke, die nicht mit dem Familienheim bebaut sind,

(anteilig) in den Genuss der Steuerbefreiung gelangen.<sup>31</sup> Gleiches gilt für Miteigentumsanteile an einem Flurstück (z. B. einem Garagengrundstück), das gemeinsam mit dem Hauptgrundstück genutzt wird.<sup>32</sup>

#### Beispiel 1:

*M ist Eigentümer eines Mietwohngrundstücks mit einem Gebäudeertragswert von € 800 000. In dem Gebäude befinden sich insgesamt sechs Wohnungen. M nutzt eine Wohnung von 120 qm selbst; die übrigen fünf Wohnungen in einer Größe von jeweils 104 qm sind vermietet.*

#### Berechnung des Wertes des Familienheims:

$120 \text{ qm} (= \text{Wohnfläche Familienheim}) : 640 \text{ qm} (= \text{Gesamtwohnfläche}) \times 100 = 18,75 \%$

$18,75 \% \text{ von } € 800 000 = € 150 000$

Die gesamte Wohn-/Nutzfläche des Grundstücks und die Wohnfläche des Familienheims werden von dem Lagefinanzamt, das auch für die Feststellung des Grundbesitzwertes zuständig ist, ermittelt und dem nach § 35 ErbStG für die Steuerfestsetzung zuständigen Finanzamt mitgeteilt.<sup>33</sup>

### C. Lebzeitige Zuwendungen des Familienheims unter Ehegatten

§ 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG stellt bestimmte lebzeitige Zuwendungen des Familienheims unter Ehegatten und eingetragenen Lebenspartnern von der Schenkungssteuer frei.<sup>34</sup> Der entscheidende Vorzug einer lebzeitigen Übertragung des Familienheims gegenüber einer letztwilligen Zuwendung ist, dass die Gewährung der Steuerbefreiung nicht an eine Nutzungs- bzw. Behaltensfrist geknüpft ist. Eine spätere Veräußerung des Grundstücks oder eine Nutzungsänderung lösen prinzipiell keine Nachsteuer aus. Das FG Rheinland-Pfalz<sup>35</sup> verlangt allerdings – über die tatsächliche Nutzung des

20 Meincke, a.a.O. (Fn. 3), § 13 ErbStG, Rn. 20; Tiedtke/Schmitt, NJW 2009, 2632; Viskorf, in: Viskorf/Knobel/Schuck, 3. Aufl. 2009, § 13 ErbStG, Rn. 39; offen gelassen von BFH ZEV 2009, 257, 258.

21 Allg. Ansicht, vgl. nur Bauer/Wartenburger, MittBayNot 2010, 175, 176; Steiner, ErbStB 2010, 179, 180; Abschn. 3 Abs. 5 S. 4 ErbSt-Erlass.

22 Vgl. BFH ZEV 2009, 257, 258.

23 Söffing/Thonemann, ErbStB 2009, 325, 327.

24 Abschn. 3 Abs. 2 S. 7 ErbSt-Erlass.

25 Vgl. R 43 Abs. 1 Sätze 5 ff. ErbStR 2003; Hardt, ZEV 2004, 408, 409 f.; a. A. jedoch BFH ZEV 2009, 257, 258.

26 Wie hier Stöckel, NWB 2010, 216, 221; vgl. auch BFH ZEV 2009, 257, 258; a. A. Tiedtke/Schmitt, NJW 2009, 2632, 2635.

27 Abschn. 3 Abs. 2 S. 13 ErbSt-Erlass; so zum alten Recht auch BFH ZEV 2009, 257, 258. Maßgeblich ist die Berechnung der anteiligen Wohnfläche nach der Wohnflächenverordnung v. 25. 11. 2003, BGBl I 2003, 2346.

28 Kobor, in: Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter, 2. Aufl. 2010, § 13 ErbStG, Rn. 30; Tiedtke/Schmitt, NJW 2009, 2632, 2635; Wachter, a.a.O. (Fn. 14), S. 524, 527; so auch zu § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG a. F. R 43 Abs. 1 S. 9 ErbStR 2003.

29 Vgl. dazu auch Brüggemann, ErbStg 2010, 187, 188.

30 Vgl. § 2 Abs. 2 S. 3 BewG.

31 In diesem Sinne auch Jülicher, a.a.O. (Fn. 3), § 13 ErbStG, Rn. 57.

32 Zur bewertungsrechtlichen Einbeziehung solcher Grundstücksanteile siehe § 157 Abs. 3 S. 2 BewG.

33 Abschn. 3 Abs. 2 S. 14 ErbSt-Erlass.

34 Wenn im Folgenden von Ehegatten gesprochen wird, gilt dies sinngemäß auch für eingetragene Lebenspartner.

35 ZEV 1999, 244.

Hausgrundstücks zu eigenen Wohnzwecken zum schenkungsteuerlichen Stichtag hinaus –, dass der begünstigte Ehegatte eine auf ein Selbstbewohnen gerichtete Nutzungsabsicht hat. Deren Fehlen könne vermutet werden, wenn das Objekt schon kurze Zeit nach der Zuwendung anderen Nutzungen zugeführt werde. Eine solche Handlungsweise lässt zumindest auf einen Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten i. S. des § 42 AO schließen,<sup>36</sup> sofern die Eheleute keine triftigen außersteuerlichen Gründe für die Aufgabe der Selbstnutzung oder die Veräußerung des Grundstücks anführen können.<sup>37</sup>

## I. Begünstigte Gestaltungen

Der Hauptanwendungsfall einer begünstigten Zuwendung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG ist aus notarieller Sicht die Übertragung von Allein- oder Miteigentum an dem Grundstück von einem Ehegatten auf den anderen. Dem gleichgestellt ist der Kauf eines bebauten Grundstücks oder die Errichtung eines Familienheims aus Mitteln eines Ehegatten bei gleichzeitiger Begründung einer Miteigentümerstellung für den anderen Ehepartner oder aus Mitteln, die dem erwerbenden/herstellenden Ehegatten ganz oder überwiegend von dem zuwendenden Ehepartner überlassen wurden (mittelbare Grundstücksschenkung).<sup>38</sup>

Die Zuwendung des Familienheims bleibt auch dann steuerfrei, wenn sich der veräußernde Ehegatte zu seiner Absicherung ein dingliches Nutzungsrecht an dem Objekt (Nießbrauch oder Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB) vorbehält.<sup>39</sup> § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG ist ferner anwendbar, wenn die Übertragung zwischen den Ehegatten nur teilweise unentgeltlich erfolgt (gemischte Schenkung) oder eine Schenkung unter Auflage vorliegt.<sup>40</sup> Begünstigt ist auch die Zuwendung des Familienheims an den anderen Ehegatten mit einer Weitergabeklausel, die den Empfänger verpflichtet, das Grundstück nach längerer Zeit, bei Eintritt eines bestimmten Ereignisses oder bei seinem Tod auf einen Dritten (z. B. ein Kind) zu übertragen.<sup>41</sup> Gleiches gilt für eine steuerlich anerkannte Kettenschenkung, bei der der bedachte Ehegatte das Zuwendungsobjekt kraft eigenen Entschlusses unter Ausnutzung eines ihm rechtlich und tatsächlich zustehenden Entscheidungsspielraums an den Letzterwerber weiterschwenkt.<sup>42</sup>

Die Steuerbefreiung wird ferner gewährt, wenn ein Ehegatte den anderen von eingegangenen Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit der Anschaffung oder Herstellung des Familienheims freistellt. Begünstigt ist gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 a S. 2 ErbStG schließlich auch die Übernahme nachträglicher Herstellungs- oder Erhaltungsaufwendungen, z. B. für den An- oder Umbau des Familienheims, durch einen Ehepartner, von der der andere Ehegatte als Allein- oder Miteigentümer profitiert.<sup>43</sup>

### 1. Erwerb des Familienheims in GbR

Erbschaftsteuerrechtlich sind nach der Rechtsprechung des BFH<sup>44</sup> bei der Übertragung eines Grundstücks auf eine GbR ungeachtet deren zivilrechtlicher (Teil-) Rechtsfähigkeit<sup>45</sup> nicht die Gesellschaft, sondern ihre

Gesellschafter als Erwerber anzusehen. Ihnen wird der Erwerb durch die GbR<sup>46</sup> nach dem Verhältnis ihrer Anteile am Gesamthandvermögen als eigener Erwerb zugerechnet. Konsequenz dieses Transparenzprinzips ist, dass es für die Feststellung der Besteuerungsmerkmale bei Zuwendungen von oder an eine GbR immer auf die persönlichen Verhältnisse der an der Gesamthand beteiligten Gesellschafter ankommt.<sup>47</sup> Folgerichtig müsste auch der Erwerb des Familienheims durch einen Ehegatten nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG begünstigt sein, den dieser dadurch verwirklicht, dass der andere Ehegatte den zuvor in seinem Alleineigentum stehenden Grundbesitz in eine zwischen den Eheleuten bestehende GbR einbringt.<sup>48</sup> Gleiches gilt, wenn ein Ehegatte zu Lebzeiten aus der GbR ausscheidet und dem verbleibenden Ehepartner dadurch das Gesellschaftsvermögen samt Familienheim anwächst.<sup>49</sup> Wird die Grundbesitz-GbR dagegen gemäß § 727 Abs. 1 BGB durch den Tod eines Gesellschafter-Ehegatten aufgelöst, ist der Anwachsungserwerb des überlebenden Ehepartners als Schenkung auf den Todesfall i. S. des § 3 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 ErbStG zu qualifizieren.<sup>50</sup> Ein solcher Erwerb bleibt nur unter den engen Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 Nr. 4 b ErbStG bzw. – im Fall eines Anteilsübergangs auf Kinder des Erblassers – nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG erbschaftsteuerfrei.

Zu beachten ist allerdings, dass die Begünstigung einer über das Gesamthandvermögen einer Personengesellschaft vermittelten Familienheimzuwendung bislang weder durch eine Stellungnahme der Finanzverwaltung,

36 Vgl. Viskorf, a.a.O. (Fn. 20), § 13 ErbStG, Rn. 43; Tiedtke/Schmitt, 2009, § 13 ErbStG, Rn. 90; Geck, ZEV 1996, 107, 109; siehe auch Abschn. 3 Abs. 5 S. 6 ErbSt-Erlass.

37 A. A. Wachter, a.a.O. (Fn. 14), S. 524, 531 f., der die Möglichkeit eines Gestaltungsmissbrauchs in diesen Fällen generell verneint.

38 Vgl. dazu Abschn. 3 Abs. 4 Nrn. 2 und 3 ErbSt-Erlass; Kober, a.a.O. (Fn. 28), § 13 ErbStG, Rn. 32. Für die Annahme einer mittelbaren Grundstücksschenkung reicht es aus, wenn die Zusage des Geldbetrags nachweislich vor Abschluss des Kaufvertrags gegeben und der Geldbetrag dem beschenkten Ehegatten bis zur Tilgung des Kaufpreises zur Verfügung gestellt wird, vgl. R 16 Abs. 1 S. 4 bis 6 ErbStR 2003; BFH NJW 2005, 2256; eingehend zu den unterschiedlichen Varianten einer mittelbaren Grundstücksschenkung Moench/Albrecht, Erbschaftsteuerrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 550 ff.

39 Jülicher, a.a.O. (Fn. 3), § 13 ErbStG, Rn. 65; ders., ZErB 2001, 189, 191; Kapp/Ebeling, Loseblatt (Stand: Dezember 2009), § 13 ErbStG, Rn. 38.4.

40 Zur Abgrenzung und schenkungsteuerlichen Behandlung einer gemischten Schenkung und einer Schenkung unter Auflage vgl. Meincke, 15. Aufl. 2009, § 7 ErbStG, Rn. 27 ff., 33 ff.; Fischer, in: Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter, 2. Aufl. 2010, § 7 ErbStG, Rn. 330 ff., 360 ff.

41 Für die Besteuerung der Zuwendung an den Dritten ist dabei dessen Verhältnis zum ursprünglichen Schenker und nicht zum Beschenkten (= Auflagenbeschwerten) maßgeblich, vgl. BFH Mitt-BayNot 1994, 67.

42 Grundlegend dazu BFH RNotZ 2005, 377.

43 Siehe auch Abschn. 3 Abs. 4 Nr. 5 ErbSt-Erlass; Jülicher, a.a.O. (Fn. 3), § 13 ErbStG, Rn. 66.

44 BFH DNotZ 1995, 300.

45 Vgl. BGH DNotZ 2001, 234; DNotZ 2009, 115.

46 Gleiches gilt für den Erwerb durch andere Personengesellschaften wie eine OHG oder KG.

47 Vgl. nur Meincke, 15. Aufl. 2009, § 1 ErbStG, Rn. 7.

48 So auch Reimann, ZEV 2010, 174, 176; Steiner, ErbStB 2010, 179, 180.

49 Zur Anwachsung des Gesellschaftsvermögens einer zweigliedrigen BGB-Gesellschaft durch Vereinbarung der Gesellschafter vgl. BGH NJW-RR 1993, 1443; zur Steuerbarkeit dieses Vorgangs nach § 7 Abs. 7 ErbStG vgl. BFH MittRhNotK 1992, 252.

50 Vgl. R 7 Abs. 2 ErbStR 2003.



noch durch eine Gerichtsentscheidung abgesichert ist. Eine gegenteilige Auffassung könnte insbesondere auf den Wortlaut des § 13 Abs. 1 Nr. 4 a S. 1 ErbStG verweisen, der voraussetzt, dass dem anderen Ehegatten (Allein-)Eigentum oder Miteigentum an dem Grundstück verschafft wird. In der Praxis sollten Zuwendungen deshalb nach Möglichkeit ohne Umweg über das Gesellschaftsvermögen vorgenommen werden.<sup>51</sup>

## 2. Güterstand

Für die Anwendbarkeit der Steuerbefreiung ist der Güterstand der Eheleute unerheblich.<sup>52</sup> Gleichwohl sollten die güterrechtlichen Folgen einer lebzeitigen Zuwendung des Familienheims an den anderen Ehegatten auch mit Blick auf ihre erbschaftsteuerlichen Konsequenzen in der Urkunde geregelt werden. Leben die Eheleute im Güterstand der Gütertrennung, kommt dem Zuwendungsempfänger der Vorteil aus der steuerfreien Schenkung des Familienheims stets in vollem Umfang zugute.<sup>53</sup> Anders verhält es sich dagegen, wenn für die Ehe das Recht der Zugewinnngemeinschaft gilt und der Wert der Grundstückszuwendung gemäß § 1380 BGB auf die Zugewinnausgleichsforderung des überlebenden Ehegatten angerechnet wird. Die darin liegende Vorausleistung auf den Zugewinnausgleichsanspruch kann dazu führen, dass sich der nach § 5 ErbStG steuerfreie Ausgleichsanspruch um den halben Wert der Zuwendung mindert. Der Gesamterwerb des überlebenden Ehegatten aus der Zuwendung des Familienheims und der (verringerten) Zugewinnausgleichsforderung entspricht dann betragsmäßig der Ausgleichsforderung, die dem überlebenden Ehegatten ohne die Zuwendung des Familienheims zustünde.<sup>54</sup>

Um die mit einem Vorausempfang nach § 1380 BGB oftmals einhergehende Kürzung der Zugewinnausgleichsforderung zu verhindern, kann im Übertragungsvertrag die Anrechnung der Zuwendung auf einen Zugewinnausgleichsanspruch des empfangenden Ehegatten ausgeschlossen werden. Der Erwerb der dadurch erhöhten Ausgleichsforderung bleibt im Falle eines güterrechtlichen Zugewinnausgleichs nach § 5 Abs. 2 ErbStG steuerfrei.<sup>55</sup> M. E. gilt dies auch beim erbrechtlichen Zugewinnausgleich gemäß § 5 Abs. 1 ErbStG. Denn die Anordnung, dass eine Anrechnung auf die Ausgleichsforderung des Zuwendungsempfängers nach § 1380 BGB nicht erfolgen soll, stellt keine von den gesetzlichen Bestimmungen des BGB abweichende güterrechtliche Vereinbarung dar, die nach § 5 Abs. 1 S. 2 ErbStG bei der Berechnung des Freibetrags außer Betracht zu bleiben hat.<sup>56</sup>

Eine andere Möglichkeit ist die Vornahme einer echten Schenkung zwischen den Eheleuten. Mit dieser kann die Anrechnung der Familienheimzuwendung auf einen Zugewinnausgleichsanspruch des Zuwendungsempfängers verhindert werden, und zwar unabhängig davon, aus welchem Grund die Zugewinnngemeinschaft beendet wird.

*Formulierungsvorschlag für eine echte Schenkung des Familienheims:*

*„Eine Anrechnung der Schenkung auf einen etwaigen Zugewinnausgleichsanspruch der Erwerberin soll nicht*

*erfolgen. Vielmehr soll der auf die Ehefrau übertragene Grundbesitz bei einem Zugewinnausgleich in keiner Weise berücksichtigt werden, und zwar weder bei lebzeitiger Beendigung des Güterstandes, gleichgültig aus welchem Rechtsgrund, noch bei Beendigung des Güterstandes durch den Tod eines Ehegatten. Der hier übertragene Grundbesitz soll also weder bei der Berechnung des Anfangsvermögens noch bei der Berechnung des Endvermögens eines Ehepartners berücksichtigt werden, und zwar auch dann nicht, wenn sich ein negativer Betrag ergibt. Gleiches gilt für Wertsteigerungen oder Wertminderungen des Grundbesitzes.“*

## 3. Maßgeblichkeit der Verhältnisse zum Ausführungszeitpunkt der Zuwendung

Bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG gegeben sind, kommt es gemäß § 11 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Ausführung der Zuwendung an.<sup>57</sup> Eine Grundstücksschenkung als Hauptfall einer steuerbefreiten Familienheimzuwendung ist bereits dann ausgeführt, wenn die Auflassung beurkundet wurde und der Beschenkte aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen und der Erteilung der Eintragungsbewilligung durch den Schenker in die Lage versetzt wird, jederzeit den Eintritt der Rechtsänderung durch einen Antrag beim Grundbuchamt herbeizuführen.<sup>58</sup> Zu diesem Zeitpunkt muss die Ehe zwischen den Beteiligten bestehen und das betreffende Objekt die Eigenschaften eines Familienheims erfüllen.

Daraus folgt, dass die Ehe nicht unbedingt schon vor der Anschaffung oder Herstellung der Immobilie geschlossen worden sein muss. Dies gilt nicht nur für den Fall einer späteren Übertragung des Eigentums oder eines Miteigentumsanteils an dem Familienheim, sondern auch für die gleichermaßen begünstigte Freistellung des anderen Ehegatten von eingegangenen Verbindlichkeiten im Zusammenhang mit dem Erwerb des Familienheims.<sup>59</sup>

### Beispiel 2:

*M gewährt seiner Lebensgefährtin E zum Kauf eines gemeinsam zu Wohnzwecken genutzten Objekts ein Darlehen. Nach Eheschließung erlässt M seiner Ehefrau E das Darlehen.*

51 Z. B. die Zuwendung eines Miteigentumsanteils an den anderen Ehepartner vor Übertragung des Objekts auf die Familien-GbR, vgl. Reimann, ZEV 2010, 174, 176.

52 Abschn. 3 Abs. 5 S. 1 ErbSt-Erlass; Kobor, a.a.O. (Fn. 28), § 13 ErbStG, Rn. 32; Tiedtke/Schmitt, a.a.O. (Fn. 36), § 13 ErbStG, Rn. 104 m. w. N.

53 Jülicher, ZErB 2001, 189, 193.

54 Götz, in: Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter, 2. Aufl. 2010, § 5 ErbStG, Rn. 39; Jülicher, ZErB 2002, 245, 251.

55 Die steuerlichen Grenzen der Gestaltungsfreiheit werden im Rahmen des güterrechtlichen Ausgleichs erst überschritten, wenn einem Ehegatten eine „überhöhte“ Ausgleichsforderung verschafft wird, so BFH DB 1989, 1954; näher dazu Weinmann: in Moench/Kien-Hümbert/Weinmann, Loseblatt (Stand: März 2010) § 5 ErbStG, Rn. 63 f.

56 So auch Jülicher, ZErB 2002, 189, 193; kritisch dagegen Meincke, 15. Aufl. 2009, § 5 ErbStG, Rn. 19.

57 BFH ZEV 2009, 257, 258.

58 Vgl. nur BFH RNotZ 2005, 246 m. w. N.

59 Vgl. BFH NJW-RR 2011, 441.

*Die in dem Darlehensverzicht liegende Schenkung unter Lebenden ist gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG steuerfrei, da M und E zum Zeitpunkt des Schulderrlasses miteinander verheiratet sind.*

Durch die Rechtsprechung des BFH<sup>60</sup> ist außerdem geklärt, dass die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 a EStG auch dann eingreift, wenn das Familienheim im Übertragungszeitpunkt wegen Getrenntlebens der Ehegatten nur noch von dem Empfänger der Zuwendung (ggf. zusammen mit einem Kind) bewohnt wird.<sup>61</sup> Etwas anderes dürfte allerdings gelten, wenn das übertragene Objekt erst nach der Trennung von dem zuwendenden Ehegatten erworben wurde und somit zu keinem Zeitpunkt den Mittelpunkt des familiären Lebens gebildet hat.<sup>62</sup>

Ist Gegenstand der Schenkung nach der Schenkungsabrede oder dem Willen des Zuwendenden ein Grundstück in vollständig bebautem Zustand, muss die Ehe spätestens zum Zeitpunkt der Übertragung des Grundstücks und Fertigstellung des Gebäudes geschlossen worden sein.<sup>63</sup> Soll dem Bedachten ein Grundstück mit einem vollständig sanierten und renovierten Gebäude verschafft werden, muss die Ehe Bestand haben, wenn die Sanierungs- und Renovierungsarbeiten abgeschlossen sind.<sup>64</sup>

Zweifelhaft ist, ob auch die Schenkung eines bebauten Grundstücks begünstigungsfähig ist, das bei Ausführung der Zuwendung von den Ehegatten tatsächlich noch nicht zu eigenen Wohnzwecken genutzt wird, weil es zuvor noch renoviert werden soll. Ein Teil der Literatur bejaht in diesen Fällen die Möglichkeit einer Steuerbefreiung, wenn die Eigennutzung im Zuwendungszeitpunkt ernsthaft geplant ist und mit ihr unverzüglich nach Anschaffung oder Herstellung des Objekts begonnen wird.<sup>65</sup> Andere Stimmen verweisen darauf, dass die Norm – anders als die Steuerbefreiungen nach § 13 Abs. 1 Nrn. 4 a und 4 b ErbStG – keine Ausnahme von dem Gebot der Selbstnutzung vorsieht.<sup>66</sup> Diese enge Interpretation erscheint jedoch unter Berücksichtigung der vom Gesetzgeber verfolgten doppelten Zielsetzung der Vorschrift nicht überzeugend. Nach der Gesetzesbegründung zum Erbschaftsteuerreformgesetz 2009<sup>67</sup> dient die Regelung zur Steuerfreistellung von Wohneigentum für Ehegatten zum einen dem Schutz des gemeinsamen familiären Lebensraums. Zum anderen soll das „Familiengebrauchsvermögen“ vor dem Hintergrund der Finanzmarktentwicklung des Jahres 2008 in Grundvermögen gelenkt werden, um es „krisenfest“ in seinem Wert zu erhalten.<sup>68</sup> Dies spricht dafür, eine geplante Nutzung des Objekts zu eigenen Zwecken, die unverzüglich nach Ausführung der Zuwendung in die Tat umgesetzt wird, genügen zu lassen. Überdies erfüllt ein Objekt zum Zeitpunkt des Kaufs aus Mitteln eines Ehegatten unter Einräumung einer Miteigentümerstellung des anderen Ehegatten vor Bezug streng genommen auch noch nicht die Kriterien für das Vorliegen eines Familienheims, ohne dass die Finanzverwaltung die Begünstigung einer solchen Zuwendung deshalb in Frage stellt.<sup>69</sup> Vorsorglich sollten jedoch entsprechende Zuwendungen bis zur Klärung der Rechtslage erst dann ausgeführt werden, wenn das Objekt tatsächlich als Familienheim genutzt wird.<sup>70</sup>

Beispiel 3:

*Die Eheleute M und E wollen mit den Mitteln des M eine sanierungsbedürftige Immobilie zu gleichen Miteigentumsanteilen erwerben. Der Einzug soll erst nach Abschluss der Sanierungsarbeiten stattfinden.*

*Um sicher die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG zu erhalten, kann M seiner Ehefrau zunächst ein (verzinsliches) Darlehen zum Kauf des Miteigentumsanteils gewähren. Nach Bezug des neuen Familienheims kann M gegenüber E auf die Rückzahlung des Darlehens (nebst Zinsen) verzichten.*

#### 4. Rückforderungsrechte

##### a) Freies Widerrufsrecht

Anstelle der üblichen Rückforderungsrechte für den Fall des Verstoßes gegen ein Verfügungs- und Belastungsverbot, der Insolvenz des bedachten Ehepartners, der Anordnung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in den Zuwendungsgegenstand, der Stellung eines Scheidungsantrags und des groben Undanks kann im Übergabevertrag auch ein freies Widerrufsrecht für den Schenker vereinbart werden.<sup>71</sup> Der Bedachte wird dadurch an der freien Verfügung über das Grundstück nicht gehindert. Ein freier Widerrufsvorbehalt steht daher der Annahme einer freigebigen Zuwendung i. S. des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG als taugliche Grundlage eines nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG privilegierten Erwerbs nicht entgegen.<sup>72</sup> An dieser Beurteilung ändert sich auch nichts, wenn der Zuwendungsempfänger den Zuwendenden unwiderruflich und über den Tod hinaus bevollmächtigt, den Grundbesitz jederzeit auf sich selbst zurückzuübertragen.<sup>73</sup>

##### b) Vorversterben des bedachten Ehegatten

Ein Rückerwerb des Familienheims von Todes wegen durch den zuwendenden Ehegatten ist nur unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 Nr. 4 b ErbStG steuerfrei. Deshalb sollte dem Schenker unbedingt auch ein Rückforderungsrecht für den Fall

60 BFH ZEV 2009, 257, 258.

61 So auch Kobor, a.a.O. (Fn. 28), § 13 ErbStG, Rn. 31; Meincke, a.a.O. (Fn. 3), § 13 ErbStG, Rn. 20 a; Viskorf, a.a.O. (Fn. 20), § 13 ErbStG, Rn. 39, 46; a. A. Tiedtke/Schmitt, a.a.O. (Fn. 36), § 13 ErbStG, Rn. 113; Götz, FamRB 2005, 185, 186.

62 In diesem Sinne auch FG Berlin DStRE 2004, 217; Schumann, DStR 2009, 197, 199; Schlünder/Geißler, DStR 2006, 260, 261.

63 Vgl. dazu auch BFH MittBayNot 2010, 243 m. Anm. Grund.

64 Vgl. dazu BFH ZEV 2005, 34.

65 Vgl. Jülicher, a.a.O. (Fn. 3), § 13 ErbStG, Rn. 63; Kapp/Ebeling, a.a.O. (Fn. 39), § 13 ErbStG, Rn. 38.1; Weinmann, ZEV 1995, 321, 323.

66 Hübner/Tremel, Erbschaftsteuerreform 2009, 2009, S. 459 f.; Griesel, in: Daragan/Halaczinsky/Riedel, 2010, § 13 ErbStG, Rn. 40; ablehnend auch Tiedtke/Schmitt, a.a.O. (Fn. 36), § 13 ErbStG, Rn. 114.

67 Vgl. Begründung des Finanzausschusses zu § 13 Abs. 1 Nrn. 4 b und c ErbStG, BT-Drucks. 16/11107, S. 2.

68 Kritisch zu dieser Rechtfertigung der Steuerbefreiung aus verfassungsrechtlicher Sicht Steiner, ErbStB 2009, 123; N. Mayer, ZEV 2009, 439, 440; Viskorf, a.a.O. (Fn. 20), § 13 ErbStG, Rn. 49.

69 Vgl. Abschn. 3 Abs. 4 Ziff. 2 ErbSt-Erlass.

70 In diesem Sinne auch Jülicher, a.a.O. (Fn. 3), § 13 ErbStG, Rn. 63; Viskorf, a.a.O. (Fn. 20), § 13 ErbStG, Rn. 41, der von einer mittelbaren Schenkung des Familienheims abträt.

71 Zur Pfändbarkeit eines solchen Rechts vgl. BGH RNotZ 2003, 391.

72 Vgl. BFH NJW-RR 2008, 709; Wachter, a.a.O. (Fn. 14), S. 524, 531.

73 Vgl. BFH MittRhNotK 1990, 89; Meincke, a.a.O. (Fn. 40), § 7 ErbStG, Rn. 54.

des Vorversterbens des Beschenkten eingeräumt werden.<sup>74</sup> Die Erfüllung eines Rückgewähranspruchs durch den Beschenkten bzw. dessen Erben führt zu keiner Bereicherung des Schenkers,<sup>75</sup> so dass die Rückauflassung des Grundbesitzes an ihn ohne Nachsteuervorbehalt steuerfrei bleibt. Das setzt aber voraus, dass das Familienheim aufgrund eines von vornherein im Übertragungsvertrag vereinbarten Rückforderungsrechts herauszugeben ist.<sup>76</sup>

Bei der Einsetzung des Schenkers zum Alleinerben des bedachten Ehegatten stellt sich das Problem, dass das Rückforderungsrecht zivilrechtlich aufgrund Konfusion erlischt und daher vom Schenker nach dem Tod seines Ehepartners nicht mehr geltend gemacht werden kann. Erbschaftsteuerrechtlich wird in § 10 Abs. 3 ErbStG zwar der Fortbestand von Rechtsverhältnissen fingiert, die infolge Erbanfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit erlöschen. Auf diese Weise wird u. a. der Abzug einer Forderung des Erben gegen den Erblasser als Nachlassverbindlichkeit sichergestellt.<sup>77</sup> Ob § 10 Abs. 3 ErbStG in analoger Anwendung jedoch auch Gestaltungsrechte erfasst,<sup>78</sup> die gegenüber dem Erben des beschenkten Ehegatten erst noch ausgeübt werden müssen, ist ungewiss.<sup>79</sup> Bejaht man dies, so sollte es als Ersatzhandlung für die zivilrechtlich unmögliche Geltendmachung des Anspruchs auf Herausgabe des Familienheims genügen, wenn der überlebende Ehegatte eine entsprechende Nachlassverbindlichkeit in seiner Erbschaftsteuererklärung ansetzt.

Die erbschaftsteuerlichen Risiken, die mit der Vereinbarung eines Rückforderungsrechts für den Fall des Vorversterbens des bedachten Ehegatten verbunden sind, können vermieden werden, indem die Zuwendung des Familienheims insoweit unter eine auflösende Bedingung gestellt wird.<sup>80</sup> Hierdurch entfällt bei Eintritt der Bedingung der schuldrechtliche Rechtsgrund der Übertragung. Es entsteht ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Rückgewähr des Objekts, der zweifellos nach § 10 Abs. 3 ErbStG zu berücksichtigen ist. Um die Entscheidungsfreiheit des Schenkers nicht über Gebühr einzuschränken, sollte sich die automatische Rückfallklausel auf den Fall beschränken, dass der schenkende Ehegatte Alleinerbe des Beschenkten wird.

*Formulierungsvorschlag für eine auflösende Bedingung der Familienheimzuwendung:*

*„Die Übertragung des Grundbesitzes steht unter der auflösenden Bedingung, dass der Erwerber vor dem Veräußerer verstirbt und von diesem allein beerbt wird. Verstirbt der Erwerber vor dem Veräußerer, ohne von diesem allein beerbt zu werden, ist der Veräußerer berechtigt, die unentgeltliche Auflassung des übertragenen Grundbesitzes an sich zu verlangen.“*

### c) Rückforderungsrecht des Veräußerers bei Versagung der Steuerbefreiung

Unter Umständen erwägenswert ist die Vereinbarung eines Rückforderungsrechts für den Fall, dass das Finanzamt den Zuwendungsgegenstand nicht als Familienheim anerkennt.<sup>81</sup> Durch eine darauf gestützte Herausgabe des Objekts kann die Zuwendung nach § 29

Abs. 1 Nr. 1 ErbStG steuerneutral rückabgewickelt werden.

*Formulierungsvorschlag:*

*„Der Veräußerer ist berechtigt, die unentgeltliche Auflassung des übertragenen Grundbesitzes an sich zu verlangen, wenn das Finanzamt für die Zuwendung an den Erwerber wegen Versagung der Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG Schenkungsteuer festsetzt.“*

Auf eine Störung der Geschäftsgrundlage und damit ein gesetzliches Rückforderungsrecht können sich die Eheleute dagegen nur berufen, wenn die steuerlichen Folgen der Grundstücksübertragung bzw. die Vorstellungen der Parteien hierüber gemäß § 313 BGB zur Geschäftsgrundlage des Übergabevertrags geworden sind. Dies setzt voraus, dass die Ehegatten entweder nach eigener Prüfung oder nach fachlicher Auskunft davon ausgegangen sind, dass keine Schenkungsteuer für die Zuwendung anfällt.<sup>82</sup> Eine auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage gestützte Rückabwicklung der Schenkung gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG scheidet jedoch nach der Rechtsprechung des BFH<sup>83</sup> bereits dann aus, wenn der Notar seiner Pflicht nach § 8 Abs. 1 S. 6 und Abs. 4 ErbStDV nachgekommen ist und die Beteiligten auf eine mögliche Schenkungsteuerpflicht hingewiesen hat.

## II. Begünstigte Zuwendungen unter Lebenden

In den Genuss der Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG kommen nicht nur freigebige Zuwendungen gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, sondern auch andere Schenkungen unter Ehegatten i. S. des § 7 ErbStG.<sup>84</sup> Steuerfrei bleibt etwa die § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG unterfallende Übertragung des Familienheims auf einen Ehegatten, das dieser von seinem Ehepartner als Abfindung für einen Erb- oder Pflichtteilsverzicht erhält.<sup>85</sup> Begünstigt ist auch eine Herausgabe des Familienheims vor Eintritt der Nacherbschaft vom Vorerben auf dessen Ehegatten als Nacherben.

74 Steiner, ErbStB 2010, 179, 180 f.; Jülicher, a.a.O. (Fn. 3), § 13 ErbStG, Rn. 76.

75 Vgl. nur Meincke, a.a.O. (Fn. 40), § 7 ErbStG, Rn. 61.

76 Jülicher, in: Troll/Gebel/Jülicher, 41. Aufl. 2011, § 29 ErbStG, Rn. 3; Tiedtke/Holthausen/Burgmann, 2009, § 7 ErbStG, Rn. 44; zweifelnd dagegen Meincke, a.a.O. (Fn. 40), § 7 ErbStG, Rn. 60 m. w. N. zur Rechtsprechung.

77 Jüptner, a.a.O. (Fn. 6), § 10 ErbStG, Rn. 80; Tiedtke/Szczesny, 2009, § 10 ErbStG, Rn. 37.

78 So Holland, ZEV 2000, 356, 359.

79 Konstruiert erscheint die Annahme, dass der Veräußerer das Rückforderungsrecht bereits zum Zeitpunkt der Vereinbarung aufschiebend bedingt für den Fall des Vorversterbens des Erwerbers gegenüber diesem ausgeübt habe, so Hardt, ZEV 2004, 408, 411 f. m. w. N.

80 Vgl. auch N. Mayer, ZEV 2009, 439, 442; Steiner, ErbStB 2010, 179, 181; Reimann, ZEV 2010, 174, 176.

81 Siehe dazu auch Jülicher, ZEV 2001, 189, 192.

82 Vgl. FG Rheinland-Pfalz, DStRE 2001, 154, Wachter, ZEV 2002, 176, 178.

83 BFH/NV 2010, 896 m. Anm. Ihle, notar 2010, 244 f.

84 Meincke, a.a.O. (Fn. 3), § 13 ErbStG, Rn. 19; Jülicher, a.a.O. (Fn. 3), § 13 ErbStG, Rn. 65; Viskorf, a.a.O. (Fn. 20), § 13 ErbStG, Rn. 35.

85 BFH NJW-RR 2011, 441.



*Beispiel 4:*

*Der Erblasser hat seine Tochter T zu seiner Vorerbin und deren Ehemann S zu seinem Nacherben eingesetzt. Vor Eintritt des Nacherbfalls überträgt T unter vorzeitiger Herausgabe eines Teils der Nacherbschaft einen 1/2-Anteil an dem zum Nachlass gehörenden Familienheim auf S. Die Zuwendung des Miteigentumsanteils von T auf S ist nach § 7 Abs. 1 Nr. 7 ErbStG als ein von der Vorerbin stammender Erwerb zu qualifizieren,<sup>86</sup> der nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG steuerbefreit bleibt.*

### III. Nutzung der Steuerbefreiung zu mittelbaren Geldschenkungen?

Riskant ist der sich an eine Zuwendung des Familienheims anschließende Rückkauf desselben durch den Schenker. Im Ergebnis soll dem beschenkten Ehegatten auf diese Weise der Kaufpreis für die Immobilie schenkungsteuerfrei zugewendet werden.<sup>87</sup> Mindestvoraussetzung für die Anerkennung dieser Gestaltung ist, dass der bedachte Ehegatte über das ihm zugeordnete Objekt bei Abschluss des Grundstückskaufvertrags rechtlich und tatsächlich frei verfügen kann. Dies ist nicht der Fall, wenn das Grundstück in derselben Urkunde, die auch den Übertragungsvertrag enthält, wieder zurückveräußert wird.<sup>88</sup> Werden die Verträge zwar getrennt, aber in einem Notartermin beurkundet, ist dies als Indiz für die gegenseitige Abhängigkeit der beiden Verträge zu werten.<sup>89</sup> Doch auch bei Beachtung dieser Vorgaben besteht die Gefahr, dass das Finanzamt in der Übertragung und der anschließenden Rückveräußerung des Familienheims eine auf einem Gesamtplan der Eheleute beruhende sachliche Verknüpfung sieht und die Gewährung der Steuerbefreiung für die Übertragung der Immobilie versagt.<sup>90</sup> Insofern sollte zwischen beiden Vorgängen zumindest ein längerer Zeitabstand liegen.

### D. Erwerb des Familienheims von Todes wegen

In § 13 Abs. 1 Nr. 4 b ErbStG wird der Erwerb des Familienheims von Todes wegen durch den überlebenden Ehegatten<sup>91</sup> und in § 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG durch (Stief-)Kinder bzw. die Kinder verstorbener (Stief-)Kinder (sog. Waisenkel) von der Erbschaftsteuer freigestellt. Im Vergleich zu § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG sind die Steuerbefreiungen aufgrund eines Erwerbs von Todes wegen jedoch in mehrfacher Hinsicht enger gefasst: Zunächst muss der Erblasser in dem Objekt bis zu seinem Tod eine Wohnung zu eigenen Wohnzwecken genutzt haben oder an einer Selbstnutzung aus „zwingenden Gründen“ gehindert gewesen sein. Begünstigt ist ferner nur der Erwerb des Eigentums oder Miteigentums an dem Grundbesitz, also beispielsweise nicht der vermächtnisweise angeordnete Verzicht auf ein zum Kauf des Familienheims gewährtes Darlehen gegenüber dem überlebenden Ehegatten. Überdies steht die Inanspruchnahme der Steuervergünstigungen aus § 13 Abs. 1 Nrn. 4 b und 4 c ErbStG unter dem Vorbehalt, dass der Erwerber die Wohnung unverzüglich zur Nutzung zu eigenen Wohnzwecken bestimmt und die Wohnnutzung innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb ohne Vorliegen eines zwingenden Grundes nicht wieder aufgibt.

Kein Eigentumserwerb i. S. des § 13 Abs. 1 Nrn. 4 b und 4 c ErbStG ist die vermächtnisweise Zuwendung eines Nutzungsrechts an dem Familienheim.<sup>92</sup> Auf den steuerlichen Prüfstand gehören damit Ehegattentestamente, in denen der Erstversterbende die gemeinschaftlichen Abkömmlinge zu Erben einsetzt und dem überlebenden Ehegatten lediglich den lebenszeitigen Nießbrauch an dem Grundbesitz vermacht. Eine begünstigungsschädliche Trennung zwischen Eigentum und Nutzungsrecht an dem Familienheim tritt in gleicher Weise ein, wenn den Kindern der Grundbesitz durch Vermächtnis unter Vorbehalt des Nießbrauchs für den länger lebenden Ehepartner zugewiesen wird. Eine Inanspruchnahme der Vergünstigung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG durch die Kinder kommt auch dann nicht in Betracht, wenn sie die Wohnung zusammen mit dem nießbrauchberechtigten Elternteil tatsächlich weiter nutzen.<sup>93</sup> Die Gewährung der Steuervergünstigung setzt ihrem Zweck nach immanent voraus, dass dem Erwerber auch das Recht zur Nutzung des Objektes zusteht. Diese Befugnis wird den Kindern jedoch durch die Bestellung eines Nießbrauchsrechts gemäß § 1030 BGB für die Zeit des Bestehens des Nießbrauchs entzogen.<sup>94</sup>

Beim Erwerb durch Kinder oder Waisenkel beschränkt sich der Umfang der Befreiung außerdem auf eine Wohnfläche von höchstens 200 qm. Bei einer Wohnung mit einer Fläche von mehr als 200 qm wird die Vergünstigung nur anteilig entsprechend den Flächenverhältnissen gewährt. Diese Höchstgrenze ist objektbezogen zu verstehen.<sup>95</sup> Sie erhöht sich also nicht mit der Anzahl der Erwerber.<sup>96</sup>

*Beispiel 5:*

*Der Erblasser M wird von seiner Ehefrau F zu 1/2 Anteil und seinen beiden Kindern S und T zu je 1/4 Anteil beerbt. Das Familienheim, das von den Erben für weitere zehn Jahre nach dem Tod des M zu eigenen Wohnzwecken genutzt wird, hat einen Wert von € 600 000 und verfügt über eine Wohnfläche von 250 qm. Den Kindern steht wegen diverser Vorschenkungen kein persönlicher Steuerfreibetrag nach § 16 ErbStG mehr für den Erwerb von Todes wegen nach M zu.*

*Der Erwerb der F von € 300 000 ist nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 b ErbStG in vollem Umfang steuerfrei. Unter Berücksichtigung*

86 Allg. dazu BFH ZEV 2011, 95.

87 Vgl. zu dieser Form einer mittelbaren Geldschenkung Tiedtke/Schmitt, NJW 2009, 2632, 2634; N. Mayer, ZEV 2009, 439, 442; Steiner, ErbStB 2010, 179, 180.

88 Siehe dazu BFH BFH/NV 1994, 102; zur Verneinung eines eigenen Entscheidungsspielraums des Erstempfängers unter diesen Umständen vgl. auch BFH RNotZ 2005, 377; BFH BFH/NV 2007, 273.

89 Vgl. dazu BFH DStR 2007, 1304; Hessisches FG EFG 2008, 472.

90 Vgl. auch Hessisches FG EFG 2008, 472, das die Anerkennung einer Kettenschenkung unter Berufung auf das Vorliegen eines Gesamtplans der Beteiligten abgelehnt hat.

91 Gleichgestellt ist auch hier der überlebende Lebenspartner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft.

92 Vgl. Steiner, ErbStB 2009, 123, 126; ders., ErbStB 2010, 179, 182; N. Mayer, ZEV 2009, 439, 442; Jülicher, ZErB 2009, 222, 225 m. w. N.

93 So aber N. Mayer, ZEV 2009, 439, 443.

94 Einschränkung Reimann, ZEV 2010, 174, 178, für den Fall, dass sich ein bestelltes Wohnungsrecht auf einzelne Räume beschränkt.

95 Abschn. 4 Abs. 7 S. 3; Jülicher, a.a.O. (Fn. 3), § 13 ErbStG, Rn. 75; Kobor, a.a.O. (Fn. 28), § 13 ErbStG, Rn. 41; Tiedtke/Schmitt, NJW 2009, 2632, 2639; Viskorf, a.a.O. (Fn. 20), § 13 ErbStG, Rn. 67.

96 So indes Meincke, a.a.O. (Fn. 3), § 13 ErbStG, Rn. 28; Schumann, DStR 2009, 197, 200.

der objektbezogenen Beschränkung der Steuerbefreiung auf 200 qm gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG ergibt sich für S und T dagegen jeweils ein steuerpflichtiger Erwerb des Familienheims in Höhe von  $[1/4 \times (\text{€ } 600\,000 - 200 \text{ qm}/250 \text{ qm} \times \text{€ } 600\,000)] = \text{€ } 50\,000$ .

## I. Erwerb von Todes wegen

Was als Erwerb von Todes wegen i. S. des § 1 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt, wird in § 3 ErbStG abschließend festgelegt. Die dort normierten Tatbestände werden durch die Bestimmungen zur fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 4 ErbStG) und zur Vor- und Nacherbschaft (§ 6 ErbStG) ergänzt. Die Steuerbefreiungen in § 13 Abs. 1 Nrn. 4 b und 4 c S. 1 ErbStG knüpfen nahtlos an die dort geregelten Erwerbsvorgänge an.<sup>97</sup> Begünstigt ist daher der gesamthänderische Erwerb des Grundstücks durch Miterben oder der Erwerb durch ein (Voraus-)Vermächtnis.<sup>98</sup> Unter die Vergünstigungen fällt auch die Übertragung des Familienheims als Abfindung für die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses oder zur Abgeltung eines Verzichts auf einen entstandenen Pflichtteilsanspruch (Erwerbe nach § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG).<sup>99</sup> Durch Nutzung dieser Gestaltungsmöglichkeiten kann eine steuerlich missglückte Vermögensnachfolge auch noch nach Eintritt des Erbfalls korrigiert und dafür gesorgt werden, dass das Familienheim an eine Person fällt, die die restriktiven Bedingungen für die Inanspruchnahme der Steuerbefreiung erfüllt.<sup>100</sup>

### Beispiel 6:

Der Erblasser E hat seinen Sohn S als Alleinerben eingesetzt. Seine Tochter T hat er mit einem Geldvermächtnis in Höhe von € 1,0 Mio. bedacht. Zum Nachlass gehört u. a. ein von E bis zu seinem Tode bewohntes Einfamilienhaus im Wert von € 800 000. Von den Geschwistern hat lediglich T Interesse, die Immobilie als Familienheim zu nutzen.

Es könnte zunächst daran gedacht werden, dass S seiner Schwester in Erfüllung des Vermächtnisses den Grundbesitz übereignet. Nach der Rechtsprechung des BFH<sup>101</sup> lässt jedoch die Hingabe eines Vermögensgegenstandes als Leistung an Erfüllung statt den erbschaftsteuerrechtlichen Gegenstand des Vermächtniserwerbs unberührt.<sup>102</sup> Der Erwerb des Familienheims durch T kann aber dadurch steuerfrei gestellt werden, dass sie das Geldvermächtnis nach § 2180 BGB ausschlägt und dafür als Abfindung von S das Grundstück und zum Ausgleich des Differenzbetrags noch andere Vermögenswerte aus dem Nachlass erhält.

## II. Steuerfreier Erwerb des Familienheims bei Vor- und Nacherbschaften

Bei Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft sind die sich aus § 6 Abs. 1 bis 3 ErbStG ergebenden Besonderheiten zu beachten. Aus diesen Regelungen folgt, dass der Vorerbe – unabhängig von der Ausgestaltung seiner erbrechtlichen Stellung – als Vollerbe besteuert wird.<sup>103</sup> Sein Erwerb des Familienheims durch Erbanfall i. S. des § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ist nach § 13 Abs. 1 Nrn. 4 b und 4 c ErbStG privilegiert. Dies gilt auch für den Erwerb des Nacherben, wenn die Nacherbfolge zu Lebzeiten des Vorerben eintritt. In diesem Fall behandelt § 6 Abs. 3 ErbStG den Nacherbschaftserwerb –

entsprechend §§ 2100, 2139 BGB – als vom Erblasser herrührend.

Tritt die Nacherbfolge dagegen gemäß § 2106 Abs. 1 BGB mit dem Tod des Vorerben ein, wird der Nacherbe nach § 6 Abs. 2 S. 1 ErbStG – abweichend vom Zivilrecht – so behandelt, als stamme das der Nacherbfolge unterliegende Vermögen vom Vorerben. Zwar kann der Nacherbe gemäß § 6 Abs. 2 S. 2 ErbStG beantragen, dass der Versteuerung sein persönliches Verhältnis zum Erblasser zugrunde gelegt wird. Ein solcher Antrag wirkt sich jedoch nach der Rechtsprechung des BFH<sup>104</sup> nur auf die anzuwendende Steuerklasse und die daran anknüpfenden Besteuerungsmerkmale aus.<sup>105</sup> Im Übrigen bleibt es dabei, dass bezüglich des Vorerbschaftsvermögens ein Erwerb des Nacherben vom Vorerben vorliegt. Der Erwerb eines zur Nacherbschaft gehörenden Familienheims ist also nur dann von der Erbschaftsteuer befreit, wenn es sich bei dem Nacherben um den Ehegatten oder ein Kind des Vorerben i. S. der Steuerklasse I Nr. 2 handelt.<sup>106</sup>

Die gleiche Problematik stellt sich, wenn ein Vermächtnis, das auf die Übertragung des Familienheims gerichtet ist, erst mit dem Tod des Beschwerten fällig wird. Dies ist nach der Zweifelfallsregelung des § 2181 BGB auch dann anzunehmen, wenn der Erfüllungszeitpunkt des Grundstücksvermächtnisses in das freie Belieben des Beschwerten gestellt wird. Ist das Vermächtnis erst mit dem Tod des Beschwerten fällig, gilt der Vermächtniserwerb nach § 6 Abs. 4 i. V. Abs. 2 S. 1 ErbStG als Erwerb vom Beschwerten.

### Beispiel 7:

Der Erblasser E hat seine Tochter T zu seiner Alleinerbin berufen und diese bezüglich des Familienheims mit einem Herausgabevermächtnis zu Gunsten seines Sohnes S beschwert. Das Vermächtnis fällt erst mit dem Tod der T an.

Gemäß § 6 Abs. 4 i. V. m. Abs. 2 S. 1 ErbStG erwirbt S das Grundstück von seiner Schwester T. Eine Steuerbefreiung gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG ist nicht möglich.

97 Vgl. Reimann, ZEV 2010, 174, 176 f.; Jülicher, a.a.O. (Fn. 3), § 13 ErbStG, Rn. 68; Viskorf, a.a.O. (Fn. 20), § 13 ErbStG, Rn. 51, 70.

98 Vgl. Abschn. 4 Abs. 5 Sätze 3 Nrn. 1 und 2, Sätze 4 und 5 ErbSt-Erlass; Meincke, a.a.O. (Fn. 23), § 13 ErbStG, Rn. 24 a; Tiedtke/Schmitt, a.a.O. (Fn. 36), § 13 ErbStG, Rn. 147.

99 Brüggemann, ErbBstg 2011, 129, 130 f.; N. Mayer, ZEV 2009, 439, 444; Reimann, ZEV 2010, 174, 177; Geck 2008, 557, 559.

100 Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass es die Finanzverwaltung als Verstoß gegen die in § 13 a Abs. 5 ErbStG normierten Verhaltensregelungen für begünstigt erworbenes Unternehmensvermögen wertet, wenn dieses als Abfindung nach § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG übertragen wird, vgl. Abschn. 9 Abs. 3 Nr. 1 ErbSt-Erlass. Es ist daher nicht ganz auszuschließen, dass die Finanzbehörden auch den Abfindungserwerb eines Familienheims als nicht begünstigt ansehen.

101 BFH ZEV 1996, 37.

102 Gleiches gilt für die Abgeltung eines geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs durch Übertragung eines Nachlassgrundstücks an Erfüllung statt, vgl. BFH MittBayNot 1999, 316.

103 Vgl. BFH ZEV 2007, 284; Kobor, in: Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter, 2. Aufl. 2010, § 6 ErbStG, Rn. 11 f.

104 BFH MittBayNot 1999, 317; BFH ZEV 2007, 284; ZEV 2011, 95.

105 Vgl. auch Meincke, 15. Aufl. 2009, § 6 ErbStG, Rn. 13 ff.; Tiedtke/Mohr, 2009, § 6 ErbStG, Rn. 21; a. A. Gebel, in: Troll/Gebel/Jülicher, 41. Aufl. 2011, § 6 ErbStG, Rn. 31; Philipp, in: Viskorf/Knobel/Schuck, 3. Aufl. 2009, § 6 ErbStG, Rn. 21 f.; Noll, DStR 2004, 257, 260.

106 A. A. Reimann, ZEV 2010, 174, 177.

### III. Selbstnutzung des Familienheims durch den Erblasser und den Erwerber

Die Finanzverwaltung erkennt eine Ausnahme von dem Erfordernis, dass der Erblasser die Wohnung bis zu seinem Tod selbst genutzt haben muss, nur bei Vorliegen eines objektiv zwingenden Hinderungsgrundes an, der die Führung eines eigenen Haushalts nicht mehr zulässt.<sup>107</sup> Die Aufgabe der Eigennutzung des Familienheims darf also nicht auf eine freiwillige Entscheidung des Erblassers zurückgehen, die Ausfluss seiner persönlichen Lebensplanung ist.<sup>108</sup> Steuerunschädlich ist danach der Umzug in ein Pflege- oder Altersheim aus gesundheitlichen/medizinischen Gründen, insbesondere bei Pflegebedürftigkeit oder Demenzerkrankung, die einen Verbleib des Erblassers in seiner Wohnung unmöglich machen.<sup>109</sup> Wirtschaftliche oder berufliche Beweggründe für eine Verlagerung des Mittelpunktes des familiären Lebens sollen hingegen nicht ausreichen.<sup>110</sup>

Anders als bei einer lebzeitigen Zuwendung der Immobilie an den getrennt lebenden Ehegatten scheidet die Steuerbefreiung eines Erwerbs von Todes wegen auch dann aus, wenn der Erblasser aufgrund einer Trennung der Ehegatten aus der ehelichen Wohnung ausgezogen ist. Unter diesen Umständen fehlt es nämlich an der in § 13 Abs. 1 Nr. 4 b S. 1 ErbStG verlangten Selbstnutzung des Objekts durch den Erblasser bis zu seinem Tod. Das Verlassen der Wohnung erfolgt hier aus persönlichen Motiven, die keinen (objektiv) zwingenden Grund i. S. dieser Norm darstellen.<sup>111</sup>

Umgekehrt setzt die Gewährung der Steuervergünstigung jedoch nicht voraus, dass der Ehegatte des Erblassers im Zeitpunkt des Erbfalls noch mit diesem in der Wohnung zusammenlebt.<sup>112</sup> Denn die Qualifikation der Immobilie als Familienheim geht durch den (trennungsbedingten) Auszug eines Ehegatten ebenso wenig verloren wie im Anwendungsbereich des § 13 Abs. 1 Nr. 4 a ErbStG.<sup>113</sup> Allerdings muss der Erwerber unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, mit der Nutzung der Wohnung zu eigenen Wohnzwecken beginnen. Eine angemessene Zeitspanne für eine Renovierung oder Sanierung des Objekts vor Bezug der Wohnung ist ihm dabei zuzubilligen.<sup>114</sup> Hat der Erblasser die Wohnung vor seinem Tod nach einem erzwungenen Auszug vermietet, muss der Erwerber das Mietverhältnis unverzüglich wegen Eigenbedarfs nach § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB kündigen und nach Räumung durch den Mieter selbst beziehen.

Die Obliegenheit zur Selbstnutzung der Wohnung trifft den Erwerber nur dann nicht, wenn er im Zeitpunkt des Erwerbs aus zwingenden Gründen daran gehindert ist.<sup>115</sup> Insofern gelten die gleichen Anforderungen wie bei einer erzwungenen Aufgabe der Wohnnutzung durch den Erblasser.<sup>116</sup> Kinder und Waisenkel trifft die Pflicht zur Eigennutzung eines von ihnen erworbenen Familienheims erst mit Volljährigkeit. Denn erst dann sind sie zur Führung eines eigenständigen Haushalts rechtlich im Stande.<sup>117</sup> Diese zeitlich befristete Ausnahme von der Wohnpflicht kann dafür sprechen, das Familienheim bei der Teilung des Nachlasses auf ein minderjähriges Kind des Erblassers zu übertragen, das erst zehn Jahre nach dem Erbfall das 18. Lebensjahr vollenden wird. In diesem Fall kann die Immobilie näm-

lich nach Durchführung der Erbauseinandersetzung ohne Nachsteuerrisiko vermietet oder veräußert werden.<sup>118</sup>

Wird das Familienheim nach dem Tod des verbleibenden Elternteils voraussichtlich von keinem Kind zu eigenen Wohnzwecken genutzt werden, kann es sich dagegen anbieten, das Objekt noch zu Lebzeiten unter Nießbrauchsvorbehalt steuermindernd auf die Kinder zu übertragen.<sup>119</sup>

### IV. Nachträglicher Wegfall der Steuerbefreiung

Die Steuerbefreiung entfällt nach § 13 Abs. 1 Nrn. 4 b und 4 c S. 5 ErbStG in voller Höhe mit Wirkung für die Vergangenheit, wenn der Erwerber die Selbstnutzung der Wohnung ohne zwingenden Grund<sup>120</sup> innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb aufgibt.<sup>121</sup> Eine Nachversteuerung erfolgt auch dann, wenn der Erwerber die Eigennutzung des Familienheims nach Wegfall eines zuvor bestehenden Hinderungsgrundes nicht unverzüglich (wieder) aufnimmt und bis zum Ablauf der Zehnjahresfrist beibehält.<sup>122</sup> Der Erwerber hat den Wegfall der Befreiungsvoraussetzungen von sich aus dem Finanzamt anzuzeigen.<sup>123</sup> Im Nachversteuerungsfall bleibt dem Erwerber dann aber zumindest der Liquiditätsvorteil einer zinslosen Stundung der Erbschaftsteuer bis zum Erlass des Änderungsbescheids erhalten.<sup>124</sup>

107 Abschn. 4 Abs. 2 Sätze 2 und 3, Abs. 7 S. 2 ErbSt-Erlass; vgl. auch die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/11107, S. 10.

108 Siehe auch Tiedtke/Schmitt, NJW 2009, 2632, 2635; Tiedtke/Schmitt, a.a.O. (Fn. 36), § 13 ErbStG, Rn. 145.

109 Vgl. Brey/Merz/Neufang, BB 2009, 132, 133 f.; N. Mayer, ZEV 2009, 439, 440; Steiner, ErbStB 2009, 123, 126.

110 Abschn. 4 Abs. 2 S. 3 ErbSt-Erlass; Kobor, a.a.O. (Fn. 28), § 13 ErbStG, Rn. 37; Geck, ZEV 2008, 557, 558 f.; a. A. Jülicher, ZErB 2009, 222, 224; Brüggemann, ErbStg 2009, 126, 130; Söffing/Thonemann, ErbStB 2009, 325, 328.

111 A. A. Schumann, DStR 2009, 197, 199; N. Mayer, ZEV 2009, 439, 440; Steiner, ErbStB 2009, 123, 126.

112 Viskorf, a.a.O. (Fn. 20), § 13 ErbStG, Rn. 52.

113 Vgl. dazu bereits oben C. I. 3.

114 Tiedtke/Schmitt, NJW 2009, 2632, 2635; Viskorf, a.a.O. (Fn. 20), § 13 ErbStG, Rn. 54. Ob ein Einzug innerhalb von sechs Monaten nach dem Erwerb grundsätzlich noch als unverzügliche Aufnahme der Wohnnutzung betrachtet werden kann, so Jülicher, ZErB 2009, 222, 225; Steiner, ErbStB 2010, 179, 182, erscheint indes zweifelhaft.

115 A. A. Viskorf, a.a.O. (Fn. 20), § 13 ErbStG, Rn. 54, 73, nach dessen Ansicht die Gewährung der Begünstigung ihrem Zweck nach voraussetzt, dass das Objekt nach dem Erwerb zum Familienheim des Erwerbers werden kann und auch tatsächlich zu einem solchen wird.

116 Siehe Abschn. 4 Abs. 2 S. 4 ff., Abs. 7 S. 4 ErbSt-Erlass.

117 Abschn. 4 Abs. 7 S. 5 ErbSt-Erlass.

118 Siehe auch Söffing/Thonemann, ErbStB 2009, 325, 328; Viskorf, a.a.O. (Fn. 20), § 13 ErbStG, Rn. 75.

119 Näher dazu Steiner, ErbStB 2010, 179, 181; Reimann, ZEV 2010, 174, 176.

120 Vgl. hierzu oben D. III.

121 Befreiungsunschädlich ist dagegen, wenn der Erwerber innerhalb des Zehnjahreszeitraums verstirbt, vgl. Abschn. 4 Abs. 6 S. 8 i. V. m. Abs. 7 S. 6 ErbSt-Erlass.

122 Vgl. Abschn. 4 Abs. 6 Sätze 9 und 11, Abs. 7 S. 6 ErbSt-Erlass. Keine Grundlage im Gesetz hat die Meinung von Tiedtke/Schmitt, NJW 2009, 2632, 2637, die danach differenzieren wollen, ob der Wegfall des objektiven Hinderungsgrundes vorhersehbar war.

123 § 153 Abs. 2 AO, Abschn. 4 Abs. 6 S. 5 i. V. m. Abs. 7 S. 6 ErbSt-Erlass.

124 Vgl. Jülicher, a.a.O. (Fn. 3), § 13 ErbStG, Rn. 73.



Der Erwerber verstößt gegen die Verpflichtung zur Selbstnutzung der Wohnung, wenn er diese längere Zeit leer stehen lässt, sie vermietet oder ihren Gebrauch anderen, nicht zu seinem Hausstand gehörenden Personen unentgeltlich überlässt.<sup>125</sup> Die Zulassung einer Teilbefreiung bei gemischt genutzten Grundstücken<sup>126</sup> spricht hier dafür, dass die Freistellung nur in dem Umfang entfällt, in dem der Erwerber die Nutzung des Familienheims zu eigenen Wohnzwecken durch eine der vorgenannten Maßnahmen aufgibt.<sup>127</sup>

Nach Ansicht der Finanzverwaltung<sup>128</sup> findet eine Nachversteuerung außerdem bei einem Verkauf des Grundbesitzes statt. Diese Beurteilung scheint eine im Schrifttum vertretene Auffassung zu bestätigen, wonach die Regelungen nur den Erwerber privilegieren würden, der die Wohnung *als Eigentümer* zu eigenen Wohnzwecken nutzt.<sup>129</sup> Nach dieser Sichtweise beinhaltet die in § 13 Abs. 1 Nrn. 4 b und 4 c S. 5 ErbStG vorgeschriebene zehnjährige Nutzungsfrist somit zugleich eine Behaltensfrist. Die h. M. in der Literatur<sup>130</sup> hält dagegen einen Verkauf oder die unentgeltliche Übertragung des Familienheims für unschädlich, solange der Veräußerer die Wohnung aufgrund eines Mietvertrags oder eines vorbehaltenen Nutzungsrechtes weiterhin zu eigenen Wohnzwecken nutzt. Sie kann sich darauf berufen, dass die abweichende Gesetzesbegründung<sup>131</sup> keinen Niederschlag im Gesetzeswortlaut gefunden hat. Für die notarielle Praxis ist jedoch von entsprechenden Gestaltungen bis zur Entscheidung der Streitfrage durch die Finanzgerichte abzuraten. Wegen einer möglichen „Steuerverstrickung“ einer selbst genutzten Immobilie sollte überdies vor einer geplanten Übergabe abgeklärt werden, ob der Veräußerer das Objekt in den letzten zehn Jahren nach § 13 Abs. 1 Nrn. 4 b oder 4 c ErbStG steuerfrei erworben hat und durch die Veräußerung tatsächlich eine Nachversteuerung, z. B. wegen eines bereits eingetretenen Verbrauchs der persönlichen Freibeträge für den Rest des Erwerbs, droht.<sup>132</sup>

## V. Steuerliche Auswirkungen einer Weitergabepflicht und Nachlassteilung

Die Vergünstigungen für den Erwerb des Familienheims von Todes wegen sollen nach dem Willen des Gesetzgebers nur demjenigen zugute kommen, dem der Grundbesitz endgültig zufällt.<sup>133</sup> Aus diesem Grund wird in § 13 Abs. 1 Nrn. 4 b und 4 c S. 2 ErbStG die Steuerbefreiung für den (Durchgangs-)Erwerber versagt, soweit dieser die begünstigte Immobilie aufgrund einer letztwilligen oder rechtsgeschäftlichen Verfügung des Erblassers auf einen Dritten übertragen muss. Erfasst werden dadurch alle Weitergabepflichtungen in einseitigen oder vertragsmäßigen Verfügungen, gleich welchen erbrechtlichen Rechtsinstituts sich der Erblasser bedient. Dazu zählen insbesondere Vermächtnisanordnungen oder Auflagen, die den Beschwerten zur Weitergabe des Grundbesitzes verpflichten.<sup>134</sup> In den Genuss der Steuerbefreiung kann in diesen Fällen nur der Vermächtnisnehmer oder Auflagenbegünstigte gelangen. Der Beschwerte kann hingegen die Verbindlichkeit aus dem Vermächtnis oder der Auflage nach

§ 10 Abs. 5 S. 2 Nr. 2 ErbStG bei der Ermittlung seines steuerpflichtigen Erwerbs abziehen.

Der gleiche Begünstigungstransfer tritt nach § 13 Abs. 1 Nrn. 4 b und 4 c Sätze 3 und 4 ErbStG ein, wenn ein Miterbe das Familienheim bei der Teilung des Nachlasses erwirbt. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Zuweisung des Objekts auf eine verpflichtende Teilungsanordnung des Erblassers, eine Anordnung des Testamentsvollstreckers oder einen von den Miterben frei ausgehandelten Erbauseinandersetzungs- bzw. Erbteilsübertragungsvertrag zurückgeht.<sup>135</sup> Die Miterben werden insoweit nicht mehr nur nach ihren Anteilen am Nachlass, sondern gemäß dem ihnen im Rahmen der Erbauseinandersetzung zugeteilten Vermögen besteuert. Dies bedeutet im Grunde eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung des BFH, wonach sich die Verteilung des Nachlasses auf die Besteuerung der einzelnen Miterben nicht auswirkt.<sup>136</sup>

### Beispiel 8:

*S und T sind zu je 1/2 Anteil Miterben ihrer Mutter M. Der Nachlass besteht aus dem von M selbst genutzten Familienheim im Steuerwert von € 800 000 und einem Wertpapierdepot von gleichem Wert. Unmittelbar nach dem Erbfall zieht T in das Familienheim ein. In dem Erbauseinandersetzungsvertrag, den die Geschwister ein Jahr nach dem Erbfall abschließen, einigen sich beide darauf, dass S das Wertpapierdepot und T das Alleineigentum an dem Grundstück erhält.*

*Bis zur Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft ist der Erwerb des Familienheims durch T nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG in Höhe ihrer Erbquote von 1/2 Anteil steuerfrei. Der Erwerb der Immobilie durch S ist nicht begünstigt, da er das Objekt nicht zu eigenen Wohnzwecken nutzt. Nach Durchführung der Erbauseinandersetzung ist der Erwerb des Alleineigentums an dem Familienheim durch T in voller Höhe steuerbefreit. Die Zuweisung des Objekts an sie bei der Teilung des Nachlasses stellt ein rückwirkendes Ereignis i. S. des § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO dar. Ein etwa bereits erlassener Erbschaftsteuerbescheid ist entsprechend zu ändern. Wird in der Folgezeit gegen die Bedingung der zehnjährigen Selbstnutzung verstoßen, trifft die Nachversteuerung allein die Erwerberin T.*

125 Abschn. 4 Abs. 6 S. 3 i. V. m. Abs. 7 S. 6 ErbSt-Erlass.

126 Siehe oben B. III.

127 So auch Tiedtke/Schmitt, a.a.O. (Fn. 36), § 13 ErbStG, Rn. 173 f.; Steiner, ErbStB 2009, 123, 127; N. Mayer, ZEV 2009, 439, 443; anders jedoch die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/11107, S. 10, nach der schon eine teilweise Vermietung den vollständigen Verlust der Steuerbefreiung nach sich ziehen soll.

128 Abschn. 4 Abs. 6 S. 3 i. V. m. Abs. 7 S. 6 ErbSt-Erlass.

129 Tiedtke/Schmitt, NJW 2009, 2632, 2638; Richter/Viskorf/Philipp, DB 2009, Beilage Nr. 2 zu Heft Nr. 6, S. 10; Viskorf, a.a.O. (Fn. 20), § 13 ErbStG, Rn. 55, 74.

130 Geck, ZEV 2008, 556, 559; Steiner, ErbStB 2010, 179, 182; Jülicher, a.a.O. (Fn. 3), § 13 ErbStG, Rn. 72; N. Mayer, ZEV 2009, 439, 443; Wachter, a.a.O. (Fn. 14), S. 524, 537 f., 543.

131 BT-Drucks. 16/11107, S. 10.

132 So auch die Empfehlung von Reimann, ZEV 2010, 174, 178.

133 Vgl. BT-Drucks. 16/11107, S. 11.

134 Vgl. Abschn. 4 Abs. 4 S. 3 ErbSt-Erlass; Steiner, ErbStB 2010, 179, 183 f.

135 Siehe Abschn. 4 Abs. 4 Sätze 4 und 5 ErbSt-Erlass; Brüggemann, ErbStg 2009, 126, 132; Reimann, ZEV 2010, 174, 179.

136 BFH MittRhNotK 1983, 177; BFH BB 1993, 852; vgl. auch R 5 ErbStR 2003; an diesem Grundsatz weiterhin festhaltend auch Abschn. 4 Abs. 4 S. 10 ErbSt-Erlass.

## 1. Beginn der Nachsteuerfrist

Umstritten ist, ob die zehnjährige Selbstnutzungsfrist in § 13 Abs. 1 Nr. 4 b und 4 c S. 5 ErbStG für einen begünstigten Erwerb im Rahmen der Nachlasssteilung schon mit dem Erbfall<sup>137</sup> oder erst ab dem Zeitpunkt der Erbauseinandersetzung<sup>138</sup> zu laufen beginnt. Der Wortlaut des Nachsteuervorbehalts („innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb“) und die Gesetzessystematik sprechen dafür, dass die 10-Jahres-Frist an den in § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG geregelten Stichtag anknüpft, zu dem der gesetzliche Tatbestand des Erwerbs von Todes wegen erfüllt ist. Dies ist grundsätzlich der Zeitpunkt des Erbfalls, sofern kein bedingter, betagter oder befristeter Erwerb und auch kein anderer Sonderfall gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 a–j ErbStG vorliegt. Dass der Erwerb aufgrund der hinausgeschobenen Nachlasssteilung tatsächlich erst später, eventuell sogar erst kurz vor Ablauf der Zehnjahresfrist erfolgt, ändert daran nichts.<sup>139</sup> Dies bedeutet für T in dem vorstehenden Beispielfall 8, dass für ihren Erwerb aufgrund ihrer Erbquote und ihren durch die Erbauseinandersetzung hinzu erworbenen Anteil an dem Familienheim nur eine einheitliche Frist, gerechnet ab dem Erbfall, läuft. Der Notar sollte die Beteiligten jedoch auf die Unsicherheit des Einsatzzeitpunkts für die Berechnung der Nachsteuerfrist hinweisen.

## 2. Behandlung von Ausgleichsleistungen für die Übernahme des Familienheims

Hat der Übernehmer für den Erhalt des Familienheims einen Ausgleich an die weichenden Miterben zu leisten, sollte dieser möglichst mittels Gegenständen aus dem Nachlassvermögen bewirkt werden. Denn gibt der Letzterwerber des Familienheims nicht begünstigtes Vermögen hin, das er vom Erblasser erworben hat,<sup>140</sup> wird er nach den (sprachlich missglückten) Bestimmungen in § 13 Abs. 1 Nr. 4 b und 4 c S. 4 ErbStG so gestellt, als habe er die Immobilie von Anfang an erworben.<sup>141</sup> Zuzahlungen aus dem Eigenvermögen des nachfolgenden Erwerbers sind also nicht begünstigt.<sup>142</sup> Die Bemessungsgrundlage für die Steuerbefreiung erhöht sich somit um den Steuerwert des als Ausgleich hingegebenen Nachlassvermögens, höchstens aber um den Steuerwert des auf den Übernehmer übertragenen Familienheims. Diese Kappungsgrenze wird relevant, wenn der Wert der auf das Familienheim entfallenden Abfindungsleistung höher ist als der Wert der Immobilie.

*Abwandlung des Beispiels 8:*

*Zum Nachlass gehört neben dem Familienheim im Wert von € 800 000 noch ein Wertpapierdepot im Wert von € 400 000. Zum Ausgleich für die Übernahme des Familienheims verpflichtet sich T, neben der Übertragung ihres 1/2 Anteils an dem Wertpapierdepot an S eine Ausgleichszahlung von € 400 000 zu leisten.*

*Da der Ausgleich für den Anteil des S an dem Familienheim nur zu € 200 000 (= 1/2 Anteil an dem Wertpapierdepot) aus dem Nachlassvermögen stammt, ist der Erwerb des Familienheims durch S insgesamt nur zu € 600 000 (Erbanteil von 1/2 + Wertsteigerung durch hingegebenes, vom Erblasser erworbenes Vermögen) von der Erbschaftsteuer befreit.*

Der Umfang der Steuerfreiheit erhöht sich auch nicht, wenn der Letzterwerber über seine Erbquote hinaus zur

Entlastung der übrigen Miterben die mit dem Familienheim wirtschaftlich zusammenhängenden Nachlassverbindlichkeiten übernimmt.<sup>143</sup>

## VI. Regelung zum Ausgleich der unterschiedlichen Steuerbelastungen

Ist der Erblasser darauf bedacht, seine Kinder im Erbfall wirtschaftlich gleichzustellen, müssen bei der Abfassung der letztwilligen Verfügung auch die steuerlichen Belastungsunterschiede einkalkuliert werden, die sich aus dem erbschaftsteuerfreien Erwerb des Familienheims durch ein Kind ergeben können. In Betracht käme eine Auflage für alle Miterben, die für den Gesamterwerb anfallende Erbschaftsteuer nach dem Verhältnis ihrer Erbquoten zu tragen und ggf. untereinander auszugleichen.<sup>144</sup> Eine solche Klausel hätte jedoch den Nachteil, dass die Miterben mit dem latenten Nachsteuerrisiko desjenigen belastet würden, der das Familienheim erhält. Zudem führt eine Auflage des Erblassers zur (anteiligen) Übernahme der Erbschaftsteuer für den Erwerb eines anderen zu einem zusätzlichen Erwerb des dadurch Begünstigten, der gemäß § 10 Abs. 2 ErbStG erfasst wird.<sup>145</sup>

Steuerlich nachteilig wäre es auch, wenn der Erblasser den Übernehmer des Familienheims mit einem (Unter-) Vermächtnis beschweren würde, an seine Geschwister ein Gleichstellungsgeld zu zahlen. Denn wegen des wirtschaftlichen Zusammenhangs dieser Schuld mit dem Erwerb des Familienheims könnte dem Verpflichteten der Abzug der Zahlungsverbindlichkeiten nach § 10 Abs. 6 S. 1 ErbStG versagt werden.<sup>146</sup> Damit würde der Vorteil aus der Inanspruchnahme der Steuerbefreiung gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG in Höhe des Gleichstellungsentgelts wieder zunichte gemacht. Es erscheint daher vorzugswürdig, die anderen Kinder mit Vorausvermächtnissen zu bedenken, mit denen ihre steuerliche Mehrbelastung gegenüber dem Erwerber des Familienheims zumindest teilweise abgegolten werden können.<sup>147</sup>

<sup>137</sup> So N. Mayer, ZEV 2009, 439, 444.

<sup>138</sup> So Reimann, ZEV 2010, 174, 179; Steiner, ErbStB 2010, 179, 184.

<sup>139</sup> Vgl. auch Jülicher, a.a.O. (Fn. 3), § 13 ErbStG, Rn. 71.

<sup>140</sup> Dazu zählt nach der Systematik und dem Zweck der Steuerbefreiungsvorschriften nur Vermögen, das der Letzterwerber nach § 3 ErbStG von Todes wegen erworben hat, nicht jedoch Vermögen, das ihm vom Erblasser durch Schenkung unter Lebenden zugewendet wurde.

<sup>141</sup> Abschn. 4 Abs. 5 S. 6 ErbSt-Erlass. Zur umstrittenen Frage, ob sich die Regelungen auch auf andere Erwerber wie Vermächtnisnehmer, Pflichtteilsberechtigte oder Auflagenbegünstigte beziehen, vgl. N. Mayer, ZEV 2009, 439, 444; Wälzholz, ZEV 2009, 113, 115; Steiner, ErbStB 2009, 123, 128; Pach-Hanssenheimb DStR 2008, 957, 959.

<sup>142</sup> Zur parallel gelagerten Problematik einer Realteilung mit Spitzenausgleich bei Betriebsvermögen vgl. Wälzholz, ZEV 2009, 113, 116.

<sup>143</sup> Abschn. 4 Abs. 5 S. 7 ErbSt-Erlass; instruktiv dazu auch das Berechnungsbeispiel 3 in H 4 ErbSt-Erlass.

<sup>144</sup> So der Vorschlag von Brüggemann, ErbBstg 2009, 126, 133.

<sup>145</sup> Näher hierzu Jüptner, a.a.O. (Fn. 6), § 10 ErbStG, Rn. 73.

<sup>146</sup> Vgl. Steiner, ErbStB 2010, 179, 184.

<sup>147</sup> So auch der Vorschlag von Jülicher, ZErB 2009, 222, 228.

## VII. Abschließende Gestaltungsüberlegungen zum Ehegattentestament

Auf Jülicher geht der für die Gestaltungspraxis wegweisende Vorschlag zurück, das Familienheim zwar zunächst dem überlebenden Ehegatten zuzuweisen, diesen jedoch für den Fall seines Auszugs aus dem Objekt mit einem Herausgabevermächtnis zugunsten eines einzugsbereiten Kindes zu beschweren.<sup>148</sup> Auf diese Weise wird zum einen dem Umstand Rechnung getragen, dass zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung häufig noch nicht absehbar ist, ob und wie lange der überlebende Ehegatte nach dem Tod seines Partners die gemeinsame Wohnung noch selbst nutzen möchte. Zum anderen geht es darum, die Besteuerung des Überlebenden im Fall einer vorzeitigen Aufgabe der Wohnnutzung auf ein Minimum zu beschränken und die Steuerbefreiung für den Erwerb des Familienheims durch ein Kind nicht zu verschenken.

Das erste Regelungsziel, die Zuwendung des Familienheims an den länger lebenden Ehegatten, kann entweder durch dessen Einsetzung zum Vollerben oder durch die Aussetzung eines Vermächtnisses erreicht werden. In geeigneten Fällen kann dem überlebenden Ehepartner auch ein Wahlvermächtnis (§ 2154 BGB) in der Art eingeräumt werden, dass er zwischen dem Familienheim, einem Mietobjekt oder der Zahlung eines bestimmten Geldbetrags wählen kann.<sup>149</sup> Mit Ausübung des Wahlrechts wird der Vermächtnisnehmer so besteuert, als wäre ihm der gewählte Gegenstand von Anfang an zugeordnet worden.<sup>150</sup> Um einem als Erben oder – bei Nichtwahl des Familienheims – als Ersatzvermächtnisnehmer benannten Kind die Aufnahme einer unverzüglichen Selbstnutzung der Wohnung nach dem Erbfall zu ermöglichen, sollte der Erblasser seinem Ehegatten jedoch eine kurze Frist für die Vornahme der Wahl setzen.<sup>151</sup>

Die Anordnung eines Herausgabevermächtnisses für ein einzugsberechtigtes Kind ist für die Verwirklichung der weiteren mit der Gestaltung verfolgten Regelungsziele am besten geeignet.<sup>152</sup> Das bedachte Kind, dessen Auswahl gemäß § 2151 BGB dem Beschwerten oder einem Dritten (z. B. einem Testamentsvollstrecker) überlassen werden kann, tätigt durch das Vermächtnis einen begünstigten Erwerb von Todes wegen nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG. Der Anfall des Grundstücksvermächtnisses ist aufschiebend bedingt durch den Auszug des überlebenden Ehegatten. Entsprechend entstehen die Steuer für den Erwerb des Kindes und die Obliegenheit zur Selbstnutzung des Objekts gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 a ErbStG erst mit Eintritt dieser Bedingung.

Spiegelbildlich dazu steht der Erwerb des Familienheims durch den länger lebenden Ehegatten unter der auflösenden Bedingung, dass er die Nutzung der Wohnung aufgibt. Nach Eintritt der auflösenden Bedingung ist die von ihm geschuldete Erbschaftsteuer auf Antrag gemäß § 5 Abs. 2 BewG nach dem tatsächlichen Wert des Erwerbs zu berichtigen.<sup>153</sup> Im Ergebnis wird der überlebende Ehegatte damit wie ein Nießbraucher besteuert.<sup>154</sup> Maßgeblich für die Berechnung des Kapitalwerts der gezogenen Nutzungen ist lediglich die Zeit, die seit dem Erbfall bis zum Auszug aus dem Familienheim verstrichen ist.

Eine vergleichbare Begrenzung der Nachsteuerlast des überlebenden Ehegatten ist bei der Aussetzung eines Vor- und Nachvermächtnisses nach § 2191 BGB nicht möglich. Der Grund dafür ist, dass der Eintritt des Nachvermächtnisfalls die Besteuerung des Vorvermächtnisnehmers unberührt lässt.<sup>155</sup> Die durch den Auszug ausgelöste Nachsteuer für den Erwerb des Familienheims trifft den länger lebenden Ehegatten ungeschmälert. Das Gleiche gilt nach § 6 Abs. 4 ErbStG für Vermächtnisse, die erst beim Tod des Beschwerten fällig werden. Daraus leitet sich die steuerliche Empfehlung ab, die Entstehung des Herausgabevermächtnisses nicht an den Tod des beschwerten Ehegatten zu knüpfen.<sup>156</sup>

Der nachfolgende Formulierungsvorschlag für ein aufschiebend bedingtes, auf Herausgabe des Familienheims gerichtetes Zweckvermächtnis i. S. des § 2156 BGB verfolgt das Anliegen, dem zum Alleinerben berufenen Ehegatten einen möglichst großen Entscheidungsspielraum bei der Auswahl des bedachten Kindes und der genauen Bestimmung der Zuwendung unter Berücksichtigung seines eigenen Versorgungsinteresses einzuräumen. Zweck des Vermächtnisses ist es, dem Längerlebenden das Ausnutzen der Steuerbefreiung für die Kinder nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG für den Fall seines vorzeitigen Auszugs aus dem Familienheim zu ermöglichen. Dem überlebenden Ehegatten können dabei – unter Beachtung der Voraussetzungen für die Gewährung der Begünstigung – ähnlich weit reichende Bestimmungsrechte eingeräumt werden wie bei einem „Supervermächtnis“.<sup>157</sup>

*Formulierungsvorschlag für ein auf Herausgabe des Familienheims gerichtetes Zweckvermächtnis:*

*„Der erstversterbende Ehegatte beschwert den Überlebenden von uns als seinen Erben mit folgendem Zweckvermächtnis gemäß § 2156 BGB:*

*Der Erstversterbende von uns vermacht einem von unseren Kindern das zum Zeitpunkt des Erbfalls im Allein- oder Miteigentum des Erstversterbenden stehende Familienheim i. S. von § 13 Abs. 1 Nr. 4 c Satz 1 ErbStG nebst allen wesentlichen Bestandteilen und dem gesetzlichen Zubehör. Zweck des Vermächtnisses ist es, einem Kind, das zum Einzug in das Familienheim bereit ist, wenn der Überlebende dieses nicht mehr zu eigenen Wohnzwecken nutzt, einen erbschaftsteuerfreien Erwerb des Familienheims zu ermöglichen.*

148 Vgl. dazu und zum Folgenden Jülicher, ZErB 2009, 222, 226 ff.

149 Siehe Jülicher, ZErB 2009, 222, 225 mit einem Formulierungsvorschlag; zum Wahlvermächtnis aus steuerlicher Sicht vgl. auch J. Mayer, DStR 2004, 1409, 1411.

150 Vgl. BFH ZEV 2001, 452.

151 Zur Möglichkeit der Anordnung einer solchen Auflage vgl. MünchKomm/Schlichting, Band 9, 5. Aufl. 2010, § 2154 BGB, Rn. 3.

152 Näher zum Herausgabevermächtnis aus erbrechtlicher Sicht Reimann, MittBayNot 2002, 4 ff.

153 Vgl. nur Daragan, in: Daragan/Halaczinsky/Riedel, 2010, § 3 BewG, Rn. 11.

154 Vgl. dazu Jülicher, ZErB 2009, 222, 226; Horn, in: Fischer/Jüptner/Pahlke/Wachter, 2. Aufl. 2010, § 12 ErbStG, Rn. 42.

155 Vgl. nur Kobor, a.a.O. (Fn. 103), § 6 ErbStG, Rn. 37 i. V. m. Rn. 43.

156 Vgl. Jülicher, ZErB 2009, 222, 227.

157 Zur erbschaftsteuerrechtlichen Anerkennung eines „Supervermächtnisses“ vgl. DNotI-Report 2010, 3 ff.; J. Mayer, DStR 2004, 1409, 1412 f.; Piltz, ZEV 2005, 469, 470 ff.



*Derzeit ist unser Familienheim der in unserem Miteigentum stehende, im Grundbuch des Amtsgerichts \*\*\* von \*\*\* Blatt \*\*\* wie folgt verzeichnete Grundbesitz: \*\*\**

*Der Anspruch auf Übertragung des Allein- oder Miteigentums an dem Familienheim entsteht erst, wenn*

- a) *der Überlebende von uns das Familienheim nicht mehr zu Wohnzwecken nutzt (aufschiebende Bedingung),*
- b) *der Beschwerte dies ausdrücklich bestimmt und eines unserer Kinder als Bedachten ausgewählt hat.*

*Das Vermächtnis ist, wenn die aufschiebende Bedingung eingetreten ist und der Beschwerte sein Bestimmungsrecht ausgeübt hat, unverzüglich nach Aufgabe der Selbstnutzung des Familienheims durch den Beschwerten zu erfüllen. Tritt die aufschiebende Bedingung für den Anfall des Vermächtnisses nicht innerhalb von zehn Jahren nach dem Erbfall ein, entfällt das Vermächtnis ersatzlos. Gleiches gilt, wenn das Familienheim aufgrund einer Veräußerung durch den beschwerten Erben aus dem Nachlass ausscheidet oder die Voraussetzungen für eine Steuerbegünstigung des Familienheimerwerbs nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG aus einem anderen Grund nicht mehr eintreten können.*

*Der Beschwerte kann nach seinem Ermessen unter Berücksichtigung seines eigenen Versorgungsinteresses, seiner wirtschaftlichen Situation und der zum Zeitpunkt des Erbfalls geltenden Bedingungen für einen steuerfreien Erwerb des Familienheims von Todes wegen den Umfang, insbesondere die Höhe des Miteigentumsanteils an dem Grundstück, und die Konditionen der Zu-*

*wendung im Einzelnen festlegen. Zu den Konditionen der Zuwendung zählen vor allem der Anspruch des Erben auf Ersatz etwaiger Verwendungen, die er auf das Familienheim getätigt hat, sowie die Vereinbarung eines Rückforderungsrechts für den Beschwerten für den Fall, dass das Finanzamt für den Vermächtniserwerb des Familienheims wegen Versagung der Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG Erbschaftsteuer festsetzen sollte.*

*Der Beschwerte kann nach seinem Ermessen das Kind auswählen, das das Vermächtnis erhalten soll (§ 2151 BGB). Bei der Auswahl, welchem unserer Kinder das (Mit-)Eigentum an dem Familienheim übertragen werden soll, soll sich der Beschwerte davon leiten lassen, welches Kind bereit ist und nach seinen persönlichen Lebensumständen aller Voraussicht nach in der Lage sein wird, unverzüglich nach Aufgabe der Selbstnutzung durch den Beschwerten mit der Nutzung des Familienheims zu eigenen Wohnzwecken zu beginnen und diese Selbstnutzung bis zum Ablauf der Zehnjahresfrist gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4 c Satz 5 ErbStG beizubehalten.*

*Die Nutzungen des vermachten Familienheims stehen dem Erben bis zum Anfall des Vermächtnisses zu.*

*Die Anwartschaften der Kinder sind zwischen dem Erbfall und dem Anfall des Vermächtnisses weder vererblich noch übertragbar. Sollte ein Kind vorversterben, sind Ersatzvermächtnisnehmer die Kinder dieses Kindes i. S. der Steuerklasse I Nr. 2 des § 15 Abs. 1 ErbStG. Sind solche nicht vorhanden, entfällt das Vermächtnis ersatzlos.“*

## Rechtsprechung

### 1. Liegenschaftsrecht – Zu den Prüfungspflichten des Notars im Klauselerteilungsverfahren (BGH, Beschluss vom 29. 6. 2011 – VII ZB 89/10)

**ZPO §§ 726; 727; 768; 794; 800**

1. **Bei der Auslegung einer notariellen Unterwerfungserklärung muss der Notar im Klauselerteilungsverfahren grundsätzlich von dem Wortlaut der Urkunde ausgehen. Ist eine Vollstreckungsbedingung i. S. d. § 726 Abs. 1 ZPO im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt, verbietet sich für den Notar die Annahme einer solchen Bedingung. Er kann sie nicht allein aus einer Interessenabwägung herleiten.**
2. **Dem Notar ist deshalb eine Auslegung verwehrt, die in einer notariellen Urkunde enthaltene Unterwerfungserklärung wegen Ansprüchen aus einer Grundschuld erstrecke sich nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld, wenn sie im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt ist.**
3. **Der Notar muss daher dem Zessionar einer Sicherungsgrundschuld die Klausel als Rechts-**

**nachfolger ungeachtet der Entscheidung des BGH vom 30. 3. 2010 (BGHZ 185, 133 = NJW 2010, 2041 = NZM 2010, 490) erteilen, wenn die Rechtsnachfolge in die Ansprüche durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist.**

4. **Die Einwendung, die Unterwerfungserklärung erstrecke sich nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld und der Zessionar sei nicht in die treuhänderische Bindung eingetreten, kann der Schuldner nur mit der Klage nach § 768 ZPO geltend machen (abweichend von BGHZ 185, 133 = NJW 2010, 2041 = NZM 2010, 490).**

### Zum Sachverhalt:

[1] I. Die Ast. begehrt als Rechtsnachfolgerin die Erteilung einer Vollstreckungsklausel für eine notarielle Urkunde, in der sich die Schuldner wegen der Ansprüche aus einer Grundschuld und persönlichen Haftungserklärung der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen haben.

[2] Die Schuldner erwarben am 14. 2. 2000 das Grundstück F.-Straße 6 in O. Am 17. 2. 2000 schlossen sie ausweislich des von ihr vorgelegten Vertrages mit der Ast. einen Kreditvertrag

über ein Darlehen in Höhe von 220 000,- DM. Zur Darlehenssicherung wurde in dieser Vertragsurkunde die Verschaffung einer erstrangigen sofort vollstreckbaren Grundschuld an dem Grundstück F.-Straße 6 in O. in Höhe des Kreditbetrages nebst Zinsen sowie die Abgabe eines vollstreckbaren abstrakten Schuldversprechens in derselben Höhe vereinbart.

[3] Mit notarieller Urkunde vom 13. 4. 2000 bestellten die vormaligen Eigentümer an dem Grundstück F.-Straße 6 in O. eine Briefgrundschuld in Höhe von 454 000,- DM nebst Zinsen und einer einmaligen Nebenleistung zu Gunsten der R.-Bank in M. (im Folgenden: Zedentin). Sie und die Schuldner als künftige Eigentümer unterwarfen sich in Ziffer 2. der Urkunde „wegen aller Ansprüche an Kapital, Zinsen und Nebenleistung, welche der Gläubigerin aus der Grundschuld zustehen, der sofortigen Zwangsvollstreckung in das mit der Grundschuld belastete Eigentum“ („dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung“). Die Schuldner erklärten in Ziffer 4. weiter, dass sie als Gesamtschuldner „die persönliche Haftung für die Zahlung eines Geldbetrags, dessen Höhe der vereinbarten Grundschuld (Kapital, Zinsen, Nebenleistungen) entspricht“, übernehmen; sie unterwarfen sich gleichzeitig deswegen „der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in ihr gesamtes Vermögen“ („persönliche Haftung mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung“). Außerdem enthielt die Urkunde noch eine „Sicherungsabrede“.

[4] Am 29. 8. 2000 trat die Zedentin einen erstrangigen Teilbetrag der Briefgrundschuld in Höhe von 220 000,- DM mit der Nebenleistung und Zinsen sowie ihr zustehende Ansprüche aus der Übernahme der persönlichen Haftung der Schuldner in dieser Höhe an die Ast. ab. Diese wurde am 18. 3. 2010 als Grundschuldgläubigerin in das Grundbuch eingetragen.

[5] Die Ast. hat bei dem zuständigen Notar beantragt, eine Teilausfertigung der notariellen Urkunde vom 13. 4. 2000 hinsichtlich eines erstrangigen Teilbetrages von 112 484,12 € zu ihren Gunsten zu fertigen, die Vollstreckungsklausel auf sie als Rechtsnachfolgerin der Zedentin umzuschreiben und ihr zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in dinglicher und persönlicher Hinsicht gegen die Schuldner zu erteilen. Hierzu hat sie neben dem Grundbuchauszug die vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde, eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung und eine einfache Kopie des Kreditvertrages vom 17. 2. 2000 vorgelegt. Der Notar hat den Antrag abgelehnt. Der dagegen gerichteten Beschwerde hat er nicht abgeholfen. Das LG hat die Beschwerde zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt die Ast. die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und die Klauselumschreibung.

#### Aus den Gründen:

[6] II. Die gemäß § 54 Abs. 2 S. 1 BeurkG, § 70 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 FamFG statthafte Rechtsbeschwerde ist zulässig und begründet.

[7] Auf das Verfahren ist gemäß Art. 111 Abs. 1 S. 1 des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-RG) das seit 1. 9. 2009 geltende Verfahrensrecht anwendbar, da der das Verfahren einleitende Antrag am 15. 4. 2010, also nach Inkrafttreten der Neuordnung, bei dem Notar eingegangen ist.

[8] 1. Das Beschwerdegericht hat sich der Auffassung des Notars angeschlossen, nach dem Urteil des BGH vom 30. 3. 2010 (XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 = DNotZ 2010, 542 = RNotZ 2010, 390) sei eine formularmäßige Vollstreckungsunterwerfung dahin auszulegen, dass sie sich nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld erstrecke. Die dort

für den Fall der Abtretung einer Grundschuld ohne Mitwirkung des Schuldners entwickelten Grundsätze seien auch im Fall einer Umschuldung auf Veranlassung des Schuldners anwendbar. Zur Prüfung der Rechtsnachfolge zähle danach das (Fort-)Bestehen der treuhänderischen Bindung der Grundschuld. Diese müsse gemäß § 727 ZPO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Das gelte selbst dann, wenn der Zessionar nicht in eine mit dem Zedenten geschlossene Sicherungsvereinbarung eingetreten sei, sondern mit ihm eine neue Sicherungsabrede getroffen habe. Anderenfalls würde dem vom XI. Zivilsenat des BGH erkannten Schutzbedürfnis des Schuldners nicht hinreichend Rechnung getragen. Allein der Erwerbsgrund der Sicherheiten rechtfertige keine abweichende Beurteilung.

[9] Die strengen Formvorschriften des § 727 ZPO dienen dem Schutz des Schuldners. Sie könnten ohne erhöhten Aufwand auch hinsichtlich einer neuen Sicherungsabrede durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden erbracht werden. Würden diese – wie hier – nicht vorgelegt, sei der Ast. der Weg zur Erlangung einer Klausel nicht versperrt, da sie dann eine Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel nach § 731 ZPO erheben könne. Lediglich die (vereinfachte) Klauselumschreibung nach § 727 ZPO sei ihr verwehrt.

[10] 2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

[11] Der Ast. ist die begehrte Vollstreckungsklausel sowohl in dinglicher als auch in persönlicher Hinsicht gegen die Schuldner zu erteilen.

[12] a) Der XI. Zivilsenat des BGH hat in seiner Entscheidung vom 30. 3. 2010 (XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133, Rn. 24, 34 ff. = DNotZ 2010, 542 = RNotZ 2010, 390) die Auffassung vertreten, eine anlässlich der Bestellung einer Sicherungsgrundschuld formularmäßig durch den Schuldner erklärte Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen aller Ansprüche aus der Grundschuld sei gemäß § 5 AGBG (jetzt: § 305 c Abs. 2 BGB) dahin auszulegen, dass nur Grundschuldansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld titulierte seien (dem folgend BGH, Urteil vom 3. 12. 2010 – V ZR 200/09, veröffentlicht in juris, Rn. 22). Dies ergebe sich aus der zum Zeitpunkt der Unterwerfungserklärung maßgeblichen objektivierten Interessenlage von Gläubiger und Schuldner. Deshalb könne der Zessionar einer Sicherungsgrundschuld aus einer Unterwerfungserklärung nur vorgehen, wenn er in den Sicherungsvertrag eintrete. Die Prüfung, ob dies der Fall sei, sei dem Klauselerteilungsverfahren vorbehalten. Wer den Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag nicht beitrete, werde nicht Rechtsnachfolger hinsichtlich des titulierten Anspruchs i. S. d. § 727 Abs. 1 ZPO.

[13] b) Diese Entscheidung ist im Schrifttum auf erhebliche Kritik gestoßen. Abgesehen von Einwendungen gegen die materiell-rechtliche Auslegung der Unterwerfungserklärung wird vorgebracht, das Klauselerteilungsorgan werde durch die Entscheidung des XI. Zivilsenats gezwungen, nicht formalisierte, materiell-rechtliche Bewertungen des Titels vorzunehmen, die

diesem nicht ohne weiteres zu entnehmen seien (so Herrler, BB 2010, 1931, 1934; Volmer, MittBayNot 2010, 383; Wolfsteiner, ZNotP 2010, 322; Skauradszun, Jura 2011, 128, 130; Kessler, WM 2011, 486, 487). Darüber hinaus wird vertreten, der vom XI. Zivilsenat geforderte Beitritt des Gläubigers in den Sicherungsvertrag sei keine Voraussetzung der Rechtsnachfolge, sondern eine Bedingung der Vollstreckbarkeit, die nach § 726 ZPO zu berücksichtigen sei (vgl. Stürner, JZ 2010, 774, 776; Skauradszun, Jura 2011, 28, 130; Kessler, WM 2011, 486, 487, jeweils m. w. N.). In der Literatur wird auch auf die erheblichen Schwierigkeiten hingewiesen, die sich für den Gläubiger in den Fällen ergeben, in denen er die Grundsuld aufgrund einer Umschuldung, Neuvaluierung oder Finanzierung aus einer Hand erworben hat. In diesen sehr häufigen Fällen bestehe kein Schutzbedürfnis für den Schuldner (vgl. Stürner, JZ 2010, 774, 778; Bork, WM 2010, 2057, 2061; Everts, NJW 2011, 567, 568 f.; Dieckmann, BWNZ 2011, 42, 59), jedoch könne der Gläubiger infolge der als überraschend empfundenen Entscheidung des XI. Zivilsenats in Altfällen den Nachweis, dass ein solcher Fall vorliege, durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden überhaupt nicht oder nur mit zusätzlichen Kosten für den Schuldner führen (vgl. Sommer, RNotZ 2010, 378, 381 f.; Volmer, MittBayNot 2010, 383, 386; Wolfer, GWR 2010, 278; Everts, NJW 2011, 567, 570).

[14] c) Der VII. Zivilsenat kann sich der Auffassung des XI. Zivilsenats, der von diesem für erforderlich gehaltene Eintritt in die Sicherungsvereinbarung sei gemäß § 727 ZPO im Klauselerteilungsverfahren zu prüfen, nicht anschließen.

[15] Die Zwangsvollstreckung findet aus einer notariellen Urkunde statt, in der sich die Schuldner wegen der Ansprüche aus einer Grundsuld der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen haben, § 794 Abs. 1 Nr. 5, § 800 ZPO. Die vollstreckbare Ausfertigung einer solchen Urkunde wird von dem Notar erteilt, der die Urkunde verwahrt, § 797 Abs. 2 S. 1 ZPO. Auf die Zwangsvollstreckung sind gemäß § 795 ZPO die Vorschriften der § 726 Abs. 1 und § 727 Abs. 1 ZPO entsprechend anwendbar.

[16] Rechtsnachfolger des Gläubigers i. S. d. § 727 ZPO ist derjenige, der an Stelle des im Titel genannten Gläubigers den nach dem Titel zu vollstreckenden Anspruch selbst oder jedenfalls die Berechtigung erworben hat, den Anspruch geltend zu machen (vgl. Schuschke/Walker/Schuschke, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., § 727 Rn. 4). Die Rechtsnachfolge nach dieser Vorschrift folgt damit dem materiell-rechtlichen Übertragungsstatbestand. Rechtsnachfolger in die Grundsuld wird danach im Fall rechtsgeschäftlicher Rechtsnachfolge derjenige, dem die Grundsuld abgetreten worden ist; Rechtsnachfolger in die persönliche Haftungserklärung derjenige, dem der Anspruch aus dieser Erklärung abgetreten worden ist. Die Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung selbst bedarf keiner (rechtsgeschäftlichen) Überleitung auf den neuen Gläubiger. Die Möglichkeit zur Vollstreckung aus der Unterwerfungserklärung geht unter den Voraussetzungen des § 727 Abs. 1 ZPO kraft gesetzlicher Anordnung auf den Rechtsnachfolger hin-

sichtlich des titulierten Anspruchs über (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 30. 3. 2010 – XI ZR 200/09, a.a.O., Rn. 22; Stürner, JZ 2010, 774, 776; Kessler, WM 2011, 486, 487). Der Auffassung des XI. Zivilsenats, die Rechtsnachfolge in die Unterwerfungserklärung hänge vom Eintritt des Zessionars in den Sicherungsvertrag ab (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 30. 3. 2010 – XI ZR 200/09, a.a.O., Rn. 24, 40), fehlt damit die Grundlage, wenn die Grundsuld und der Anspruch aus der persönlichen Haftungserklärung durch Abtretung erworben sind. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Verfahren durch öffentliche und öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen. Eine Hinderung des Erwerbs der abgetretenen Ansprüche durch Abtretungsbeschränkungen ist nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht.

[17] Etwas anderes könnte gelten, wenn in der Unterwerfungserklärung eine prozessrechtsautonome Festlegung der Rechtsnachfolge durch den Schuldner gesehen werden müsste (vgl. dazu Bolkart, DNotZ 2010, 483, 487 f.). Der Senat muss nicht entscheiden, ob eine solche Festlegung möglich ist. Die Annahme einer solchen liegt fern. Sicherungsvertraglich gebunden ist nicht die prozessuale Unterwerfungserklärung, sondern allein die Grundsuld. Es besteht kein Bedürfnis des Schuldners, die sicherungsvertragliche Bindung auch auf die Unterwerfungserklärung auszudehnen. Die vom XI. Zivilsenat angenommene Beschränkung bei der Abtretung ist vielmehr eine Vollstreckungsbedingung. Denn sie macht die Vollstreckung aus der notariellen Urkunde von der Bedingung abhängig, dass der Zessionar in die Sicherungsvereinbarung eingetreten ist (vgl. Stürner, JZ 2010, 774, 776; Kessler, WM 2011, 486, 487 f.).

[18] d) Ist demnach davon auszugehen, dass der Eintritt in die Sicherungsvereinbarung nach der vom XI. Zivilsenat des BGH in seiner Entscheidung vom 30. 3. 2010 (XI ZR 200/09, a.a.O., Rn. 39) vorgenommenen einschränkenden Auslegung der Unterwerfungserklärung eine Vollstreckungsbedingung darstellt, so stellt sich die Frage, ob sie gemäß § 726 Abs. 1 ZPO im Klauselerteilungsverfahren zu beachten ist. Diese Frage wird vom erkennenden Senat verneint.

[19] Bei der Auslegung einer notariellen Unterwerfungserklärung muss der Notar im Klauselerteilungsverfahren grundsätzlich von dem Wortlaut der Urkunde ausgehen. Ist eine Vollstreckungsbedingung i. S. d. § 726 Abs. 1 ZPO im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt, verbietet sich für den Notar die Annahme einer solchen Bedingung. Er kann sie nicht allein aus einer Interessenabwägung herleiten. Eine allein aus einer Interessenabwägung hergeleitete Auslegung durch den Notar wäre nicht damit vereinbar, dass der Prüfungsumfang im Klauselerteilungsverfahren wegen dessen Formalisierung eingeschränkt ist. Der Notar wäre anderenfalls gezwungen, nicht formalisierte materiell-rechtliche Bewertungen des Titels vorzunehmen. Für derartige Bewertungen ist das Klauselerteilungsverfahren nicht ausgelegt (ebenso Herrler, BB 2010, 1931, 1934; Volmer, MittBayNot 2010, 383; Wolfsteiner, ZNotP 2010, 322; Skauradszun, Jura 2011, 128, 130; Kessler, WM 2011, 486, 487).



[20] aa) Im Unterschied zum Erkenntnisverfahren, in dem eine Prüfung nach der materiell-rechtlichen Lage stattfindet, dient das Klauselerteilungsverfahren nach dem Willen des Gesetzgebers der „Prüfung der Vollstreckbarkeit nach der prozessualen Lage der Sache“ (vgl. Motive S. 403 f. = Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, 2. Aufl., Bd. 2, Abteilung 1, S. 433 f.). Dies führt zu einer „prozessualen Eigenständigkeit“ des Klauselerteilungsverfahrens mit der Folge, dass der Titel nur auf seine formelle Vollstreckungsfähigkeit, die sich grundsätzlich nicht an materiell-rechtlichen Kriterien orientiert, überprüft wird (vgl. Münch, Vollstreckbare Urkunden und prozessualer Anspruch, S. 227 ff.; Binder/Piekenbrock, WM 2008, 1816, 1817 f. m. w. N.). Das Klauselerteilungsverfahren dient nicht dazu, das Ergebnis des Erkenntnisverfahrens zu revidieren (Schuschke/Walker/Schuschke, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 4. Aufl., § 726 Rn. 4 Fn. 14; Musielak/Lackmann, 8. Aufl., § 726 ZPO Rn. 1) oder materiell-rechtlichen Veränderungen vor Vollstreckungsbeginn Rechnung zu tragen. Eine unbegrenzte Prüfung des Titels wird vom Klauselerteilungsorgan nicht gefordert und kann in Anbetracht der Begrenztheit der Nachweismittel im Klauselerteilungsverfahren auch nicht erwartet werden (Münch, a.a.O., S. 229 f.; Böckmann, Schuldnerschutz bei vollstreckbaren notariellen Urkunden, S. 179). Für den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle (§ 724 Abs. 2 ZPO) folgt das bereits aus seiner im Vergleich zum Richter beschränkten Sachkompetenz.

[21] Auch wenn der notariellen Urkunde im Unterschied zum Urteil kein Erkenntnisverfahren vorangegangen ist, gilt für den prozessualen Pflichtenkreis des Notars als Klauselerteilungsorgan nichts anderes. Weder der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle noch der Notar dürfen sich über den Inhalt des Titels hinwegsetzen. Beide müssen diesen in formeller (§ 724 Abs. 1 ZPO), sachlicher (§ 726 Abs. 1 ZPO) und persönlicher (§ 727 Abs. 1 ZPO) Hinsicht umsetzen (Münch, a.a.O., S. 229 f.). Eine weitergehende Prüfungsbefugnis – insbesondere eine materiell-rechtliche Beurteilung – steht dem Notar grundsätzlich nicht zu (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. April 2009 – VII ZB 62/08, NJW 2009, 1887, 1888 = DNotZ 2009, 935; vom 5. Juli 2005 – VII ZB 27/05, MDR 2005, 1432 f.; vom 16. Juli 2004 IXa ZB 326/03, NJW-RR 2004, 1718, 1719 = DNotZ 2005, 132). Dementsprechend hat der Senat bereits entschieden, dass der Notar im Klauselerteilungsverfahren grundsätzlich nicht die auf materiell-rechtliche Erwägungen gestützte Rüge der Nichtigkeit des zugrunde liegenden Titels berücksichtigen darf (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. 4. 2009 – VII ZB 62/08, a.a.O.; vom 5. 7. 2005 – VII ZB 27/05, a.a.O.). Ob von diesem Grundsatz eine Ausnahme zu machen ist, wenn die eine Nichtigkeit begründenden Voraussetzungen dem Titel ohne weiteres entnommen werden können („Evidenzkontrolle“), hat der BGH bislang offen gelassen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. 4. 2009 – VII ZB 62/08, a.a.O.; vom 5. 7. 2005 – VII ZB 27/05, a.a.O.; vom 16. 7. 2004 – IXa ZB 326/03, a.a.O.).

[22] bb) Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass eine materiell-rechtliche Prüfung im Klauselerteilungsverfahren nicht stattfindet, ergibt sich aus § 726 Abs. 1

ZPO. Hängt die Vollstreckung nach dem Inhalt des Titels vom Eintritt einer vom Gläubiger zu beweisenden materiell-rechtlichen Tatsache ab, darf die Vollstreckungsklausel nur erteilt werden, wenn dieser Nachweis nach Maßgabe von § 726 Abs. 1 ZPO geführt wird (sog. „titelergänzende Klauselfunktion“). Die Feststellung, ob der Titel eine solche Vollstreckungsbedingung enthält, macht eine inhaltliche Prüfung durch das Klauselerteilungsorgan notwendig. Dieses ist verpflichtet, durch Auslegung des Titels zu ermitteln, ob dessen Vollstreckbarkeit seinem Inhalt nach vom Eintritt durch den Gläubiger zu beweisender Tatsachen gemäß § 726 Abs. 1 ZPO abhängt (vgl. BGH, Beschluss vom 19. 8. 2010 – VII ZB 2/09, NJW-RR 2011, 424, 426 = DNotZ 2011, 264; Zöller/Stöber, 28. Aufl., § 726 ZPO Rn. 5).

[23] Dieser Auslegung durch das Klauselerteilungsorgan sind jedoch durch die Formalisierung des Klauselerteilungsverfahrens Grenzen gesetzt. Die zur Auslegung einer privaten Willenserklärung nach §§ 133, 157 BGB entwickelten Grundsätze können nicht ohne weiteres angewandt werden. Da der Vollstreckungstitel Inhalt und Umfang der Zwangsvollstreckung festlegt und der Schuldner staatlichen Zwang nur nach dieser Maßgabe zu dulden hat, muss eine im Klauselerteilungsverfahren zu berücksichtigende Abhängigkeit der Vollstreckbarkeit nach § 726 Abs. 1 ZPO durch den Titel selbst festgestellt sein und sich klar aus diesem ergeben (so schon RGZ 81, 299, 302, und RGZ 72, 22, 23 f.). Insofern muss der Titel aus sich heraus für eine Auslegung genügend bestimmt sein oder jedenfalls sämtliche Kriterien für seine Bestimmbarkeit eindeutig festlegen (vgl. BGH, Urteil vom 7. 12. 2005 – XII ZR 94/03, BGHZ 165, 223, 228 = DNotZ 2006, 198; BGH, Urteil vom 6. 11. 1985 – IVb ZR 73/84, NJW 1986, 1440; Stein/Jonas/Münzberg, 22. Aufl., § 726 ZPO Rn. 3; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., § 10 Rn. 43, 50). Maßgeblich ist in erster Linie der Wortlaut des Titels. Neben dem Wortlaut sind auch solche Zwecke und Interessen der Parteien berücksichtigungsfähig, die sich aus dem Titel ergeben (vgl. BGH, Beschluss vom 19. 8. 2010 – VII ZB 2/09, a.a.O.; BGH, Beschluss vom 29. 5. 2008 – V ZB 6/08, NJW 2008, 3363, 3364 m. w. N. = DNotZ 2008, 937 = RNotZ 2008, 537; Musielak/Lackmann, 8. Aufl., § 726 ZPO Rn. 2). Bei dieser Auslegung kann grundsätzlich nur auf den Titel selbst oder auf Unterlagen abgestellt werden, die dessen Bestandteil sind, nicht jedoch auf außerhalb des Titels liegende Umstände (vgl. BGH, Urteil vom 6. 11. 1985 – IVb ZR 73/84, a.a.O.; OLG Stuttgart NJW-RR 1999, 791 f.; OLG Frankfurt NJW-RR 1994, 9; OLG Köln OLGR 1992, 339, 340 m. w. N.). Ausnahmsweise können außerhalb des Titels liegende Umstände zu beachten sein, wenn das Vollstreckungsorgan den Titel selbst erlassen hat (vgl. BGH, Beschluss vom 26. 11. 2009 – VII ZB 42/08, NJW 2010, 2137 f.; BGH, Beschluss vom 23. 10. 2003 – I ZB 45/02, NJW 2004, 506 ff.). Darüber hinausgehende „Korrekturen“ dürfen nicht vorgenommen werden.

[24] Unter Beachtung der dargestellten Funktion des Klauselerteilungsverfahrens ist die Grenze der vom Klauselerteilungsorgan vorzunehmenden Auslegung dort überschritten, wo sie zu nicht mehr hinnehmbaren Unwägbarkeiten im Zwangsvollstreckungsverfahren

führt, so dass es nicht mehr gerechtfertigt erscheint, ohne eine richterliche Entscheidung in einem kontradiktorischen, keinen Beweismittelbeschränkungen unterliegenden Verfahren auf der Grundlage solcher Unwägbarkeiten staatlichen Zwang auszuüben oder zu verweigern. Das ist in der Regel der Fall, wenn die Bedingung für die Vollstreckbarkeit einer notariellen Urkunde, die eine Unterwerfungserklärung beinhaltet, im Wortlaut der Urkunde in keiner Weise angelegt ist und sich allein aus einer interessengeleiteten Auslegung ergibt. Der Formalisierung des Klauselerteilungsverfahrens würde es nicht gerecht, wenn der Notar genötigt wäre, den gesamten Inhalt einer notariellen Urkunde über die Unterwerfungserklärung hinaus ohne jeden Anhaltspunkt im Wortlaut unter Berücksichtigung aller sonstigen Erklärungen interessengerecht auszulegen (in diesem Sinne Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl., Rn. 11.37). Etwas anderes kann allenfalls dann gelten, wenn sich dem Notar die Vollstreckungsbedingung, auch ohne dass sie im Wortlaut der notariellen Urkunde angelegt wäre, aufdrängen muss.

[25] cc) Gegen die Annahme einer in dieser Weise begrenzten Prüfung durch das klauselerteilende Organ kann nicht eingewandt werden, dass damit die Vollstreckung mit staatlichen Zwangsmitteln auch in Fällen ermöglicht werde, in denen nach der materiellen Rechtslage tatsächlich eine Bedingung der Vollstreckung bestehe und diese nicht eingetreten sei. Das ist nicht der Fall.

[26] Als Ausgleich für die bereits dargestellte Formalisierung des Klauselerteilungsverfahrens gibt es sowohl für den Gläubiger als auch für den Schuldner Rechtsbehelfe, die kontradiktorische Verfahren ohne Beweismittelbeschränkungen eröffnen (vgl. Binder/Piekenbrock, WM 2008, 1816, 1817 f.). Kann der Gläubiger den in § 726 Abs. 1 ZPO oder § 727 Abs. 1 ZPO geforderten Nachweis in der dort vorgesehenen Form nicht erbringen, kann er Klage auf Erteilung der Vollstreckungsklausel nach § 731 ZPO erheben. Ist eine Vollstreckungsklausel nach § 726 Abs. 1 ZPO erteilt worden und bestreitet der Schuldner den vom Klauselerteilungsorgan als bewiesen angenommenen Eintritt der materiell-rechtlichen Vollstreckungsbedingung, kann der Schuldner Klage gegen die Vollstreckungsklausel nach § 768 ZPO erheben. Gleiches gilt in den Fällen der §§ 727 bis 729, 738, 742, 744, des § 745 Abs. 2 und des § 749 ZPO. Dem liegt das gesetzgeberische Regelungsziel zugrunde, dass dem Schuldner die Möglichkeit eröffnet sein muss, eine vollständige Prüfung seiner gesetzlich zulässigen Einwendungen gegen die Vollstreckbarkeit des Titels ohne Beweismittelbeschränkungen zu erreichen. Er soll nicht zur Duldung einer insoweit materiell-rechtlich ungerechtfertigten Zwangsvollstreckung verpflichtet sein (in diesem Sinne Münch, a.a.O., S. 237; Binder/Piekenbrock, WM 2008, 1816, 1817 f.).

[27] Dieser Grundsatz muss auch dann gelten, wenn der Schuldner materiell-rechtliche Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckung daraus ableitet, dass der Titel eine Vollstreckungsbedingung enthält, die nicht in ihrem Wortlaut angelegt ist und deshalb vom Klauselerteilungsorgan nicht berücksichtigt werden

darf. In diesen Fällen ist § 768 ZPO jedenfalls entsprechend anzuwenden. Dieses Verfahren ist geeignet, die Auslegung des Titels umfassend zu klären, wobei alle Beweismittel zugelassen sind.

[28] dd) Nach diesen Grundsätzen ist die Vollstreckungsbedingung des Eintritts in den Sicherungsvertrag durch einen Zessionar einer Grundschild im Klauselerteilungsverfahren nicht nachzuweisen, wenn diese Bedingung im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt ist. Das ist regelmäßig – wie auch hier – der Fall. Die vom XI. Zivilsenat anhand einer „objektivierten Interessenlage“ erkannte Abhängigkeit der Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung davon, dass sich diese nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschild erstrecke und der neue Gläubiger im Klauselerteilungsverfahren seinen „Eintritt in den Sicherungsvertrag“ nachweisen müsse, kann regelmäßig weder dem Wortlaut der Unterwerfungserklärung noch den ihr beigelegten Unterlagen entnommen werden. Unterwerfungserklärungen unter die sofortige Zwangsvollstreckung anlässlich der Bestellung einer Sicherungsgrundschild wurden jedenfalls vor der Entscheidung des XI. Zivilsenats in der Praxis regelmäßig unbedingt erklärt und enthalten auch sonst keine Hinweise im Wortlaut auf eine Vollstreckungsbedingung in Form des Fortbestehens einer treuhänderischen Bindung nach einer Zession (vgl. Wolfsteiner, ZNotP 2010, 322). Die vom XI. Zivilsenat vorgenommene einschränkende Auslegung der Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung beruht damit allein auf einer Interessenabwägung, die dem Notar im Klauselerteilungsverfahren verwehrt ist.

[29] Regelmäßig kann auch nicht angenommen werden, dass sich dem Notar als titelerrichtendem Organ in den hier interessierenden Fällen eine einschränkende Auslegung der Unterwerfungserklärung aufdrängen muss. Dies belegt nicht zuletzt die Tatsache, dass eine solche Auslegung vor der Entscheidung des XI. Zivilsenats weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur in Betracht gezogen worden ist (vgl. Wolfsteiner, ZNotP 2010, 322; Dieckmann, BWNotZ 2011, 42, 57).

[30] ee) Mit der vom Senat hier vertretenen Auffassung erledigt sich weitgehend die im Schrifttum vorgebrachte Kritik gegen die Entscheidung des XI. Zivilsenats, soweit es um die Abtretung von Grundschilden in Fällen der Umschildung und Neuvalutierung geht (vgl. dazu Stürner, JZ 2010, 774, 778; Bork, WM 2010, 2057, 2061; Everts, NJW 2011, 567, 568; Dieckmann, BWNotZ 2011, 42, 59). Der Notar muss die Klausel – auch in Zukunft – erteilen, sofern die Rechtsnachfolge nachgewiesen ist und sonstige, im Klauselerteilungsverfahren zulässige Einwendungen nicht bestehen. Der Gläubiger wird damit nicht dazu gezwungen, in den sehr häufig vorkommenden (Alt-)Fällen der Umschildung und Neuvalutierung, in denen er regelmäßig einen Nachweis hierfür durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nicht führen kann, eine Klage auf Klauselerteilung nach § 731 ZPO zu erheben. Ob der Abtretung diese Fälle oder Fälle des Forderungskaufs zugrunde liegen, in denen nach der Auffassung des XI. Zivilsenats ein Eintritt des Zessionars in den Sicherungsvertrag als

Vollstreckungsvoraussetzung vorliegen muss, ist im Verfahren nach § 768 ZPO zu klären. Gegen diese Lösung spricht nicht, dass sich der Schuldner dann in der Rolle des Angreifers befindet (dazu BGH, Versäumnisurteil vom 30. 3. 2010 – XI ZR 200/09, a.a.O., Rn. 40). Der Schuldner hat mit der Abgabe der dem Wortlaut nach unbedingten notariellen Unterwerfungserklärung einen Titel gegen sich selbst geschaffen und damit den Grund dafür gesetzt, dass er sich in der Angreiferrolle befindet, sofern er sich gegen die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Titel wendet.

[31] ff) Der VII. Zivilsenat ist durch die abweichende Auffassung des XI. Zivilsenats nicht gebunden. Dessen Auslegung der Unterwerfungsklausel mit dem zusätzlichen Hinweis, die Prüfung, ob der Zessionar in den Sicherungsvertrag eingetreten sei, sei dem Klauselerteilungsverfahren vorbehalten, war für seine Entscheidung nicht tragend. Sie erfolgte ausschließlich in einem obiter dictum. Der XI. Zivilsenat hatte über eine Gestaltungsklage in entsprechender Anwendung des § 767 ZPO u. a. darüber zu entscheiden, ob eine formularmäßige Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung des Kreditschuldners in einem Vertrag über die Bestellung einer Grundschuld für eine Bank der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG Stand hält. Er hat für diese Prüfung die „kundenfeindlichste“ Auslegung zugrunde gelegt, wonach die Vollstreckungsunterwerfung für sämtliche Grundschuldansprüche unabhängig von deren Bindung an den Sicherungszweck erfolgt ist, und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die Unterwerfungserklärung den Schuldner nicht unangemessen benachteilige. Er hat deshalb die Abweisung der in analoger Anwendung des § 767 ZPO erhobenen Gestaltungsklage (teilweise) bestätigt. Die weiteren Erwägungen zur „kundenfreundlichsten“ Auslegung und zur Berücksichtigung des Eintritts in die Sicherungsvereinbarung im Klauselerteilungsverfahren waren für die Entscheidung des XI. Zivilsenats, die Revision zurückzuweisen, ohne Bedeutung.

[32] Der VII. Zivilsenat, der nach der Geschäftsverteilung des BGH für Rechtsbeschwerden und sonstige Rechtsbehelfe gegen Beschwerdeentscheidungen und andere Beschlüsse zuständig ist, die die allgemeinen Zwangsvollstreckungsvoraussetzungen betreffen, soweit nicht ein anderer Zivilsenat zuständig ist, sieht auch keine Veranlassung, die Frage des Prüfungsumfangs im Klauselerteilungsverfahren gemäß § 132 Abs. 4 GVG dem Großen Senat für Zivilsachen zur Entscheidung vorzulegen. Dies ist zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht erforderlich, weil sich diese Frage entscheidungserheblich in erster Linie in Rechtsmittelverfahren zur Erteilung einer Vollstreckungsklausel stellt.

[33] e) Der Ast. ist nach allem die vollstreckbare Ausfertigung hinsichtlich der dinglichen Unterwerfungserklärung zu erteilen. Sie hat ihre Rechtsnachfolge durch öffentliche und öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen, § 727 ZPO. Weitere Einwendungen sind im gesamten Verfahren nicht erhoben worden.

[34] f) Auf der Grundlage des von den Schuldnern in Ziffer 4. der notariellen Urkunde vom 13. 4. 2000 abgegebenen abstrakten Schuldanerkenntnisses nebst Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangs-

vollstreckung ist der Ast. die begehrte Vollstreckungsklausel auch in persönlicher Hinsicht gegen die Schuldner zu erteilen. Die vorstehenden Erwägungen gelten entsprechend. Eine Vollstreckungsbedingung ist im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt. Sie dürfte im Übrigen selbst auf der Grundlage der Erwägungen des XI. Zivilsenats zur Interessenlage weder bei einem zugrunde liegenden Forderungsverkauf noch bei einer Abtretung auf Veranlassung des Schuldners anzunehmen sein (vgl. Gutachten DNotI-Report 2010, 93, 103; Stürner, JZ 2010, 774, 777 f.; Herrler, BB 2010, 1931, 1936; Wolfsteiner, ZNotP 2010, 322, 324; Bork, WM 2010, 2057, 2061; Bolkart, DNotZ 2010, 483, 495; Skauradszun, MDR 2010, 845, 847; Skauradszun, Jura 2011, 128, 131 f.). Die Rechtsnachfolge der Gläubigerin ist durch öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen.

## **2. Liegenschaftsrecht – Zur Eintragung eines an einem GbR-Gesellschaftsanteil bestellten Nießbrauchs im Grundbuch**

(OLG Celle, Beschluss vom 25. 5. 2011 – 4 W 39/11)

**Ein zulasten eines Anteils des Gesellschafters einer GbR bestelltes Nießbrauchsrecht ist im Grundbuch nicht einzutragen.**

**BGB § 889 a  
GBO § 47**

### **Zur Einordnung:**

Ist an einem Anteil an einer Gesamthandsgemeinschaft (z. B. Erbteil) ein Nießbrauch bestellt und gehört zum Gesamthandsvermögen (z. B. Nachlass) ein Grundstück, so kann der Nießbrauch im Grundbuch eingetragen werden. Die Rechtsprechung begründet die Eintragungsfähigkeit dieser unmittelbar nur den Gesamthandsanteil und nicht das Grundstück selbst betreffenden Beschränkung wie folgt: Gem. § 1071 BGB kann ein dem Nießbrauch unterliegendes Recht nur mit Zustimmung des Nießbrauchers in beeinträchtigender Weise geändert werden. Die Verfügung über ein zum Gesamthandsvermögen gehörendes Grundstück stelle eine derartige beeinträchtigende Änderung des mit einem Nießbrauch belasteten Gesamthandsanteils dar (Aushöhlungstheorie). Folglich bedürfe eine Verfügung über dieses Grundstück auch der Zustimmung des Nießbrauchers. Die Rechtsprechung versteht dieses Zustimmungserfordernis aus § 1071 BGB dabei als relatives Verfügungsverbot zugunsten des Nießbrauchers, das gem. §§ 135 Abs. 2, 892 Abs. 1 S. 2 BGB durch einen gutgläubigen Erwerber überwunden werden kann. Um eine solche gutgläubige Überwindung des relativen Verfügungsverbot im Hinblick auf das Grundstück zu verhindern, lässt die Rechtsprechung eine entsprechende Eintragung in der zweiten Abteilung des Grundbuches zu (vgl. zum Ganzen umfangreich und m. w. N. nur Lindemeier, DNotZ 1999, 876).

Mit der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR durch den BGH ist das zugunsten einer GbR eingetragene Grundstück nicht mehr als Gesamthands-



sondern als Gesellschaftsvermögen zu begreifen. In der hier abgedruckten Entscheidung hatte sich das OLG Celle folglich mit der Frage zu beschäftigen, ob die soeben dargestellte Rechtslage nach diesem Dogmenwechsel im Hinblick auf die GbR weiterhin Anwendung findet. Mit dem OLG München (RNotZ 2011, 176) spricht sich der Senat hier gegen die Eintragungsfähigkeit des an einem Gesellschaftsanteil bestellten Nießbrauchs aus (a. A. OLG Hamm DNotZ 1977, 376; Bauer/von Oefele/Kohler, 2. Aufl. 2006, § 22 GBO Rn. 78 m. w. N.; differenzierend Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 1367). In das Grundbuch seien nur Verfügungsbeschränkungen der Gesellschaft als Rechtsträgerin des Grundstücks, nicht hingegen auch Verfügungsbeschränkungen der einzelnen Gesellschafter einzutragen. Ohne auf das bei einer Gesamthandsgemeinschaft über § 1071 BGB hergeleitete relative Verfügungsverbot in Bezug auf das Grundstück (Aushöhlungstheorie) einzugehen stellt sich der Senat auf den Standpunkt, dass die Verfügungsbefugnis über das Grundstück durch die Bestellung eines Nießbrauchs am Gesellschaftsanteil nicht eingeschränkt werde und eine entsprechende Eintragung deshalb überflüssig sei.

Angesichts der divergierenden Rechtsprechung und Literatur und der vom OLG Celle zugelassenen Rechtsbeschwerde dürfte es einstweilen noch den sichersten Weg darstellen, bei der Nießbrauchsbestellung an einem Anteil einer GbR die grundbuchliche Eintragung des Nießbrauchs als Verfügungsbeschränkung bei einem zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstück zu veranlassen. Die hier wiedergegebene Entscheidung des OLG Celle und auch jene des OLG München (a. a. O.) setzen sich nämlich nicht mit einer durch den Nießbrauch gem. § 1071 BGB etwaig begründeten relativen Verfügungsbeschränkung im Hinblick auf das Grundstück auseinander. Die Vorsicht sollte es deshalb gebieten, den Nießbraucher vor einer Überwindung dieser Verfügungsbeschränkung durch einen gutgläubigen Erwerber gem. §§ 135 Abs. 2, 892 Abs. 1 S. 2 BGB zu schützen (vgl. so auch im Hinblick auf die Eintragungsfähigkeit der Insolvenz eines Gesellschafters OLG München, Beschluss vom 2. 7. 2010 – 34 Wx 62/10, sowie im Hinblick auf die Eintragungsfähigkeit einer aufschiebend bedingten Abtretung eines Gesellschaftsanteils OLG Dresden, Beschluss vom 4. 1. 2010 – 3 W 1242/09).

Die Belastung eines Erbteils mit einem Nießbrauch ist aufgrund ihrer Beschränkung der Verfügungsbefugnis über den nießbrauchsbelasteten Gegenstand demgegenüber bei den Nachlassgrundstücken im Grundbuch eintragungsfähig (vgl. Schöner/Stöber, a. a. O., Rn. 1366 m. w. N.).

*Die Schriftleitung (TB/AR)*

### Zum Sachverhalt:

I. Der Ast. zu 1) ist zusammen mit zwei anderen Gesellschafter der BGB-Gesellschaft Sch., S.-L. und F. Mit notariellem Vertrag vom 7. 12. 2010 bewilligte (und beantragte) der Ast. zu 1) die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung infolge Nießbrauchsrechtsbestellung am Gesellschaftsanteil des Ast. zu 1)

zugunsten der Ast. zu 2) im Grundbuch von I. Blatt . . . Die beiden anderen Gesellschafter haben gleichfalls die Eintragung dieser Verfügungsbeschränkung bewilligt und beantragt. Das GBA hat diesen Antrag zurückgewiesen, weil die Eintragung für nicht zulässig erachtet wurde. Rechtsträger seien nicht die einzelnen Gesellschafter, sondern die Gesellschaft. Die Nießbrauchsrechtsbestellung beeinträchtigt nicht die konkrete Verfügungsbeschränkung des Gesellschafters, als Vertreter der GbR nach außen zu handeln. Hiergegen wenden sich die Ast. mit der vom Urkundsnotar eingelegten Beschwerde. Diese vertreten unter Hinweis auf eine Entscheidung des OLG Dresden vom 4. 1. 2010 – Az.: 3 W 1242/09, dass die Verfügungsbeschränkung infolge einer Nießbrauchsbestellung eintragungsfähig sei.

### Aus den Gründen:

II. Die gemäß den §§ 71 ff. zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Der Senat ist mit dem AG der Auffassung, dass eine Nießbrauchsrechtsbestellung, lastend auf dem Gesellschaftsanteil eines der Gesellschafter einer GbR, nicht – mehr – eintragungsfähig ist.

### Überflüssige Eintragungen sind zu vermeiden

Das Grundbuch hat die Aufgabe, dem Immobilienverkehr eine sichere Grundlage zu geben. Dabei soll das Grundbuch klar und übersichtlich über den dinglichen Rechtszustand an Grundstücken Auskunft geben. Überflüssige Eintragungen sind zu vermeiden, da im Grundbuch nicht mehr eingetragen werden soll als tatsächlich nötig ist (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn. 2, 28). Nach dem mit Wirkung vom 18. 8. 2009 eingeführten § 899a BGB wird bei einer im Grundbuch eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts vermutet, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die gemäß § 47 Abs. 2 S. 1 GBO im Grundbuch eingetragen sind; die §§ 892 bis 899 BGB gelten bezüglich der Eintragung der Gesellschafter entsprechend. Der seit obigem Zeitpunkt ebenfalls geltende § 47 Abs. 2 GBO regelt, dass auch die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch einzutragen sind. Das GBA hat deshalb bei Anträgen auf Eintragung einer Verfügungsbeschränkung infolge einer Nießbrauchsrechtsbestellung zu prüfen, ob diese konkret das Recht des einzelnen Gesellschafters beeinträchtigt, als Vertreter der GbR nach außen zu handeln. Der Senat ist dabei nach den oben aufgezeigten Grundsätzen der auch vom AG vertretenen Auffassung, dass jedenfalls die Eintragung einer Nießbrauchsrechtsbestellung, lastend auf einem Gesellschaftersanteil, überflüssig und deswegen nicht einzutragen ist (wie hier OLG München ZIP 2011, 375; ZIP 2011, 276 = RNotZ 2011, 176; Bestelmeyer, Rechtspflege 169, 188 f.; a. A. OLG Zweibrücken DNotZ 2011, 207; OLG Dresden, Beschl. v. 4. 1. 2010, Az.: 3 W 1242/09).

### Verfügungsbeschränkung muss die Gesellschaft betreffen

Hierfür spricht, dass Eigentümerin des Grundstücks nicht die einzelnen Gesellschafter sind, sondern die aus ihnen gebildete Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist. Damit kommt es nur auf etwaige Verfügungsbeschränkungen der Gesellschaft als Rechtsträgerin, nicht aber auf die ihrer einzelnen Gesellschafter an (mit Ausnahme

der Insolvenz eines Gesellschafters). Denn letztlich geht es bei der Nießbrauchsrechtsbestellung nur um die Beeinträchtigung der einzelnen Gesellschaftsanteile an der GbR, nicht aber an der Gesellschaft und am Grundstück selbst. Das Grundbuch hat aber die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und nicht die ihrer Gesellschafter wiederzugeben (OLG München ZIP 2011, 276 m. w. N., auch zur gegenteiligen Auffassung = RNotZ 2011, 176).

#### **Aus §§ 899 a BGB, 47 Abs. 2 S. 1 GBO folgt nichts anderes**

Den Gesetzgebungsmaterialien (BT-Drucks. 16/13437, S. 23 ff.) ist nach Auffassung des Senats Gegenteiliges nicht zu entnehmen. Ausgangspunkt der Neuregelung war die Anerkennung der GbR als Trägerin ihres Gesellschaftsvermögens (BGH NJW 2001, 1056 = DNotZ 2001, 234 = RNotZ 2001, 224), was auch für Immobilienvermögen galt (BGH NJW 2006, 3716 = DNotZ 2007, 118). Deswegen wurde es erforderlich, eine gesetzliche Regelung dafür zu schaffen, dass die GbR als Berechtigte selbst im Grundstück eingetragen werden konnte, wobei aber nach der Rechtsprechung des BGH die Namen der Gesellschafter oder der Name der GbR einzutragen waren (BGH NJW 2009, 594 = DNotZ 2009, 115 = RNotZ 2009, 227). Die Neuregelung des § 47 Abs. 2 S. 1 GBO sollte es nach dem Willen des Gesetzgebers ermöglichen, an deren Eintragung wieder eine materiell-rechtliche Vermutung bezogen auf die Gesellschafterstellung und die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 892 ff. BGB zu knüpfen, also durch die Eintragung der Gesellschafter einen Grundbuchinhalt mit materiell-rechtlichen verfahrensrechtlichen Konsequenzen zu schaffen. Dies führt aber nach Auffassung des Senats nicht dazu, dass jedwede Verfügungsbeschränkung der einzelnen Gesellschafteranteile nunmehr auch im Grundbuch einzutragen ist. Denn der Gesellschafter selbst ist nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Die Verfügungsbefugnis über das Grundstück wird durch das bestellte Nießbrauchsrecht nicht eingeschränkt (vgl. auch OLG München ZIP 2011, 276 = RNotZ 2011, 176).

Gemäß § 78 GBO hat der Senat die Rechtsbeschwerde zugelassen. Die hier zur Entscheidung stehende Rechtsfrage, ob die Nießbrauchsrechtsbestellung an dem Anteil eines Gesellschafters einer GbR eintragungsfähig ist, wird von verschiedenen OLG unterschiedlich beurteilt.

### **3. Liegenschaftsrecht – Erforderlichkeit einer Abgeschlossenheitsbescheinigung für jede einzelne durch Wohnungsteilung entstehende Einheit**

(*OLG München*, Beschluss vom 27. 5. 2011 – 34 Wx 161/10, mitgeteilt von *RichterIn am Oberlandesgericht Edith Paintner*)

#### **WEG §§ 3; 7; 8**

**Die Unterteilung von Wohnungseigentum erfolgt nicht durch Abspaltung von einer „Restwohnung“, vielmehr wird die gesamte Wohnung in neue Ein-**

**heiten aufgeteilt. Das Grundbuchamt darf daher die Unterteilung eines Wohnungseigentums nur eintragen, wenn für jede der daraus hervorgehenden Wohnungen eine Abgeschlossenheitsbescheinigung vorliegt.**

#### **Zur Einordnung:**

Ein Wohnungseigentümer kann sein Wohnungseigentum durch einseitige Erklärung gem. § 8 WEG in mehrere Wohnungseigentumseinheiten unterteilen. Diese Unterteilung ist grundsätzlich ohne Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer zulässig (zu der wegen § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG anzuratenden Einholung der Zustimmung der dinglich Berechtigten vgl. RNotZ 2011, 178). Die neu entstehenden Wohnungseigentumseinheiten müssen dabei gem. §§ 8 Abs. 2, 3 Abs. 2 WEG jeweils in sich abgeschlossen sein. Dem Antrag auf Eintragung der Unterteilung des Wohnungseigentums ist deshalb im Hinblick auf jede neu entstehende Wohnungseigentumseinheit gem. §§ 8 Abs. 2, 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG eine Abgeschlossenheitsbescheinigung als Anlage beizufügen.

In der hier abgedruckten Entscheidung hatte das OLG München die bisher nicht ausdrücklich obergerichtlich geklärte Frage zu entscheiden, ob das GBA eine Abgeschlossenheitsbescheinigung auch für den nach der Teilung verbleibenden Restbestand der ursprünglichen Wohnungseigentumseinheit verlangen kann. Die Literatur verlangt in Fällen der nachträglichen Unterteilung einer bestehenden Wohnungseigentumseinheit, dass die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 WEG für jede der neu gebildeten Einheiten erfüllt sind und dass diese durch Abgeschlossenheitsbescheinigung nachgewiesen werden, es sei denn, die Abgeschlossenheit der unterteilten Räume ergibt sich aus dem ursprünglichen Plan und der Abgeschlossenheitsbescheinigung (was wohl nur bei der Unterteilung ohne bauliche Veränderungen, wie der Verselbständigung eines Kellers vorkommen dürfte, vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 2975; ferner Bärmann/Armbrüster, Wohnungseigentumsgesetz, 11. Aufl. 2010, § 2 Rn. 110; § 3 Rn. 84). In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt wurden gemäß der Teilungserklärung von einer bereits bestehenden Wohnungseigentumseinheit drei neue Wohnungseigentumseinheiten abgespalten. Der Ast. fügte der Eintragungsbewilligung sodann lediglich Abgeschlossenheitsbescheinigungen für die abgespaltenen drei Neueinheiten bei. Im Hinblick auf die verbleibende Resteinheit verwies er auf die dem GBA bereits vorliegende Abgeschlossenheitsbescheinigung. Nach Auffassung des Senats ist die Abgeschlossenheit für jede aus der Unterteilung hervorgehende Wohnungseigentumseinheit nachzuweisen. Durch die Teilung seien die drei Neueinheiten nicht von der ursprünglichen Einheit unter Verbleib eines Restes abgespalten worden. Vielmehr seien vier vollständig neue Wohnungseigentumseinheiten entstanden, für die jeweils eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung dem GBA vorzulegen sei.

*Die Schriftleitung (TB/AR)*

### Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. ist als Gesellschaft bürgerlichen Rechts Eigentümerin eines Miteigentumsanteils zu 285/10 000 an einem vereinigten Grundstück, verbunden mit dem Sondereigentum an Wohnung, Maisonette, Appartements, Büro- und Nebenräumen, bezeichnet mit Nr. 603 laut Aufteilungsplan. Das Sondereigentum befindet sich im 6., 7. und 8. Stockwerk der Wohnanlage. Die notarielle Urkunde vom 12. 11. 2009 enthält die Unterteilung dieses Wohnungseigentums und dazu folgende Erklärung:

Der Eigentümer . . . spaltet hiermit gemäß § 8 WEG die nachfolgend näher bezeichneten Miteigentumsanteile von dem bisherigen Miteigentumsanteil des Raumeigentums Nr. 603 in Höhe von 170/10 000 ab . . .

Sodann wurde mit diesen Anteilen jeweils das im 6. Stockwerk befindliche Sondereigentum an einer Raumeinheit verbunden, nämlich

- (1) ein Miteigentumsanteil zu 35/10 000 verbunden mit dem Sondereigentum an allen im Aufteilungsplan mit Nr. 601 bezeichneten Räumlichkeiten (Zimmer, Kochnische, WC/Bad und Loggia),
- (2) ein Miteigentumsanteil zu 35/10 000 verbunden mit dem Sondereigentum an allen im Aufteilungsplan mit Nr. 602 bezeichneten Räumlichkeiten (Zimmer, Kochnische, WC/Bad, Flur und Loggia),
- (3) ein Miteigentumsanteil zu 100/10 000 verbunden mit dem Sondereigentum an allen im Aufteilungsplan mit Nr. 604 bezeichneten Räumlichkeiten (vier Zimmern, einer Küche, Bädern, WC, Flur und vier Loggias samt Sondereigentum an Dachterrasse und Kellerraum) sowie Sondernutzungsrecht an einem Tiefgaragenstellplatz.

In der Urkunde ist festgehalten, dass für den Bestand des Sondereigentums der „Resteinheit Nr. 603“ ohne Rücksicht auf die vorgenommenen baulichen Veränderungen im 6. Obergeschoss, nämlich die Errichtung eines Glaspavillons und die Umgestaltung einer Wendeltreppe, der bisher im Grundbuch vollzogene Stand gilt und sich die Rechtsverhältnisse insoweit nicht ändern, ferner, dass gemeinschaftliches Eigentum von der Unterteilung nicht betroffen sei. Als Anlage beigelegt sind (u. a.) ein Aufteilungsplan für das 6. Obergeschoss sowie eine Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 28. 12. 2009 für die Wohnungen Nr. 601, 602 und 604. Diese enthält den Hinweis, dass die Einheit Nr. 603 in den darüberliegenden Geschossen unverändert bleibe.

Unter dem 7. 1. 2010 hat die Bet. den Vollzug der Unterteilung im Grundbuch beantragt.

Mit Verfügung vom 4. 3. 2010 hat das GBA unter anderem auf folgende Hindernisse hingewiesen:

- a) Die Zugangstür zur Wohnung Nr. 604 sei im Vergleich zur Teilungserklärung nach hinten verschoben, das Gemeinschaftseigentum also vergrößert. Zur Umwandlung von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum sei die Einigung aller Miteigentümer erforderlich.
- b) Im Vergleich des neuen Planes mit dem zur Teilungserklärung vorgelegten Plan ergäben sich Änderungen im Gemeinschaftseigentum. Die neben dem Treppenhaus gelegene Wendeltreppe sei auf den neuen Plänen nicht mehr eingezeichnet, dafür sei jedoch die Haupttreppe nach oben erweitert. Nach der Teilungserklärung gehe die Treppe ab dem Aufgang vom 6. zum 7. Obergeschoss in eine Wendeltreppe über und sei dort Sondereigentum. Aus den vorgelegten Plänen ergebe sich nicht, ob die Wohnung Nr. 603 im Treppenhaus abgeschlossen sei. Zudem könne der Zugang zu den im 7. und 8. Obergeschoss gelegenen Räumen dieser Wohnung nicht über das Sondereigentum im 6. Obergeschoss erfolgen. Die

Räume müssten über das Gemeinschaftseigentum statt über die nicht mehr vorhandene Wendeltreppe erschlossen werden.

Die Bet. hat daraufhin mit notarieller Nachtragsurkunde vom 29. 4. 2010 (u. a.) den Aufteilungsplan hinsichtlich der Wohnungseingangstür (siehe oben zu a.) ersetzt durch einen neuen Plan, in dem die Abschlusstür zu dem neu zu bildenden Wohnungseigentum Nr. 604 entsprechend der ursprünglichen Abgrenzung des Sondereigentums eingezeichnet ist.

Zu der weiteren Beanstandung (b) hat der Notar ausgeführt, dass der Zugang zum verbleibenden Wohnungseigentum Nr. 603 gesichert sei. Die in den ursprünglichen Aufteilungsplänen enthaltene Wendeltreppe sei umgebaut worden. An der Wendeltreppe habe Gemeinschaftseigentum bestanden, im 7. Obergeschoss sei eine Tür zum Sondereigentum Nr. 603 vorgesehen gewesen. Durch den Umbau der Treppe habe sich an der rechtlichen Zuordnung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum nichts geändert. Der Teil der neuen Treppe, der im Bereich der alten Wendeltreppe liege, sei nach wie vor Gemeinschaftseigentum, der andere Bereich sei weiterhin Sondereigentum des Wohnungseigentums Nr. 603. Durch die Umbaumaßnahme sei im Bereich der neuen Treppe allerdings die Abgrenzung von Gemeinschafts- und Sondereigentum nicht mehr sichtbar. Die Voraussetzungen der Abgeschlossenheit seien insoweit entfallen. Die Umbaumaßnahme sei jedoch von der Wohnungseigentümergeinschaft genehmigt worden. Der Wegfall der Abgeschlossenheit sei Folge der Umbaumaßnahmen und nicht Folge der Unterteilung. Durch die Abspaltung des Wohnungseigentums Nr. 604 werde die Zuordnung von Sondereigentum gegenüber der Gemeinschaft nicht verändert. Das Soll-Merkmal Abgeschlossenheit könne nicht dazu herangezogen werden, bei Unterteilung eines bestehenden Wohnungseigentums den Rückbau einer baulichen Veränderung, die Bestandskraft erlangt habe, zu erzwingen, wenn die übrigen Voraussetzungen der Abgeschlossenheit vorlägen. Da die baulichen Veränderungen nicht zu einem Verlust von Sondereigentum geführt hätten, sei nur der Nachweis der Abgeschlossenheit der abgetrennten Wohnungen zu führen.

Für den Restbestand des Wohnungseigentums Nr. 603 könne eine Abgeschlossenheitsbescheinigung allenfalls nach dem Stand der ursprünglichen Aufteilungspläne verlangt werden, da die relevante Veränderung durch die Unterteilung nur die Zuordnung des Sondereigentums zwischen den unterteilten Einheiten und nicht mehr die Abgrenzung gegenüber der Gemeinschaft betreffe.

Das GBA hat mit Zwischenverfügung vom 19. 7. 2010 unter Fristsetzung eine Abgeschlossenheitsbescheinigung für die Wohnung Nr. 603 (neu) verlangt, da Zweifel an deren Abgeschlossenheit beständen. Der Notar hat daraufhin (u. a.) genehmigte Aufteilungspläne der Baubehörde in beglaubigter Abschrift sowie die Änderungsbescheinigung vom 11. 2. 2000 zur Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 26. 1. 1998 vorgelegt.

Mit weiterer Zwischenverfügung vom 13. 10. 2010 wurde zuletzt Frist zur Beseitigung folgenden Eintragungshindernisses gesetzt:

Die Pläne aus dem Jahre 1998 stimmten im 7. Obergeschoss nicht mit den der Grundbucheintragung zugrunde liegenden Flächen überein. Neben der anders gebauten Treppe seien auch Trennwände zur Abgrenzung der Einheiten Nr. 604/605 (Planversion 1998) und des Gemeinschaftseigentums ersichtlich. Die Änderungsbescheinigung aus dem Jahre 2000 bestätige gerade nicht die Abgeschlossenheit der Wohnung Nr. 605 (Nr. 603 neu). Notwendig sei daher weiterhin die Vorlage einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung für diese Wohnung.



Nach Fristablauf hat das GBA am 9. 11. 2010 unter Bezugnahme auf die Zwischenverfügungen vom 4. 3., 19. 7. und 13. 10. 2010 die Eintragungsanträge zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Bet. Sie beantragt, die Sache in einem anzuberaumenden Termin vor dem Beschwerdegericht mündlich zu erörtern, den zurückweisenden Beschluss des AG aufzuheben und das GBA anzuweisen, die beantragte Eintragung vorzunehmen. Für den Fall der Zurückweisung des Rechtsmittels wird ersucht, die Rechtsbeschwerde zuzulassen.

Die Beschwerde wird damit begründet, dass durch die im Treppenbereich vom 6. zum 7. Obergeschoss vorgenommenen baulichen Maßnahmen die tatsächliche und rechtliche Abgeschlossenheit der abgeteilten Wohnung Nr. 603 nicht berührt werde. Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum seien wie in der ersten Teilungserklärung definiert entstanden. Durch die bauliche Maßnahme habe sich hieran nichts geändert. Die Aufhebung der Abgeschlossenheit durch bauliche Veränderungen stelle für sich allein auch keinen Nachteil i. S. v. § 14 Nr. 1 WEG dar, die die anderen Wohnungseigentümer nicht hinzunehmen hätten. Daher könne nur der Nachweis verlangt werden, dass die aus der bisherigen Einheit Nr. 603 abgespalteten Untereinheiten in sich abgeschlossen seien. Dies werde durch die vorgelegte Bescheinigung vom 28. 12. 2009 nachgewiesen.

Das GBA hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

#### Aus den Gründen:

II. Die vom beurkundenden Notar namens der Ast. (§ 15 Abs. 2 GBO) eingelegte Beschwerde ist zulässig (§ 71 Abs. 1, § 73 GBO), hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

#### Aufteilung eines Wohnungseigentums richtet sich nach § 8 WEG

1. Wohnungs- und Teileigentümer können ihr Eigentum in mehrere selbstständige Einheiten unterteilen (vgl. BGHZ 49, 250; Riecke/Schmid/Schneider, 3. Aufl., § 7 WEG Rn. 242; Bärman/Armbrüster, 11. Aufl., § 2 WEG Rn. 91 ff. jeweils m. w. N.). Die Durchführung dieser Unterteilung richtet sich nach den selben Regeln, die für die Teilung nach § 8 WEG maßgeblich sind. Insbesondere müssen die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 WEG (Abgeschlossenheit) hinsichtlich jedes neu zu bildenden Sondereigentums erfüllt sein (vgl. Bärman/Armbrüster, § 2 Rn. 94), einschließlich also des eigenen abschließbaren Zugangs (vgl. Riecke/Schmid/Elzer, § 3 Rn. 64). Die übrigen Wohnungs- und Teileigentümer müssen nicht zustimmen, solange die Gemeinschaftsordnung – wie die hiesige vom 16. 9. 1980 – keinen entsprechenden Zustimmungsvorbehalt enthält (vgl. Riecke/Schmid/Schneider, § 7 Rn. 245).

#### Erforderlich ist die Vorlage einer Abgeschlossenheitsbescheinigung . . .

In analoger Anwendung von § 8 Abs. 2 WEG i. V. m. § 7 Abs. 4 WEG (vgl. Bärman/Armbrüster, § 2 Rn. 93 m. w. N.) ist dem GBA ein aktualisierter Unterteilungsplan sowie eine Abgeschlossenheitsbescheinigung vorzulegen (vgl. Bärman/Armbrüster, § 2 Rn. 110; Riecke/Schmid/Schneider, § 7 Rn. 249), und zwar grundsätzlich für jede der neu gebildeten Einheiten (vgl. Demharter, Anh. zu § 3 Rn. 76). Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn von vornherein bereits in sich abge-

schlossene Räume durch Unterteilung getrennt werden. Sonst kann von der Vorlage der Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht abgesehen werden, auch wenn das GBA durch die Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht gebunden ist und die Voraussetzungen der Abgeschlossenheit (vgl. § 3 Abs. 2 S. 1 WEG) selbst überprüfen kann (vgl. BayObLG Rpfleger 1989, 99). So hat das GBA in eigener Verantwortung zu prüfen, ob die Baubehörde § 3 Abs. 2 S. 1 WEG richtig ausgelegt hat; es darf nicht sehenden Auges gegen geltendes Recht verstoßen, auch wenn ein Verstoß gegen die Sollvorschrift des § 3 Abs. 2 S. 1 WEG nicht unmittelbar zur Unwirksamkeit der Eintragung führt.

Diese – beschränkte – Prüfungsmöglichkeit ändert aber nichts daran, dass die Abgeschlossenheitsbescheinigung zwingende und unverzichtbare Eintragungsvoraussetzung ist (vgl. BGH NJW 1994, 650 = DNotZ 1995, 37; BayObLGZ 1998, 447; Hügel/Kral, GBO, Anh. WEG Rn. 68; Riecke/Schmid/Schneider, § 7 Rn. 162), und zwar regelmäßig auch für die Unterteilung (vgl. z. B. Bärman/Armbrüster, § 2 Rn. 110).

#### . . . für jede einzelne neu entstehende Wohnungseigentumseinheit

2. Die Abgeschlossenheitsbescheinigung für die Wohnung Nr. 603 (neu) fehlt bisher.

a) Ein Grund, von diesem Erfordernis im Falle des von der Bet. so bezeichneten „Restwohnungseigentums“ abzusehen, ist nicht ersichtlich. Denn es ist zwar nicht ausgeschlossen, einer der neu gebildeten Einheiten die ursprünglich für die gesamte Wohnung vorgesehene Wohnungsnummer zuzuteilen (vgl. LG Lübeck Rpfleger 1988, 102). Aus dieser Bezeichnung, die, wenn nicht gerade wie hier die „Restwohnung“ die flächenmäßig größte ist, auf Zufall beruhen kann, lässt sich für die Frage, ob auch für diese Wohnung eine Abgeschlossenheitsbescheinigung vorzulegen ist, nichts herleiten. Denn durch die Unterteilung entstehen hier vier neue Einheiten. Die ursprüngliche Wohnung wird unterteilt, es wird rechtlich nicht ein Bestandteil „abgespalten“. Die Abgeschlossenheit ist somit grundsätzlich für jede der aus der Unterteilung hervorgehenden Wohnungen nachzuweisen. Selbst wenn das ursprüngliche Wohnungseigentum – wie hier zum Zeitpunkt der Unterteilung wohl nicht – vom Gemeinschaftseigentum abgeschlossen war und auch ohne die Inanspruchnahme anderen Sondereigentums vom Gemeinschaftseigentum aus erreicht werden konnte, kann für jede dieser neu geschaffenen Wohnungen (auch) gerade aufgrund der Unterteilung und der damit verbundenen Maßnahmen die Abgeschlossenheit in Frage stehen. Ob der Nachweis der Abgeschlossenheit insoweit verlangt werden kann, als die zu unterteilende Wohnung wegen in der Vergangenheit liegender baulicher Veränderungen zum Zeitpunkt der Unterteilung schon nicht mehr abgeschlossen ist, kann an dieser Stelle auf sich beruhen. Unerheblich ist auch, ob die Baubehörde nur aufgrund einer – auch vor Ort nachprüfaren – dem tatsächlichen Baubestand entsprechenden Bauzeichnung die Bescheinigung erteilt (vgl. insoweit BayObLG NJW-RR 1994, 716), oder ob sie, wenn die Unterteilung mit genehmigungspflichtigen Baumaßnahmen verbunden ist, diese aufgrund der genehmigten Pläne mit dem

Hinweis, dass Maßnahmen noch nicht ausgeführt sind, ausstellt. Einer der Fälle, in denen ausnahmsweise eine Abgeschlossenheitsbescheinigung vor der Unterteilung nicht verlangt werden kann (vgl. z. B. OLG Zweibrücken ZMR 2001, 663; Riecke/Schmid/Schneider, 3. Aufl., § 7 Rn. 249), liegt ersichtlich nicht vor. Insbesondere entfällt die Notwendigkeit der Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht deswegen, weil die im 7. und 8. Stockwerk liegenden Räumlichkeiten der Wohnung Nr. 603 (neu) von der Unterteilung nicht betroffen sind (was bescheinigt ist). Auch im 6. Obergeschoss bleibt ein Raum der Wohnung Nr. 603 (neu) zugeordnet. Es ist nicht von vorneherein ausgeschlossen, dass durch die Baumaßnahmen zur Herstellung der Abgeschlossenheit der anderen drei Einheiten der Zugang zu dieser Wohnung betroffen ist.

b) Eine Abgeschlossenheitsbescheinigung für die Wohnung Nr. 603 (neu) hat das GBA mit seinen Zwischenverfügungen verlangt. Sie wurde nicht vorgelegt. Angeboten wurde lediglich eine Abgeschlossenheitsbescheinigung nach den Plänen aus der Zeit der Errichtung der Anlage. Eine solche ist für die fragliche Unterteilung ersichtlich nicht genügend.

#### 4. Familienrecht – Zur Sittenwidrigkeit eines Ehevertrages bei Globalverzicht und offensichtlichem Ungleichgewicht der Einkommens- und Vermögensverhältnisse

(OLG Hamm, Beschluss vom 8. 6. 2011 – 5 UF 51/10)

#### BGB §§ 138; 142; 1410

**Allein aus einem Globalverzicht folgt auch bei einem objektiv offensichtlichen Ungleichgewicht der Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht zwangsläufig die Sittenwidrigkeit des Ehevertrages, wenn ein Fall gestörter Vertragsparität nicht vorliegt.**

##### Zur Einordnung:

Während im Bereich des Ehe- und Familienrechts lange Zeit vor allem solche Entscheidungen im Mittelpunkt standen, die eine Begrenzung der ehevertraglichen Gestaltungsfreiheit zum Gegenstand hatten, werden in jüngster Zeit wieder zunehmend Urteile gefällt, die die Dispositionsfreiheit der Ehegatten bei der Gestaltung ihrer ehelichen Verhältnisse stärken (vgl. etwa OLG Thüringen RNotZ 2010, 469; OLG Celle NJW-RR 2009, 1302; OLG Köln v. 25. 10. 2010 – 4 UF 158/10; OLG Brandenburg v. 11. 8. 2010 – 13 UF 39/09). Auch die hier abgedruckte Entscheidung des OLG Hamm ist in diesem Sinne einzuordnen, wenn das Gericht im Ergebnis feststellt, dass zwischen zwei unabhängigen und wirtschaftlich selbstständigen Partnern grundsätzlich auch ein Globalverzicht wirksam vereinbart werden kann.

Nach Hinweis auf die vom BGH zur Inhalts- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen entwickelten Kriterien stellt das OLG fest, dass der vertraglich vereinbarte Globalverzicht keine Nichtigkeit des Ehevertrages zur Folge habe, da die Ehefrau als Finanzbeamtin tätig ist und sie sich daher beim Abschluss

des Ehevertrages nicht in einer unterlegenen Verhandlungsposition befunden habe. Als Beamtin habe sie einen sicheren Arbeitsplatz und damit einhergehend eine gesicherte Altersversorgung. Allein der Umstand, dass der Ehemann über ein deutlich höheres Einkommen und Vermögen als die Ehefrau verfügt, begründet nach Ansicht des Gerichts noch keinen Verstoß gegen die guten Sitten.

Die Entscheidung des OLG Hamm macht deutlich, dass es für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Ehevertrages immer auf die jeweiligen Verhältnisse des konkreten Einzelfalls ankommt. In dem hier entschiedenen Fall war von entscheidender Bedeutung, dass die Ehefrau aufgrund ihrer Tätigkeit als Finanzbeamtin über einen gesicherten Arbeitsplatz und somit über eine entsprechende Altersvorsorgung verfügte. Anders als in den Fällen, in denen eine ausländische Staatsangehörigkeit und Sprachschwierigkeiten (vgl. BGH NJW 2006, 2331), eine drohende Ausweisung einer Ausländerin (vgl. BGH NJW 2007, 907) oder die Schwangerschaft der Ehefrau (BGH NJW 2006, 3142) zu einer individuellen Unterlegenheit einer Vertragspartei und damit zur Sittenwidrigkeit des Vertrages geführt haben, konnte das Gericht in dem hier abgedruckten Fall ein Verhandlungsungleichgewicht zwischen den beteiligten Ehegatten nicht erkennen.

*Die Schriftleitung (CV)*

#### Zum Sachverhalt:

I. Die Parteien streiten im Rahmen des Scheidungsverbandes über die Wirksamkeit eines zwischen ihnen geschlossenen Ehevertrages, in dem sie u. a. den Versorgungsausgleich ausgeschlossen haben.

Der am ... 1948 geborene Ast. und die am ... 1961 geborene Ag. lernten sich 1985 kennen. Im Jahr 1990 gründeten sie einen gemeinsamen Haushalt. Die Eheschließung erfolgte am ... 1995. Die Ehe blieb kinderlos. Die Parteien trennten sich im ... 2008. Der Scheidungsantrag des Ehemannes ist der Ehefrau am ... 2009 zugestellt worden.

Beide Parteien waren zuvor schon einmal verheiratet. Die Ehe der Ag. wurde 1985 geschieden. Sie hat keine Kinder. Der Ast. ist Vater einer volljährigen Tochter. Seine erste Eheschließung erfolgte im Jahr 1976. Die Ehe wurde 1990 geschieden.

Als die Parteien sich kennenlernten, arbeitete der Ast. als angestellter Arzt in einem Krankenhaus in B. Im Jahr 1989 gründete er eine eigene Praxis in J., welche er auch weiterhin betreibt. Er verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen in Höhe von mindestens etwa 6 000,- €. Seit Beginn der Selbstständigkeit des Ast. führte die Ag. die Buchhaltung für die Praxis.

Die Ehefrau ist seit 1984 als Finanzbeamtin tätig. Am 28. 11. 1995 stellte sie einen Antrag auf Teilzeit – wie von beiden Parteien bereits vor der Eheschließung beabsichtigt –, dem zum 1. 1. 1996 stattgegeben wurde. Nach der Trennung nahm die Ag. ihre Vollzeitbeschäftigung wieder auf. Sie wird nach der Besoldungsgruppe A 9 bezahlt und erzielt ein monatliches Nettoeinkommen in Höhe von ca. 2 300,- €.

Zum Zeitpunkt der Eheschließung besaß der Ast. ein Vermögen im Wert von rund 500 000,- DM. Die Ag. hatte kein eigenes Vermögen. Der Ast. zahlt für seine Altersversorgung seit 1983 Beiträge an die Ärzteversorgung. Über weitere private Altersversorgungen verfügt er nicht. Für die Ag. schloss er am 1. 10. 1992 eine Versicherung bei der D.-Versicherung ab. Es

handelt sich um eine aufgeschobene Rentenversorgung mit einem monatlichen Rentenbetrag in Höhe von 500,- DM oder einem Kapital in Höhe von 102 000,- DM. Seit 1999 sind keine Beiträge mehr gezahlt worden. Die garantierte Rente beträgt nunmehr 112,23 € monatlich, der Kapitalwert 18 317,- € (Stand 15. 7. 2009).

Vor der Eheschließung bestand der Ast. auf dem Abschluss eines Ehevertrages. Dieser wurde am 10. 4. 1995 von dem Vertreter des Notars H., Rechtsanwalt I., in J. (Urkundenrolle Nummer .../1995) beurkundet. Der Vertrag beinhaltet folgende Regelungen:

„I.

Wir schließen für unsere künftige Ehe den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft aus und vereinbaren, dass für unsere Ehe der Güterstand der Gütertrennung gelten soll.

...

II.

Für unsere Ehe schließen wir den Versorgungsausgleich aus.

...

III.

Nach Belehrung über Inhalt und Bedeutung der Vorschrift des § 1585c BGB wollen wir für den Fall der Scheidung unserer Ehe eine Vereinbarung über die Unterhaltspflicht treffen. Wir erklären in diesem Zusammenhang, dass wir beide in gesicherten Vermögensverhältnissen leben und in der Lage sind, ebenso den eigenen Unterhaltsanspruch sicherzustellen als auch eine ausreichende Altersversorgung aufzubauen.

Dies vorausgeschickt, vereinbaren wir wegen der beiderseitigen nachehelichen Unterhaltspflichten und -rechte Folgendes:

a) Wir verzichten gegenseitig und – mit Ausnahme des unter Ziffer b) geregelten Falles – auf jeglichen nachehelichen Unterhalt, auch für den Fall der Not.

b) Der zuvor vereinbarte Unterhaltsverzicht entfällt jedoch für die Ehefrau solange und soweit, als sie vom Ehemann Unterhalt nach § 1570 BGB wegen Betreuung eines gemeinschaftlichen Kindes oder mehrerer gemeinschaftlicher Kinder verlangen kann.

Für diesen Fall vereinbaren die Bet. zur Unterhaltshöhe, dass sich das Unterhaltsmaß nicht nach den ehelichen Lebensverhältnissen, sondern nach den Einkommensverhältnissen einer Sekretärin mit einem Monatsgehalt, das z. Zt. 3 000,- DM brutto beträgt, richtet. Für den hinzukommenden Kindesunterhalt gelten die gesetzlichen Bestimmungen.

Nach Ende der Betreuungszeit, die für jedes Kind spätestens mit der Vollendung des 14. Lebensjahres eintreten soll, soll der unter a) vereinbarte Unterhaltsverzicht im vollen Umfang wieder aufleben.

c) Im Fall und während der Dauer eines etwaigen Getrenntlebens vereinbaren die Bet. einen Trennungsunterhalt in Höhe von 1 000,- DM monatlich. ...

IV.

Für den Fall der rechtskräftigen Scheidung der Ehe verpflichtet sich der Erschienene zu 1) an seine Ehefrau zur Aufstockung der Altersversorgung einen einmaligen Betrag in Höhe von 30 000,- DM zu zahlen. ...

V.

Für den Fall des Getrenntlebens bis zur rechtskräftigen Scheidung der Ehe verpflichtet sich der Erschienene zu 1) weiterhin, die Prämien für die bereits bei der D.-Versicherung am 15. 9. 1992 für die Erschienene zu 2) abgeschlossene Lebensversicherung weiter zu zahlen.

Der am Ende der Vertragslaufzeit fällige Betrag soll der Erschienenen zu 2) in voller Höhe zustehen. Der Erschienene zu 1) verzichtet insoweit auf ein Rückforderungsrecht der bis dahin geleisteten Prämienzahlungen.

VI.

Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages der Rechtswirksamkeit ermangeln oder nicht durchgeführt werden, so sollen die übrigen Bestimmungen wirksam bleiben. ...“

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Vertrag vom 10. 4. 1995 Bezug genommen.

Das AG – Familiengericht – hat in dem angefochtenen Verbundbeschluss vom ... 2010 die Ehe der Parteien geschieden und festgestellt, dass ein Versorgungsausgleich nicht stattfindet. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Parteien den Versorgungsausgleich durch Ehevertrag vom 10. 4. 1995 wirksam ausgeschlossen haben.

Wegen der weiteren tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Ausführungen wird auf den angefochtenen Beschluss Bezug genommen.

Mit ihrer Beschwerde stellt die Ag. unter Bezugnahme auf ihren erstinstanzlichen Vortrag den Beschluss vollumfänglich zur Überprüfung des Senats. [ . . ]

Die Ag. beantragt abändernd, unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das AG zurückzuverweisen, hilfsweise, den Scheidungsantrag des Ast. zurückzuweisen und weiter hilfsweise, den Versorgungsausgleich durchzuführen.

Der Ast. beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen. Er verteidigt den erstinstanzlichen Beschluss.

Der Ast. ist der Auffassung, dass jeder einzelne Teilverzicht der Überprüfung stand halte und auch die Gesamtschau nicht zur Sittenwidrigkeit des Ehevertrages vom 10. 4. 1995 führe. [ . . ]

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die in der Beschwerdeinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Der Senat hat die Parteien persönlich angehört und Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen I. und H. Wegen des Ergebnisses der Parteienanhörung und der Beweisaufnahme wird auf die Berichterstattevermerke vom 24. 11. 2010 und 4. 5. 2001 verwiesen.

### Aus den Gründen:

II. Gemäß Art. 111 FGG-RG ist das ab 1. 9. 2009 geltende Recht anzuwenden, da der Scheidungsantrag am 2. 11. 2009 beim Familiengericht eingereicht worden ist.

Die zulässige Beschwerde der Ag. hat in der Sache keinen Erfolg und war zurückzuweisen.

1. Das Familiengericht hat in dem angefochtenen Beschluss zu Recht die Ehe der Parteien geschieden und den Versorgungsausgleich ausgeschlossen.

a) Die Ehe der Parteien ist gescheitert (§§ 1564, 1565 Abs. 1, 1566 Abs. 1 BGB). Die Ausführungen des Familiengerichts in dem angefochtenen Beschluss zur Begründetheit des Scheidungsantrags werden von beiden Parteien nicht angegriffen.

b) Der Versorgungsausgleich findet nicht statt. Die Parteien haben im notariellen Ehevertrag vom 10. 4. 1995 wirksam auf Durchführung des Versorgungsausgleichs verzichtet.



aa) Die formellen Anforderungen der §§ 1410 BGB, 7 Abs. 1, 7 Abs. 3 VersAusglG, bzw. § 1587 o BGB a. F. sind gewahrt.

### **Grundsätze der Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen**

bb) Der Vertrag hält auch einer Inhaltskontrolle gemäß §§ 6, 8 VersAusglG, 138, 242 BGB i. V. m. den vom BGH entwickelten Grundsätzen (s. dazu BGH FamRZ 2004, 601 ff., zitiert nach juris) stand. Die gesetzlichen Regelungen über nachehelichen Unterhalt, Zugewinn und Versorgungsausgleich unterliegen nach der Rechtsprechung des BGH generell der vertraglichen Disposition der Ehegatten; einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten kennt das geltende Recht nicht. Diese grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen darf in dessen nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen beliebig unterlaufen werden kann. Ehevertragliche Abreden unterstehen deshalb grundsätzlich einer Inhaltskontrolle. Diese erfolgt in zwei Schritten (BGH Urteil vom 11. 2. 2004, a.a.O., juris Rn. 45, 46):

Zunächst ist im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle zu prüfen, ob die Vereinbarung schon zum Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – und zwar losgelöst von der zukünftigen Entwicklung der Ehegatten und ihren Lebensverhältnissen – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (§ 138 Abs. 1 BGB). Eine Sittenwidrigkeit wird danach regelmäßig nur in Betracht kommen, wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten gerechtfertigt wird. Erforderlich ist dabei eine Gesamtwürdigung aller Umstände, die objektiv auf die individuellen Verhältnisse bei Vertragsabschluss abstellt, insbesondere also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und evtl. vorhandene Kinder. Die Belastungen des einen Ehegatten werden dabei umso schwerer wiegen und die Belange des anderen Ehegatten umso genauerer Prüfung bedürfen, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts eingreift.

Soweit der Vertrag danach Bestand hat, ist im Rahmen der Ausübungskontrolle zu prüfen, ob und inwieweit ein Ehegatte die ihm durch den Vertrag eingeräumte Rechtsmacht missbraucht, wenn er sich im Scheidungsfall gegenüber einer von dem anderen Ehegatten begehrten gesetzlichen Scheidungsfolge darauf beruft, dass diese durch den Vertrag wirksam abbedungen sei. Dabei ist entscheidend, nunmehr – im Zeitpunkt des Scheiterns der ehelichen Lebensgemeinschaft – aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine

evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint (BGH, Urteil vom 11. 2. 2004, a.a.O.; BGH FamRZ 2005, 1449 ff.; BGH FamRZ 2008, 386 ff.).

### **Anwendung der Rechtsprechungsgrundsätze auf den konkreten Fall**

Gemessen an diesen Grundsätzen gilt für den vorliegenden Fall Folgendes:

(1) Die Parteien haben in dem notariellen Ehevertrag vom 10. 4. 1995 auf die wesentlichen Scheidungsfolgen verzichtet, indem sie nahezu sämtliche Unterhaltsansprüche, die güterrechtlichen Folgen sowie den Versorgungsausgleich ausgeschlossen haben. Der hierin liegende Globalverzicht kann grundsätzlich zu einer einseitigen und evidenten Lastenverteilung führen, insbesondere dann, wenn der Verzicht kompensationslos erfolgt. Für die rechtliche Beurteilung der Vereinbarung ist aufgrund der gebotenen Ausrichtung am Kernbereich der Scheidungsfolgen für deren Disponibilität die Rangabstufung zu beachten, die sich vorrangig danach bemisst, welche Bedeutung die einzelnen Scheidungsfolgen für den Berechtigten in seiner jeweiligen Lebenssituation haben (s. dazu BGH, Urteil vom 11. 4. 2004, a.a.O., juris Rn. 41).

### **Ein offensichtliches Ungleichgewicht hinsichtlich der Einkommens- und Vermögensverhältnisse hat nicht zwangsläufig die Sittenwidrigkeit des Vertrages zur Folge**

Im vorliegenden Fall führt allein der vereinbarte Globalverzicht noch nicht dazu, dass der Ehevertrag nichtig wäre. Es liegt zwar hinsichtlich der Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Ehegatten objektiv ein offensichtliches Ungleichgewicht vor. Daraus folgt jedoch nicht zwangsläufig die Sittenwidrigkeit des Vertrages:

(a) Der Inhalt des Ehevertrages ist nicht sittenwidrig gemäß § 138 BGB:

### **Der Zugewinnausgleich wird vom Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts nicht erfasst**

Die zwischen den Parteien vereinbarte Gütertrennung und der damit verbundene Ausschluss des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinngemeinschaft unterliegt keinen Wirksamkeitsbedenken, weil die vermögensrechtlichen Folgen in weitgehendem Umfang einer vertraglichen Regelung zugänglich sind. Der Zugewinnausgleich wird vom Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts nicht erfasst (BGH, Urteil vom 17. 10. 2007, a.a.O., juris Rn. 21 mit Hinweisen auf die ständige Rechtsprechung des BGH). Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass hier der Ast. als Arzt selbstständig tätig ist. Er hat ein berechtigtes Interesse an der Erhaltung der wirtschaftlichen Substanz seiner Erwerbsgrundlage, die durch zugewinnausgleichsbedingte Ausgleichszahlungen im Fall des Scheiterns der Ehe

gefährdet werden kann (s. dazu auch BGH NJW 2007, 2851).

**Der Betreuungsunterhalt ist – da die Ehe kinderlos geblieben ist – im vorliegenden Fall nicht betroffen**

Der zum Kernbereich der Scheidungsfolgen zählende Betreuungsunterhalt gemäß § 1570 BGB ist im vorliegenden Fall nicht betroffen, da die Ehe kinderlos geblieben ist. Es kann letztlich dahingestellt bleiben, ob die Parteien schon vor der Eheschließung eine Kinderlosigkeit ihrer Ehe wirksam vereinbart haben, denn es ist in Rechtsprechung und Lehre anerkannt, dass die Nichtigkeit nicht aus einer Bestimmung hergeleitet werden kann, die bei der Vertragsdurchführung ohne Bedeutung geblieben ist (vgl. Thüringer OLG NJW-RR 2010, 649 ff.).

**Der Ausschluss des Anspruchs auf Alters- und Krankenunterhalt ist aufgrund der Beamtenstellung der Ehefrau unbedenklich**

Der Ausschluss des Anspruchs auf Alters- und Krankenunterhalt gemäß §§ 1571, 1572 BGB ist wirksam. Zwar kommt beiden Tatbeständen als Ausdruck der nahehelichen Solidarität besondere Bedeutung zu. Jedoch hatte die Ag. bei Eheschließung und Vertragsabschluss aufgrund ihrer seit 10 Jahren bestehenden Beamtenstellung zumindest die Sicherheit einer Grundversorgung, so dass auch dem Ausschluss des Altersunterhalts hier ein geringer Wert zukommt. Die Ag. war bei Eheschließung gesund und in ihrer Erwerbsfähigkeit nicht eingeschränkt. Anhaltspunkte dafür, dass sie bedürftig werden könnte, waren und sind nicht ersichtlich. Die Ehepartner können die Ansprüche auf Alters- und Krankenunterhalt insbesondere dann ausschließen, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht absehbar ist, ob, wann und unter welchen wirtschaftlichen Gegebenheiten ein Ehegatte unterhaltsbedürftig werden kann (vgl. OLG Celle NJW-RR 2009, 1302).

Im Hinblick auf die Beamtenstellung der Ag. kommt dem Verzicht auf den Unterhaltsanspruch wegen Erwerbslosigkeit (§ 1573 Abs. 1 BGB) geringe Bedeutung zu, da sie über einen nachhaltig gesicherten Arbeitsplatz verfügt.

Schließlich führt der Verzicht auf Ansprüche wegen Aufstockungs- und Billigkeitsunterhalt gemäß §§ 1573 Abs. 2, 1576 BGB nicht zu einer Sittenwidrigkeit des notariellen Vertrages. Diese Unterhaltsansprüche sind vom Gesetz am schwächsten ausgestaltet und sind nicht nur der Höhe, sondern auch dem Grunde nach zeitlich begrenzt. Aufgrund ihrer Bedeutung im System des Scheidungsfolgenrechts erscheinen sie am ehesten verzichtbar (BGH, Urteil vom 11.2.2004, a.a.O., juris Rn. 41).

**Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs ist nicht sittenwidrig, da die Ehefrau als Beamtin über eine gesicherte Altersversorgung verfügte**

Auch der Ausschluss des Versorgungsausgleichs ist nicht sittenwidrig. Zwar unterliegen diesbezügliche Vereinbarungen besonders strengen Kriterien, weil der Versorgungsausgleich als vorweggenommener Altersunterhalt auf der gleichen Stufe wie der Altersunterhalt

rangiert und der vertraglichen Disposition nur begrenzt zur Verfügung steht. Als Teilhabe an dem in der Ehe erworbenen Versorgungsvermögen ist der Versorgungsausgleich andererseits aber auch dem Zugewinnausgleich verwandt, so dass – jedenfalls bei deutlich gehobenen Vermögensverhältnissen – eine weitergehende Dispositionsbefugnis gerechtfertigt sein mag (s. dazu BGH, Urteil vom 11.2.2004, a.a.O., juris Rn. 42). Zu berücksichtigen ist im vorliegenden Fall auch, dass die Ag. als Beamtin über einen sicheren Arbeitsplatz und damit einhergehend über eine gesicherte Altersversorgung verfügte. Dass diese möglicherweise geringer ausfällt als die Altersversorgung des Ast., führt noch nicht zur Nichtigkeit des vereinbarten Ausschlusses des Versorgungsausgleichs, zumal der Verzicht im Fall des Scheiterns der Ehe durch eine einmalige Zahlung in Höhe von 30 000,- DM und die zugunsten der Ag. abgeschlossene Lebensversicherung abgemildert wurde. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob diese Leistungen den Verzicht insgesamt ausreichend kompensieren, eine Sittenwidrigkeit lässt sich hieraus indessen nicht herleiten. Denn es ist nicht ersichtlich, dass schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorhersehbar war, dass und in welcher Höhe der Ast. gegebenenfalls verpflichtet sein würde, Versorgungsanswartschaften auf die Ag. zu übertragen (vgl. auch BGH, Urteil vom 11.2.2004, a.a.O., juris Rn. 56). Dass die zugunsten der Ag. abgeschlossene Lebensversicherung nach der Eheschließung im Jahr 1999 ruhend gestellt worden ist, ist für die Beurteilung und Gesamtabwägung aller Umstände im Zeitpunkt des Vertragsschlusses unerheblich.

**Teilnichtigkeit (hier aufgrund Unwirksamkeit der Beschränkung des Anspruchs auf Trennungsunterhalt) führt insbesondere bei Aufnahme einer salvatorischen Klausel nicht zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages**

Dagegen ist die Beschränkung des Anspruchs auf Trennungsunterhalt auf einen Betrag von 1 000,- DM monatlich unwirksam. Der Anspruch auf Trennungsunterhalt gemäß §§ 1361 Abs. 4, S. 4, 1360a Abs. 3, 1614 BGB ist – auch in Teilbereichen – unverzichtbar. Seine Beschränkung ist gemäß § 134 BGB nichtig. Diese Teilnichtigkeit führt indes nicht zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages. Die Nichtigkeit einzelner Regelungen erfasst zwar gemäß § 139 BGB in der Regel den gesamten Ehevertrag. Etwas anderes gilt jedoch, wenn der Vertrag auch ohne die nichtige Klausel zustande gekommen wäre. Das kann sich insbesondere aus einer salvatorischen Klausel ergeben (BGH, Urteil vom 25.5.2005, a.a.O.), – so wie sie auch im vorliegenden Fall in den Vertrag mit aufgenommen worden ist. Im Übrigen sind nach dem Ergebnis der Anhörung der Parteien durch den Senat und auch aufgrund der Vernehmung der Zeugen H. und I. keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Ehevertrag bei Kenntnis der unwirksamen Regelung zum Trennungsunterhalt nicht geschlossen worden wäre. Vielmehr hat der Zeuge I. bekundet, dass er vor der Beurkundung noch darauf hingewirkt habe, dass die ursprünglich vorgesehene Regelung zum Trennungsunterhalt zugunsten der Ehefrau abgeändert wurde. Das hätten beide Parteien kommentarlos so hingenommen. Er habe den Eindruck gehabt, dass es

der Ag. nur darauf angekommen sei, den Ast. zu heiraten. Für den Ast. war andererseits entscheidend, dass der Ehevertrag überhaupt zustande gekommen ist. Ihm ging es für den Fall einer Scheidung – auch vor dem Hintergrund einer bereits gescheiterten Ehe – erkennbar um die Sicherung seiner selbstständigen Existenz. Die Teilnichtigkeit der Vereinbarung über den Trennungsunterhalt berührt daher nicht die übrigen Regelungen des Ehevertrages.

### **Kein Fall gestörter Vertragsparität feststellbar**

(b) Der Ehevertrag ist auch nicht – so wie die Ag. meint – deshalb sittenwidrig, weil er auf ungleichen Verhandlungspositionen beruht und einseitig die Dominanz des Ast. widerspiegelt. Ein solcher Fall gravierend gestörter Vertragsparität, dem aus diesem Grund die Wirksamkeit zu versagen wäre (s. dazu BGH FamRZ 2009, 198 ff.), liegt hier nicht vor. Vergleichbare Umstände, einer individuellen Unterlegenheit bei einer evident einseitigen Lastenverteilung, die zur Sittenwidrigkeit des Ehevertrages führen kann – wie in den vom BGH bisher entschiedenen Fällen – (BGH FamRZ 2006, 1097; BGH FamRZ 2007, 450; BGH FamRZ 2006, 1359; BGH FamRZ 2009, 1041; BGH FamRZ 2008, 2011), sind nicht erkennbar.

Allein die Tatsache, dass der Ast. unstreitig die Eheschließung von dem Abschluss des Ehevertrages abhängig gemacht hat, begründet keinen Verstoß gegen die guten Sitten. Eine soziale oder wirtschaftliche Abhängigkeit der Ag. von dem Ast. bestand nicht. Eine solche kann auch nicht daraus hergeleitet werden, dass die Parteien bereits seit 5 Jahren vor der Eheschließung in einem gemeinsamen Haushalt gelebt haben. Die Ag. war selbst erwerbstätig und hatte ihr eigenes Einkommen. Sie hatte seit der Gründung der Praxis und dem Beginn des Zusammenlebens die Buchführung für den Ast. übernommen und kannte dessen Einkommens- und Vermögensverhältnisse genau. Die Ag. war als Finanzbeamtin in finanziellen Dingen erfahren und wusste auch um die finanziellen Verhältnisse des Ehemannes. Sie konnte einschätzen, auf welche Rechte sie verzichtet; insofern ist auch der Wortlaut der einzelnen Regelungen des Vertrages unmissverständlich. Die Folgen der Vereinbarung waren absehbar und vorhersehbar.

Anhaltspunkte für ein Verhandlungsungleichgewicht im Hinblick auf das Alter der Parteien bei Vertragsschluss sowie ihrer beruflichen Biografien bestehen nicht. Die Ag. war zum Zeitpunkt der Eheschließung 34 Jahre alt, der Ast. bereits 47 Jahre. Beide Parteien hatten bereits Rentenanwartschaften erlangt und konnten aufgrund ihrer beiderseitig ausgeübten Berufstätigkeit absehen, welche Anwartschaften sie zukünftig noch erwirtschaften konnten. Die bereits von Beginn an beabsichtigte Reduzierung der Erwerbstätigkeit auf Halbtagsstätigkeit nach der Heirat und die Mitarbeit in der Praxis beinhaltete kein großes Risiko für die Ag., da sie jederzeit ihre Tätigkeit, was sie letztlich nach der Trennung auch vollzogen hat, wieder auf eine volle Stelle aufstocken konnte. Nach dem Vortrag des Ast. hat er von Anfang an darauf bestanden, dass die Ehe kinderlos bleiben sollte. Ob das der Ag. von Anfang an so klar gewesen ist, kann offen bleiben. Sie hat bei der Anhörung der Parteien vor

dem Senat eingeräumt, dass darüber zumindest nach der Eheschließung ausdrücklich gesprochen worden ist. Die Ehe ist dann jedenfalls auch kinderlos geblieben.

### **Keine „Überrumpelung“ der Ehefrau nachweisbar**

Die Ag. hat ihre Behauptung, sie sei von dem Ast. mit der Unterzeichnung des Ehevertrages „überrumpelt“ worden, nicht bewiesen. Der Senat hat dazu im Termin am 4. 5. 2011 den Notar H. und den Notarvertreter Rechtsanwalt I. als Zeugen vernommen. Beide haben den Vortrag der Ag., dass sie an den Vertragsverhandlungen nicht beteiligt gewesen sei und dass sie bei der Beurkundung über die einzelnen Regelungen nicht belehrt worden sei, nicht bestätigt. Der Zeuge H., der als Notar den Vertragstext vorbereitet hat, war sich im Gegenteil sicher, dass vor der Beurkundung ein Besprechungstermin stattgefunden hatte, an dem die Ag. gemeinsam mit dem Ast. teilgenommen hatte. Der Ehevertrag ist dann anschließend von dem Zeugen I. als Notarvertreter beurkundet worden. Auch er konnte sich sicher daran erinnern, dass einzelne Regelungen während der Beurkundung auf Nachfragen der Ag. besprochen worden sind. Beide Zeugen haben übereinstimmend ausgesagt, dass es der Ag. nach ihrem Eindruck auf Einzelheiten des Vertrages nicht angekommen sei, sondern dass für sie allein die bevorstehende Heirat wichtig gewesen sei. Andere Beweismittel hat die für ihre Behauptung darlegungs- und beweispflichtige Ag. nicht benannt.

### **Ehevertragliche Regelungen halten hier auch einer Ausübungskontrolle stand**

(2) Dem Ast. ist es nicht gemäß § 242 BGB versagt, sich nach dem Scheitern der Ehe auf den Ehevertrag und den dort vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolgen zu berufen. Der Vertrag hält auch der Ausübungskontrolle stand. Bei dieser Kontrolle ist auf den Zeitpunkt der Ehescheidung abzustellen. Entscheidend ist – wie oben ausgeführt –, ob sich aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolgen eine unzumutbare Lastenverteilung ergibt. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrunde liegenden Lebensplanung grundlegend abweicht und zum Zeitpunkt der Scheidung die ehevertraglichen Regelungen für einen Ehegatten ganz oder teilweise unzumutbar machen (BGH FamRZ 2007, 974). Hierfür sind keine Anhaltspunkte gegeben, da im Verlauf der Ehe der Parteien keine unvorhergesehenen Dinge eingetreten sind, die die Vertragsregelungen nunmehr in einem anderen Licht erscheinen lassen könnten.

Durch die richterliche Anpassung von Eheverträgen sollen ehebedingte Nachteile, die sich aus der Übernahme von Risiken für das berufliche Fortkommen ergeben, ausgeglichen werden (BGH, Urteil vom 28. 2. 2007, a.a.O.; BGH FamRZ 2008, 582). Derartige Nachteile sind vorliegend nicht erkennbar und werden auch von der Ag. nicht vorgetragen. Bei Vertragsschluss gingen die Parteien davon aus, dass die Ag. ihre Tätigkeit als Finanzbeamtin auf eine halbe Stelle reduzieren würde, um in der Praxis des Ast. mitzuarbeiten. Daraus sind ihr nachhaltig keine beruflichen Nachteile entstanden. Die Ag. konnte nach der Trennung wieder in



Vollzeit in ihrem Beruf tätig werden. Darüber hinaus führen auch die vertraglichen Regelungen beim Scheitern der Ehe der Parteien zu keiner für die Ag. unzumutbaren Lastenverteilung.

2. Der Hilfsantrag der Ag. auf Zurückweisung des Scheidungsantrags, weil über diesen nicht vor rechtskräftigem Abschluss sämtlicher Folgesachen entschieden werden könne, ist nicht begründet. [ . . ]

3. Da es der Einholung von Auskünften bei den Versorgungsträgern nicht bedarf, ist der Hilfsantrag zu 2 ebenfalls nicht begründet.

#### **5. Erbrecht – Zur Wirksamkeit eines Pflichtteilsverzehrs bei nachträglicher Genehmigung des vollmachtlosen Handelns durch den Empfänger der Verzichtserklärung**

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. 6. 2011 – 3 Wx 56/11 – mit Anmerkung von *Notar Dr. Christian Keseler, Düren*)

#### **BGB §§ 139; 2346; 2347; 2348**

**1. Handelt der Sohn bei der notariellen Beurkundung eines Vertrages, durch den der Vater ihm im Wege der vorweggenommenen Erbfolge u. a. Grundstücke überträgt und der Sohn auf seinen Pflichtteil verzichtet, als Vertreter ohne Vertretungsmacht, Genehmigung sich vorbehaltend, für seinen Vater und genehmigt dieser in einer späteren notariell beglaubigten Erklärung alle Vertragserklärungen des Sohnes unter Bestätigung der Vollmacht, so ist der Vertrag mit Rücksicht auf den nicht wirksam beurkundeten Verzicht unwirksam.**

**2. Ein mit Blick auf die Unwirksamkeit des notariellen Vertrages gebuchter Amtswiderspruch gegen die Eintragung des Sohnes ist nicht zu löschen.**

#### **Zum Sachverhalt:**

I. Der Bet. zu 1) war eingetragener Eigentümer des vorbezeichneten Grundbesitzes. Er war ferner Alleininhaber des Einzelunternehmens W. K. in L. sowie zu 75 % Mitgesellschafter der A. K. GmbH Metallveredelung.

Durch notariellen „Übergabevertrag“ vom 20. 11. 2002 (Ziffer II) übertrug der Bet. zu 1) im Wege der vorweggenommenen Erbfolge seinem Sohn, dem Bet. zu 2), sein „Einzelunternehmen mit allen Aktiva und Passiva, zu welchem die Beteiligung an der A. K. GmbH Metallveredelung sowie die Grundstücke in L., zu rechnen sind“.

In Ziffer IV 1 des Vertrages verzichtete der Bet. zu 2) auf seinen Pflichtteil am Nachlass des Bet. zu 1), der den Verzicht annahm. In Ziffer IV 4 des Vertrages verzichtete die Ehefrau des Bet. zu 1) diesem gegenüber auf ihr Pflichtteilsrecht am Nachlass dergestalt, „dass der unter II. bezeichnete Vertragsgegenstand bei der Berechnung ihres Pflichtteilsanspruchs als nicht zum Nachlass des Übergebers gehörend angesehen und aus der Berechnungsgrundlage für den Pflichtteilsanspruch, Ausgleichspflichtteil und Pflichtteilsergänzungsanspruch ausgeschlossen wird.“

Bei Beurkundung des Vertrages handelte der Bet. zu 2) als Vertreter ohne Vertretungsmacht, Genehmigung sich vorbehaltend, für den Bet. zu 1) und dessen Ehefrau.

Durch notarielle beglaubigte Erklärung vom 23. 1. 2003 genehmigten der Bet. zu 1) und dessen Ehefrau alle Erklärungen des Bet. zu 2) im Vertrag vom 20. 11. 2002 und bestätigten die Vollmachten, soweit hierauf beruhend.

Am 11. 2. 2003 wurde der Bet. zu 2) als Eigentümer des vorgenannten Grundstücks eingetragen.

Mit Schriftsatz vom 20. 12. 2010 hat der Bet. zu 1) die Eintragung eines hiergegen gerichteten Widerspruchs beantragt. Er hat geltend gemacht, die Übertragung des Grundbesitzes sei unwirksam, da er bei der Beurkundung des Vertrages, in dem auch der Erbverzicht vereinbart worden sei, entgegen § 2347 Abs. 2 BGB nicht persönlich zugegen gewesen sei.

Am 28. 12. 2010 hat das GBA dem Antrag entsprochen und einen Widerspruch eingetragen.

Hiergegen hat der Bet. zu 2) unter dem 31. 1. 2011 Beschwerde eingelegt und die Löschung der Eintragung des Widerspruchs beantragt.

Der Bet. zu 1) und seine Ehefrau haben zwischenzeitlich durch Klageschrift vom 7. 1. 2011 beim LG Düsseldorf – 13 O 16/11 – beantragt, festzustellen, dass die Übertragung des Einzelunternehmens und des Geschäftsanteils an der A. K. GmbH Metallveredelung sowie der beschränkte Verzicht der Ehefrau auf ihr Pflichtteilsrecht nach dem Bet. zu 1) unwirksam sind und den Bet. zu 2) zu verurteilen, zu bewilligen und zu beantragen, dass das Eigentum an dem streitgegenständlichen Grundstück auf den Bet. zu 1) übergeht und dieser als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wird.

Das AG hat der Beschwerde durch Beschluss vom 3. 2. 2011 nicht abgeholfen und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

#### **Aus den Gründen:**

II. Die gemäß §§ 71 Abs. 1, 72, 73 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

Das AG hat die nachgesuchte Löschung des Widerspruchs gegen die Eintragung des Bet. zu 2) zu Recht abgelehnt.

1. a) Ergibt sich, dass das GBA unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist, ist gemäß § 53 GBO von Amts wegen ein Widerspruch einzutragen. Dabei muss die Gesetzesverletzung feststehen, wohingegen die Unrichtigkeit des Grundbuchs im Hinblick darauf, dass der Widerspruch lediglich ein vorläufiges Sicherungsmittel ist, nur glaubhaft gemacht werden muss (Demharter, § 53 GBO Rn. 28 m. w. N.).

b) Die Löschung eines Amtswiderspruchs erfolgt grundsätzlich nur auf Antrag. Erforderlich ist entweder eine Bewilligung des Widerspruchsberechtigten oder der Nachweis der Unrichtigkeit (Demharter, 27. Aufl. 2010, § 53 GBO Rn. 41). Zur Löschung auf Beschwerde genügt aber, dass die Voraussetzungen der Eintragung nicht gegeben waren (OLG Düsseldorf RPfleger 2001, 230), also bei der Eintragung des vom Widerspruch betroffenen Rechts eine Gesetzesverletzung nicht vorgefallen ist (OLG Hamm JMBINW 1965, 269).

2. a) Dies vorausgeschickt, ist der Amtswiderspruch gegen die Eintragung des Bet. zu 2) nicht zu löschen. Denn es lässt sich nicht sagen, dass bei der Eintragung des vom Widerspruch betroffenen Rechts, hier der Ein-

tragung des Bet. zu 2), dem GBA eine Gesetzesverletzung nicht unterlaufen ist. Der Vertrag vom 20. 11. 2002 war und ist nämlich unwirksam.

aa) Der Übergabevertrag enthält neben der Auflassung des Grundstücks unter anderem in Ziffer IV. 1 auch einen Verzicht des Bet. zu 2) auf seinen Pflichtteil am Nachlass des Bet. zu 1). Gemäß § 2347 Abs. 2 S. 1 BGB kann der Erblasser einen Erbverzichtsvertrag nur persönlich schließen. Hierbei handelt es sich um ein sogenanntes höchstpersönliches Rechtsgeschäft, bei dem die Vertretung des Erblassers sowohl im Willen als auch in der Erklärung ausgeschlossen ist (allg. Meinung, BGHZ 37, 319 ff.; OLG Düsseldorf NJW-RR 2002, 584; Staudinger/Schotten, Neubearb. 2010, § 2347 BGB Rn. 22; Palandt-Weidlich, § 2347 BGB Rn. 2; BeckOK/J. Mayer, § 2347 BGB Rn. 6). Die Vorschrift gilt für alle Arten von Erbverzichtsverträgen, gleichgültig, ob es sich um einen Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht, einen Pflichtteilsverzicht oder um einen in sonstiger Weise eingeschränkten oder teilweisen Verzicht auf das gesetzliche Erb- oder Pflichtteilsrecht handelt (BGH NJW 1978, 1159; Staudinger/Schotten, Neubearb. 2010, § 2347 BGB Rn. 3).

Im vorliegenden Fall hat sich der Bet. zu 1) bei Abschluss des Vertrages durch den Bet. zu 2) als vollmachtlosen Vertreter vertreten lassen. Erst danach hat er dessen Erklärung genehmigt, wobei seine Unterschrift lediglich beglaubigt wurde.

bb) Die Genehmigungserklärung des Bet. zu 1) kann auch nicht als Erklärung der Annahme eines vom Bet. zu 2) abgegebenen Angebots auf Abschluss eines Verzichtsvertrages und somit als eigene Vertragserklärung gewertet werden. Die Erklärung ist mit Genehmigungserklärung überschrieben. Auch in dem Wortlaut der Erklärung wird deutlich, dass sich diese auf eine Erklärung bezieht, die von einer anderen Person – dem Bet. zu 2) – abgegeben wurde.

b) Zudem genügt die Genehmigungserklärung des Bet. zu 1) nicht der Formvorschrift des § 2348 BGB, wonach der Erbverzichtsvertrag der notariellen Beurkundung bedarf. Hier wurden jedoch lediglich die Unterschrift des Bet. zu 1) und seiner Ehefrau unter der Genehmigungserklärung beglaubigt. Da der Notar lediglich die Beglaubigungserklärung unterschrieben hat, nicht jedoch die Genehmigungserklärung selbst, liegt auch keine Niederschrift i. S. d. §§ 8 BeurkG vor (vgl. auch OLG Düsseldorf NJW-RR 2002, 584).

Unerheblich ist insoweit, ob und inwieweit sich der Bet. zu 1) vor Unterzeichnung der Genehmigungserklärung hat anwaltlich beraten lassen.

**Nichtigkeit eines Erbverzichts wegen Verstoßes gegen § 2347 Abs. 2 S. 1 BGB führt zur Nichtigkeit der in derselben Urkunde enthaltenen Übertragungsverträge**

c) Die Nichtigkeit des Erbverzichts führt zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages, § 139 BGB.

Die Übertragung des Einzelunternehmens mit allen Aktiva und Passiva einschließlich des Grundbesitzes erfolgte ausweislich Ziffer II des Vertrages ausdrücklich im

Wege der vorweggenommen Erbfolge. Deswegen ist nicht anzunehmen, dass das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre.

Dass der Bet. zu 2) dem Bet. zu 1) den – erneuten – Abschluss eines Erbverzichtsvertrages angeboten hat, ist für die Eintragung des Widerspruchs ebenso unerheblich, wie der Umstand, dass der Bet. zu 1) erstmals im Jahr 2010 die Unwirksamkeit des Übertragungsvertrages geltend gemacht hat.

#### Anmerkung:

Bei der Lektüre des Urteils des OLG Düsseldorf gerät man fast unweigerlich ins Stocken. Soll das Abstraktionsprinzip für notarielle Urkunden nicht mehr gelten?

Notariell beurkundet wurde ein Unternehmensübergabevertrag, mit dem u. a. ein GmbH-Geschäftsanteil und ein Grundstück an einen Nachfolger weitergegeben wurden. Dieser Vertrag enthielt einen Pflichtteilsverzicht des Übernehmers gegenüber dem Übergeber. In der betreffenden Urkunde wurde der Übergeber (= Erblasser) vollmachtlos vertreten, später genehmigte er nach.

Natürlich muss sich der beurkundende Notarkollege die Beurkundung eines Pflichtteilsverzichts ohne persönlich anwesenden Erblasser als Betriebsunfall ankreiden lassen. Grundbuchamt und Beschwerdegericht liegen in diesem Punkt natürlich richtig. Von der Unwirksamkeit des Pflichtteilsverzichts auf die Unwirksamkeit des Übergabevertrages zu schließen, dürfte wohl auch zutreffend sein. § 139 BGB statuiert ja gerade das Prinzip „Im Zweifel gegen die Wirksamkeit“.

Nur: Weshalb Grundbuchamt und OLG sich mit dieser Frage auseinander gesetzt haben, bleibt offen und ist auch in der Entscheidung nicht begründet. Ein Amtswiderspruch ist dann im Grundbuch einzutragen, wenn das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Wie aber soll die Unwirksamkeit des Pflichtteilsverzichts und die daraus resultierende Unwirksamkeit des Übergabevertrages auf die Grundstücksübergabe durchschlagen? Der Pflichtteilsverzicht ist Bestandteil des Übergabevertrages, er ist allerdings mitnichten Bestandteil des Übergabeaktes. § 139 BGB spielt in diesem Zusammenhang im Grundsatz keine Rolle. Es gilt das Abstraktionsprinzip – und zwar auch für notarielle Urkunden. Erfasste die Unwirksamkeit des Übergabevertrages auch die in selber Urkunde erklärte Auflassung, dann wäre dieses Grundprinzip des deutschen Zivilrechts jedenfalls für notariell beurkundete Erklärungen durchbrochen. Zu begründen, dass dies so nicht richtig sein kann, bedarf keiner tiefeschürfenden Erwägungen. Der Gesetzgeber hat dies für unsere Beurkundungen mit den Heilungsvorschriften des § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB klar zum Ausdruck gebracht. Natürlich gibt es anerkanntermaßen auch Mängel des Verpflichtungsgeschäfts, die auf das Verfügungsgeschäft durchschlagen. Diese bilden aber, wie beispielsweise die krassen Fälle der Sittenwidrigkeit, die Ausnahme (siehe dazu BGH NJW 1990, 384). Natürlich kann es auch einen Zusammenhang im Sinne des § 139 BGB für Grund- und

Erfüllungsgeschäft geben. Dies ist aber, will man nicht das Abstraktionsprinzip über Bord werfen, nur in den besonderen Fällen gegeben, in denen Verknüpfungen ausdrücklich und klar vereinbart sind. Dass ein bloßer Formmangel des Grundgeschäfts nunmehr auch für die Durchbrechung des Abstraktionsprinzips ausreichend sein soll, wäre eine neue Rechtsentwicklung, die sicher einer eingehenderen Begründung bedurft hätte. Dies ist hier mit keinem Wort erwähnt.

Natürlich entbehrt die Entscheidung nicht einer gewissen Pragmatik. Da der Übergeber vor dem Landgericht auf Rückabwicklung des Vertrages klagte, konnte so auf ein Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes verzichtet werden.

Es sollte aber Klarheit darüber bestehen, dass die Entscheidung des OLG Düsseldorf nur unter Missachtung des Abstraktionsprinzips möglich ist. Da die bloße Formnichtigkeit des Übergabevertrages nicht dazu geeignet ist, eine der wenigen Fallgruppen des Durchschlagens der Nichtigkeit des Grundgeschäfts auf das Verfügungsgeschäft auszufüllen, hätte der Amtswiderspruch nicht eingetragen werden dürfen.

*Notar Dr. Christian Kessler, Düren*

## 6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Anmeldung der Einzelvertretungsberechtigung bei GmbH-Gründung nach Musterprotokoll

(OLG Hamm, Beschluss vom 14. 4. 2011 – 15 Wx 499/10)

### GmbHG §§ 2; 10

**Bei einer nach der Mustersatzung gegründeten GmbH kann die Anmeldung der konkreten Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers nicht mit dem Zusatz verbunden werden, dieser sei einzelvertretungsberechtigt.**

#### Zur Einordnung:

Dass das Musterprotokoll (Anlage zu § 2 GmbHG) keine abstrakte Vertretungsregelung enthält, sondern die gesetzliche Vertretungsregelung des § 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG gilt, ist inzwischen durch die obergerichtliche Rechtsprechung und in der Literatur anerkannt (siehe die im nachfolgend abgedruckten Beschluss genannten Nachweise). Mit seinem Beschluss überträgt das OLG Hamm dabei die Grundsätze der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (NJW 1989, 3100) und des BGH (BGHZ 63, 261 = NJW 1975, 213) auf das Musterprotokoll und bekräftigt ausdrücklich, dass die gesetzliche Vertretungsregelung nicht nur als allgemeine, sondern auch als konkrete Vertretungsregelung anzumelden ist. Als konkrete Vertretungsregelung für den ersten Geschäftsführer könne nicht dessen Einzelvertretungsbefugnis angemeldet werden, auch wenn er anfänglich entsprechend der allgemeinen, gesetzlichen Vertretungsregelung einzelvertretungsberechtigt sei. Die Eintragung einer solchen konkreten Regelung wäre missverständlich, da sie den Rechtsverkehr glauben mache, der Geschäftsführer bleibe auch dann ein-

zelvertretungsberechtigt, wenn weitere Geschäftsführer hinzutreten (was herkömmlicherweise als „stets einzelvertretungsberechtigt“ angemeldet wird; vgl. Krafka/Willer/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 995, 950; Saenger/Inhuster/Pfisterer, GmbHG, 1. Aufl. 2010, § 8 Rn. 21).

Im vorliegenden Fall war schon der Wortlaut der Anmeldung nicht eindeutig. Zur Vermeidung von Beanstandungen empfiehlt es sich in der Praxis, bei Verwendung des Musterprotokolls unmissverständliche Formulierungen im Einklang mit der nunmehr als gesichert anzusehenden Rechtsprechung und der allgemeinen Ansicht im Schrifttum zu verwenden. Als allgemeine Vertretungsregelung sollte angemeldet werden, dass die Gesellschaft, wenn sie nur einen Geschäftsführer hat, durch diesen allein, und wenn sie mehrere Geschäftsführer hat, durch diese gemeinschaftlich vertreten wird (vgl. Saenger/Inhuster/Pfisterer, a.a.O.). Die Anmeldung einer konkreten Vertretungsregelung für einen bestimmten Geschäftsführer ist hingegen nur dann erforderlich, soweit seine Vertretungsregelung von der allgemeinen abweicht (Krafka/Willer/Kühn, a.a.O., Rn. 949; weitere Nachweise siehe in den Entscheidungsgründen). Die Angabe einer konkreten Vertretungsbefugnis, etwa dass der erste Geschäftsführer die Gesellschaft gemäß der allgemeinen Vertretungsregelung vertritt, ist deshalb auch bei Verwendung des Musterprotokolls entbehrlich, aber auch nicht schädlich (Wachter, NZG 2009, 1432).

Die Bedeutung der im Musterprotokoll vorgesehenen Befreiung des ersten Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB ist hingegen noch immer umstritten. Siehe dazu OLG Hamm RNotZ 2011, 193, genauso – obiter – in der nachfolgend abgedruckten Entscheidung.

*Die Schriftleitung (MK)*

### Zum Sachverhalt:

I. Der Bet. gründete durch notarielle Urkunde vom 11. 2. 2009 (UR-Nr. . . des Notars S.) die im Rubrum bezeichnete Gesellschaft nach dem Musterprotokoll und bestellte sich dabei selbst zum Geschäftsführer. Mit unterschiftsbeglaubigtem Schreiben vom 11. 2. 2009 meldete er die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister an. Die Anmeldung enthält folgende Angaben zur Vertretungsregelung: „Die Gesellschaft wird durch einen Geschäftsführer allein vertreten, wenn er alleiniger Geschäftsführer ist. Hat die Gesellschaft mehrere Geschäftsführer, vertreten sie die Gesellschaft gemeinsam. Die Geschäftsführer können von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit werden. Ich bin einzelvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.“

Mit Zwischenverfügung vom 30. 3. 2009 beanstandete das AG – soweit im Verfahren der weiteren Beschwerde noch von Bedeutung – u. a. die Anmeldung der Einzelvertretungsberechtigung des Geschäftsführers, da sich diese nicht aus dem Musterprotokoll ergebe (Nr. 3. der Zwischenverfügung). Mit Verfügung vom 25. 9. 2009 stellte das AG klar, dass sich diese Beanstandung in der Zwischenverfügung nur auf die konkrete Vertretungsregelung in der Anmeldung bezogen habe.

Gegen die Zwischenverfügung vom 30. 3. 2009 hat der Bet. mit Schriftsatz seines Verfahrensbevollmächtigten vom 11. 8. 2009 Beschwerde eingelegt. Die KfH des LG Detmold hat die



Beschwerde durch Beschluss vom 26. 7. 2010 zurückgewiesen, dabei aber in den Entscheidungsgründen sinngemäß ausgeführt, dass die in den Nr. 1 und 2 der Zwischenverfügung vom 30. 3. 2009 genannten Eintragungshindernisse beseitigt sein dürften und dass auch die angemeldete allgemeine Vertretungsregelung nicht zu beanstanden sei. Gegen diese Entscheidung wendet sich der Bet. mit seiner weiteren Beschwerde, soweit das LG die amtsgerichtliche Zwischenverfügung zu Nr. 3 – also die Beanstandung der angemeldeten konkreten Vertretungsregelung – bestätigt hat.

Die Beschwerde hatte keinen Erfolg.

### Aus den Gründen:

II. Es bestehen bereits Bedenken gegen die Zulässigkeit der Erstbeschwerde. Es ist zweifelhaft, ob der Bet. überhaupt befugt war, die Erstbeschwerde im eigenen Namen statt im Namen der Gesellschaft einzulegen. Diese Frage kann jedoch dahingestellt bleiben, da das LG die Beschwerde gegen die Beanstandung zu Nr. 3 der Zwischenverfügung vom 30. 3. 2009, die allein noch Gegenstand des Verfahrens der weiteren Beschwerde ist, auch in der Sache rechtsfehlerfrei zurückgewiesen hat.

Die angemeldete konkrete Vertretungsregelung ist im vorliegenden Fall nicht eintragungsfähig, soweit sich der Bet. als „einzelnvertretungsberechtigt“ bezeichnet.

Die weitere Beschwerde unterscheidet insoweit nicht hinreichend zwischen der allgemeinen/abstrakten und der besonderen/konkreten Vertretungsbefugnis. Nach den §§ 8 Abs. 4 Nr. 2, § 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG sind Art und Umfang der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer in der Anmeldung anzugeben und in das Handelsregister einzutragen. Dabei ist die für die Geschäftsführer generell bestehende Vertretungsbefugnis (allgemeine bzw. abstrakte Vertretungsregelung) anzugeben, soweit die Vertretungsbefugnis für bestimmte Geschäftsführer abweichend von der allgemeinen Vertretungsregelung bestimmt ist – und nur dann –, muss diese spezielle Befugnis (besondere bzw. konkrete Vertretungsregelung) zusätzlich angegeben werden (Krafka/Willer/Kühn, RegisterR, 8. Aufl., Rn. 948 f., 987 f.; Senat NZG 2009, 1431 = FGPrax 2010, 44 = Rpfleger 2010, 144; BayObLG NZG 1998, 72 = NJW-RR 1998, 400; OLG Stuttgart, NZG 2009, 754 = FGPrax 2009, 182; NZG 2009, 754; OLG Bremen NZG 2009, 1193 = NJW 2010, 542).

Im vorliegenden Fall erfolgte die Gründung der Gesellschaft im vereinfachten Verfahren unter Verwendung des Musterprotokolls (Anlage zu § 2 Abs. 1 a GmbHG). Die Regelung in Nr. 4. S. 2 des Musterprotokolls („Der Geschäftsführer ist von den Beschränkungen des § 181 des BGB befreit“) stellt eine konkrete Vertretungsregelung für den im Rahmen der Gründung bestellten, namentlich benannten Geschäftsführer dar; demgegenüber enthält das Musterprotokoll keine allgemeine/abstrakte Vertretungsregelung, so dass diese sich nach dem Gesetz (§ 35 GmbHG) richtet (Senat NZG 2009, 1431 = FGPrax 2010, 44 = Rpfleger 2010, 144; Krafka/Willer/Kühn, Rn. 941 c). Die allgemeine gesetzliche Vertretungsregelung geht dahin, dass, wenn nur ein Geschäftsführer bestellt ist, dieser die Gesellschaft allein vertritt, und dass, wenn mehrere Geschäftsführer be-

stellt sind, diese die Gesellschaft gem. § 35 Abs. II 1 GmbHG gemeinsam vertreten (Krafka/Willer/Kühn, Rn. 974 a; Roth/Altmeppen, 6. Aufl., § 35 GmbHG Rn. 38; Baumbach/Hueck, 19. Aufl., § 35 GmbHG Rn. 103). Wenn also nach der Gründung der Gesellschaft unter Verwendung des Musterprotokolls ein weiterer Geschäftsführer bestellt wird, verliert der bei der Gründung bestellte Geschäftsführer nach der allgemeinen gesetzlichen Regelung die Einzelvertretungsmacht (Baumbach/Hueck, § 35 Rn. 103; Roth/Altmeppen, § 2 Rn. 56; Lutter/Hommelhoff, 17. Aufl., § 2 GmbHG Rn. 47; Michalski, 2. Aufl., § 2 GmbHG Rn. 111). Da bei der Gründung der Gesellschaft im vereinfachten Verfahren keine über das Musterprotokoll hinausgehenden, vom Gesetz abweichenden Bestimmungen getroffen werden dürfen (§ 2 Abs. 1 a S. 3 GmbHG) – was hier auch nicht geschehen ist – kann dem im Rahmen der Gründung bestellten Geschäftsführer nicht von vornherein eine (besondere/konkrete) Einzelvertretungsbefugnis für den Fall der späteren Bestellung weiterer Geschäftsführer eingeräumt werden (Michalski, § 2 Rn. 111).

Wenn die von dem Bet. angemeldete konkrete Vertretungsregelung („Ich bin einzelvertretungsberechtigt. . .“) der Anmeldung entsprechend eingetragen würde, könnte diese Regelung im Rechtsverkehr als nächstliegende Bedeutung dahingehend verstanden werden, dass der Bet. stets – also auch im Falle der späteren Bestellung weiterer Geschäftsführer – einzelvertretungsberechtigt ist, was jedoch nach dem oben Gesagten von dem Musterprotokoll und dem Gesetz gerade nicht gedeckt ist. Dieses haben bereits die Vorinstanzen zutreffend dargelegt.

Der Bet. beruft sich allerdings mit der weiteren Beschwerde darauf, dass er zur Zeit – also solange er der einzige Geschäftsführer ist – sehr wohl einzelvertretungsberechtigt ist. Dieses ist aber bereits durch die einzutragende allgemeine Vertretungsregelung zu verlautbaren; nichts anderes besagen auch die von dem Bet. mit der weiteren Beschwerde angeführte Entscheidung des OLG Düsseldorf (NJW 1989, 3100) und die darin in Bezug genommene Entscheidung des BGH (BGHZ 63, 261 = NJW 1975, 213). Dagegen ist es unzulässig, (zusätzlich) eine den Rechtsverkehr verwirrende konkrete Vertretungsregelung einzutragen, wonach der Bet. einzelvertretungsbefugt ist, nur weil er derzeit der einzige Geschäftsführer ist (vgl. Krafka/Willer/Kühn, Rn. 995).

### 7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Befreiung des Liquidators einer GmbH von den Beschränkungen von § 181 BGB aufgrund satzungsmäßiger Befreiungsermächtigung bezüglich Geschäftsführer

(OLG Zweibrücken, Beschluss vom 6. 7. 2011 – 3 W 62/11, mitgeteilt von Notar Irle, Diez/Lahn)

**BGB § 181**  
**HGB § 66**

**Enthält die Satzung einer GmbH eine Bestimmung, die der Gesellschafterversammlung die Möglichkeit**

**eröffnet, die Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien, ist regelmäßig davon auszugehen, dass sich diese Ermächtigung auch auf die Liquidatoren bezieht.**

**(Leitsatz nicht amtlich)**

**Zur Einordnung:**

Gegenstand dieser Entscheidung ist die Frage, ob eine Ermächtigung zur Befreiung der Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB in der Satzung einer GmbH auch für die Befreiung von Liquidatoren gilt.

Nach ganz h. M. gelten Regelungen, die für den Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluss getroffen worden sind, nicht auch für den Liquidator (st. Rspr., vgl. zuletzt BGH NJW-RR 2009, 333). So hat das OLG Hamm entschieden, dass sich die gesellschaftsvertragliche Regelung über die Befreiung der Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB auch dann nicht auf die Liquidatoren übertragen lasse, wenn die bisherigen Geschäftsführer als „geborene“ Liquidatoren tätig sind (RNotZ 2010, 544; a. A. vgl. Michalski/Nerlich, 2. Aufl. 2010, § 68 GmbHG Rn. 10; Roth/Altmeppen, 6. Aufl. 2009, § 68 GmbHG Rn. 4). Dieser Entscheidung lag allerdings ein Sachverhalt zugrunde, bei dem die Geschäftsführer bereits durch die Satzung von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit waren. Im Gegensatz dazu betrifft die nachfolgende Entscheidung eine bloße Ermächtigung zur Befreiung in der Satzung. Der Senat ist der Auffassung, dass diese auch für Liquidatoren gilt. Sinn und Zweck einer solchen Satzungsbestimmung gingen dahin, dass sich diese Ermächtigung auf die gesetzlichen Vertreter schlechthin und damit auch auf die Liquidatoren beziehen solle, da die Gesellschafter bei der Beschlussfassung die durch die Liquidation veränderte Sach- und Interessenlage berücksichtigen könnten.

Die Entscheidung bringt für die Praxis eine Erleichterung: Enthält die Satzung eine Befreiungsermächtigung zugunsten der Geschäftsführer, so gilt diese auch für Liquidatoren. Gleichwohl empfiehlt es sich, dies bei der Satzungsgestaltung ausdrücklich zu regeln.

*Die Schriftleitung (LB)*

**Zum Sachverhalt:**

I. Mit Beschluss ihrer beiden Gesellschafter vom 31. 12. 2010 wurde die Bet. zu 1) aufgelöst und der Bet. zu 2), einer ihrer Gesellschafter, zum Liquidator bestimmt. Weiter beschlossen die Gesellschafter, den Liquidator von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien. In § 5 der Satzung der Gesellschaft heißt es:

„Die Gesellschafterversammlung kann jedem von mehreren Geschäftsführern die Befugnis zur Alleinvertretung erteilen sowie allen oder einzelnen Geschäftsführern gestatten, mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten Rechtsgeschäfte im Namen der Gesellschaft abzuschließen“.

Der Rechtspfleger bei dem Registergericht hat den über den beurkundeten Notar gestellten Antrag auf Eintragung der Befreiung des Liquidators von den Beschränkungen für nicht vollzugsfähig gehalten, weil es an einer ausreichenden Er-

mächtigung in der Satzung fehle. Die darin enthaltene Ermächtigung, den oder die Geschäftsführer durch Gesellschafterbeschluss vom Verbot des Selbstkontrahierens zu befreien, gelte nicht in Bezug auf einen Liquidator. Mit Beschluss vom 14. 4. 2011 hat das Registergericht „mit Zwischenverfügung“ die Beseitigung der aufgezeigten Eintragungshindernisse aufgegeben.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Bet. zu 2), der der Rechtspfleger nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt hat.

**Aus den Gründen:**

II. 1. Die nach §§ 382 Abs. 4, 58 Abs. 1 FamFG stattfindende, den Umständen nach im Namen des Bet. zu 2) eingelegte (Senat NJW-RR 1999, 38) und in zulässiger Weise eingelegte Beschwerde ist begründet.

Dies folgt schon alleine daraus, dass vorliegend eine Zwischenverfügung nach § 382 Abs. 4 FamFG, auch unter Berücksichtigung der Rechtsansicht des Registergerichts, nicht hätte ergehen dürfen. In einer Zwischenverfügung moniert das Registergericht eine unvollständige Anmeldung oder eine Anmeldung, der ein durch den Ast. behebbares Hindernis entgegen steht. Dabei hat das Registergericht dem Anmelder mitzuteilen, auf welche Weise er das Hindernis zu beseitigen hat. Der hier verfahrensgegenständliche Beschluss des Registergerichts enthält schon nicht die Angabe des Mittels, mit dem nach seiner Ansicht der Eintragungsmangel geheilt werden könnte. Das Registergericht äußert darin seine Rechtsansicht, dass dem Antrag nicht entsprochen werden könne, weil die materiellrechtlichen (satzungsgemäßen) Voraussetzungen für die Befreiung des Liquidators von den Beschränkungen des § 181 BGB durch Gesellschafterbeschluss nicht erfüllt seien. Wäre dem aus Rechtsgründen so, so ist nicht ersichtlich und in dem Beschluss auch nicht angegeben, wie der Ast. diesen Mangel heilen könnte. Unter Berücksichtigung der Rechtsansicht des Registergerichts wäre der Antrag vielmehr sogleich zurückweisungsreif; eine spätere Satzungsänderung würde an der Nichtigkeit des hier zur Eintragung angemeldeten Gesellschafterbeschlusses nichts ändern (weshalb der Rechtspfleger in seinem Schreiben vom 25. 3. 2011 auch konsequent die Rücknahme des Antrages angeregt hat).

Das Registergericht hat die Anmeldung der Befreiung des Liquidators vom Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 BGB) aber auch im Übrigen zu Unrecht zurückgewiesen. Im Einzelnen gilt folgendes:

**Eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB kann auch für die Liquidatoren nur in der Satzung der Gesellschaft selbst oder aufgrund einer in der Satzung enthaltenen Ermächtigung durch Gesellschafterbeschluss erfolgen**

a) Wird eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung aufgelöst, so erfolgt ihre Liquidation nach § 66 Abs. 1 HGB durch ihre Geschäftsführer oder – wie hier – durch einen durch Beschluss der Gesellschafter bestimmten Liquidator. Die ersten Liquidatoren und deren Vertretungsbefugnis sind nach § 67 Abs. 1 HGB zum Handelsregister anzumelden. Für den oder die Liquidatoren

gelten dabei im Grundsatz dieselben gesetzlichen Vertretungsregelungen wie für die Geschäftsführer der Gesellschaft (vgl. §§ 35, 68 Abs. 1 GmbHG). Das bedeutet, dass durch Gesellschaftsbeschluss eine von den gesetzlichen Regelungen abweichende Vertretungsregelung grundsätzlich möglich ist. Eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB kann jedoch, für Geschäftsführer wie für Liquidatoren, nur in der Satzung der Gesellschaft selbst oder aufgrund einer in der Satzung enthaltenen Ermächtigung durch Gesellschafterbeschluss erfolgen (OLG Hamm GmbHR 2011, 432; BayObLGZ 1985, 189; 1995, 335; Senat RPflegler 1998, 476).

**Die für den Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluss getroffenen Regelungen gelten nicht auch für den Liquidator**

b) Es entspricht ganz einhelliger Auffassung in der Rechtsprechung, dass die für den Geschäftsführer im Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluss getroffenen Regelungen nicht auch für den Liquidator gelten (Senat NJW-RR 1999, 38 m. w. N.) Vielmehr hat eine in der Satzung enthaltene oder durch Gesellschafterbeschluss getroffene Bestimmung, die alleine die Vertretung durch die Geschäftsführer regelt, nur im Stadium der werbenden Gesellschaft Gültigkeit und endet deshalb mit ihrer Auflösung (BGH NJW-RR 2009, 333). Daraus folgt, dass auch eine in der Satzung enthaltene Befreiung der Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht für die Liquidatoren gilt (BGH NJW-RR 2009, 333; OLG Hamm GmbHR 2011, 432; OLG Rostock NJW-RR 2004, 1109; Senat NJW-RR 1999, 38). Wie bereits der vorzitierten Entscheidung des Senats zugrunde liegende Sachverhalt betrifft indes auch der hier zu entscheidende Fall nicht die Frage, ob die den Geschäftsführern der Bet. zu 1) erteilte Befreiung von den Beschränkungen aus § 181 BGB nunmehr auch für den Liquidator gilt, sondern vielmehr, ob die satzungsmäßige Ermächtigung der Gesellschafter, den oder die Gesellschafter von diesen Beschränkungen zu befreien, in dem Sinne ausgelegt werden kann, dass sie auch als Ermächtigung ausreicht, den oder die Liquidatoren durch Gesellschafterbeschluss von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien. Diese Frage bejaht der Senat erneut.

**Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass es regelmäßig dem Willen der Gesellschafter entspricht, eine für ihre Geschäftsführer bestehende Vertretungsregelung solle ohne weiteres auch für ihre Liquidatoren gelten**

Zwar kann nach der Rechtsprechung des BGH (a.a.O.) nicht davon ausgegangen werden, dass es regelmäßig dem Willen der Gesellschafter entspricht, eine für ihre Geschäftsführer bestehende Vertretungsregelung solle ohne weiteres auch für ihre Liquidatoren gelten (dort für die Frage der Alleinvertretung bei Bestellung mehrerer Geschäftsführer). Einer solchen Vermutung steht entgegen, dass sich durch die Auflösung der Gesellschaft der Gesellschaftszweck ändert und nach Beendigung der Geschäftstätigkeit für die Gesellschafter nicht mehr – wie bei der werbenden Gesellschaft – die jederzeitige Handlungsfähigkeit der Gesellschaft im Vordergrund steht, sondern der Schutz der Gesellschaft, ihrer Gläu-

biger oder der der Mitgesellschafter höher zu bewerten sein kann (BGH a.a.O.). Diese Argumentation trifft aber auf die sich hier stellende Frage, ob die vorhandene, satzungsmäßige Ermächtigung der Gesellschafter auch hinsichtlich der Vertretungsregelungen für einen Liquidator anwendbar ist, nicht zu. Alleine aus der Ermächtigung in der Satzung folgt noch keine Befreiung des Liquidators von den Beschränkungen des § 181 BGB. Auch wenn man die Ermächtigung dahingehend auslegt, dass sie die Befreiung des Liquidators von den Beschränkungen des § 181 BGB erlaubt, so bleibt es doch in der Hand der Gesellschafter, ob sie die bis zur Auflösung der Gesellschaft für die Geschäftsführer maßgebliche Vertretungsregelung in Anbetracht des geänderten Gesellschaftszwecks auch für die Liquidatoren übernehmen wollen (vgl. hierzu ebenfalls BGH a.a.O.).

**Enthält die Satzung eine Bestimmung, die der Gesellschafterversammlung die Möglichkeit eröffnet, die Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien, ist regelmäßig davon auszugehen, dass sich diese Ermächtigung auch auf die Liquidatoren bezieht**

c) Zur Begründung für das hier angenommene Auslegungsergebnis hält der Senat an seiner Entscheidung in dem Verfahren 3 W 90/98 (a.a.O.) fest. Die Bestimmung in § 5 der Satzung unterliegt demnach als körperschaftsrechtliche Bestimmung der Auslegung, die allein nach objektiven Maßstäben zu erfolgen hat und keine Umstände einbeziehen darf, die für Außenstehende aus der Satzung selbst oder aus den zum Handelsregister gereichten Unterlagen nicht zu erkennen sind. Eine Auslegung nach diesen Grundsätzen muss berücksichtigen, dass die Liquidatoren einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung – ebenso wie die Geschäftsführer – deren gesetzliche Vertreter sind. Nach Sinn und Zweck einer Satzungsbestimmung, die der Gesellschafterversammlung die Möglichkeit eröffnet, die Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien, ist regelmäßig davon auszugehen, dass sich diese Ermächtigung auf die gesetzlichen Vertreter schlechthin und damit auch auf die Liquidatoren beziehen soll, zumal die Gesellschafter bei ihrer erforderlichen Beschlussfassung die durch die Liquidation veränderte Sach- und Interessenlage berücksichtigen können. Eine andere Auslegung ist deshalb nur dann geboten, wenn die Satzung eine Erstreckung auf die Liquidatoren ersichtlich ausschließen will. Dafür ergeben sich hier nach Wortlaut und Regelungszusammenhang des Gesellschaftsvertrages keinerlei Anhaltspunkte.

d) Der Senat setzt sich mit dieser Entscheidung nicht in Widerspruch zu den vorzitierten Entscheidungen des BGH sowie des OLG Hamm und des OLG Rostock. In keinem der dort zu entscheidenden Fälle ging es um die Frage der Reichweite einer satzungsmäßigen Ermächtigung der Gesellschafter, einen Geschäftsführer vom Verbot des Selbstkontrahierens zu befreien. Allen dort zu beurteilenden Sachverhalten lag die – zu verneinende – Frage zugrunde, ob eine für den Geschäftsführer bestehende Vertretungsmacht ohne weiteres auf den Liquidator überging. Im hier zu entscheidenden Fall beruht die Befreiung des Liquidators hingegen auf einem



ausdrücklich ihn betreffenden Beschluss der Gesellschafterversammlung, der seine rechtliche Grundlage in der Satzung der Gesellschaft findet.

### 8. Notar-/Berufsrecht – Zu den Voraussetzungen eines wirksamen Gebührenerlasses

(OLG Celle, Beschluss vom 24. 2. 2011 – 2 W 19/11)

**BNotO § 17**

**KostO § 140**

1. Jede Vereinbarung über die Höhe der Notarkosten und erst recht über das Ob von Kosten ist wegen des öffentlichrechtlichen Charakters dieser Kosten und der Pflicht des Notars zur Erhebung der gesetzlichen Vergütung schlechthin verboten und nichtig.
2. Ein Gebührenerlass oder eine -ermäßigung sind ausnahmsweise dann zulässig, wenn die Notarkammer zuvor allgemein oder im Einzelfall zugestimmt hat.
3. Eine fehlende vorherige Zustimmung kann nicht nachträglich durch eine Genehmigung seitens der Notarkammer ersetzt werden.

(Leitsätze nicht amtlich)

#### Zur Einordnung:

Die nachfolgende Entscheidung betrifft die Frage der Wirksamkeit eines Erlasses von Notargebühren. Gem. § 140 S. 2 KostO sind Vereinbarungen über die Höhe der Notarkosten unwirksam. In Verbindung mit § 134 BGB führt diese Vorschrift zur Unwirksamkeit eines Gebührenerlasses, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“. Das wäre der Fall, wenn es sich bei § 140 S. 2 KostO um eine bloße Ordnungsvorschrift handeln würde, anders jedoch, wenn sich die Vorschrift gerade gegen den Inhalt des Rechtsgeschäfts richten würde. Der Senat stellt klar, dass § 140 KostO Vereinbarungen über die Höhe der Kosten und erst recht über das Ob von Kosten wegen des öffentlichrechtlichen Charakters der Kosten und der Pflicht des Notars zur Erhebung der gesetzlichen Vergütung schlechthin verhindern will, so dass jede Vereinbarung eines Gebührenerlasses nichtig sei. Zwar sind nach § 17 BNotO Gebührenerlass und -ermäßigung zulässig, wenn sie durch eine sittliche Pflicht oder durch eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht geboten sind. Erforderlich ist jedoch stets, dass die Notarkammer allgemein oder im Einzelfall zugestimmt hat. Eine solche Zustimmung müsse, so der Senat, jedoch stets schon vor dem Erlass vorliegen.

Die Entscheidung betont nochmals den öffentlichrechtlichen Charakter der notariellen Gebühren und das Verbot von Gebührenvereinbarungen (das im Übrigen auch disziplinarrechtliche Relevanz hat). Zugleich bringt sie für die Praxis Rechtssicherheit, da sie klarstellt, dass eine fehlende vorherige Zustimmung der Notarkammer zu einem Gebührenerlass nicht durch eine spätere Genehmigung ersetzt werden kann und daher nicht heilbar ist. Die vorherige Zu-

stimmung kann nach § 17 Abs. 1 S. 2 BNotO für den Einzelfall oder allgemein erteilt werden. Vorstand und Ausschuss für Personal- und Standesangelegenheiten der Rheinischen Notarkammer haben einem Gebührenerlass bzw. einer -ermäßigung allgemein zugestimmt für Kollegen, deren Ehegatten und deren in der Ausbildung befindliche Kinder sowie für Mitarbeiter des Notars (vgl. Rundschreiben Nr. 7/2001 Ziff. III; siehe auch Rundschreiben Nr. 9/2004 Ziff. III.).

*Die Schriftleitung (LB)*

#### Aus den Gründen:

I. Die gemäß den § 156 Abs. 3 KostO statthaften Beschwerden der Kostenschuldner sind zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden. Zwar sind die Rechtsmittel entgegen § 156 Abs. 5 S. 3 KostO i. V. m. §§ 63 Abs. 1 und 3, 64 Abs. 1 und 2 FamFG zunächst bei dem OLG und nicht – wie gesetzlich vorgeschrieben – bei dem LG eingelegt worden, das den angefochtenen Beschluss erlassen hat, obgleich den Bf. eine zutreffende Rechtsmittelbelehrung erteilt worden ist. Die Einlegung bei dem Beschwerdegericht wahrte die Beschwerdefrist nicht (vgl. Zöller/Feskorn, ZPO, 28. Aufl. § 64 FamRFG Rn. 3). Indessen hat das für die Einlegung der Beschwerde unzuständige OLG pflichtgemäß die Beschwerdeschrift im normalen Geschäftsgang an das erstinstanzliche Gericht weitergeleitet (vgl. Zöller/Feskorn, a.a.O.). Dort ist die Beschwerdeschrift am 25. 1. 2011, also noch vor Ablauf der einmonatigen Beschwerdefrist, eingegangen.

II.

In der Sache haben die Beschwerden der Kostenschuldner keinen Erfolg.

Der Senat ist an einer Sachentscheidung nicht gehindert. Eine nochmalige Anhörung der vorgesetzten Dienstbehörde des Notars war entbehrlich, weil die vorgesetzte Dienstbehörde des Notars bereits in ihrer Stellungnahme vom 2. 12. 2010 gegenüber dem LG mitgeteilt hat, dass eine Stellungnahme nicht beabsichtigt sei. Die Stellungnahme der Kostenschuldner vom 24. 2. 2011 zur Beschwerdeerwidlung des Notars im Schriftsatz vom 14. 2. 2011 lag dem Senat bei seiner Beschlussfassung vor.

Mit Recht hat das LG in dem angefochtenen Beschluss angenommen, dass die Einwendungen der Kostenschuldner gegen die Kostenrechnungen des Notars unbegründet sind. Insbesondere trifft die Rechtsauffassung des LG zu, dass ein wirksamer Gebührenerlass nicht vorliegt.

Für die Gebührenforderung des Notars ist es ohne Bedeutung, ob die Behauptung der Kostenschuldner zutrifft, dass der Notar bei der Erstellung des Entwurfs des Grundstückskaufvertrages und bei der Beurkundung erklärt habe, dass die Kostenschuldner die Beurkundungskosten für den Kaufvertrag und die Bestellung der Grundschuld nicht bezahlen müssten und dass die Kostenschuldner diesen Verzicht angenommen hätten.

Eine wirksame Erlassvereinbarung (§ 397 BGB) liegt jedenfalls nicht vor. Vereinbarungen über die Höhe der

Kosten der Notare sind nämlich nach § 140 S. 2 KostO unwirksam.

**§ 140 S. 2 KostO statuiert nicht nur eine Amtspflicht des Notars, von Kostenvereinbarungen abzusehen, sondern begründet unmittelbar deren Unwirksamkeit**

Ohne Erfolg machen die Kostenschuldner wiederholt geltend, dass es sich bei der Vorschrift des § 140 KostO nicht um ein beiderseitiges Verbotsgesetz im Sinne der privatrechtlichen Vorschrift des § 134 BGB, sondern nur um eine Ordnungsvorschrift handele. Die Kostenschuldner verkennen, dass nach der höchststrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BGHZ 108, 268 Rz. 11) der Kostenanspruch des Notars öffentlichrechtlicher Natur ist (§ 17 Abs. 1 BNotO). Der Notar nimmt seine Amtsgeschäfte aufgrund seiner Eigenschaft als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege wahr. Das Rechtsverhältnis, in dem er zu den Bet. steht, ist kein privatrechtlicher Vertrag. Dementsprechend wird der öffentlichrechtliche Charakter der dem Notar zustehenden Gebühren auch durch das Verbot der Gebührenvereinbarung und durch die Möglichkeit der vereinfachten Titulierung gemäß § 155 KostO hervorgehoben. Wegen ihres öffentlichrechtlichen Charakters sind die Kosten des Notars nach § 140 S. 2 KostO jeglicher Vereinbarung entzogen, die sich auf die Höhe auswirkt. Die Vorschrift statuiert nicht nur eine – ggf. disziplinarrechtlich sanktionierte Amtspflicht des Notars, von derartigen Kostenvereinbarungen abzusehen, sondern begründet unmittelbar deren Unwirksamkeit (vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler, 6. Aufl., § 17 BNotO Rn. 4). Irgendeine Vereinbarung über die Höhe der Kosten und erst recht über das Ob von Kosten ist wegen des öffentlichrechtlichen Charakters dieser Kosten und der Pflicht des Notars zur Erhebung der gesetzlichen Vergütung schlechthin verboten und nichtig (vgl. Hartmann, Kostengesetze, 40. Aufl., § 140 KostO Rn. 4). Gleichwohl getroffene Kostenvereinbarungen befreien den Kostenschuldner mithin nicht von der Pflicht zur Kostenzahlung und den Notar nicht von der Pflicht zur Erhebung der gesetzlich vorgeschriebenen Kosten (vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler, a.a.O.).

**Für einen Gebührenerlass gem. § 17 S. 2 BNotO muss bereits im Zeitpunkt des Erlasses die Einwilligung der Notarkammer vorliegen**

Die Kostenschuldner weisen zwar zu Recht darauf hin, dass § 17 S. 2 letzter Hs. BNotO dem Notar einen Gebührenerlass gestattet, wenn der Erlass durch eine sittliche Pflicht oder durch eine auf den Anstand zu neh-

mende Rücksicht geboten ist und die Notarkammer allgemein oder im Einzelfall zugestimmt hat. Indessen hat das LG mit Recht festgestellt, dass diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall nicht erfüllt sind, weil von der Notarkammer für den OLG-Bezirk Celle weder eine allgemeine Zustimmung erteilt worden ist noch eine Einzelfallprüfung stattgefunden hat. Da ein Gebührenerlass oder eine Gebührenermäßigung i. S. v. § 17 Abs. 1 S. 2 BNotO voraussetzen, dass eine fällige Forderung des Notars besteht und dass die Notarkammer die notwendige Zustimmung bereits erteilt hat, scheidet auch die Genehmigung (nachträgliche Zustimmung) der behaupteten Erklärungen des Notars über einen Gebührenerlass aus. Vielmehr muss im Zeitpunkt des Erlasses die Einwilligung der Notarkammer vorliegen. Die fehlende Zustimmung ist mithin nicht heilbar. Entgegen der Ansicht der Kostenschuldner ist auch nicht zu prüfen, wie die Rechtslage wäre, wenn der Notar die Zustimmung der Notarkammer zu dem behaupteten Gebührenerlass rechtzeitig eingeholt hätte. Die Kostenschuldner verkennen, dass der Notar ihnen gegenüber aufgrund der behaupteten Erklärungen zu einem Verzicht auf die Kosten der Beurkundung nicht verpflichtet war, die Zustimmung der Notarkammer einzuholen. Die behauptete Erlassvereinbarung war aus den oben näher erläuterten Gründen nichtig, so dass die Kostenschuldner aus dieser behaupteten Abrede gegenüber dem öffentlichrechtlichen Kostenanspruch des Notars keine Einwendungen herleiten können. Hinzu kommt, dass die Kostenforderung des Notars entgegen der Rechtsansicht der Kostenschuldner bereits fällig ist, nachdem der Notar die streitbefangenen Kostenrechnungen erteilt hat. Schließlich kommt es auch nicht darauf an, dass der Notar bei einer anderen Büromitarbeiterin keine Abrechnung seiner Notargebühren vorgenommen haben soll. § 17 Abs. 1 S. 2 letzter Hs. BNotO begründet keinen Rechtsanspruch des Kostenschuldners auf den Erlass oder die Ermäßigung von Gebühren unter den dort genannten Voraussetzungen, sondern gestattet dem Notar lediglich den Erlass oder die Ermäßigung nach vorheriger Zustimmung der Notarkammer.

Die Annahme einer Verwirkung der Gebührenforderung scheidet wegen ihres öffentlichrechtlichen Charakters ebenfalls aus, weil damit die gesetzliche Verpflichtung des Notars zur Erhebung der gesetzlichen Gebühren konterkariert würde.

Mit zutreffenden Erwägungen, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, hat das LG angenommen, dass die Kostenerhebung auch nicht an unrichtiger Sachbehandlung i. S. v. §§ 16, 141, 143 Abs. 1 KostO, 17 Abs. 1 S. 2 BNotO scheitert.

## RNotZ – Forum

### Rechtsprechung in Leitsätzen

- 1. Liegenschaftsrecht – Zur Anwendbarkeit des § 442 BGB bei Heilung eines formnichtigen Grundstückskaufvertrages durch Grundbucheintragung**  
(BGH, Urteil vom 27. 5. 2011 – V ZR 122/10)

#### BGB § 442

Hat der Käufer bei Abschluss eines formnichtigen, erst durch Grundbucheintragung wirksam gewordenen Kaufvertrages keine Kenntnis von dem Sachmangel, ist § 442 BGB nicht anwendbar, wenn er den Sachmangel im Zeitpunkt der Eintragung kennt (Fortführung von Senat, Urteil vom 3. 3. 1989 – V ZR 212/87).

(Fundstellen: Beck-Online, Homepage des BGH)

- 2. Liegenschaftsrecht – Zum Gestaltungsspielraum zur Änderung des Kostenverteilungsschlüssels aufgrund Öffnungsklausel in der Teilungserklärung**  
(BGH, Urteil vom 10. 6. 2011 – V ZR 2/10)

#### WEG § 10

Auch bei der Änderung eines Kostenverteilungsschlüssels aufgrund einer in der Teilungserklärung enthaltenen Öffnungsklausel steht den Wohnungseigentümern ein weiter Gestaltungsspielraum zu.

(Fundstellen: Beck-Online, Homepage des BGH)

- 3. Liegenschaftsrecht – Kein Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs aufgrund eines ausländischen Erbscheins nach englischem Recht**  
(OLG Bremen, Beschluss vom 19. 5. 2011 – 3 W 6/11)

#### GBO §§ 22; 29; 35

- 1. Ausländische Erbscheine (hier nach englischem Recht erteilt) sind grundsätzlich keine Entscheidungen, die nach § 108 Abs. 1 FamFG anerkannt werden.**
- 2. Mit ausländischen Erbscheinen kann deshalb die Unrichtigkeit des Grundbuchs grundsätzlich nicht gemäß §§ 22 Abs. 1 S. 1, 29 Abs. 1 S. 1, 35 Abs. 1 GBO nachgewiesen werden.**

(Fundstellen: Beck-Online, juris)

- 4. Liegenschaftsrecht – Antragsrecht des Grundpfandrechtsgläubigers auf Eintragung der Gesellschaft einer grundbesitzenden Namens-GbR**  
(OLG Schleswig, Beschluss vom 6. 4. 2011 – 2 W 60/10)

#### BGB § 899 a

#### GBO §§ 13; 14; 20; 29; 47

- 1. Wenn eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur unter ihrer Bezeichnung als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen ist, steht den eingetragenen Grundpfandgläubigern ein Antragsrecht zur nachträglichen Eintragung der Gesellschafter der Eigentümerin zu.**
- 2. Im Falle der Auflassung eines Grundstücks an eine bereits zuvor durch privatschriftlichen Vertrag gegründete GbR sind dem Grundbuchamt mindestens eidesstattliche Versicherungen der handelnden Gesellschafter über ihre Stellung als (alleinige) Gesellschafter der Erwerberin in notariell beurkundeter Form sowie der Gesellschaftsvertrag vorzulegen, dessen Unterschriften nachträglich nach Maßgabe des § 40 Abs. 1 Alt. 2 BeurkG anerkannt worden sind.**

(Fundstellen: Beck-Online, NJW-RR 2011, 1033, RPfleger 2011, 368)

- 5. Erbrecht – Zum Nacherbenvermerk bei auf Wiederverheiratung bedingter Nacherbfolge**  
(OLG Hamm, Beschluss vom 18. 4. 2011 – 15 W 518/10, mitgeteilt von Richter am Oberlandesgericht Hartmut Engelhardt)

#### BGB §§ 2074; 2100

#### GBO §§ 16; 18; 51

- 1. Es ist zulässig, einen Antrag auf Grundbuchberichtigung aufgrund Erbfolge mit der Bedingung zu verknüpfen, dass kein Nacherbenvermerk eingetragen wird.**
- 2. Zur Erforderlichkeit der Eintragung eines Nacherbenvermerks bei bedingt für den Fall der Wiederverheiratung angeordneter Nacherbfolge.**
- 3. Eine Zwischenverfügung, die lediglich ein zur Behebung des Eintragungshindernisses ungeeignetes Mittel aufzeigt, ist im Beschwerdewege aufzuheben.**

(Fundstellen: Beck-Online, juris)

- 6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Stimmberichtigung bei dem Beschluss über die ordentliche Kündigung eines Unternehmensvertrages**  
(BGH, Urteil vom 31. 5. 2011 – II ZR 109/10)

#### GmbHG § 47



Bei der Beschlussfassung über die ordentliche Kündigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags durch die beherrschte Gesellschaft ist der herrschende Gesellschafter stimmberechtigt.

(Fundstellen: Beck-Online, Homepage des BGH, NZG 2011, 902)

**8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Versicherung des GmbH-Geschäftsführers nach § 8 Abs. 3 S. 1 GmbHG**

(BGH, Beschluss vom 7. 6. 2010 – II ZB 24/10)

**GmbHG §§ 6; 39**

**Eine Versicherung, in der ein Geschäftsführer nur auf den Zeitpunkt der Verurteilung selbst abstellt und nicht auf den der Rechtskraft des Urteils, vermittelt dem Registergericht nicht die nach dem Gesetz erforderlichen Angaben über das Vorliegen eines Ausschlussgrundes nach § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GmbHG.**

(Fundstellen: Beck-Online, Homepage des BGH, NZG 2011, 871)

---

## Gesetzgebung

---

**Änderungen im Umwandlungsrecht – Drittes Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetz am 15. Juli 2011 in Kraft getreten**

Das Änderungsgesetz dient primär der Umsetzung einer EU-Richtlinie (RL 2009/109/EG), die am 22. Oktober 2009 in Kraft getreten ist, und betrifft Verschmelzungen und Spaltungen unter Beteiligung von Aktiengesellschaften sowie bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen auch solche unter Beteiligung von Kommanditgesellschaften auf Aktien und Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Die nun beschlossenen Regelungen sehen insbesondere eine Vereinfachung der Vorbereitung der Hauptversammlung vor und lassen das Erfordernis der Durchführung einer Hauptversammlung bei Mutter-Tochter-Verschmelzungen unter gewissen Voraussetzungen sogar entfallen. Daneben wird bei Mutter-Tochter-Verschmelzungen der *Squeeze-Out* erleichtert.