

BWNotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.
in Verbindung mit dem
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34
70174 Stuttgart

Schriftleitung

Notarvertreter im Landesdienst
Stefan Mattes, Filderstadt

Notar Dr. Oliver Fröhler,
Notariatsdirektor, Lörrach

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de
ISSN-Nummer 1434-2979

3/2013

Juli

Seiten 65-96

Inhalt

Abhandlungen

Böhringer

Das neue GNotKG in Grundbuchsachen

..... 67

Möllmann

Satzungsgestaltung bei
Venture Capital-Finanzierungen

..... 74

Fröhler

Erbausschlagungen von Eltern
für ihr minderjähriges Kind

..... 88

Rechtsprechung 91

Buchbesprechungen 95

Ich suche für meine Notarkanzlei in Stuttgart eine(n)

Württ. Notariatsassessor(in).

Sie erwartet eine selbständige und verantwortungsvolle Tätigkeit, die das gesamte Spektrum eines Notars in einem modernen, angenehmen Arbeitsumfeld umfasst. Eine sichere berufliche Perspektive und ein sehr gutes Betriebsklima sind selbstverständlich.

Für weitere Informationen oder Fragen stehe ich Ihnen gerne telefonisch oder in einem persönlichen Gespräch zur Verfügung.

Ihre Bewerbungsunterlagen senden Sie bitte an folgende Anschrift:

Persönlich/Vertraulich
Notar Horst Wilhelm
Reinsburgstraße 13
70178 Stuttgart
Tel. 0711 / 61 55 99 40
E-Mail: horst_wilhelm@freenet.de

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

- | | |
|--|-----------|
| 1. Prof. Walter Böhringer, Notar a.D., Heidenheim/Brenz | 67 |
| Das neue GNotKG in Grundbuchsachen | |
| 2. Jean-Claude Möllmann, Notarvertreter, Herrenberg | |
| Jean-Philip Möllmann, Notarvertreter, Schramberg | 74 |
| Gestaltung der GmbH-Satzung bei Venture Capital-Finanzierung | |
| 2. Notar Dr. Oliver Fröhler, Hinterzarten | 88 |
| Erbausschlagungen von Eltern für ihr minderjähriges Kind | |

Rechtsprechung

- | | |
|---|-----------|
| Erbrecht | 91 |
| OLG Hamm, Beschluss vom 10.1.2013 – 15 W 79/12, rechtskräftig | |
| Mit Anmerkungen von Jonas Huber, Notarvertreter und Sebastian Mensch, Notarvertreter | |
| Erteilt der Erblasser eine Vollmacht, die nach seinem Tode weiter gelten soll, erlischt diese, wenn der Bevollmächtigte den Erblasser allein beerbt | |

Buchbesprechungen

- | | |
|--|-----------|
| Dr. Thomas Diehn, Musterberechnungen nach dem GnotKG (Büttner) | 95 |
|--|-----------|

Präsident der Notarkammer Baden-Württemberg Josef Dlapal geht in den Ruhestand

Zum 01.07.2013 verabschieden wir unseren langjährigen Präsidenten der Notarkammer Baden-Württemberg in den Ruhestand. Am 21.06.2013 feiert Notar Josef Dlapal seinen 70. Geburtstag.

Jahrzehntelang engagierte er sich neben seiner Tätigkeit als Notar mit sehr viel Herzblut, überaus hohem Einsatz und Geschick in unterschiedlichen Funktionen und Aufgaben ehrenamtlich in der Standesarbeit sowie in der Aus- und Fortbildung. Die meisten Kolleginnen und Kollegen kennen Notar Dlapal bereits seit ihrer Zeit als Anwarter bei der Notar Akademie Baden-Württemberg. Über 30 Jahre lang unterrichtete er dort zunächst das Familien- und Erbrecht, dann das Sachenrecht und gab seine juristisch exzellenten Kenntnisse, aber auch seine Begeisterung für den Notarberuf, an die Kollegen weiter. Bei seinen Fällen brachte er viele Studenten ins Schwitzen.

Im Jahr 1974 begann die Standesarbeit als Geschäftsführer der Notarkammer Stuttgart. Diese Tätigkeit übte er bis zum Jahr 1981 neben seiner Tätigkeit im Justizministerium Baden-Württemberg und später als Bezirksnotar beim Notariat Weinstadt aus. Als Beirat war er im Württembergischen Notarverein aktiv.

Im Jahr 1982 wurde Notar Josef Dlapal zum Nurnotar in Stuttgart bestellt, worauf er 1993 in den Vorstand der Notarkammer Baden-Württemberg gewählt wurde. Bereits in seiner Vorstandstätigkeit, bei welcher ihm insbesondere die Beschwerdeangelegenheiten übertragen waren, überzeugte er durch Verhandlungsgeschick, ihm gegebene natürliche Ausgleichsfähigkeiten, Blick für das Detail, ohne das Gesamtbild aus den Augen zu verlieren und reichlicher Erfahrung. Notar Dlapal pflegt zahlreiche persönliche Kontakte, er hat immer gute Ideen, die er kompromissbereit, aber auch durchsetzungsstark umsetzte.

Seit dem Jahr 2005 setzt Notar Dlapal sich als Präsident der Notarkammer Baden-Württemberg für uns Kolleginnen und Kollegen und für den gesamten Berufsstand der Notare bis über die deutschen Grenzen hinaus, ein. Seine Amtszeit war maßgeblich geprägt durch die Notariatsreform in Baden-Württemberg, welche nach den Umwälzungen des Notariats in den neuen Bundesländern nach der Wiedervereinigung auch bundesweit die tiefgreifendste Veränderung der Notariatsverfassungen darstellt. In sehr engem Kontakt mit dem Justizministerium begleitete er zusammen mit dem Württembergischen und Badischen Notarverein die historischen, für die Überleitung der Notarinnen und Notare / Notarvertreterinnen und Notarvertreter im Landesdienst maßgeblichen, maßgeschneiderten Änderungen in der BNotO und im LFGG. In der Umsetzung der Notariatsreform hat Notar Dlapal nicht nur die Interessen der jetzigen oder künftigen Nurnotarinnen und Nurnotare im Kopf, sondern ihm liegen im besonderen Maße auch die Belange der Justizangestellten und auch der Nicht-Wechselwilligen am Herzen. So schuf er z.B. das Konzept für die Fortbildungslehrgänge zum/zur Notarfachassistent/in bzw. zur/zum Notarfachwirt/in. Die Konzepte wur-

den von der Justiz übernommen und waren der Grundstein für die mittlerweile an mehreren Standorten stattfindenden, sehr gefragten Kurse.

Kollege Dlapal schaffte es, ein gutes Netzwerk zum Justizministerium Baden-Württemberg, zu den Gerichten, der Bundesnotarkammer und anderen Kammern aufzubauen, so dass eine überaus konstruktive, enge Zusammenarbeit und ein für die Kollegen sehr gewinnbringender Meinungsaustausch stattfindet. Zu seiner Abschiedsfeier am 03.07.2013 im Schlossgartenhotel in Stuttgart war es für hochrangige Vertreter der Justiz, insbesondere auch für Herrn Justizminister Rainer Stickelberger, und der Landesvertretungen fast gar eine Selbstverständlichkeit, der Einladung zu folgen.



Neben vielen anderen reformbedingten Arbeiten, wie z.B. die Arbeiten zum Aufbau des Notarversorgungswerks Baden-Württemberg, pflegt er auch die gesellschaftlichen und fachlichen Beziehungen zu der Partnerkammer im Elsass und im Rahmen der Europäischen Notarentage in Salzburg zu Kolleginnen und Kollegen in der gesamten EU und darüber hinaus und verliert nie die EU-rechtlichen Überlegungen, die Auswirkungen auf die Notare haben könnten, aus dem Auge. Die Notariatsreform jedoch ist nicht das einzige, was die Arbeit des Präsidenten ausmacht. Sie kommt vielmehr zu den sonstigen Notarkammeraufgaben dazu. So schrieb Notar Dlapal in seiner Amtszeit z.B. hunderte von Stellungnahmen zu Gesetzesvorhaben und Konzepten, errichtete Richtlinien der Notarkammer Baden-Württemberg, zuletzt z.B. zur konkreten Gestaltung und Nutzung von Vollzugsvollmachten in Baden-Württemberg und wirkte bei den Verwaltungsvorschriften des Justizministeriums, ganz aktuell z.B. zur Vertreterbestellung, mit. Er unterstützte die Kollegen beim Neustart als Nur- bzw. Anwaltsnotar, aber auch bei ihrem Ausscheiden.

Wir haben unserem Kollegen Josef Dlapal sehr viel zu verdanken. Wir hoffen, auch künftig noch auf seinen enormen Erfahrungsschatz zurückgreifen und ihn weiterhin in die Standesarbeit einbeziehen zu können.

Der Württembergische Notarverein, der Badische Notarverein und die Notarkammer Baden-Württemberg gratulieren Notar Josef Dlapal im Namen aller Notare von Baden-Württemberg herzlich zu seinem Geburtstag und wünschen ihm alles Gute für den bevorstehenden Ruhestand.

Seinem Nachfolger, Notar Peter Wandel, Esslingen, gratulieren wir herzlich zur Wahl und wünschen ihm für die bevorstehende Amtszeit eine gute Hand. Der Württembergische Notarverein und der Badische Notarverein sind zuversichtlich, dass die bisher sehr angenehme und konstruktive Zusammenarbeit mit der Notarkammer Baden-Württemberg fortgesetzt werden wird.

Das neue GNotKG in Grundbuchsachen

Notar a.D. Professor Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Die Reformen im Kostenrecht lassen keinen Stein auf dem anderen. Durch Art. 1 des 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes¹ wird die KostO aufgehoben und durch das GNotKG ersetzt, welches die Kosten der Gerichte und Notare in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit regelt. Grundlegend werden auch die Kosten in Grundbuchsachen geändert. Eine veränderte Systematik erfordert eine andere Handhabung der Kostenberechnung. Zu beachten ist die Zweiteilung in einen Paragraphenteil und ein Kostenverzeichnis, die vollständige strukturelle Neuordnung der Wertvorschriften und eine klare Trennung zwischen Geschäftswert- und Bewertungsvorschriften sowie eine neue Gebührenstruktur.

I. Aufbau des GNotKG in Grundbuchsachen

Nach § 1 Abs. 1 GNotKG werden Kosten durch die Gerichte in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach dem GNotKG erhoben. Aus § 23a Abs. 1 VGv ergibt sich, was zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gerechnet wird, so auch Grundbuchsachen. Das GNotKG besteht aus einem Paragraphenteil als Mantel des Gesetzes und einem Kostenverzeichnis als Anlage 1 sowie einer Gebührentabelle als Anlage 2. Der Paragraphenteil enthält für Grundbuchsachen in Kapitel 1 die Vorschriften für das Grundbuchamt. In Kapitel 1 sind in den Abschnitten 1 bis 5 insbesondere der Geltungsbereich, die Fälligkeit und Sicherstellung der Kosten, die Kostenhebung, der Ansatz von Kosten, die Kostenhaftung und die Mehrheit von Kostenschuldner geregelt. Die Abschnitte 6 und 7 befassen sich mit Gebühren- und Bewertungsvorschriften. In Kapitel 2 werden die Kosten für die Gerichte geregelt, insbesondere für Grundbuchsachen (§§ 69 – 71 GNotKG). Teil 1 des Kostenverzeichnisses enthält im Hauptabschnitt 4 für Grundbuchsachen die Gebühren bzw. den Satz der Gebühren nach § 34 GNotKG Tabelle B (vgl. KV 14110 bis 14160, 14400 bis 1414530). Teil 3 regelt in Hauptabschnitt 1 die Auslagen der Gerichte. Die jeweiligen Kostennummern werden ergänzt durch amtliche Anmerkungen und mehrstufige Vorbemerkungen, wobei ihre Zuordnung genau zu beachten ist. Beispiel: Aus der Gesamtschau von KV Vorbemerkung

1.4.1.2 mit KV 14130 und 14150 ergibt sich, dass für eine Rangänderung und Löschung einer Eigentumsvormerkung keine Gebühren erhoben werden können; es fehlt an einem Gebührentatbestand (es gilt der Kodifikationsgrundsatz).

II. Gesetzliche Festschreibung der Kosten

Die Inanspruchnahme grundbuchamtlicher Tätigkeit führt grundsätzlich zur Entstehung von Kosten (Gebühren und Auslagen), für die in der Regel der Veranlasser aufzukommen hat (§ 22 GNotKG). Begründung und Höhe der Kosten sind dabei gesetzlich festgeschrieben (§ 34 GNotKG, Tabelle B). In Grundbuchsachen ist die Höhe der Gebühren grundsätzlich abhängig vom Geschäftswert. Es gilt der Grundsatz der degressiven Wertgebühr, das bedeutet, dass die Gebühr bei einem Wert von 50.000 € nicht so hoch ist wie bei zwei mal 25.000 €. Die Unterdeckung bei niedrigen Geschäftswerten steht einer Überdeckung bei hohen Geschäftswerten gegenüber (sogen. Quersubventionierung). Der Geschäftswert wird nach objektivierte Kriterien ermittelt, die nicht mit dem Interesse zusammenfallen müssen (§ 35 GNotKG); es sind für jede Grundbuchsache starre Gebührensätze vorgegeben, die dem Grundbuchamt eine Differenzierung nach individueller Schwierigkeit oder Aufwand unmöglich machen (vgl. Kostenverzeichnis als Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GNotKG).

Voraussetzung für die Entstehung von Gerichtsgebühren nach dem GNotKG ist das Eingreifen eines Gebührentatbestandes (Kodifikationsgrundsatz). Kosten werden nur in dem Umfang erhoben, wie das GNotKG dies vorsieht. Dies lässt sich dem Wort „nur“ aus § 1 GNotKG entnehmen. Fehlt ein bestimmter Gebührentatbestand, ist die betreffende Tätigkeit des Gerichts kostenfrei (Analogieverbot). Abweichend von den allgemeinen Gerichtskosten wird bei Gebühren für Grundbucheintragungen an die „Eintragung“ angeknüpft (vgl. z.B. KV 14110), nicht an das „Verfahren“. Allein mit Hilfe des jeweils anwendbaren Gebührentatbestandes im Kostenverzeichnis lässt sich die konkrete Höhe der Gebühr jedoch nur bei den wenigen wertunabhängigen Gebühren (Festgebühren) bestimmen (vgl. KV 14125 zur Ergänzung eines Grundpfandrechtsbriefs, KV 14143 zu Löschungen in Abt. II des Grundbuchs, KV 14151 zur Eintragung eines Widerspruchs, KV 14160 zu bestimmten Eintragungen). Dagegen hat bei der Vielzahl der wertabhängigen Gebühren der jeweils zu ermittelnde Geschäftswert maßgeblichen Einfluss auf die Gebührenhöhe.

¹ Der Gesetzbeschluss des Deutschen Bundestags wurde am 16.5.2013 gefasst (Drs. 17/11471). Der Bundesrat verwies das (Einspruchs-) Gesetz in seiner Sitzung am 7.6.2013 in den Vermittlungsausschuss mit der Begründung, der Kostendeckungsgrad der Justiz der Länder müsse verbessert werden. Am 26.6.2013 beschäftigt sich das Gemeinsame Gremium von Bundesrat und Bundestag (Art. 77 GG) mit der Problematik. Bei Redaktionsschluss lagen noch keine Ergebnisse vor.

III. Korrektive

Im GNotKG sind in Grundbuchsachen für bestimmte Wertgebührentatbestände Korrektive vorgesehen, entweder direkt durch Begrenzung der Gebühr nach oben (Höchstgebühr, z.B. KV 14400, 14401 für Zurückweisung/Zurücknahme eines Antrags) oder nach unten (Mindestgebühr, § 34 Abs. 5 GNotKG) oder indirekt durch Beschränkung des Geschäftswertes z.B. beim Wiederkaufsrecht (z.B. § 51 Abs. 1 S. 2 GNotKG). Die Mindestgebühr für alle Geschäfte beträgt unabhängig vom Gebührensatz 15 € (§ 34 Abs. 5 GNotKG, KV 14125, 14400 und 14401).

IV. Wegfall des Verwandtenprivilegs

Das GNotKG enthält – anders noch die KostO² – keine Vorschriften für die Gebühren-Privilegierung von Ehegatten, eingetragenen Lebenspartnern und Abkömmlingen. Nach Ansicht des Gesetzgebers machen sozialpolitische Erwägungen keine Privilegierung dieses Personenkreises bei den Gebühren für Grundbucheintragungen notwendig. Auch bei der Feststellung des Wertes eines auf die Lebensdauer einer Person beschränkten Nutzungsrechts (Nießbrauch, Wohnrecht) hält der Gesetzgeber eine Privilegierung von Verwandten nicht für geboten,³ weshalb auch für diesen Personenkreis § 52 Abs. 4 GNotKG gilt. Eine Gebührenprivilegierung für Belastungen auf Grund von Gutsüberlassungsverträgen oder von Erb- oder Gesamtgutsauseinandersetzungen enthält das GNotKG bzw. KV 14120 und 14121 nicht (mehr⁴). Für das Grundbuchamt bedeutet der Wegfall der Privilegien eine Vereinfachung des Kostenrechts.

V. Grundsätzlich wertabhängige Gebühren

1. Prinzipien

Für das GNotKG gilt – fast ausnahmslos – das Wertprinzip (§ 46 GNotKG). Dieser Grundsatz lässt sich aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG ableiten. Dem System der Wertgebühren liegt der Gedanke zu Grunde, dass der Zugang zum Grundbuchamt auch für wirtschaftlich Schwächere ohne ein hinderndes Kostenrisiko möglich sein soll. Die Gebührenhöhe im Einzelfall wird dabei durch drei Faktoren bestimmt, und zwar den Geschäftswert, den Gebührenmaßstab und den Gebührensatz. Der einschlägige Gebührentatbestand gibt Auskunft über den anzuwendenden Gebührensatz und findet sich im Kostenverzeichnis als Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GNotKG.

Hinsichtlich des konkreten Geschäftswertes einer Angelegenheit ist das Grundbuchamt unter Ausschöpfung aller Er-

kenntnisquellen grundsätzlich zur Ermittlung des Geschäftswertes verpflichtet; eine Beweisaufnahme zur Feststellung des Verkehrswertes findet nicht statt (§ 46 Abs. 4 GNotKG). Grundsätzlich soll ein Gleichlauf zwischen der gerichtlichen und der notariellen Geschäftswertbestimmung erreicht werden. Der Notar hat dem Grundbuchamt über den Geschäftswert Auskunft zu erteilen (§ 39 Abs. 1 GNotKG). Neu ist die damit korrespondierende Pflicht des Grundbuchamts, dass auch dieses dem Notar gegenüber (auf sein Ersuchen hin) zu entsprechenden Auskünften verpflichtet ist (§ 39 Abs. 2 S. 2 GNotKG).

Für das Grundbuchamt gelten die Wertbestimmungen der § 35 – 38, 42 – 49, 51 – 54 GNotKG. Die allgemeine Geschäftswertvorschrift des § 36 Abs. 1 GNotKG ist eine allgemeine Geschäftswertvorschrift, die grundsätzlich anzuwenden ist, es sei, dass sie durch eine einschlägige Spezialnorm verdrängt wird. Zu den maßgeblichen Vorschriften für die Geschäftswertberechnung zählt der Hauptgegenstand des Geschäfts (§ 37 GNotKG). Demzufolge werden Nebenleistungen (Früchte, Nutzungen und Zinsen z.B. Grundschuldzinsen) nur berücksichtigt, wenn sie Gegenstand eines besonderen Geschäftes – als Hauptgegenstand – sind, also z.B. sind Zinsen und Nebenleistungen, Agio usw. (z.B. wenn der Zinssatz erhöht wird). Bei der Bestellung und Eintragung einer Hypothek oder Grundschuld sind Zinsen und sonstige Nebenleistungen nicht zu berücksichtigen, maßgeblich ist der Nennwert (§ 53 Abs. 1 GNotKG). Einen weiteren wesentlichen Grundsatz der Geschäftswertberechnung stellt das in § 38 GNotKG normierte Schuldenabzugsverbot dar. Danach bleiben grundsätzlich Verbindlichkeiten, die auf dem Geschäftsgegenstand (z.B. Grundstück) lasten, unberücksichtigt; Aktiv- und Passivposten werden nicht saldiert. Der wirtschaftliche Wert kann so vom kostenrechtlichen Wert abweichen. Der Geschäftswert ist nach billigem Ermessen (nicht mehr nach freiem Ermessen) zu bestimmen, wenn eine Spezialnorm fehlt (§ 36 Abs. 1 GNotKG). Oftmals werden 10 bis 20 % des Werts des betroffenen Rechts als Geschäftswert in Frage kommen. Als Hilfswert kommt ein Geschäftswert von 5 000 € in Betracht (§ 36 Abs. 3 GNotKG); eine Höchstwertbegrenzung fehlt (jetzt), weshalb nunmehr allgemein § 35 Abs. 2 GNotKG (Höchstwert mit 60 Millionen Euro) gilt.

2. Geschäftswertberechnung

a) Grundstücke

Dem Einheitswert kommt für die Geschäftswertermittlung künftig keine besondere Bedeutung mehr zu (§ 46 GNotKG). Wird ein Grundstück nicht entgeltlich übertragen (bei einem Kaufvertrag gilt § 47 GNotKG), muss der Wert durch das Grundbuchamt ermittelt werden, was oftmals schwierig ist. Die Wertermittlung für die Gerichtskosten steht in einem Spannungsfeld zwischen möglichst zuverlässiger Bewertung auf der einen Seite und Praktikabilität, insbesondere zeitnahe Bewertung, auf der anderen Seite. Ausgangspunkt für die Wertermittlung von Grundstücken ist nach § 46 Abs. 1 GNotKG der Verkehrswert; der Einheitswert kommt als pri-

² Z. B. § 24 Abs. 3, § 60 Abs. 2 KostO.

³ Anders noch § 24 Abs. 3 KostO (höchstens 5facher Jahreswert).

⁴ Anders noch § 62 Abs. 3 KostO (5/10-Gebühr).

märe Grundlage nicht (mehr) in Betracht. In § 46 Abs. 2 und 3 G^{Not}KG werden die Kriterien für die Ermittlung des Verkehrswertes abschließend aufgezählt, die ein gewisses Maß an Flexibilität bei der Wertermittlung, verbunden mit einer Überprüfbarkeit durch die Rechtsmittelgerichte auf Ermessensfehler, ermöglichen, andererseits aber einen unverhältnismäßiger Ermittlungsaufwand vermeiden.

Die Beteiligten können dem Grundbuchamt bei unbebauten Grundstücken Bodenrichtwerte nach § 196 BauGB zur Verfügung stellen. Bei bebauten Grundstücken könnten die Beteiligten dem Grundbuchamt ein bereits eingeholtes Verkehrswertgutachten des Gutachterausschusses nach § 193 BauGB vorlegen. Auch an Wertermittlungsergebnisse aus der Bewertung zum Zweck der Bemessung der Erbschaft- und Schenkungsteuer wäre zu denken, ebenso könnten die Beteiligten eine Auskunft der Gebäudeversicherung dem Grundbuchamt übergeben. Diese Unterlagen sind geeignet, einen plausiblen Basiswert zu liefern, von dem aus ein nach Lage des Einzelfalles angemessener Abschlag oder Zuschlag vorgenommen werden kann.⁵

Gibt es einen Kaufpreis (§ 47 G^{Not}KG), ist dieser grundsätzlich auch für die Eintragungsgebühren maßgebend. Ist der Kaufpreis niedriger als der Wert der Sache, was ab und zu vorkommt (vor allem unter Verwandten), ist der Verkehrswert des Grundstücks vom Grundbuchamt zu ermitteln (vgl. § 47 Satz 3 G^{Not}KG). Doch ist das Grundbuchamt keine Inquisitionsbehörde, es wird demnach regelmäßig den beurkundeten Kaufpreis zu Grunde legen.

Bei der Übergabe oder Zuwendung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebs mit Hofstelle an eine oder mehrere natürliche Personen sieht § 48 G^{Not}KG Vergünstigungen vor, die aber in den neuen Ländern mangels Vorhandenseins eines Einheitswertes nicht praktikierbar sind (vgl. § 125 BewG; Ersatzwirtschaftswert).

b) Vorkaufsrecht

Bei einem Vorkaufsrecht gilt § 51 Abs. 1 S. 2 G^{Not}KG (häufiger Grundstückswert nach § 46 Abs. 1 G^{Not}KG), jedoch kann in außergewöhnlich gelagerten Fällen eine Korrektur nach der Billigkeitsklausel des § 51 Abs. 3 G^{Not}KG zur Korrektur augenscheinlich unbilliger Ergebnisse erfolgen.

c) Erbbaurecht, Wohnungseigentum

Der Wert eines Erbbaurechts beträgt 80 Prozent der Summe aus den Werten des belasteten Grundstücks und darauf errichteter Bauwerke; sofern die Ausübung des Rechts auf eine Teilfläche beschränkt ist, sind 80 % vom Wert dieser Teilfläche zugrunde zu legen (§ 49 Abs. 2 G^{Not}KG). Diese Bewertungsregel gilt immer (z. B. bei Aufhebung des Erbbaurechts, Vorkaufsrecht am Erbbaurecht), wenn für die Ermittlung des Geschäftswertes der Wert eines Erbbaurechts eine Rolle spielt. Lediglich bei der Bestellung eines Erbbaurechts ist eine Vergleichsberechnung des Werts nach § 49 Abs. 2 G^{Not}KG mit dem nach § 52 G^{Not}KG errechneten Wert des

Erbbauzinses (§ 43 G^{Not}KG) vorzunehmen (Höchstwertprinzip). Der Wert für Eintragungen bei einem bestehenden Erbbaurecht richtet sich ausschließlich nach § 49 Abs. 2 G^{Not}KG. Bei der Begründung von Wohnungseigentum und bei Geschäften, die die Aufhebung oder das Erlöschen von Sondereigentum betreffen, ist Geschäftswert der Wert des bebauten Grundstücks; ist das Grundstück noch nicht bebaut, ist dem Grundstückswert der Wert des zu errichtenden Bauwerks hinzuzurechnen (§ 42 Abs. 1 G^{Not}KG).

d) Dienstbarkeiten und Reallasten

Für den Wert von Dienstbarkeiten und Reallasten gilt § 52 Abs. 1 G^{Not}KG. Der Wert der Nutzungs- und Leistungsrechte bestimmt sich nach dem Wert, den das Recht für den Berechtigten oder für das herrschende Grundstück hat. Eine Grunddienstbarkeit erhöht den Wert des herrschenden Grundstücks; dieser Wert ist maßgebend. Für die Wertsteigerung des herrschenden Grundstücks gibt es keine ausdrückliche Wertbestimmung, so dass § 36 G^{Not}KG herangezogen werden muss. Wird für die Bestellung des Rechts ein Entgelt bezahlt, so ist dieses nicht maßgebend, höchstens ein Anhaltspunkt für die Bewertung. Der Höchstwert für Rechte wurde auf den 20fachen Jahreswert festgelegt (§ 52 Abs. 2 bis 4 G^{Not}KG). Ist das Recht von bestimmter Dauer auf die Lebenszeit einer Person beschränkt, darf der für das Lebensalter maßgebliche Multiplikator nach § 52 Abs. 2 S. 3, Abs. 4 G^{Not}KG nicht überschritten werden. Preisklauseln bleiben nach § 52 Abs. 7 G^{Not}KG unberücksichtigt.

e) Pfandrechte

Der Wert einer Hypothek/Grundschild ist der Nennbetrag der Schuld (§ 53 Abs. 1 S. 1 G^{Not}KG); Zinsen und sonstige Nebenleistungen nach § 1115 BGB werden nicht berücksichtigt (§ 37 Abs. 1 G^{Not}KG). Bei Rangänderungen ist ein Wertvergleich nach § 45 Abs. 1 G^{Not}KG vorzunehmen (Niedrigstwertprinzip).

VI. Nebengeschäfte

Mit der für ein Geschäft entstandenen Gebühr sollen auch die Nebengeschäfte abgegolten sein; dies gilt selbstverständlich nicht, soweit diese Nebengeschäfte ausdrücklich einen besonderen Gebührentatbestand erfüllen. Gebührenfreie Nebengeschäfte sind z. B. bei Eintragung von Erben die Miteintragung des Nacherbenvermerks bzw. Testamentsvollstreckervermerks (§§ 51, 52 GBO); die Neueintragung einer Grundschild und gleichzeitige Eintragung eines Rangvorbehalts bzw. Rangvermerks, Wirksamkeitsvermerks sowie eines Zwangsvollstreckungsunterwerfungsvermerks; die Neueintragung eines Nießbrauchs/Dienstbarkeit und Eintragung des Löschungserleichterungsvermerks gem. § 23 GBO; die Löschung eines Erbbaurechts/Gebäudeeigentums und Schließung des Erbbaugrundbuchs/Gebäudegrundbuchs samt darin enthaltener Belastungen; die Löschung eines Sondernutzungsrechts und Eintragung der Korrespondenzvermerke in den übrigen Wohnungsgrundbüchern.

⁵ Ebenso Wudy notar 2012, 276, 286.

VII. Wertunabhängige Geschäfte – Festgebühren

Als Bemessungsfaktor für die Gebühren kommen im GNotKG auch Festgebühren in Betracht. Zur Vereinfachung der Gebühren in Grundbuchsachen wurde der Katalog der Geschäfte mit Festgebühren erweitert, vgl. KV 14125 (Ergänzung des Inhalts eines Grundpfandrechtsbriefs), KV 14143 (Löschung von beschränkten dinglichen Rechten in Abt. II des Grundbuchs), KV 14151 (Eintragung eines Widerspruchs). Enumerativ ist der Katalog der Festgebühren in KV 14160; dazu zählen der Änderungen des Inhalts oder Eintragung der Aufhebung des Sondereigentums, der Herrschvermerk nach §§ 9, 21 GBO, Teilung, Vereinigung und Zuschreibung von Grundstücken, Eintragung der Verwaltungs-/Benutzungsregelung nach § 1010 BGB pro Anteil, wobei der Teilungsausschluss mangels eines Gebührentatbestandes gebührenfrei ist.

VIII. Gebührensätze, Gebührenmaßstab

Die von dem jeweiligen Gebührentatbestand abhängigen Gebührensätze reichen von der 0,1-Gebühr (KV 14141) bis zur 2,0-Gebühr (KV 14111 GNotKG). Die 1,0-Gebühr wird erhoben für die Eintragung des Eigentums (KV 14110), die Belastung des Grundstücks mit einem dinglichen Recht (ausgenommen Brief-Grundpfandrecht, KV 14120, 14121), Begründung von Wohnungseigentum (KV 14112), Bestellung eines Erbbaurechts und Gebäudeeigentums (KV 14121). Die 0,5-Gebühr fällt an für die Eintragung einer Vormerkung (KV 14150 – nicht aber für deren Rangrücktritt, Wirksamkeitsvermerk und auch nicht für deren Löschung), Veränderung eines beschränkten dinglichen Rechts (KV 14130), Löschung von Grundpfandrechten (KV 14140) und nachträgliche Brieferteilung (KV 14124).

Gebührenmaßstab ist für alle Wertgebühren die Tabelle B der Anlage 2 zu § 34 Abs. 3 GNotKG. Danach bestimmt sich aus Geschäftswert und Gebührenmaßstab des § 34 GNotKG die Höhe der Gebühr. Welcher Gebührensatz gilt, ergibt sich aus dem für das jeweilige Geschäft einschlägigen Gebührentatbestand, der aus dem Kostenverzeichnis als Anlage 1 zum GNotKG (vgl. § 3 Abs. 2 GNotKG) in KV 14110 bis 14160 ermittelt werden kann.

Mangels Gebührentatbestands gebührenfrei sind z.B. die Eintragung einer Namens-/Firmenänderung, die Eintragung der Abtretung/Pfändung/Verpfändung bei einer Eigentumsvormerkung, die Löschung einer Eigentumsvormerkung, die nachträgliche Eintragung des Vollstreckungsunterwerfungsvermerks nach § 800 ZPO, eine Grundbuchblattanlegung sowie ein Eigentumsverzicht nach § 928 BGB.

Gebührenfrei sind beim Grundbuchamt auch der Erlass einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO, der Beweisbeschluss in amtswegigen Grundbuchverfahren, die Einstellung eines amtswegigen Grundbuchverfahrens sowie die Entgegennahme und Aufbewahrung der Aufgabeerklärung

für das Gebäudeeigentum/Nutzungsrecht nach § 233 § 4 Abs. 6 EGBGB.

Beispiel zur Kostenerhebung: Eintragung einer Miteigentümergeinschaft nach § 1010 BGB (Verwaltungs- und Benutzungsregelung und Teilungsausschluss) und Eintragung eines Vorkaufsrechts für den jeweiligen anderen Anteilsinhaber auf allen Miteigentumsanteilen. Im GNotKG sind Geschäftswert und Gebührensatz getrennt geregelt: der Wert (und die Bewertung) im GNotKG, der Gebührensatz im Kostenverzeichnis. Im Beispielfall soll gesucht werden, welche Gebühren anfallen. Man muss zunächst im Kostenverzeichnis suchen. Denn Geschäftswert und Gebührenfaktor spielen keine Rolle, wenn das GNotKG Festgebühren vorschreibt. Der Eintrag des Teilungsausschlusses stellt eine Verfügungsbeschränkung eines Miteigentumsanteils dar; mangels eines Gebührentatbestandes ist die Eintragung gebührenfrei (KV Vorbemerkung 1.4.1.2 gilt nur für die dort genannten Belastungen mit dinglichen Rechten, nicht aber für Vormerkung, Widerspruch und Verfügungsbeschränkungen). Die Eintragung der Vereinbarung nach § 1010 BGB fällt in den Abschnitt „Sonstige Eintragungen“ des KV 14160 Nr. 4, demnach werden für die Eintragung der Verwaltungs- und Verwaltungsregelungen gesondert pro Anteil Festgebühren erhoben, wobei die Verwaltungs- und Verwaltungsregelungen als eine einheitliche Eintragung bei jedem Anteil betrachtet wird. Für die Eintragung der Vorkaufsrechte ist keine Festgebühr bestimmt, man findet bei KV 14121 den Gebührenfaktor 1,0 und wendet die einschlägige Tabelle B an; nun ist im Paragraphenteil der Geschäftswert für das Vorkaufsrecht zu suchen, man findet § 51 Abs. 1 S. 2 GNotKG und nimmt als Wert die Hälfte des Verkehrswertes eines jeden belasteten Anteils nach § 46 Abs. 1 GNotKG, wobei das Schuldenabzugsverbot des § 38 GNotKG zu beachten ist. Jedoch findet sich in § 51 Abs. 2 GNotKG eine Billigkeitsklausel, wonach bei Unbilligkeit des hälftigen Anteilswertes nach den besonderen Umständen des Einzelfalls ein höherer oder niedrigerer Wert anzunehmen ist. Nur in außergewöhnlich gelagerten Fällen kann eine Korrektur augenscheinlich unbilliger Ergebnisse erfolgen; eine Bewertung nach der Wahrscheinlichkeit der Ausübung unterbleibt zukünftig.

IX. Kostenvorschuss

Der Staat hat ein Interesse daran, dass fällige Beträge bald bezahlt werden. Da der Staat nicht immer warten will, bis Fälligkeit eingetreten ist – manchmal traut er auch seinen Bürgern nicht – wurden Regelungen zur Sicherstellung der Kosten in §§ 11 ff. GNotKG getroffen. Nach § 13 Satz 2 GNotKG soll in Grundbuchsachen ein Kostenvorschuss nur dann erhoben werden, wenn dies im Einzelfall zur Sicherung des Eingangs der Gebühr erforderlich erscheint. Bei Amtsverfahren (z. B. nach §§ 82, 84 GBO) kann nur für Auslagen Kostenvorschuss verlangt werden (§ 14 Abs. 3 S. 1 GNotKG).

Voraussetzung einer Vorschussanforderung in Grundbuchsachen ist deshalb, dass diese zur Sicherung des Eingangs der Kosten angebracht erscheint. Dies ist z. B. dann gegeben, wenn der Antrag auf Eintragung einer Grundschuld durch den Notar nicht auch im Namen des zukünftigen Gläu-

bigers gestellt wird und es sich bei dem einzig verbleibenden Kostenschuldner um den Eigentümer eines Grundstücks handelt, über das bereits das Zwangsversteigerungsverfahren/Zwangsverwaltungsverfahren eröffnet oder dessen Grundstück mit einer Zwangshypothek belastet worden ist (Indiz für schlechte Zahlungsmoral). Die Anforderung eines Kostenvorschusses durch das Grundbuchamt ist dann möglich, wenn dem Grundbuchamt Tatsachen bekannt sind, die gegen die Zahlungsfähigkeit oder Zahlungswilligkeit des Schuldners sprechen. Der Gesetzgeber bestimmt also explizit, dass die Abhängigmachung zum absoluten Ausnahmefall zählt. Gesetzeswidrig ist es daher, in Grundbuchsachen ohne eine solche negative Bonitätsfeststellung allein die Höhe der anfallenden Kosten als Rechtfertigung für die Abhängigmachung heranzuziehen, was leider oft geschieht. Es ist in jedem Einzelfall das Sicherungsinteresse der Staatskasse und das Interesse der Beteiligten an einer beschleunigten Vornahme des Geschäfts gegeneinander abzuwägen. Die Abhängigmachung der beantragten Eintragung von der Kostenvorauszahlung ist ein einschneidender Eingriff in die Justizgewährspflicht.

Keine Kostenvorschusserhebung erfolgt bei amtswegigen Eintragungsverfahren, bei bewilligter Prozesskostenhilfe, oder wenn dem Antragsteller persönliche Gebührenfreiheit zusteht oder wenn dem Antragsteller ein nicht oder nur schwer zu ersetzender Schaden entstehen könnte. Bei Zwangseintragungen⁶ verbietet sich die Abhängigmachung, weil im Falle der Insolvenz wegen eines verzögert geleisteten Vorschusses nicht mehr eingetragen werden könnte. Sagt sich der Urkundsnotar für die Kosten gut (sogen. Kostenübernahmeerklärung), so ist von der Erhebung eines Kostenvorschusses abzusehen (§ 16 Nr. 3 GNotKG). Die Vorschussanforderung ist mit der Beschwerde anfechtbar (§ 82 GNotKG).

X. Einzeltatbestände

1. Eigentumseintragungen

a) Subjektwechsel

Die 1,0-Gebühr nach KV 14110 wird erhoben für jede konstitutive oder deklaratorische Eintragung eines Eigentümers, setzt demnach einen Subjektwechsel voraus. Bei Eintragung des Ehegatten, des eingetragenen Lebenspartners oder von Abkömmlingen besteht kein Gebührenprivileg (mehr). Die Gebühr wird einmal erhoben, wenn die Anträge am selben Tag bei Gericht eingegangen sind; auf die gleichzeitige Erledigung kommt es nicht an (KV Vorbemerkung 1.4 Abs. 3). GW: zusammengerechneter Wert der Grundstücke (§ 69 Abs. 1 S. 1 GNotKG).

b) Rechtslage bei GbR

Die 1,0-Gebühr fällt auch an für die Eintragung eines Gesellschafters einer GbR wegen Eintritts, Anteilserwerbs und als Erbe bei gesellschaftsvertraglicher Nachfolgeklausel (au-

ßerhalb 2-Jahres-Frist seit Erbfall). Bei mehreren eintretenden Gesellschaftern ist die Gebühr nur einmal aus der Addition der Anteilswerte zu erheben; ist die Anteilshöhe dem Grundbuchamt nicht bekannt, gilt das Gleichanteilsprinzip (arg. e § 70 Abs. 1 S. 2 und Abs. 4 GNotKG). Scheidet ein Gesellschafter aus und kommt es zu einer Anwachsung bei den verbleibenden Gesellschaftern, so ist die Ausbuchung des Ausscheidenden im Grundbuch (Anwachungsvermerk) gebührenfrei – die anderen Gesellschafter werden nämlich nicht als Eigentümer eingetragen. Scheidet der vorletzte Gesellschafter aus, kommt es zur liquidationslosen Auflösung der GbR und Anwachsung des Vermögens beim letzten Gesellschafter als Alleineigentümer; dieser Wechsel des Rechtsträgers löst die 1,0-Gebühr nach KV 14110 Nr. 1 aus dem vollen Grundstückswert (§ 46 GNotKG) aus, da das Geschäftwertprivileg des § 70 Abs. 4 Fall 2 GNotKG nur bei einer Änderung im Gesellschafterbestand bei fortbestehender GbR Anwendung findet.

c) Erbengemeinschaft

Die Grundbuchberichtigung aufgrund Erbfolge ist – wie bisher – gebührenfrei, wenn der Berichtigungsantrag innerhalb von zwei Jahren seit dem Erbfall beim Grundbuchamt eingeht, der Antrag braucht innerhalb dieser Zeit nicht vollzugsfähig sein. Gleiches gilt – künftig – auch für den Erben anlässlich einer Erbauseinandersetzung. Die Eintragung eines Nacherbenvermerks oder Testamentsvollstreckervermerks ist mangels Gebührentatbestands gebührenfrei (solche Eintragungen fallen nicht unter KV Vorbemerkung 1.4.1.2). Scheidet ein Miterbe durch Abschichtungsvereinbarung aus der Erbengemeinschaft aus, so ist die „Löschung“ des abgeschichteten Erben mangels Gebührentatbestands gebührenfrei – die anderen Miterben werden nicht als Eigentümer eingetragen. Scheidet so der vorletzte Miterbe durch Abschichtungsvereinbarung aus, gilt für die Eintragung des Alleineigentümers das zur GbR Ausgeführte.

d) Wohnungseigentum

Die Aufteilung eines Grundstücks nach §§ 3 und 8 WEG löst die Gebühr nach KV 14112 aus, die spätere Änderung der Miteigentumsanteile unter den Sondereigentümern fällt unter KV 14110. Für die Eintragung einer oder mehrerer gleichzeitig beantragter Änderungen des Inhalts (z.B. Einräumung/Aufhebung eines Sondernutzungsrechts; Umwandlung von Wohnungseigentum in Teileigentum und umgekehrt; Änderung des Kostenverteilungsschlüssels) oder Eintragung der Aufhebung/Teilaufhebung des Sondereigentums) wird die Festgebühr nach KV 14160 Nr. 5 für jedes betroffene Sondereigentum gesondert erhoben.

e) Festgebühr/Gebührenfreie Eintragungen

Mangels Gebührentatbestands gebührenfrei ist die Richtigstellung der Bezeichnung des eingetragenen Rechtssubjekts, so bei Änderung einer Firma⁷ oder des Namens einer natürlichen Person (z. B. wegen Heirat) eines Eigentümers.

⁶ Dazu zählen Zwangshypotheken, Arresthypotheken, Vormerkungen auf Grund einstweiliger Verfügung, Widersprüche bei einstweiliger Verfügung, Pfändung einer Hypothek/Grundschuld oder eines Nießbrauchs.

⁷ Dies gilt auch für einen Rechtsformwechsel nach dem Umwandlungsgesetz, weil das Subjekt seine Identität behalten hat. Die übertragenen Umwandlungsvorgänge nach dem UmwG fallen dagegen unter KV 14110 Nr. 1.

Beschließt die bisher namenlose GbR einen Namen zu tragen oder ändert sie ihre bisherige Bezeichnung, so ist die Richtigstellung des Grundbuchs mangels Gebührentatbestands gebührenfrei. Ebenso gebührenfrei ist die Eintragung von Gesellschaftern bei einer bisher gesellschafterlos eingetragenen GbR, weil lediglich Richtigstellung der Bezeichnung der GbR.

Gebührenfrei ist auch die Eintragung des Eigentumsverzichts nach § 928 BGB, die nachträgliche Einbuchung/Ausbuchung eines Grundstücks, Miteigentumsanteilsbuchung an einem dienenden Grundstück (§ 3 Abs. 5 GBO) auf den Grundbuchblättern der einzelnen Miteigentümer, die Zusammenschreibung mehrerer Grundstücke auf einem Grundbuchblatt, die Herstellung der Übereinstimmung zwischen GB und Kataster nach § 2 Abs. 2 GBO, die Beseitigung von Doppelbuchungen, die Umschreibung unübersichtlicher Grundbücher, Eintragungen und Löschungen auf Ersuchen (§ 38 GBO) oder Anordnung eines Gerichts, z.B. Zwangsversteigerungsgericht (ausgenommen Ersteher und Sicherungshypothek), vgl. dazu KV Vorbemerkung 1.4. Abs. 2.

Eine Festgebühr nach KV 14160 wird erhoben für die Eintragung der ohne Eigentumsübergang stattfindenden Teilung eines Grundstücks und Vereinigung oder Zuschreibung von Grundstücken (beachte aber die in KV 14160 Nr. 2 und 3 aufgeführten Ausnahmen).

2. Eintragung von Belastungen

a) Geltung nur für dingliche Rechte

Nach KV Vorbemerkung 1.4.1.2 gilt der Unterabschnitt 2 neben der Eintragung von Grundpfandrechten, Dienstbarkeiten, Vorkaufsrecht, Dauerwohnrecht, Dauernutzungsrecht und Reallast auch für die Eintragung eines Erbbaurecht oder eines ähnlichen Rechts wie z. B. Bergwerkseigentum sowie nach Maßgabe der Landesgesetzgebung verschiedene andere Rechte wie z. B. Fischereirechte und Kellerrechte. Nicht unter KV 14121 fallen Eintragungen von Vormerkungen und Widersprüchen sowie Verfügungsbeschränkungen.

Die Eintragung eines Brief-Grundpfandrechts löst nun die 1,3-Gebühr nach KV 14120 aus, wobei dann für die erstmalige Brieferteilung keine gesonderte Gebühr erhoben wird. Bei Buch-Grundpfandrechten und allen sonstigen beschränkten dinglichen Rechten wird die 1,0-Gebühr nach KV 14121 erhoben. Kein Gebührenprivileg gibt es künftig für die Eintragung von Belastungen auf Grund von Gutsüberlassungsverträgen oder von Erb- oder Gesamtgutsauseinandersetzungen zugleich mit der Eintragung des neuen Eigentümers.⁸ Weggefallen ist auch das bisherige Verwandtenprivileg bei der Feststellung des Geschäftswerts bei Dienstbarkeiten und Reallasten.

b) Neues Recht bei Eintragung von Gesamtrechten

Wird ein Gesamtrecht beim gleichen Grundbuchamt eingetragen, fällt die Gebühr nach KV 14120 bzw. 14121 an. Kommt das Gesamtrecht in den Grundbüchern verschiede-

ner Grundbuchämter zur Eintragung, so wird jetzt eine einheitliche⁹ Gebühr für alle Eintragungen bei dem Gericht angesetzt, bei dessen Grundbuchamt der Antrag zuerst eingegangen ist (KV 14122; § 18 Abs. 3 S. 1 GNotKG). Eine gesonderte Wertermittlung hat demnach nicht (mehr) stattzufinden; insbesondere hat der Wert der belasteten Grundstücke bei gleichzeitiger Antragstellung keinen Einfluss (mehr) auf die Gebühr. Die Kostenerhebung ist nun deutlich vereinfacht. Die Eintragungsgebühren nach KV 14120 bzw. 14121 erhöhen sich ab dem zweiten für jedes weitere beteiligte Grundbuchamt um 0,2. Beispiel: Eine Briefgrundschuld soll auf Grundstücken in den Amtsgerichtsbezirken A, B und C eingetragen werden. Die Grundschuldbestellungsurkunde enthält den Eintragungsantrag für alle betroffenen Grundstücke und geht zuerst beim Grundbuchamt A ein. Dieses Gericht erhebt dann die 1,7-Gebühr (1,3 für A + 0,2 für B + 0,2 für C) nach KV 14120, 14122. Die Gebühr für die Löschung eines Gesamtrecht-Grundpfandrechts ist dem Gebührensystem für die Eintragung eines Gesamtrechts nachgebildet, es gilt KV 14141. Für Löschung eines Gesamtrechts in Abt. II des Grundbuchs (z. B. Reallast) gilt KV 14143. Überlassen bleibt wohl der Rechtsfortbildung, was bei gleichzeitiger Antragstellung, bei Abtretung bzw. Veränderungen eines solchen Rechts gilt und welches Grundbuchamt die Gebühr bzw. Gebühren erhebt.

c) Nachträgliche Mitbelastung

Für die nachträgliche Eintragung eines Rechts, das bereits an einem anderen Grundstück beim selben Grundbuchamt besteht, wird die 0,5-Gebühr nach KV 14123 erhoben. Maßgebend ist der Wert des nachverpfändeten Grundstücks, sofern dieser geringer ist als der Wert des Rechts (§ 44 Abs. 1 S. 1 GNotKG, Niedrigstwertprinzip).

3. Eintragung von Vormerkungen, Widersprüchen und Verfügungsbeschränkungen

Die Ersteintragung einer Eigentumsvormerkung löst die 0,5-Gebühr nach KV 14150 aus dem vollen Grundstückswert nach § 45 Abs. 3 Halbs. 1, §§ 46, 47 GNotKG aus. Lediglich bei Absicherung eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts durch Vormerkung ist der halbe Wert des Gegenstands maßgebend (§ 51 Abs. 1 S. 2 GNotKG). Gebührenfrei sind künftig – mangels eines Gebührentatbestands – Veränderungen der Vormerkung (Inhalts- und Rangänderungen, Wirksamkeitsvermerk, Berichtigung wegen Abtretung/Pfändung/Verpfändung des vorgemerkten Anspruchs) und ihre Löschung.

Für die Eintragung von Widersprüchen aller Art (insbesondere nach §§ 899, 1139, 1157 BGB, § 7 GrdstVG, § 23 Abs. 1 S. 1 Halbs. 2 GBO) wird die Festgebühr nach KV 14151 erhoben und so das bisherige komplizierte System der Kostenberechnung aufgegeben. Die Löschung des Widerspruchs ist – mangels Gebührentatbestands – gebührenfrei.

Gebührenfrei ist die gleichzeitige wie auch spätere Eintragung der Löschungserleichterungsklausel nach § 23 Abs. 2 GBO, Klarstellungsvermerke, Wirksamkeitsvermerke bei

⁸ Anders früher § 62 Abs. 2 KostO.

⁹ Nach § 63 Abs. 3 KostO wurde bislang eine Gebühr für jede Eintragung bei den beteiligten Grundbuchämtern erhoben.

einer Vormerkung oder einem dinglichen Recht sowie die gleichzeitige oder spätere Eintragung eines Höchstbetrags des Ersatzrechts nach § 882 BGB bei Dienstbarkeiten, Real-lasten, Dauerwohnrechten und Vorkaufsrechten.

Die Eintragung und Löschung von Verfügungsbeschränkungen ist – künftig – mangels eines Gebührenatbestandes gebührenfrei. Dazu zählen der Nacherbenvermerk, der Testamentsvollstreckervermerk, der Nachlassverwaltungsvermerk und der Treuhändersperrvermerk nach §§ 72, 110 VAG. Ebenfalls gebührenfrei ist die Eintragung der Verfügungsverbote nach der Insolvenzordnung, der Vermerk über die Anordnung der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, das Verfügungsverbot nach §§ 52, 53 FlurbG, das Verbot nach § 75 BVG und § 31 Soldatenversorgungsgesetz. Gleiches gilt für die durch Verpfändung oder Pfändung eines Erbanteils eintretende Beschränkung des Miterben in der Verfügung über Nachlassgegenstände.

Gebührenpflichtig als Inhaltsänderung nach KV 14160 sind die spätere Eintragung und Aufhebung des Vermerks nach § 12 WEG, die spätere Eintragung und Aufhebung der Verfügungsbeschränkung beim Dauerwohn-/Dauernutzungsrecht nach § 35 WEG sowie nach KV 14 130 die Verfügungsbeschränkung beim Erbaurecht nach § 5 ErbbauRG.

4. Veränderung von Belastungen

Für die Eintragung von Veränderungen bei beschränkten dinglichen Rechten ist die 0,5-Gebühr nach KV 14130 zu erheben. Die in KV 14130 genannten Veränderungen sind abzugrenzen von sonstigen Eintragungen, die in KV 14160 enumerativ geregelt sind. Der Anwendungsbereich von KV 14130 ergibt sich durch die Verweisung im Gebührenatbestand auf die Vorbemerkung 1.4.1.2. Veränderungen bei Vormerkungen werden davon nicht erfasst und sind gebührenfrei. Die gleichzeitige oder auch nachträgliche Eintragung der Unterwerfungsklausel nach § 800 ZPO ist ebenfalls mangels eines Gebührenatbestandes gebührenfrei.

Zu den Veränderungen i. S. v. KV 14130 zählen der Wechsel des Berechtigten kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäfts, die Umwandlung eines Grundpfandrechts, die Teilung eines Grundpfandrechts nach § 1151 BGB, der Verzicht des Gläubigers auf sein Grundpfandrecht nach § 1168 BGB, die Verteilung einer Gesamthypothek, die Änderung der Zins- und Zahlungsbestimmungen, die Verlängerung der Laufzeit von beschränkten dinglichen Rechten, die Belastung eines Grundpfandrechts mit Pfandrecht oder Nießbrauch. Bei Rangänderungen ist die Anmerkung Abs. 2 zu KV 14130 zu beachten, der Wert richtet sich nach § 45 Abs. 1 G^{Not}KG, KV 14130 Anm. 2.

5. Löschungen

Das Gebührenrecht für Löschung von Belastungen und Entlassung aus der Mithaft wurde neu geregelt. Lediglich bei Löschungen in Abt. III des Grundbuchs wird am Wertgebührensensystem festgehalten; dieses sieht hierfür aus Vereinfachungsgründen einen einheitlichen Gebührensatz nach KV 14140 vor. Für die Eintragung der Entlassung aus der Mithaft wird nach KV 14142 eine 0,3-Gebühr erhoben; Geschäfts-

wert ist nach § 44 Abs. 1 G^{Not}KG der Wertvergleich zwischen dem Nennbetrag des Rechts und dem Wert des freigegebenen Grundstücks (Niedrigstwertprinzip).

Für Löschungen von dinglichen Rechten, die nicht ein Grundpfandrecht oder die Entlassung aus der Mithaft betreffen, wird aus Vereinfachungsgründen nicht mehr an der bisherigen Wertgebühr festgehalten, vielmehr eine Festgebühr nach KV 14143 erhoben. Durch die Vorbemerkung 1.4.1.4 zum Kostenverzeichnis wird definiert, für welche Rechte die Gebühr erhoben wird. Die Löschung aller anderen Belastungen, welche dort nicht aufgeführt sind, erfolgt aus Vereinfachungsgründen kostenfrei, so insbesondere die Löschung von Vormerkungen/Widersprüchen und den in KV 14160 erwähnten Eintragungen. Mit der Löschungsgebühr KV 14143 sind auch die Nebeneintragungen mit abgegolten, so z. B. bei Aufhebung eines Erbaurechts oder Gebäudeeigentums/Nutzungsrechts (nur neue Bundesländer) die Schließung des Erbbaugrundbuchs/Gebäudegrundbuchblatts mit Löschung dort eingetragener dinglicher Rechte.

Neu ist die Geschäftswertvorschrift in § 44 Abs. 1 S. 2 G^{Not}KG. Grundsätzlich gilt bei der Löschung eines Gesamtgrundpfandrechts als Geschäftswert der Nennbetrag des zu löschenden Rechts. Eine Ausnahme gilt aber jetzt, wenn nach der Aufteilung in Sondereigentum ein Global-Grundpfandrecht nach und nach durch Pfandfreigaben nur noch auf einer einzigen Einheit lastet und die Löschung alsdann beantragt wird. Bei der Gesamtlöschung eines Globalgrundpfandrechts, aus dem bereits wenigstens eine Mithaftentlassung erfolgt ist, richtet sich der Geschäftswert nach dem Wertvergleich zwischen dem Nennbetrag und der Summe der Werte der noch belasteten Pfandobjekte (Niedrigstwertprinzip). Haben allerdings keine Mithaftentlassungen stattgefunden, ist der Nennbetrag des zu löschenden Rechts der Geschäftswert für die Löschungsgebühr.

6. Grundpfandrechtsbriefe

Die erstmalige Erteilung eines Grundpfandrechtsbriefs anlässlich der Ersteintragung eines Grundpfandrechts löst – anders als früher § 71 KostO – keine gesonderte Brieferteilungsgebühr aus, vielmehr ist in der 1,3-Gebühr nach KV 14120 die Brieferteilung mitberücksichtigt. Die nachträgliche Erteilung beim gleichen Grundbuchamt löst die 0,5-Gebühr nach KV 14124 Abs. 1 aus dem Nennwert des Grundpfandrechts aus (§ 71 Abs. 1, § 53 Abs. 1 S. 1 G^{Not}KG); bei verschiedenen Grundbuchämtern wird nach KV 14124 Abs. 2 die 0,5-Gebühr nach dem Niedrigstwertprinzip bei jedem betroffenen Grundbuchamt erhoben (§ 71 Abs. 2, § 44 Abs. 1 S. 1, § 53 Abs. 1 S. 1 G^{Not}KG).

Wird ein Grundpfandrechtsbrief wegen Änderung der in § 57 Abs. 1 S. 1 und 2 GBO bestimmten Angaben auf – formlosen – Antrag des Briefbesitzers ergänzt, so wird eine Festgebühr nach KV 14125 erhoben. Gebührenfreie Nebentätigkeiten zur Grundbucheintragung sind amtswegige Ergänzungen des Briefs z. B. Eintragungen bei der Hypothek/Grundschuld (§ 62 GBO), Vermerk über nachträgliche Mitbelastung/Entlassung eines Grundstücks (§ 48 GBO), Vermerk über Herstellung eines Teilbriefs (§ 61 Abs. 3 GBO) und Forderungsauswechslung (§ 65 Abs. 2 GBO).

7. Zurückweisung und Zurücknahme von Anträgen

Für die Zurückweisung eines Antrags wird nach KV 14400 50% der für die Vornahme des Geschäfts bestimmten Gebühr, mindestens 15 €, höchstens 400 €, erhoben. Für die Zurücknahme von Anträgen wird nach KV 14401 25% der für die Vornahme des Geschäfts bestimmten Gebühr, mindestens 15 €, höchstens 250 €, angesetzt. Unter „Zurücknahme eines Antrags“ ist zu verstehen die Rücknahme vor Eintragung oder vor Ablauf des Tages, an dem die Entscheidung über die Zurückweisung der Geschäftsstelle übermittelt oder ohne Beteiligung der Geschäftsstelle bekannt gegeben wird. Werden mehrere Anträge zurückgenommen oder zurückgewiesen, fallen die Gebühren gesondert an. Die Zurückweisung oder Zurücknahme eines Antrags kann gebührenfrei sein, wenn der Antrag auf unverschuldete Unkenntnis der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse beruht; § 21 Abs. 2 GNotKG gilt entsprechend.

XI. Überleitungsrecht

Grundbuchgebühren sind Aktgebühren; daran hat auch das GNotKG nichts geändert, vgl. § 55 Abs. 2 GNotKG, KV 14110. Bei Eintragungen im Grundbuch wird an die „Eintragung“ geknüpft, nicht an das Verfahren. Kosten für Grundbucheintragungen werden nach neuem Recht erhoben, wenn die Eintragung nach Inkrafttreten des GNotKG erfolgt ist (§ 136 Abs.1 Nr. 5 GNotKG); im Gegensatz zu Verfahrensgebühren kommt es bei Aktgebühren nicht auf die Antragstellung beim Grundbuchamt an.

Bei verzögerlicher Behandlung eines vollzugsreifen Grundbuchantrags kann das Grundbuchamt die Gebührendifferenz zwischen neuem und altem Recht nach § 21 GNotKG unerhoben lassen, wenn es für den Kostenschuldner günstiger ist.

Gestaltung der GmbH-Satzung bei Venture Capital-Finanzierung (Privat Equity)

Von Jean-Claude Möllmann, MBA, Notarvertreter, Herrenberg
und Jean-Philip Möllmann, MBA, Notarvertreter, Schramberg

1	Einleitung	75	5	Venture Capital Finanzierung	79
2	Unternehmensgründung	75	5.1	Merkmale der Venture Capital-Finanzierung	79
2.1	Motive	75	5.1.1	Risikotragendes Kapital	79
2.2	Gründung der GmbH aus juristischer Sicht (Phaseneinteilung)	75	5.1.2	Renditeorientierung und zeitliche Begrenzung	79
2.3	Unternehmensgründung aus betriebswirtschaftlicher Sicht (Phaseneinteilung)	75	5.1.3	Beratung	79
			5.2	Arten der Venture Capital-Finanzierung	79
			5.3	Exit	80
3	Unternehmensfinanzierung	76	6	Gesellschaftsvertrag und Beteiligungsvertrag	80
3.1	Innenfinanzierung	76	7	Satzungsgestaltung	81
3.2	Außenfinanzierung	77	7.1	Stammkapital und Geschäftsanteil	82
3.2.1	Eigenfinanzierung	77	7.2	Veränderungen im Gesellschafterbestand	83
3.2.2	Fremdfinanzierung	77	7.2.1	Vinkulierung	83
3.3	Mezzanine-Finanzierung	77	7.2.2	Vorkaufsrechte, Mitveräußerungspflichten und Mitveräußerungsrechte	83
4	Gründungsfinanzierung	77	7.2.3	Kündigung	83
4.1	Finanzierungsbedarf	77	7.3	Einfluss auf die Geschäftsführung	84
4.2	Finanzierungsquellen	78	7.4	Wettbewerbsverbot	85
4.2.1	Bedeutung der Innenfinanzierung	78	7.5	Ergebnisverwendung	85
4.2.2	Bedeutung der Außenfinanzierung	78	7.6	Gesellschafterbeschlüsse	85
4.3	Zusammenfassende Betrachtung	79	7.7	Mezzanine-Kapital und Equity-Kicker	86
			7.8	Liquidationspräferenz	87
			8	Zusammenfassung	87

1 Einleitung

Die vorliegende Abhandlung stellt den Einfluss von außerbörslichem Eigenkapital (Private Equity) auf die Gestaltung der GmbH-Satzung dar. Dabei kann das zur Realisierung der Unternehmensgründung betriebsnotwendige Kapital nicht durch den oder die Gründer allein aufgebracht werden. Zur Schließung der Kapitallücke (equity gap) ist das Hinzutreten Dritter erforderlich. Diese sind bereit der Gesellschaft, trotz der mit der Unternehmensgründung verbundenen Risiken, Eigenkapital zur Verfügung zu stellen und damit Gesellschafter zu werden. Für dieses Wagnis- oder Risikokapital wird üblicherweise der Begriff Venture Capital verwendet. Venture Capital tritt dabei in der Frühphasenfinanzierung des neu gegründeten Unternehmens auf, während Private Equity in allen Phasen eines Unternehmenslebenszykluses auftreten kann.¹ Private Equity ist damit weiter gefasst als Venture Capital.

Das Gegenteil von Private Equity ist die Beschaffung von Eigenkapital am geregelten Kapitalmarkt (Public Equity). Diese Möglichkeit steht der GmbH bekanntlich nicht zur Verfügung.

Die Ursprünge des Venture Capital reichen weit zurück. So ist die Bereitschaft Kapital für ein risikoreiches „Unternehmen“ zur Verfügung zu stellen, keine Erfindung der letzten Jahre. Bereits Kolumbus konnte seine Ziele nur mit Hilfe finanzieller Unterstützung durch die spanische Königin Isabella verfolgen.² Mit der Gründung der American Research and Development Corporation im Jahr 1946, der ersten Venture Capital-Gesellschaft in den USA, trat das Venture Capital seinen Siegeszug an.³ Unternehmen wie Apple oder Microsoft wären ohne Venture Capital vermutlich nicht entstanden. Auch in Deutschland sind mit Venture Capital erfolgreiche Unternehmen gegründet worden, umfangreiche Statistiken hält der Bundesverband Deutscher Kapitalbeteiligungsgesellschaften e.V. bereit.⁴

Es soll nachfolgend so vorgegangen werden, dass die juristische Gründung im Kontext mit der betriebswirtschaftlichen Unternehmensgründung betrachtet wird. Dabei wird eine finanzwirtschaftliche Perspektive eingenommen. Die Satzungsgestaltung knüpft schließlich daran an.

2 Unternehmensgründung

2.1 Motive

Die Motive für eine Unternehmensgründung können äußerst unterschiedlich sein. Sie hängen in erster Linie von der Person des Gründers ab. Eine nähere Betrachtung der verschiedenen Gründungsmotive soll hier nicht erfolgen. Als Hauptmotiv wird jedoch nachfolgend die Gewinnerzielungsabsicht unterstellt.

2.2 Gründung der GmbH aus juristischer Sicht (Phaseneinteilung)

Eine GmbH entsteht bekanntlich als juristische Person gem. § 11 Abs. 1 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) mit der Eintragung in das Handelsregister. Dem Entstehungszeitpunkt geht jedoch die sog. Vorgesellschaft, auch Vor-GmbH genannt und unter Umständen eine sog. Vorgründungsgesellschaft voraus. Bei der Vorgründungsgesellschaft handelt es sich entweder um eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (meist um eine reine Innengesellschaft) oder aber bei Vorliegen eines Handelsgewerbes gem. § 105 Abs. 1 Handelsgesetzbuch (HGB) um eine offene Handelsgesellschaft. Begriffsnotwendig kann bei einer Gründung durch eine Person eine Vorgründungsgesellschaft, mangels Personenmehrheit nicht vorliegen. Die Vorgründungsgesellschaft ist mit der Vor-GmbH und späteren GmbH nicht identisch, somit erübrigt sich eine weitere Betrachtung im Hinblick auf den Entstehungszeitpunkt der GmbH als solche. Bei der Vor-GmbH handelt es sich jedoch um eine körperschaftlich strukturierte Gesellschaft sui generis, auf die bereits überwiegend die Bestimmungen des GmbH-Rechts Anwendung finden, sofern die Eintragung im Handelsregister nicht zwingend vorausgesetzt wird oder die Regelungen mit dem Gründungsstadium nicht vereinbar sind.⁵ Die Vor-GmbH entsteht mit dem Abschluss des notariell zu beurkundenden Gesellschaftsvertrags.⁶ Ihre Teilrechtsfähigkeit ist allgemein anerkannt, zudem kann sie bereits Trägerin eines Unternehmens sein.⁷ Mit Entstehung der Vor-GmbH wird die Gesellschaft als errichtet und mit der Eintragung im Handelsregister als gegründet bezeichnet.⁸ Die Errichtung stellt somit ein Element der juristischen Gründung dar. Bei Betrachtung ohne und mit Berücksichtigung der Vorgründungsgesellschaft kann man somit zwei bzw. drei juristische Gründungsphasen betrachten.

2.3 Unternehmensgründung aus betriebswirtschaftlicher Sicht (Phaseneinteilung)

Nun soll die Unternehmensgründung aus betriebswirtschaftlicher Sicht betrachtet werden. Die Rechtsform des Unternehmens ist dabei nicht maßgebend. Der Begriff der Unternehmensgründung wird in der Betriebswirtschaftslehre nicht einheitlich definiert. Hier soll die Unternehmensgründung aus einer prozessorientierten Sichtweise betrachtet werden. Der rechtliche Entstehungszeitpunkt eines Unternehmens stellt lediglich einen Zeitpunkt innerhalb des betriebswirtschaftlichen Gründungsprozesses dar.⁹

Die in der deutschsprachigen Betriebswirtschaftslehre verwendete prozessuale Sichtweise geht zurück auf Szyperski/Nathusius und beschreibt die Unternehmensgründung als die „Schaffung eines gegenüber seiner Umwelt qualitativ

1 Thum/Timmreck/Keul, Private Equity, München 2008, S. 11.

2 Vgl. Nittka, Informelles Venture Capital am Beispiel von Business Angels, Stuttgart 2000, S. 28.

3 Vgl. Nittka, a. a. O., S. 29.

4 Vgl. www.bvkap.de.

5 BGH WM 1980, 955, 956; BGHZ 21, 242, 246; 45, 338, 347; 51, 30, 32, 72, 45, 48; 80, 129, 132; 134, 133, 336.

6 BGHZ 91, 148, 151.

7 BGHZ 134, 333, 335.

8 Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 19. Auflage, München 2010, § 1 Rn. 2.

9 Bandulet, Finanzierung technologieorientierter Unternehmensgründungen, Wirtschaftshistorische und institutionenökonomische Erklärungsansätze von Schumpeter bis Williamson, Wiesbaden 2005, S. 9.

abgegrenzten und vorher in gleicher Struktur nicht existierenden Systems“.¹⁰

Die dargestellte Sichtweise führt zu einer idealtypischen Phaseneinteilung des Gründungsprozesses. In der Literatur finden sich je nach Autor, zwei- bis achtphasige Modelle.¹¹ Hier wird deutlich, dass die einzelnen Phasen nicht starr voneinander getrennt werden können. Vielmehr gibt es Überschneidungen und Abgrenzungsschwierigkeiten. Aus der Vielzahl der existierenden Modelle soll hier ein Fünf-Phasen-Modell vorgestellt werden.¹² Dieses Modell unterscheidet der zeitlichen Abfolgen nach die Vorgründungsphase, die Gründungsphase, die Frühentwicklungsphase, die Amortisationsphase und endet mit der Expansionsphase. Die Vorgründungsphase beginnt mit der eigentlichen Idee der Unternehmensgründung und dem kritischen Abwägen von Chancen und Risiken. Am Ende dieser ersten Phase werden bereits konkrete Entscheidungen getroffen, wie etwa die Wahl der Rechtsform des Unternehmens. Die Gründungsphase ist gekennzeichnet durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrags. Es erfolgen vorbereitende Maßnahmen zur Aufnahme des Geschäftsbetriebs, z. B. die Suche von Lieferanten und das Erschließen von Absatzwegen. In der Frühentwicklungsphase werden durch den Verkauf von Produkten bzw. der Erbringung von Dienstleistungen erste Umsätze erzielt. In der Amortisationsphase wird durch die Unternehmenstätigkeit erstmals Gewinn erzielt. In der Expansionsphase endet der Prozess der Unternehmensgründung. Es beginnt dann der normale Unternehmenslebenszyklus. Regelmäßig werden in dieser Phase neue Produkte und Dienstleistungen entwickelt.

Eine weitergehende Betrachtung der genannten Phasen soll hier unterbleiben. Im späteren Verlauf dieser Abhandlung wollen wir darauf jedoch noch einmal zurückkommen. Selbstverständlich muss eine Unternehmensgründung in der Realität nicht dem dargestellten oder einem anderen Modell folgen. Da die Zukunft des neu zu gründenden Unternehmens jedoch nicht vorhersehbar ist, bedarf es einer Orientierung am Modell.

Eine Unternehmensgründung kann originär oder derivativ erfolgen. Eine originäre Gründung zeichnet sich dadurch aus, dass keine bestehenden betrieblichen Strukturen vorhanden sind, vielmehr müssen diese erst geschaffen werden.¹³ Das Gegenteil davon stellt die derivative Unternehmensgründung dar, bei welcher auf bestehende Strukturen zurückgegriffen wird, welche im Rahmen der Gründung verändert werden.¹⁴ Abhängig davon, ob das gegründete Unternehmen dem Einfluss eines anderen Unternehmens ausgesetzt ist, wird zwischen einer selbständigen und unselbständigen Gründung unterschieden.¹⁵ Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf die originäre und überwiegend selbständige Gründung.

3 Unternehmensfinanzierung

Um dem Thema dieser Abhandlung, der Venture-Capital-Finanzierung und der damit zusammenhängenden Satzungsgestaltung näher zu kommen, soll nachfolgend in groben Zügen die Unternehmensfinanzierung im Allgemeinen betrachtet werden. Es soll so vorgegangen werden, dass zunächst die Unternehmensfinanzierung losgelöst von den Spezifika der Gründungsfinanzierung betrachtet wird. Danach betrachten wir die Gründungsfinanzierung mit dem Schwerpunkt der Venture-Capital-Finanzierung im Speziellen.

Ausgangspunkt der Betrachtung sind die für ein Unternehmen generell in Frage kommenden Finanzierungsquellen. Nach der Herkunft der Finanzmittel kann in Innen- und Außenfinanzierung unterschieden werden.¹⁶

3.1 Innenfinanzierung

Die Innenfinanzierung ist dadurch gekennzeichnet, dass dem Unternehmen keine finanziellen Mittel von außen zufließen. Dies bedeutet, dass kein Kapital von Gläubigern oder Gesellschaftern zur Verfügung gestellt wird.¹⁷ Der Zufluss von finanziellen Mitteln wird im Rahmen des betrieblichen Leistungs- und Umsatzprozesses erzeugt. Ein weiterer Fall der Innenfinanzierung stellt die Veräußerung von nicht betriebsnotwendigem Vermögen dar, wie etwa die Veräußerung von Anlagevermögen (§ 247 Abs. 2 HGB).¹⁸ Zwar fließt der Kaufpreis von außerhalb des Unternehmens zu, nämlich vom Käufer, jedoch wurde der Zahlungsmittelzufluss durch den betrieblichen Leistungs- und Umsatzprozess, also von Innen, generiert. Weiterhin stehen bei der Innenfinanzierung dem Mittelzufluss keine Ansprüche von Gläubigern (Zins und Tilgung) oder Gesellschaftern gegenüber.

Weitere Möglichkeiten der Innenfinanzierung können sich aus der Bildung von Rückstellungen (§ 249 HGB) oder aus der Vornahme von Abschreibungen (§ 253 Abs. 3, 4 HGB) ergeben. Der Innenfinanzierungseffekt entsteht hier durch die Bindung von finanziellen Mitteln im Unternehmen. Da diese Effekte nicht ohne weiteres augenscheinlich sind, sollen sie hier nicht näher betrachtet werden.¹⁹

Die bedeutendste Form der Innenfinanzierung stellt die Saldierung von Ein- und Auszahlungen aus dem betrieblichen Leistungs- und Umsatzprozess dar. Freilich kann ein positiver Saldo nur dann entstehen, wenn die Einzahlungen größer sind als die Auszahlungen. Die Einzahlungen erfolgen regelmäßig durch Umsätze, wie etwa den Verkauf von Waren. Die damit einhergehenden Auszahlungen entstehen etwa durch Material- und Lohnkosten. Der positive Saldo ist ein finanzwirtschaftlicher Überschuss, welcher auch als Cash Flow bezeichnet wird.²⁰ Im Idealfall wird auf Dauer ein

10 Szyperski/Nathusius, Probleme der Unternehmensgründung, 2. Auflage, Lohmar, Köln 1999, S. 25.

11 Vgl. Dietz, Gründung innovativer Unternehmen, Wiesbaden 1983, S. 39.

12 Hering/Vincenti, Unternehmensgründung, München, Wien 2005, S. 16.

13 Engel, Seed-Finanzierung wachstumsorientierter Unternehmensgründungen, Sternenfels 2003, S. 17.

14 Engel, a. a. O., S. 17.

15 Hering/Vincenti, a. a. O., S. 9.

16 Busse, Grundlagen der betrieblichen Finanzwirtschaft, 5. Auflage, München, Wien 2003, S. 63.

17 Perridon/Steiner/Rathgeber, Finanzwirtschaft der Unternehmung, 15. Auflage, München 2009, S. 471.

18 Perridon/Steiner/Rathgeber, a. a. O., S. 485.

19 Vgl. Wöhe/Bilstein/Ernst/Häcker, Grundzüge der Unternehmensfinanzierung, 10. Auflage, München 2009, S. 17-20.

20 Perridon/Steiner/Rathgeber, a. a. O., S. 471.

positiver Cash Flow erreicht. Hier wird deutlich, dass der Innenfinanzierung durch den Cash Flow im Vergleich zur Innenfinanzierung durch den Verkauf von Anlagevermögen oder durch die Bildung von Rückstellungen weder zeitliche noch betragsmäßige Grenzen gesetzt sind.

3.2 Außenfinanzierung

Bei der Außenfinanzierung erfolgt der Zufluss von finanziellen Mitteln aus externen, außerhalb des Unternehmens liegenden Quellen.²¹ Wesentlich ist für die Außenfinanzierung die Unterscheidung in Eigen- und Fremdfinanzierung. Maßgebliches Abgrenzungskriterium hierfür ist die Frage, ob der Kapitalgeber als Gläubiger gegenüber dem Unternehmen auftritt.²² Handelt es sich bei dem Kapitalgeber um einen Gläubiger des Unternehmens, liegt ein Fall der Fremdfinanzierung vor und vice versa.

3.2.1 Eigenfinanzierung

Bei der Eigenfinanzierung werden dem Unternehmen finanzielle Mittel durch die Gesellschafter zugeführt, die zu einer Erhöhung des Eigenkapitals führen.²³ Dabei können auch geldäquivalente Produktionsmittel, wie sie etwa bei einer Sachgründung vorkommen, eingebracht werden. Regelmäßig findet die Eigenfinanzierung bei der Unternehmensgründung durch die erstmalige Aufbringung des Eigenkapitals statt.²⁴ Bei der GmbH ist die Eigenfinanzierung durch die Pflicht zur Leistung des Stammkapitals zwingend. Die Rechtsform eines Unternehmens nimmt damit wesentlichen Einfluss auf die Eigenfinanzierung. Die Eigenfinanzierung ist nicht auf den Vorgang der Unternehmensgründung beschränkt. Sie liegt auch bei jeder späteren Erhöhung des Eigenkapitals vor. Charakteristisch geht mit der Eigenfinanzierung die Gewährung von Gesellschafterrechten, in Form von Mitsprache- und Kontrollrechten einher.

3.2.2 Fremdfinanzierung

Typisch für die Fremdfinanzierung ist der Abschluss von Finanzkontrakten. Dabei werden dem Unternehmen von einem Gläubiger finanzielle Mittel zur Verfügung gestellt, die sich bilanziell nicht in einer Erhöhung des Eigenkapitals niederschlagen. Das Unternehmen ist im Gegenzug regelmäßig zu Zins- und Tilgungsleistungen verpflichtet.²⁵ Zur Fremdfinanzierung zählen damit die dem Unternehmen gewährten Kredite. Diese Kredite können auf verschiedene Weise systematisiert werden. Eine mögliche Systematisierung kann nach den Kriterien der Fristigkeit, der Verwendung, der Sicherheit und dem Kreditgeber erfolgen.²⁶ Diese Aufzählung ist nicht

abschließend, vielmehr sind weitere Kriterien möglich. Auch können einzelne Kriterien weiter untergliedert werden. So kann das Kriterium des Kreditgebers unterteilt werden in den Bankensektor, den Nichtbankensektor und die öffentliche Hand.²⁷

Regelmäßig werden bei der Fremdfinanzierung die gewährten Kredite besichert. Dabei treten alle bekannten Formen der Kreditsicherung, wie beispielsweise Grundpfandrechte oder Factoring auf. Die Kreditgeber verfolgen dabei das Ziel der Risikoreduktion.

3.3 Mezzanine-Finanzierung

Eine weitere vorkommende Finanzierungsform stellt das sog. Mezzanine-Kapital dar. Hierbei handelt es sich um Finanzierungsinstrumente, die sowohl Merkmale des Eigen- wie des Fremdkapitals in unterschiedlicher Ausprägung aufweisen.²⁸ Aus rein bilanzieller Sicht können jedoch die einzelnen Finanzierungsinstrumente eindeutig dem Eigen- oder Fremdkapital zugeordnet werden. Da die bilanzielle Sicht jedoch der wirtschaftlichen Bedeutung nicht gerecht wird, hat sich der Begriff des Mezzanine-Kapitals herausgebildet. Von der Vielzahl der vorkommenden Instrumente, sollen hier nur beispielhaft das Gesellschafterdarlehen und sog. Nachrangdarlehen genannt werden.²⁹

4 Gründungsfinanzierung

Nach der vorangegangenen Betrachtung der Unternehmensfinanzierung, soll nun die Gründungsfinanzierung in den Fokus gerückt werden. Wir wollen dabei die Besonderheiten der Gründungsfinanzierung gegenüber der Finanzierung etablierter Unternehmen betrachten.

4.1 Finanzierungsbedarf

Um den Finanzierungsbedarf eines neu gegründeten Unternehmens darzustellen, erfolgt in der Literatur häufig eine Phaseneinteilung, die sich an der dargestellten Phaseneinteilung des Gründungsprozesses orientiert.³⁰

In der Vorgründungsphase besteht regelmäßig kein hoher Finanzierungsbedarf. Die Auseinandersetzung mit Visionen und Konzepten kann ohne größeren finanziellen Aufwand geschehen.³¹ Im Zusammenhang mit dem Finanzierungsbedarf des Unternehmens wird die Vorgründungsphase auch als Seed-Phase bezeichnet bzw. der Begriff des Seed-Financing verwendet.

21 Busse, Grundlagen der betrieblichen Finanzwirtschaft, 5. Auflage, München, Wien 2003, S. 63.

22 Vgl. Wöhe/Bilstein/Ernst/Häcker, a. a. O., S. 190.

23 Wöhe/Bilstein/Ernst/Häcker, a. a. O., S. 49.

24 Vgl. Perridon/Steiner/Rathgeber, a. a. O., S. 360.

25 Vgl. Däumler, Betriebliche Finanzwirtschaft, 8. Auflage, Herne, Berlin 2002, S. 89.

26 Vgl. Däumler, a. a. O., S. 92.

27 Vgl. Wöhe/Bilstein/Ernst/Häcker, a. a. O., S. 191.

28 Brezki/Böge/Lübbehüsen/Rohde/Tomat, Mezzanine-Kapital für den Mittelstand; Stuttgart 2006, S. 21-22.

29 Vgl. Link, Anreizkompatible Finanzierung durch Mezzanine-Kapital, Frankfurt 2002, S. 15-26.

30 Siehe Ziff. 2.3.

31 Hering/Vincenti, a. a. O., S. 200.

In der Gründungsphase steigt der Finanzierungsbedarf an. Hier fallen die Kosten der juristischen Gründung an, auch wird in dieser Phase typischerweise das Eigenkapital aufgebracht. Erste fixe Kosten entstehen etwa durch die Bezahlung von Mitarbeitern sowie der Anmietung von Räumlichkeiten.³² Diese Phase wird als Start-up-Phase bezeichnet. Die vorgenannte Seed-Phase und die Start-up-Phase bilden zusammen die Early-Stage-Phase.³³

Die Frühentwicklungsphase führt zu einem weiter ansteigenden Finanzierungsbedarf. Ausgelöst wird dieser regelmäßig durch die Aufnahme der Produktion und die Markteinführung.³⁴ Durch die Markteinführung kommt es in dieser Phase auch zu ersten Einnahmen, diese bleiben jedoch meist deutlich hinter den Ausgaben zurück. Der Finanzierungsbedarf dieser Phase wird wesentlich durch die Branche und die Art der angebotenen Produkte bzw. Dienstleistungen bestimmt. Insbesondere Unternehmen der Hochtechnologiebranche benötigen häufig mehrere Jahre um substantielle Einnahmen zu erzielen.³⁵ Die Frühentwicklungsphase wird auch First-Stage-Phase oder First Stage Financing genannt. In der Literatur wird die First-Stage-Phase entweder der Early-Stage-Phase zugerechnet oder bereits der im Anschluss noch darzustellenden Later-Stage-Phase.³⁶

In der Amortisationsphase werden erstmals Überschüsse erzielt, gleichzeitig steigt jedoch idealtypisch der Kapitalbedarf in dieser Phase weiter an. Die gesamten, bis zum Erreichen dieser Phase getätigten Investitionen, sind jedoch nicht vollständig amortisiert. Dies führt dazu, dass in dieser auch als Later-Stage-Phase oder Second Stage genannten Phase, weiterhin ein Finanzierungsbedarf besteht.

In der letzten Phase des Gründungsprozesses, also in der Expansionsphase spricht man vom Third Stage Financing. Der Kapitalbedarf ist gerade in dieser Phase äußerst hoch, dies kann etwa auf die Einführung neuer Produkte oder die Erschließung neuer Märkte zurückgeführt werden.³⁷

Insgesamt kann somit festgestellt werden, dass wir bei Zugrundelegung unserer modelltypischen Betrachtung von einem stetig steigenden Kapitalbedarf ausgehen.

4.2 Finanzierungsquellen

Im Rahmen der Gründungsfinanzierung kommen grundsätzlich die bereits genannten Finanzierungsquellen der Innen- und Außenfinanzierung in Betracht. Diese sollen nachfolgend auf ihre Tauglichkeit bei der Gründungsfinanzierung überprüft werden.

4.2.1 Bedeutung der Innenfinanzierung

Die Innenfinanzierung erfolgt wie dargestellt, in erster Linie aus dem Cashflow. Da ein positiver Cashflow erstmals in der Amortisationsphase und meist nur in geringer Höhe auftritt, hat der Cashflow in den vorhergehenden Gründungsphasen keine Bedeutung. Der Cashflow eignet sich damit nicht für die Aufbringung von Kapital, welches beispielsweise benötigt wird, um Produktionsmittel zu erwerben. Eine Finanzierung durch die Veräußerung nicht betriebsnotwendigen Vermögens, scheidet bei der Unternehmensgründung zwingend aus. Weitere Möglichkeiten der Innenfinanzierung, wie etwa die Finanzierung durch Abschreibungen oder Rückstellungen sind entweder nicht möglich oder haben eine untergeordnete Bedeutung.³⁸ Bei derivativen Gründungsformen kann der Innenfinanzierung eine größere Bedeutung zukommen.³⁹ Wir wollen jedoch hier, wie oben bereits genannt, in erster Linie die originäre Gründung betrachten.

4.2.2 Bedeutung der Außenfinanzierung

Beispielhaft für die Fremdfinanzierung soll die Finanzierung durch Banken genannt werden. Wobei an dieser Stelle ausschließlich die Kreditfinanzierung betrachtet wird. Die Kreditfinanzierung als Außenfinanzierung hat für etablierte Unternehmen erhebliche Bedeutung. Kaum ein Unternehmen kommt ohne eine „Hausbank“ aus.⁴⁰ Für Gründungsunternehmen gestaltet sich die Finanzierung durch Bankkredite besonders schwierig, insbesondere bei hohem Kapitalbedarf. Die Stellung von Kreditsicherheiten, sowie die Erbringung von Zins- und Tilgungsleistungen, sind schwer überwindbare Hürden. Da keine langjährigen Geschäftsbeziehungen zu einer Bank bestehen und somit ein Vertrauensverhältnis fehlt, findet das sog. Relationship Banking bei welchem z. B. auf übliche Kreditsicherheiten verzichtet wird, keine Anwendung.⁴¹ Erschwert wird die Kreditaufnahme durch das Fehlen vergangenheitsbezogener Daten und dem Risiko des Scheiterns der Unternehmensgründung. Diese beiden letztgenannten Punkte lassen sich zumindest teilweise, durch die Erstellung eines Businessplans, kompensieren.

Bei der Eigenfinanzierung erfolgt die Aufbringung von Kapital durch den Gründer selbst. Diese Finanzierungsquelle ist bei nahezu allen Unternehmensgründungen anzutreffen. Oft stellt sie auch die einzige Finanzierungsform dar.⁴² Nicht selten wird hierbei dem Gründer auch Kapital aus dem familiären Umfeld, oder von Freunden zur Verfügung gestellt. Das aus dem familiären und freundschaftlichen Umfeld bereitgestellte Kapital ist regelmäßig nicht mit festen Zins- und Tilgungsleistungen verbunden. Auch wollen diese „Kapitalgeber“ keine Gesellschafterstellung erlangen, oder Informations- und Kontrollrechte ausüben. Ebenso wenig soll der Gesellschaft selbst ein Darlehen gewährt werden, eine Fremdfinanzierung ist damit nicht gewollt.

32 Fischer, Finanzierung und Beratung junger Start-up-Unternehmen, Wiesbaden 2004, S. 20.

33 Vgl. Reißig-Thust, Venture-Capital-Gesellschaften und Gründungsunternehmen, Wiesbaden 2003, S. 14.

34 Vgl. Rudolph, Unternehmensfinanzierung und Kapitalmarkt, Tübingen 2006, S. 223.

35 Hering/Vincenti, a. a. O., S. 201.

36 Vgl. Rudolph, a. a. O., S. 223.

37 Hering/Vincenti, a. a. O., S. 202.

38 Hering/Vincenti, a. a. O., S. 203.

39 Vgl. Reißig-Thust, a. a. O., S. 21.

40 Brettel/Rudolf/Witt, Finanzierung von Wachstumsunternehmen, Grundlagen – Finanzierungsquellen – Praxisbeispiele, Wiesbaden 2005, S. 157.

41 Vgl. zu den Vor- und Nachteilen des Relationship Banking: Brettel/Rudolf/Witt, a. a. O., S. 163-164.

42 Brettel/Rudolf/Witt, a. a. O., S. 37.

Die Eigenfinanzierung zeigt damit für ein neuzugründendes Unternehmen erhebliche Vorteile. Bei jungen Wachstumsunternehmen mit hohem Kapitalbedarf, etwa aufgrund von erheblichen Forschungs- und Entwicklungskosten, sog. „High-Tech-Start-ups“ kann oftmals das benötigte Kapital vom Gründer und seinem Umfeld nicht aufgebracht werden. Diese Unternehmen haben gemein, dass der Bedarf an betriebsnotwendigem Kapital deutlich höher ist als das, für die juristische Gründung mindestens zu leistende Stammkapital (vgl. §§ 5 Abs. 1, 5a Abs. 1 GmbHG). Eine niedrige Stammkapitalziffer bringt für die hier interessierenden Unternehmen keine Lösung.

4.3 Zusammenfassende Betrachtung

Bei der Unternehmensgründung stellt die Innenfinanzierung keine geeignete Finanzierungsquelle dar, regelmäßig erfolgt durch sie kein Beitrag zur Gründungsfinanzierung. Die Fremdfinanzierung scheitert meist an der Gewährung von Kreditsicherheiten und dem Fehlen eines Vertrauensverhältnisses zu möglichen Geldgebern. Die Eigenfinanzierung durch den Gründer oder ihm nahestehende Personen deckt den hohen Kapitalbedarf der uns hier interessierenden kapitalintensiven Unternehmensgründungen häufig nur partiell ab. Die so entstehende equity gap kann durch das Venture Capital geschlossen werden. Das Venture Capital ermöglicht das Ausbleiben eines Dilemmas der Gründungsfinanzierung.

5 Venture Capital Finanzierung

5.1 Merkmale der Venture Capital-Finanzierung

5.1.1 Risikotragendes Kapital

Das vom Venture Capital-Geber zur Verfügung gestellte Kapital stellt Eigenkapital dar. Seine juristische, insbesondere bilanzielle Behandlung, folgt damit den allgemeinen Regelungen. Der Venture Capital-Geber wird Gesellschafter mit allen sich hieraus ergebenden Rechten und Pflichten, insbesondere trägt er wie die übrigen Gründer auch das volle Risiko des Scheiterns der Unternehmensgründung. Häufig stellt der Venture Capital-Geber darüber hinaus zusätzliches Kapital, in Form von Mezzanine-Kapital, zur Verfügung.⁴³ Regelmäßig werden dem Venture Capital-Geber statutarische Sonderrechte eingeräumt, dies gilt insbesondere bei einer Minderheitsbeteiligung.⁴⁴

5.1.2 Renditeorientierung und zeitliche Begrenzung

Es stellt sich die elementare Frage, warum ein Venture Capital-Geber bereit ist, Eigenkapital zur Verfügung zu stellen. Der Venture Capital-Geber ist ein Investor, der in erster Li-

nie eigene Renditeziele verfolgt. Sein Interesse besteht darin, seine Beteiligung (Geschäftsanteil) mit möglichst hohem Gewinn zu veräußern. Dafür ist er bereit auf laufende Zinszahlungen, wie sie bei einem Fremdkapitalgeber üblich sind, zu verzichten. Der Verzicht auf laufende Zinszahlungen steigert letztlich den Unternehmenswert, da kein Kapitalabfluss stattfindet. Der Venture Capital-Geber ist in der Regel an einer größeren Anzahl von Unternehmen beteiligt, da sich meist nur 10 % bis 20 % seiner Beteiligungen als außerordentlich gewinnbringend erweisen, sog. High Flyer.⁴⁵ Aus finanzwirtschaftlicher Sicht stellt der GmbH-Geschäftsanteil des Venture Capital-Gebers in seinem Portfolio einen Zero-Bond dar.

Im Idealfall entsteht aus der Gründungsidee ein florierendes Unternehmen mit einem entsprechenden Unternehmenswert und daraus folgendem Shareholder Value. Generell beträgt die Haltedauer des Geschäftsanteils etwa drei bis sieben Jahre.⁴⁶

5.1.3 Beratung

Aus dem Interesse des Venture Capital-Gebers an der Wertsteigerung des Unternehmens, hat sich die Beratungsfunktion entwickelt. Der Venture Capital-Geber bietet dem Gründungsunternehmen meist Managementberatung und Zugang zu wichtigen Netzwerken an.⁴⁷ Hierbei sind eine Vielzahl von Varianten denkbar und in der Praxis anzutreffen.

5.2 Arten der Venture Capital-Finanzierung

Die Venture Capital-Finanzierung tritt in zwei Arten auf. Zum einen besteht die Möglichkeit, dass Kapital vom Venture Capital-Geber dem jungen Wachstumsunternehmen direkt zur Verfügung gestellt wird. Es liegt dann eine direkte Venture Capital-Finanzierung vor.

Tritt der Venture Capital-Geber als Finanzintermediär auf, handelt es sich um eine indirekte Venture Capital-Finanzierung. Als Finanzintermediäre haben sich Venture Capital-Gesellschaften etabliert. Diese sammeln, vereinfacht gesagt, Kapital von einem meist größeren Anlegerkreis ein und stellen dieses dann ihren Portfoliounternehmen in der Form von Venture Capital zur Verfügung.

Eine weitergehende Differenzierung von direktem und indirektem Venture Capital ergibt sich dadurch, dass man die möglichen Kapitalgeber und deren Zielsetzung näher betrachtet.

Als Kapitalgeber beim direkten Venture Capital treten in erster Linie zwei Personengruppen auf.⁴⁸ Eine Gruppe stellen Freunde und Familienangehörige des Gründers dar. Sie verfolgen überwiegend persönliche nicht pekuniäre Ziele.

45 Vgl. Weitnauer, Handbuch Venture Capital, Von der Innovation zum Börsengang, 4. Auflage, München 2011, S. 15.

46 Vgl. Weitnauer, a. a. O., S. 4.

47 Vgl. Fischer, a. a. O., S. 45-46.

48 Vgl. Heitzer, Finanzierung junger innovativer Unternehmen durch Venture Capital-Gesellschaften, Lohmar, Köln 2000, S. 32.

43 Vgl. Bandulet, a. a. O., S. 9.

44 Vgl. Hering/Vincenti, a. a. O., S. 224.

Renditeziele treten also bei dieser Personengruppe in den Hintergrund.⁴⁹ Diese Personengruppe wird Gesellschafter des Unternehmens und grenzt sich dadurch von den oben, bei der Eigenfinanzierung, genannten Personen aus dem familiären und freundschaftlichen Umfeld des Gründers ab. Die zweite Personengruppe bilden die sog. Business Angels. Hierbei handelt es sich um Privatpersonen, die neben der Kapitalbereitstellung aktive Managementleistungen in der Form von Beratung und Know-how einbringen. Bei den Business Angels können Renditeziele vorhanden sein, meist überwiegen sie jedoch nicht. Häufig sind dies ehemalige Unternehmerpersönlichkeiten mit reichlicher Erfahrung. Diese beiden genannten Personengruppen werden dem sog. informellen Venture Capital-Markt zugeordnet.

Treten Venture Capital-Gesellschaften als Kapitalgeber auf (indirekte Venture Capital-Finanzierung), handelt es sich um den formellen Venture Capital-Markt. Hier werden ausschließlich Renditeziele verfolgt. Eine Beratung und Managementunterstützung findet üblicherweise nicht statt. Dies schon deshalb, da in eine Vielzahl von jungen Wachstumsunternehmen in unterschiedlichen Branchen investiert wird.

Im Anwendungsbereich des Gesetzes über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften (UBGG) können Venture Capital-Gesellschaften nur in der Rechtsform der Aktiengesellschaft, der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, der Kommanditgesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien betrieben werden, § 2 Abs. 1 UBGG. Neben einem inländischen Sitz und einem voll geleisteten Grund- oder Stammkapital von einer Million Euro, § 2 Abs. 3, 4 UBGG, ist eine Anerkennung durch die zuständige Behörde erforderlich, § 15 Abs. 1 UBGG.

Zwischenzeitlich hat sich eine wachsende Zahl von Venture Capital-Gesellschaften herausgebildet, die neben der Renditezielungsabsicht das Ziel der Wirtschaftsförderung verfolgen. In allen Bundesländern sind mittlerweile Mittelständische Beteiligungsgesellschaften mit öffentlich gefördertem Beteiligungskapital vorhanden.⁵⁰

Stellt ein Industrieunternehmen Venture Capital zur Verfügung, handelt es sich um Corporate Venture Capital. Dabei kann das Kapital entweder direkt oder indirekt zur Verfügung gestellt werden. Typischerweise treten neben Renditeziele weitere strategische Ziele, wie etwa die Entwicklung neuer Technologien.⁵¹ Als Beispiel kann hier ein Automobilhersteller genannt werden, der Venture Capital zur Gründung eines Zulieferunternehmens bereitstellt.

5.3 Exit

Wie bereits dargestellt, ist es das Ziel des Venture Capital-Gebers, sofern er vorrangig Renditeziele verfolgt, seine Beteiligung möglichst gewinnbringend zu veräußern. Für den Venture Capital-Geber besteht die Möglichkeit des Verkaufs etwa an den Gründer (Buy Back), an einen Dritten (Trade Sale) oder sofern es sich um eine Venture Capital-Gesell-

schaft handelt, an eine andere gleichartige Gesellschaft (Secondary Purchase).⁵² Gemeinhin bringt die Anteilsveräußerung bei einem Gang an die Börse (Initial Public Offering) die höchste Rendite, bei der hier betrachteten Rechtsform der GmbH freilich nach vorangegangener Umwandlung.

6 Gesellschaftsvertrag und Beteiligungsvertrag

Der Venture Capital-Geber ist regelmäßig nur bereit Eigenkapital zur Verfügung zu stellen und das wirtschaftliche Risiko der Unternehmensgründung einzugehen, wenn seinen Bedürfnissen Rechnung getragen wird. Der Venture Capital-Geber benötigt eine umfangreiche rechtliche Absicherung. Neben den Gesellschaftsvertrag tritt dabei üblicherweise ein Beteiligungsvertrag.

Den Kern des Beteiligungsvertrags bilden Regelungen zum Verhältnis der Gesellschafter untereinander.⁵³ Die Motivation zum Abschluss umfangreicher Beteiligungsverträge folgt aus der Absicht, der Publizität des Handelsregisters zu entkommen. Dieses Motiv wurde durch das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) weiter gestärkt. Der Beteiligungsvertrag enthält solche Regelungen, die nicht bereits (zwingend) in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen sind.

Zwingende Satzungsbestandteile ergeben sich aus § 3 Abs. 1 GmbHG und bei einer Sachgründung zusätzlich aus § 5 Abs. 4 GmbHG. Dies bedeutet, dass die Firma der Gesellschaft, der Sitz der Gesellschaft, der Unternehmensgegenstand, der Betrag des Stammkapitals, die Zahl und die Nennbeträge der Geschäftsanteile, die von den Gesellschaftern zu übernehmen sind, sowie bei einer Sachgründung die Festsetzung von Sacheinlagen, obligatorisch in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen sind. Neben den genannten obligatorischen Satzungsbestandteilen müssen bestimmte fakultative Regelungen zwingend im Gesellschaftsvertrag erfolgen.⁵⁴ So kann beispielsweise eine Vinkulierungsklausel gem. § 15 Abs. 5 GmbHG nur im Gesellschaftsvertrag getroffen werden. Auch kann eine Festsetzung des Gründungsaufwands analog § 26 AktG nur im Gesellschaftsvertrag erfolgen. Von besonderer Bedeutung ist hier auch § 3 Abs. 2 GmbHG. § 3 Abs. 2 Alt. 2 GmbHG führt dazu, dass von einem Gesellschafter über die Leistung der Kapitaleinlage hinaus übernommene Nebenleistungspflichten in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden müssen.

Der Beteiligungsvertrag enthält schuldrechtliche Nebenabreden, die den Gesellschaftsvertrag ergänzen. Solche Nebenabreden sind grundsätzlich zulässig, soweit zwingende Grundsätze des GmbH-Rechts nicht explizit entgegenstehen.⁵⁵

49 Hering/Vincenti, a. a. O., S. 229.

50 Heitzer, a. a. O., S. 35.

51 Vgl. Heitzer, a. a. O., S. 33-34.

52 Rudolph, a. a. O., S. 235-236.

53 Vgl. Weitnauer, a. a. O., 305.

54 Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Auflage, Köln, München 2009, S. 133 Rn. 11.

55 Eckhardt/Hermans, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, Köln 2011, S. 179 Rn. 163.

Die im Beteiligungsvertrag enthaltenen Regelungen sind drauf hin zu überprüfen, ob sie der notariellen Beurkundung bedürfen. So enthalten Beteiligungsverträge häufig Mitveräußerungsrechte und Mitveräußerungspflichten. Im Hinblick auf die Formfreiheit ergeben sich aus § 15 Abs. 3 und Abs. 4 GmbHG Beschränkungen, da die Abtretung und die Verpflichtung zur Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen notariell zu beurkunden sind. Folgt man der herrschenden Meinung, ist nicht nur die Verpflichtung zur Abtretung des GmbH-Geschäftsanteils, sondern auch die Verpflichtung zum Erwerb eines solchen, entsprechend formbedürftig.⁵⁶ Wird jedoch der Beteiligungsvertrag vor der notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrages geschlossen und enthält dieser eine Verpflichtung zur Abtretung eines somit erst noch zu schaffenden GmbH-Geschäftsanteils, besteht keine Pflicht zur notariellen Beurkundung dieser Abtretungsverpflichtung.⁵⁷ Nicht selten enthalten Beteiligungsverträge auch Stimmbindungsvereinbarungen. Sofern es sich hierbei um eine Verpflichtung zur Fassung satzungsändernder Beschlüsse handelt, stellt sich die Frage ob aus § 53 Abs. 2 GmbHG eine Beurkundungspflicht folgt. Die überwiegende Ansicht geht von der Formfreiheit aus.⁵⁸ Eine weitere Einschränkung der Formfreiheit kann sich dann ergeben, wenn die Verpflichtung zur Satzungsänderung eine Kapitalerhöhung betrifft. § 55 Abs. 1 GmbHG fordert für die Übernahmeerklärung des Gesellschafters mindestens die notarielle Beglaubigung. Ob für Übernahmeverpflichtungsverträge, welche auf die Herbeiführung eines korporationsrechtlichen Übernahmevertrags gerichtet sind, das Formerfordernis gilt, ist streitig.⁵⁹

Häufig werden Beteiligungsverträge bereits vor der Beurkundung des Gesellschaftsvertrags geschlossen. Solche Beteiligungsverträge regeln meist die Modalitäten, unter denen der Venture Capital-Geber bereit ist, Kapital zur Verfügung zu stellen. Dabei kann es sich um einen sog. Vorvertrag handeln. Hierbei verpflichten sich die künftigen Gesellschafter bereits zum Abschluss des GmbH-Gesellschaftsvertrags bzw. zur Gründung der Gesellschaft. Ist die Verpflichtung zur Gründung der GmbH bereits dahingehend bestimmt, dass die Mindestinhalte des Gesellschaftsvertrags enthalten sind, bedarf dieser Vorvertrag der notariellen Beurkundung.⁶⁰ Dabei können die Mindestinhalte auch durch Auslegung ermittelt oder die Gesellschafter nach Treu und Glauben zu einer Anpassung des Vorvertrages verpflichtet sein.⁶¹

Sofern ein Venture Capital-Geber, etwa eine Venture Capital-Gesellschaft, vorformulierte Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Beteiligungsverträgen verwendet, kommt grundsätzlich die AGB-Kontrolle nach den §§ 305 ff. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) zur Anwendung.⁶² Freilich unterliegen Beteiligungsverträge nicht generell der AGB-Kontrolle. So fallen etwa individualvertraglich vereinbarte Beteiligungsverträge nicht unter deren Anwendungsbereich, § 305 Abs.

1 Satz 3 BGB. Dies könnte etwa bei einem Business Angel, welcher lediglich an einem Unternehmen beteiligt ist, der Fall sein. Die Bereichsausnahme für Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts gem. § 310 Abs. 4 BGB, welche auf den Gesellschaftsvertrag Anwendung findet, gilt nach h. M. für den Beteiligungsvertrag nicht.⁶³ Im Bereich der indirekten Venture Capital-Finanzierung könnte auch der Anwendungsbereich des § 310 Abs. 3 BGB (Verbraucherverträge) eröffnet sein. Denkbar wäre dies, wenn eine Venture Capital-Gesellschaft als Unternehmer gem. § 14 BGB mit einem Verbraucher gem. § 13 BGB einen Beteiligungsvertrag abschließt. Ob ein Beteiligungsvertrag ebenso wie ein sog. Existenzgründungsvertrag behandelt wird, ist – soweit ersichtlich – nicht geklärt. Ein Existenzgründungsvertrag wird von einer natürlichen Person zum Zwecke der Aufnahme einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit abgeschlossen und unterliegt nicht dem Anwendungsbereich des § 310 Abs. 3 BGB.⁶⁴

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass zunächst zu prüfen ist, ob eine Regelung zwingend im Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden muss, oder ob sie im Beteiligungsvertrag erfolgen kann. Bei der Aufnahme im Beteiligungsvertrag stellt sich die Frage nach der Formbedürftigkeit und der Anwendung der AGB-Kontrolle. Trotz der Publizität des Handelsregisters sollte der Satzung Vorzug vor dem Beteiligungsvertrag eingeräumt werden. Eine gesellschaftsvertragliche Verankerung vermeidet formnichtige Regelungen, die Anwendbarkeit der AGB-Kontrolle und das Entstehen einer „Schattensatzung“ neben dem eigentlichen Gesellschaftsvertrag.

7 Satzungsgestaltung

Die Rechtsform der GmbH ermöglicht weithin eine individuelle Satzungsgestaltung. Eine formelle Satzungsstrenge wie sie § 23 Abs. 5 Aktiengesetz (AktG) für die Aktiengesellschaft vorsieht, kennt das GmbHG nicht. Diese Gestaltungsfreiheit ermöglicht es, den Bedürfnissen der Venture Capital-Finanzierung bzw. den Bedürfnissen des Venture Capital-Gebers, gerecht zu werden. Die Venture Capital-Finanzierung führt dazu, dass mindestens zwei Gesellschafter, nämlich der Venture Capital-Geber und der kapitalnachfragende Gründer, vorhanden sind. Allein das Vorhandensein mehrerer Gesellschafter erfordert bereits einen höheren Gestaltungsbedarf als bei Vorliegen einer Einpersonengesellschaft. Es sind Regelungen zu treffen, die das Verhältnis der Gesellschafter untereinander ordnen und Störungen durch Dritte z. B. Gläubiger vorbeugen.⁶⁵ Hält der Venture Capital-Geber eine Minderheitsbeteiligung, sind satzungsmäßige Sonderrechte von besonderer Bedeutung. Diese ermöglichen beispielsweise Mehrstimm- und Vetorechte und können dem Gesellschafter nicht ohne seine Mitwirkung entzogen werden.⁶⁶

56 Baumbach/Hueck, a. a. O., § 15 Rn. 33.

57 Baumbach/Hueck, a. a. O., § 15 Rn. 35.

58 Vgl. Roth/Altmeppen, GmbH-Gesetz, 7. Auflage, München 2012, § 53 Rn. 21a.

59 Zustimmung: Baumbach/Hueck, a. a. O., § 55 Rn. 40; a. A. OLG München NZG 2005, 756.

60 Roth/Altmeppen, a. a. O., § 2 Rn. 63.

61 Roth/Altmeppen, a. a. O., § 2 Rn. 64.

62 Weitnauer, a. a. O., S. 311.

63 Zum Meinungsstand vgl. Weitnauer, a. a. O., S. 312.

64 Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, München 2012, § 310 Rn. 52.

65 Langenfeld, GmbH-Vertragspraxis, 6. Auflage, Köln 2009, S. 34 Rn. 113.

66 Schmidt, K., Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln 2002, S. 1038.

Nachfolgend wollen wir einzelne Satzungsbestandteile näher betrachten. Diese Betrachtung erfolgt dabei losgelöst von den einzelnen dargestellten Arten der Venture Capital-Finanzierung.⁶⁷ Keines Falls darf jedoch die jeweilige Art der Venture Capital-Finanzierung gänzlich ausgeklammert werden, vielmehr sollten die nachfolgenden Ausführungen zur Satzungsgestaltung diese miteinbeziehen. Es kann hier nicht darum gehen, für eine bestimmte Art der Venture Capital-Finanzierung eine Mustersatzung zu entwickeln. Auch müssen nicht alle nachgenannten Punkte zwingend ihren Niederschlag in der Satzung finden. Ausgangspunkt ist die Interessenlage des Venture Capital-Gebers, wobei dessen Renditeziel von besonderer Bedeutung ist.

7.1 Stammkapital und Geschäftsanteil

Der Gesellschaftsvertrag enthält gem. § 3 Abs. 1 Nr. 3 und 4 GmbHG zwingend den Betrag des Stammkapitals und die Zahl sowie die Nennbeträge der Geschäftsanteile jedes Gesellschafters. Der Venture Capital-Geber muss entscheiden in welcher Höhe er der Gesellschaft Kapital zu Verfügung stellen möchte. Dies stellt für den Venture Capital-Geber eine Investmententscheidung dar. Weiterhin ist zu entscheiden, ob es sich hierbei um Eigenkapital in der Form von Stammkapital oder auch um Mezzanine-Kapital handeln soll. Steht die Höhe aller Geschäftsanteile fest, kann die Quote jedes Gesellschafters am Stammkapital ermittelt werden. Regelmäßig liegt es im Interesse des Venture Capital-Gebers seine Quote am Stammkapital der Gesellschaft für die Dauer seiner Beteiligung aufrecht zu erhalten. Eine Veränderung der Beteiligungsquote kann durch Kapitalmaßnahmen eintreten. Der idealtypisch steigende Kapitalbedarf des Unternehmens geht meist mit Kapitalerhöhungen einher. Das GmbHG sieht bei Kapitalerhöhungen kein Bezugsrecht der Altgesellschafter vor. Allgemein ist anerkannt, dass § 186 AktG für die GmbH analoge Anwendung findet.⁶⁸ Das Bezugsrecht stellt sicher, dass die quotale Beteiligung am Stammkapital durch die Übernahme neuer Geschäftsanteile unverändert bleibt. Der sonst eintretende Verwässerungseffekt wird durch die Ausübung des Bezugsrechts kompensiert.⁶⁹ Das Vorhandensein des Bezugsrechts stellt den Erhalt der Beteiligungsquote jedoch nicht ausreichend sicher. Nach § 55 Abs. 2 Satz 1 GmbHG können die bisherigen Gesellschafter oder andere Personen bei der Erhöhung des Stammkapitals zur Übernahme zugelassen werden. Werden dritte Personen zugelassen oder übernehmen die bisherigen Gesellschafter die neuen Geschäftsanteile nicht im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung, kommt es zu einem zumindest partiellen Bezugsrechtsausschluss. Der Bezugsrechtsausschluss führt für

den betroffenen Gesellschafter zu einer Verwässerung seiner Quote. Welche Anforderungen an einen Bezugsrechtsausschluss in formeller Hinsicht (z. B. Mehrheitserfordernisse, Inhalt der Einberufung der Gesellschafterversammlung) und materieller Hinsicht (z. B. sachliche Begründung) zu stellen sind, ist umstritten.⁷⁰ Es empfiehlt sich daher in der Satzung eine Regelung zu treffen, die es dem Venture Capital-Geber ermöglicht, seine Beteiligungsquote zu erhalten.

Formulierungsvorschlag 1

Der Gesellschafter VC-Geber ist bei jeder Erhöhung des Stammkapitals der Gesellschaft berechtigt, so viele neue Geschäftsanteile zum Nennbetrag zu übernehmen, die erforderlich sind um eine Beteiligungsquote von X % am sodann erhöhten Stammkapital zu erhalten. Dem Gesellschafter VC-Geber steht es frei, die neuen Geschäftsanteile gegen Bar- oder Sacheinlage zu übernehmen.

Zu einer Verwässerung der Beteiligungsquote kann es auch durch Verschmelzungs- und Spaltungsvorgänge nach dem Umwandlungsgesetz (UmwG) kommen. Denkbar wäre beispielsweise, dass zwei bisher unabhängige Gesellschaften zur Nutzung von Synergieeffekten einen Zusammenschluss anstreben. Rechtlich soll dies umgesetzt werden, indem die A-GmbH zur Aufnahme auf die B-GmbH gem. § 2 Nr. 1 UmwG verschmolzen wird. An der B-GmbH ist ein Venture Capital-Geber beteiligt. Aus § 5 Abs. 2 Nr. 1 UmwG folgt eine Pflicht zur Anteilsgewährung an die Gesellschafter der A-GmbH. Liegen hier keine Ausnahmen von der Anteilsgewährungspflicht oder ein Verzicht hierauf gem. §§ 20 Abs. 1 Nr. 3, 54, 68 UmwG vor und erhöht die B-GmbH zur Erfüllung der Anteilsgewährungspflicht ihr Stammkapital, kommt es zu einer Verwässerung. Nunmehr sind am erhöhten Stammkapital der B-GmbH auch die bisherigen Gesellschafter der A-GmbH beteiligt, in der Folge sinkt die Beteiligungsquote des Venture Capital-Gebers.

Auch der umgekehrte Fall, indem die B-GmbH auf die A-GmbH zur Aufnahme verschmolzen wird, stellt den Erhalt der Beteiligungsquote des Venture Capital-Gebers nicht sicher. Es ist zwar grundsätzlich eine wertentsprechende Anteilsgewährung vorzunehmen, nach h. M. ist aber die Höhe der Kapitalerhöhung und der gewährten Anteile dispositiv.⁷¹ Offenbar wird die Verringerung der Beteiligungsquote selbst dann, wenn die B-GmbH unter wertentsprechender Anteilsgewährung zur Aufnahme auf die wesentlich „größere“ A-GmbH verschmolzen wird.

Umwandlungsvorgänge können darüber hinaus zu einer Vielzahl von für den Venture Capital-Geber unliebsamen Folgen führen. Es ist daher Aufgabe des Satzungsgestalters den Einfluss des Venture Capital-Gebers auf Vorgänge nach dem UmwG zu sichern.⁷²

67 Siehe Ziff. 5.2.

68 Heckschen/Heidinger, a. a. O., S. 336 Rn. 35.

69 Besonders deutlich wird der Verwässerungseffekt bei börsennotierten Aktiengesellschaften, wenn neue Aktien – wie üblich – unter dem aktuellen Börsenkurs ausgegeben werden. Freilich kann bei der Aktiengesellschaft der Kompensationseffekt nicht nur durch die Ausübung des Bezugsrechts, sondern auch durch die Veräußerung desselben erreicht werden. Die Veräußerung des Bezugsrechts führt dann zu einer finanziellen Kompensation; ein Erhalt der Beteiligungsquote geht damit nicht einher.

70 Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, München 2010, S. 548-550.

71 Limmer (Hrsg.), Handbuch der Unternehmensumwandlung, 3. Auflage, Münster 2007, S. 94 Rn. 327.

72 Siehe Formulierungsvorschlag 4.

7.2 Veränderungen im Gesellschafterbestand

7.2.1 Vinkulierung

Die grundsätzliche freie Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen nach § 15 Abs. 1 GmbHG steht im Widerspruch zu den Interessen des Venture Capital-Gebers. Der wirtschaftliche Erfolg der Gesellschaft hängt meist ganz überwiegend von den persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des bzw. der Gründer ab. Der Venture Capital-Geber ist daher nur bereit Kapital zu Verfügung zu stellen, wenn der Gesellschafterkreis nicht beliebig und unvorhergesehen verändert werden kann. Eine schlichte Vinkulierung aller Geschäftsanteile nach § 15 Abs. 5 GmbHG, wie sie bei Gesellschaften mit mehreren Gesellschaftern üblich ist, berücksichtigt jedoch nicht in ausreichendem Maß die Besonderheiten der Venture Capital-Finanzierung. Für den Venture Capital-Geber muss jederzeit die Möglichkeit des Exits bestehen. Dies folgt aus dem befristeten Anlagehorizont des Venture Capital-Gebers. Der Venture Capital-Geber wird seinen Geschäftsanteil dann veräußern, wenn der höchste Veräußerungspreis und damit die höchste Rendite zu erwarten ist. Dies trifft in erster Linie auf solche Venture Capital-Geber zu, die überwiegend monetäre Ziele verfolgen. Die Vinkulierungsklausel ist daher so zu gestalten, dass der Venture Capital-Geber von der Vinkulierung ausgenommen ist.

Formulierungsvorschlag 2

Die Abtretung von Geschäftsanteilen bedarf der Zustimmung (der Gesellschaft / aller Gesellschafter...). Die Abtretung von Geschäftsanteilen durch den Gesellschafter VC-Geber bedarf keiner Zustimmung. (Es folgt die weitere Ausgestaltung der Vinkulierungsklausel).

7.2.2 Vorkaufsrechte, Mitveräußerungspflichten und Mitveräußerungsrechte

Neben üblichen Vorkaufsrechten sind bei der Venture Capital-Finanzierung Mitveräußerungspflichten (drag along) und Mitveräußerungsrechte (tag along) von Bedeutung.

Entschließt sich der Venture Capital-Geber zum Exit in der Form eines Trade Sale oder Secondary Purchase, kann er vor dem Problem stehen, dass der Erwerber ein Interesse am Erwerb aller Geschäftsanteile hat. Der Erwerber beabsichtigt möglicherweise einen Unternehmenskauf und nicht nur den Kauf eines Geschäftsanteils. Verschärft wird die Situation des Venture Capital-Gebers dann, wenn er keine Mehrheitsbeteiligung hält und die ihm satzungsmäßig eingeräumten Sonderrechte nicht für den Erwerber gelten. Der Venture Capital-Geber muss damit rechnen, dass dann sein Geschäftsanteil nur schwer veräußerlich ist.

Eine drag-along-Klausel ermöglicht es dem Venture Capital-Geber bei Veräußerung seines Geschäftsanteils von den übrigen Gesellschaftern die Mitveräußerung ihrer Geschäftsanteile zu verlangen.⁷³ Drag-along-Klauseln sind üblicher-

weise so ausgestaltet, dass die verpflichteten Gesellschafter ihre Geschäftsanteile zu denselben Bedingungen veräußern müssen, wie sie von dem berechtigten Gesellschafter ausgehandelt wurden. Bei der Gestaltung einer drag-along-Klausel empfiehlt sich die Festlegung einer Haltefrist um eine verfrühte Veräußerung zu vermeiden, weiterhin kann die Festlegung eines Mindestveräußerungspreises empfehlenswert sein.⁷⁴

Umgekehrt kann es dazu kommen, dass der Unternehmensgründer seinen Geschäftsanteil veräußern möchte. Verfügt dieser Gesellschafter über Kompetenzen, die zur Fortführung des Unternehmens notwendig sind, wird der Geschäftsanteil des Venture Capital-Gebers faktisch wertlos und der Bestand des Unternehmens gefährdet. Hier kann eine tag-along-Klausel zur Lösung beitragen.

Die tag-along-Klausel gibt dem Venture Capital-Geber das Recht, seinen Geschäftsanteil zu den gleichen Bedingungen zu veräußern, wie sie von dem veräußerungswilligen Gesellschafter ausgehandelt wurden.⁷⁵ Weiterer Regelungsbedarf wird dann ausgelöst, wenn der Erwerber nicht bereit ist alle Geschäftsanteile zu erwerben. Hier besteht die Möglichkeit, dass die Veräußerung insgesamt unterbleibt oder dass der Venture Capital-Geber und der veräußerungswillige Gesellschafter die zu veräußernden Geschäftsanteile im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung am Stammkapital zur Verfügung stellen.⁷⁶

Drag-along- und tag-along-Klauseln können zur Sicherung der Zielerreichung mit einer Vinkulierungsklausel flankiert werden.⁷⁷

Insbesondere in Gesellschaften mit zwei Gesellschaftern haben sich zum schnellen Ausstieg eines Gesellschafters und zur schnellen Preisfindung Russian Roulette- und Texan shoot out-Klauseln herausgebildet. Das Grundmodell dieser Klauseln basiert darauf, dass ein Gesellschafter dem Mitgesellschafter den Erwerb seines Geschäftsanteils zu einem bestimmten Kaufpreis anbietet. Lehnt dieser den Kauf ab, ist der anbietende Gesellschafter zum Erwerb des Geschäftsanteils des ablehnenden Gesellschafters zu demselben Kaufpreis berechtigt.⁷⁸ Bei einer Venture Capital-Finanzierung führen derartige Klauseln regelmäßig nicht zu sachgerechten Ergebnissen. Dies liegt darin begründet, dass diese Klauseln ein gleichmäßiges Kräfteverhältnis voraussetzen. Das Ungleichgewicht entsteht durch die finanziell stärkere Position des Venture Capital-Gebers und dem gleichzeitigen Fehlen des betriebsnotwendigen Know-how.⁷⁹

7.2.3 Kündigung

Bei der mit Venture Capital gegründeten GmbH ist von Anfang an abzusehen, dass der Venture Capital-Geber einen Exit anstrebt. Es liegt auch im Interesse des oder der übrigen

73 Vgl. Langenfeld, a. a. O., S. 127, Rn. 355.

74 Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, Köln 2011, S. 209 Rn. 290.

75 Vgl. Langenfeld, a. a. O., S. 127 Rn. 355.

76 Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, Köln 2011, S. 210 Rn. 292.

77 Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, München 2010, S. 190.

78 Heckschen/Heidinger, a. a. O., S. 172 Rn. 190.

79 Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, Köln 2011, S. 211-212 Rn. 296.

Gründungsgesellschafter, dass der Venture Capital-Geber früher oder später aus der Gesellschaft ausscheidet. Ist der Anlagehorizont des Venture Capital-Gebers erreicht und bietet sich ihm keine der dargestellten Exitmöglichkeiten, muss er einen alternativen Ausstieg finden. Ein gesetzliches Kündigungsrecht, wie es bei Personengesellschaften in § 723 BGB und in § 132 HGB vorgesehen ist, kennt das GmbHG nicht. Dies liegt darin begründet, dass das GmbHG die grundsätzlich freie Übertragbarkeit der Geschäftsanteile vorsieht. Damit ist zumindest theoretisch für den Gesellschafter die Möglichkeit gegeben, sich von der Gesellschaft zu lösen. Praktisch steht der veräußerungswillige Gesellschafter vor dem Problem, zu einem angemessenen Verkaufspreis einen Erwerber zu finden. Das Bedürfnis eines Gesellschafters aus der Gesellschaft auszusteigen ist seit langem anerkannt und hat dazu geführt, dass die Rechtsprechung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes dem Gesellschafter die Möglichkeit zum Austritt aus der Gesellschaft gibt.⁸⁰ Hierbei handelt es sich um ein zwingendes unverzichtbares Mitgliedschaftsrecht. Damit ist dem Venture Capital-Geber jedoch nicht geholfen. Seine Desinvestitionsentscheidung stellt ohne weiteres keinen wichtigen Grund dar. Auch die Voraussetzungen der Auflösungsklage gem. § 61 GmbHG mit der drastischen Folge der Auflösung der Gesellschaft, liegen regelmäßig nicht vor.

Es empfiehlt sich in der Satzung eine Kündigungsmöglichkeit ausdrücklich vorzusehen. Dabei soll die Kündigung eines Gesellschafters zum Ausscheiden desselben aus der Gesellschaft und nicht zu deren Auflösung führen. Die Kündigungsklausel ist dabei so zu gestalten, dass der Geschäftsanteil des betroffenen Gesellschafters eingezogen oder abgetreten wird. Wie bei Kündigungsklauseln allgemein üblich, sind insbesondere die Kündigungsfrist, die Höhe der Abfindung, das Ruhen der Gesellschafterrechte, die Form der Kündigung und der Zeitpunkt des Ausscheidens zu regeln.⁸¹ Wird ein freies Kündigungsrecht vereinbart, sollte die Kündigungsmöglichkeit in den ersten Jahren nach der Gründung der Gesellschaft eingeschränkt oder ausgeschlossen werden. Insbesondere bei Unternehmen im Hochtechnologie-sektor vergehen meist Jahre bis der Break-Even-Point erreicht ist. Hier würde eine verfrühte Kündigungsmöglichkeit den wirtschaftlichen Unternehmensaufbau gefährden.

7.3 Einfluss auf die Geschäftsführung

Für den wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft ist die Auswahl und Überwachung des Geschäftsführers von Bedeutung. Häufig wird ein Gründungsgesellschafter zum Geschäftsführer bestellt. Dabei ist es durchaus denkbar, dass diesem ein Sonderrecht auf Geschäftsführung in der Satzung eingeräumt wird. Andererseits kann aber auch dem Venture Capital-Geber in der Satzung ein Benennungsrecht derart eingeräumt werden, dass der von ihm Benannte zum Geschäftsführer zu bestellen ist. Eine Bestellung des Venture Capital-Geber zum Geschäftsführer, kommt regelmäßig nicht in Betracht.

Im Außenverhältnis ist die Vertretungsmacht des Geschäftsführers unbeschränkt, § 37 Abs. 2 GmbHG. Eine Ausnahme hiervon stellen strukturändernde Geschäfte dar, die zu ihrer Wirksamkeit im Außenverhältnis der Zustimmung der Gesellschafter bedürfen.⁸² Eine weitere Einschränkung kann sich bei einem evidenten Missbrauch der Vertretungsmacht ergeben.⁸³ Der Venture Capital-Geber kann ein Interesse daran haben, diese starke Stellung des Geschäftsführers einzuschränken, wenn auch nur im Innenverhältnis. Dies kann durch die Vereinbarung zustimmungspflichtiger Maßnahmen geschehen. Diese Zustimmungsvorbehalte können in der Satzung, der Geschäftsordnung oder im Geschäftsführeranstellungsvertrag aufgenommen werden. Weiterhin können Geschäftsführungsmaßnahmen durch einen Gesellschafterbeschluss beschränkt werden, § 37 Abs. 1 GmbHG. Sofern eine Aufnahme der Zustimmungsvorbehalte nicht in der Satzung erfolgen soll, empfiehlt sich die Aufnahme in die Geschäftsordnung. Der Geschäftsordnung wird häufig aus Gründen der Flexibilität und der fehlenden Publizität der Vorzug eingeräumt. Über die Aufstellung der Geschäftsordnung entscheidet die Gesellschafterversammlung durch Beschluss mit einfacher Mehrheit.⁸⁴ Um die Interessen des Venture Capital-Gebers zu wahren, sollte in der Satzung vorgesehen werden, dass Gesellschafterbeschlüsse die die Geschäftsordnung zum Gegenstand haben, der Zustimmung des Venture Capital-Gebers bedürfen.

Formulierungsvorschlag 3

1. *Die Gesellschafterversammlung kann durch Beschluss eine Geschäftsordnung erlassen, aufheben oder ändern.*
2. *Die Geschäftsordnung benennt diejenigen Maßnahmen, zu denen die Geschäftsführer der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedürfen. Die Zustimmung wird von der Gesellschafterversammlung durch Beschluss erteilt.*
3. *Die unter 1. und 2. genannten Beschlüsse bedürfen stets der Zustimmung des Gesellschafters VC-Geber.*
4. *§ 37 Abs. 2 GmbHG bleibt hiervon unberührt.*

Der Venture Capital-Geber benötigt Informationen über die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft, insbesondere um den Wert seiner Beteiligung ermitteln zu können. Für ihn steht regelmäßig der Shareholder Value im Vordergrund. § 51a GmbHG gibt jedem Gesellschafter ein Auskunfts- und Informationsrecht. Das Gesetz normiert in § 51a Abs. 3 GmbHG dessen zwingende Natur. Die Norm ist insgesamt lückenhaft und in der Literatur auf Kritik gestoßen.⁸⁵ Im Gesellschaftsvertrag sollte das Informationsrecht näher ausgestaltet werden. Einem Gesellschafter steht grundsätzlich kein Anspruch auf schriftliche Informationserteilung zu.⁸⁶ Dem Informationsinteresse des Venture Capital-Gebers wird dies nicht

⁸⁰ BGHZ 116, 359; NJW 1992, 892.

⁸¹ Vgl. Heckschen/Heidinger, a. a. O., S. 175 Rn. 203-206.

⁸² Schmidt, K., a. a. O., S. 1069.

⁸³ Baumbach/Hueck, a. a. O., § 37 Rn. 43 ff.

⁸⁴ Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, München 2010, S. 405.

⁸⁵ Schmidt, K., a. a. O., S. 1040.

⁸⁶ Baumbach/Hueck, a. a. O., § 51a Rn. 16.

gerecht. Üblicherweise verlangen Venture Capital-Geber monatlich, mindestens jedoch quartalsmäßig betriebswirtschaftliche Kennzahlen.

7.4 Wettbewerbsverbot

Der Erfolg eines mit Venture Capital gegründeten Unternehmens hängt ganz überwiegend von den Kenntnissen und Fähigkeiten, sowohl der Gesellschafter als auch der Geschäftsführer ab. Bei der Gestaltung der Satzung muss daher an Wettbewerbsverbote gedacht werden.

Der Fremdgeschäftsführer einer GmbH unterliegt einem weitreichenden Wettbewerbsverbot. Dieses Wettbewerbsverbot folgt aus der Treuepflicht bzw. der Organstellung des Geschäftsführers.⁸⁷ Für die Schaffung eines Wettbewerbsverbots bedarf es daher keiner ausdrücklichen Regelung in der Satzung oder dem Geschäftsführeranstellungsvertrag. Eine gesetzliche Regelung wie sie § 88 AktG vorsieht, kennt das GmbHG nicht. Das Wettbewerbsverbot beginnt grundsätzlich mit der Aufnahme der Geschäftsführertätigkeit und endet mit dem Ausscheiden aus dem Amt.⁸⁸ Für die Satzungsgestaltung relevant ist eine etwaige Befreiung vom Wettbewerbsverbot oder dessen nachvertragliche Verlängerung. Soll der Geschäftsführer generell vom Wettbewerbsverbot befreit werden, ist die Befreiung in der Satzung vorzunehmen oder eine Beschlusskompetenz der Gesellschafter durch eine Öffnungsklausel in der Satzung zu schaffen.⁸⁹ Bei den uns hier interessierenden Gesellschaften, dürfte eine generelle Befreiung vom Wettbewerbsverbot eher die Ausnahme darstellen, als den Regelfall. Vielmehr ist davon auszugehen, dass es erforderlich ist, das Wettbewerbsverbot des Geschäftsführers im Anstellungsvertrag über die Geschäftsführertätigkeit hinaus zu verlängern. Die Rechtsprechung hat hier jedoch Grenzen aufgezeigt. Nachvertragliche Wettbewerbsverbote sind daher nur möglich, soweit sie örtlich, zeitlich und gegenständlich erforderlich sind und das schützenswerte Interesse der Gesellschaft dies rechtfertigt.⁹⁰ Die zeitliche Grenze des nachvertraglichen Wettbewerbsverbots beträgt generell zwei Jahre, auch ist dem Geschäftsführer eine Entschädigung zu bezahlen.⁹¹

Der Alleingesellschafter-Geschäftsführer unterliegt keinem Wettbewerbsverbot sowohl als Gesellschafter wie auch als Geschäftsführer.⁹² Bei der Venture Capital-Finanzierung kann diese Konstellation jedoch nicht vorliegen, da mindestens zwei Gesellschafter vorhanden sind. Für den Gesellschafter-Geschäftsführer in der Mehrpersonen-GmbH gelten die für den Fremdgeschäftsführer dargestellten Grundsätze. Beim Vorliegen einer Öffnungsklausel im Gesellschaftsvertrag ist er jedoch vom Stimmrecht ausgeschlossen, § 47 Abs. 4 GmbHG.

Ein Gesellschafter der nicht zugleich Geschäftsführer ist, unterliegt grundsätzlich keinem Wettbewerbsverbot.⁹³ Etwas anderes kann dann gelten, wenn ein Gesellschafter einen bestimmenden Einfluss auf die Gesellschaft ausüben kann oder bei personalistisch strukturierten Gesellschaften.⁹⁴ Bei der Venture Capital-Finanzierung kann das Fehlen, eines die Gesellschafter betreffenden Wettbewerbsverbots, aus den dargestellten Gründen problematisch sein. Abhilfe bringt die Schaffung eines Wettbewerbsverbots in der Satzung. Es ist jedoch abzuwägen ob auch der Venture Capital-Geber dem Wettbewerbsverbot unterliegen soll. Venture Capital-Gesellschaften, die überwiegend an Unternehmen einer Branche beteiligt sind, müssen vom Wettbewerbsverbot ausgenommen werden. Es ist keine Seltenheit, dass ein Venture Capital-Geber sich auf die Finanzierung einzelner Branchen wie etwa die Biotechnologie spezialisiert. Unterliegt der Venture Capital-Geber nicht dem Wettbewerbsverbot, ist zugleich sichergestellt, dass für ihn der Anwendungsbereich des Kartellverbots nach § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nicht eröffnet ist. Allenfalls kann dann bei den übrigen, dem Wettbewerbsverbot unterliegenden Gesellschaftern noch § 1 GWB eingreifen; die Hürden hierfür sind jedoch hoch.⁹⁵

7.5 Ergebnisverwendung

Der Venture Capital-Geber hat meist ein Interesse daran, dass Gewinne möglichst nicht ausgeschüttet werden. Dies begünstigt einen Anstieg des Unternehmenswerts und verbessert die Möglichkeit, einen hohen Kaufpreis bei der Veräußerung der Beteiligung zu erzielen. Die Ergebnisverwendung ist in § 29 GmbHG geregelt. Es ist jedoch möglich, die Ergebnisverwendung in der Satzung abweichend zu gestalten. Regelmäßig ist es nicht erforderlich, von den Bestimmungen in § 29 GmbHG abzuweichen. Insbesondere die Beschlussfassung der Gesellschafter über die Ergebnisverwendung gem. § 29 Abs. 2 GmbHG i.V.m. § 46 Nr. 1 GmbHG ermöglicht flexible Entscheidungen, wie etwa die Bildung einer Gewinnrücklage. Die Gesellschafterversammlung entscheidet hierüber mit einfacher Mehrheit, § 47 Abs. 1 GmbHG. Um den Einfluss des Venture Capital-Gebers zu wahren, sollte in der Satzung vorgesehen werden, dass über die Verwendung des Ergebnisses nur mit seiner Zustimmung entschieden werden kann.⁹⁶

7.6 Gesellschafterbeschlüsse

Bei allen Angelegenheiten über die die Gesellschafter durch Beschluss entscheiden, stellt sich die Frage nach der Stimmkraft des Venture Capital-Gebers. Es muss sichergestellt sein, dass zu allen Beschlüssen die von Bedeutung sind, die Zustimmung des Venture Capital-Gebers erforderlich ist. Der geeignete Weg hierfür ist die Inkorporierung von Sonderrechten des Venture Capital-Gebers in die Satzung.

87 Fachanwaltshandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Münster 2010, Teil 2, 2. Kap., § 1 C III, Rn. 243.

88 Lutter/Hommelhoff, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 17. Auflage, Köln 2009, § 6 Rn. 21 (Anhang).

89 Fachanwaltshandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, a. a. O., Teil 2, 2. Kap., § 1 C III, Rn. 243.

90 Vgl. BGH 14.07.1997 – II ZR 238/96.

91 Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, München 2010, S. 382.

92 Fachanwaltshandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Auflage Münster 2010, Teil 2, 2. Kap., § 1 C III, Rn. 244.

93 Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, München 2010, S. 159.

94 Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, Köln 2011, S. 201, Rn. 258.

95 BGHZ 104,246.

96 Siehe Formulierungsvorschlag 4.

In der von den Autoren beobachteten Praxis, hat sich der von *Weitnauer* vorgeschlagene, 13 Punkte umfassende Zustimmungskatalog durchgesetzt.⁹⁷

Formulierungsvorschlag 4

Beschlüsse der Gesellschafterversammlung über die nachfolgenden Beschlussgegenstände bedürfen für ihre Wirksamkeit der Zustimmung des VC-Gebers (der Investoren):

- a) *Jede Änderung der Satzung, insbesondere eine Änderung des Gegenstandes des Unternehmens, der Aufnahme neuer Gesellschafter oder der Vereinbarung neuer Beteiligungen, wobei die Investoren ihre jeweilige Zustimmung nur aus wichtigem Grund verweigern dürfen;*
- b) *Bestellung und Abberufung von Geschäftsführen sowie Abschluss, Änderung und Beendigung von Dienstverträgen mit Geschäftsführern;*
- c) *Zustimmung zum Abschluss von Unternehmensverträgen im Sinne von §§ 291 ff. AktG;*
- d) *Zustimmung zur Verfügung über und Einziehung von Geschäftsanteilen;*
- e) *Freistellung vom Wettbewerbsverbot der Ziffer X;*
- f) *Errichtung und Festsetzung der Anzahl der Mitglieder eines Beirats der Gesellschaft;*
- g) *Erlass, Aufhebung und Änderung einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung sowie ggf. für den Beirat der Gesellschaft;*
- h) *Billigung des von der Geschäftsführung aufzustellenden Jahresbudgets;*
- i) *Feststellung des geprüften Jahresabschlusses und die Verwendung des Ergebnisses;*
- j) *Entlastung der Geschäftsführer;*
- k) *Bestellung eines Wirtschaftsprüfers oder einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zum Abschlussprüfer der Gesellschaft;*
- l) *Auflösung der Gesellschaft;*
- m) *Zustimmung zum Abschluss von Verträgen über die Veräußerung oder Einbringung sämtlicher oder wesentlicher Teile der Vermögensgegenstände der Gesellschaft sowie Zustimmung zu Umwandlungen im Sinne von § 1 Abs. 1 UmwG.*

7.7 Mezzanine-Kapital und Equity-Kicker

Der Venture Capital-Geber gewährt häufig neben dem Venture Capital Mezzanine-Kapital in der Form eines Gesellschafterdarlehens. Dabei wird typischerweise ein Rangrücktritt vereinbart. Der Venture Capital-Geber tritt dann hinter einzelne oder alle Gläubiger zurück (tiefer Rangrücktritt).⁹⁸ Man spricht hier von einem Nachrangdarlehen. Auch ohne einen Rangrücktritt sind Gesellschafterdarlehen oder deren wirtschaftlichen Äquivalente gem. § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 4 Satz 1 Insolvenzordnung (InsO) nach den Forderungen der übrigen Insolvenzgläubiger zu berichtigen. Ausnahmen gelten in Sanierungsfällen gem. § 39 Abs. 4 Satz 2 InsO und für Kleinbeteiligungen deren Inhaber nicht Geschäftsführer ist § 39 Abs. 5 InsO. Wird ein Rangrücktritt in der Art vereinbart, dass der Darlehensgeber hinter die in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO bezeichneten Forderungen zurücktritt, ist das Darlehen nicht in der Überschuldungsbilanz zu passivieren, § 19 Abs. 2 InsO. Seit der Einführung des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) sind alle Gesellschafterdarlehen als Fremdkapital zu klassifizieren, die Rechtsfigur der eigenkapitalersetzenden Darlehen wurde abgeschafft.⁹⁹

Das Mezzanine-Kapital erlangt für die Satzungsgestaltung dadurch an Bedeutung, dass für den Venture Capital Geber ein Interesse daran bestehen kann, dieses Fremdkapital in Eigenkapital zu überführen. Klauseln, die eine Wandlung von Fremdkapital in Eigenkapital ermöglichen werden als Equity-Kicker bezeichnet.¹⁰⁰

Wird das Mezzanine-Kapital in Geschäftsanteile umgewandelt, handelt es sich hierbei um die Einbringung einer Forderung im Wege der Sacheinlage. In der Satzung könnte zur Vereinfachung der Kapitalerhöhung genehmigtes Kapital gem. § 55 a GmbHG vorgesehen werden. Zu beachten ist hier, dass die fünfjährige Ermächtigungsfrist der Geschäftsführung zu kurz greifen kann. Wie bei allen Sachkapitalerhöhungen kann auch der Nachweis der Werthaltigkeit schwierig zu führen sein.

Ein besonderes Modell verwendet der High-Tech-Gründerfonds.¹⁰¹ Dieser stellt erstmals bis zu 500.000,- Euro bereit. Davon wird ein Geschäftsanteil zu nominal 15 Prozent übernommen und über den Restbetrag ein nachrangiges Gesellschafterdarlehen gewährt. Im Gesellschaftsvertrag wird üblicherweise eine Equity-Kicker-Klausel vorgesehen, die es ermöglicht bei einer Kapitalerhöhung das Nachrangdarlehen als Agio (§ 272 Abs. 2 Nr. 1 HGB) einzubringen.¹⁰² Dies ermöglicht es Fremdkapital in Eigenkapital zu überführen. Ein Werthaltigkeitsnachweis ist dabei nicht notwendig. Freilich handelt es sich bei der Kapitalrücklage aber nicht um Stammkapital.

98 Fachanwaltshandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, a. a. O., Teil 2, 16. Kap., D II, 7., Rn. 318.

99 Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, München 2010, S. 645.

100 Vgl. zu Equity-Kicker und Non-Equity-Kicker, Fachanwaltshandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, a. a. O., Teil 2, 16. Kap., D II, 7., Rn. 327.

101 www.high-tech-gruenderfonds.de.

102 Weitnauer, a. a. O., S. 363.

97 Weitnauer, a. a. O., S. 567. Mit freundlicher Genehmigung von Herrn Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Weitnauer, M.C.L., München, nachfolgend – Formulierungsvorschlag 4 – abgedruckt.

7.8 Liquidationspräferenz

Bereits bei der Gestaltung der (Gründungs-)satzung muss daran gedacht werden, dass die Gesellschaft keinen wirtschaftlichen Erfolg haben könnte. Ist es nicht möglich die Gesellschaft – wie auch immer – zu sanieren und wieder auf die Erfolgsspur zu bringen, bleibt meist nur die Auflösung der Gesellschaft durch die Gesellschafter, § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG. Für den Venture Capital-Geber steht zu diesem Zeitpunkt regelmäßig fest, dass seine Beteiligung eine Fehlinvestition war. Der Venture Capital-Geber hat dieses Szenario jedoch unter Abwägung aller Chancen und Risiken in seine Investmententscheidung mit einbezogen. Daher hat er bereits bei der Gründung der Gesellschaft ein Interesse daran, im Falle der Liquidation möglichst viel von seinem Investment zurück zu bekommen. Das am Schluss der Liquidation vorhandene Vermögen ist nach Ablauf des Sperrjahres gem. § 73 Abs. 1 GmbHG unter den Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile zu verteilen § 72 Satz 1 GmbHG. Für die Satzungsgestaltung ist es von Bedeutung, dass durch den Gesellschaftsvertrag ein anderes Verhältnis für die Verteilung bestimmt werden kann, § 72 Satz 2 GmbHG. Der Anspruch auf einen Anteil am Liquidationserlös kann dabei für einen Gesellschafter sogar vollständig ausgeschlossen werden.¹⁰³ Durch entsprechende Satzungsgestaltung ist es möglich, dem Venture Capital-Geber eine Liquidationspräferenz vor allen anderen Gesellschaftern einzuräumen. Dies kann beispielsweise in der Art geschehen, dass der Venture Capital-Geber den Wert seiner Einlage aus dem am Ende der Liquidation vorhandenen Vermögen bevorzugt zurückerhält und nur ein etwaiger Überschuss unter den übrigen Gesellschaftern aufgeteilt wird.

Formulierungsvorschlag 5

Die Liquidation ist nach den gesetzlichen Bestimmungen durchzuführen. Das unter den Gesellschaftern zu verteilende Vermögen ist in Abweichung von § 72 Satz 1 GmbHG derart zu verteilen, dass der Gesellschafter VC-Geber zunächst vorab vor allen übrigen Gesellschaftern, das von ihm auf seine Geschäftsanteile geleistete ohne Beilage von Zinsen und Aufgeld (Agio) zurückerhält. Der danach verbleibende Rest wird unter allen Gesellschaftern einschließlich des VC-Gebers im Verhältnis ihrer Geschäftsanteile verteilt.

Gesellschafterdarlehen des Venture Capital-Gebers (ebenso anderer Gesellschafter) werden nachdem die Rechtsfigur der eigenkapitalersetzenden Darlehen entfallen ist, im Liquidationsverfahren wie Ansprüche sonstiger Gläubiger befriedigt.¹⁰⁴ Vorausgesetzt wird dabei, dass kein Nachrang der Darlehensforderung vereinbart wurde bzw. ein gesetzlicher Nachrang durch ein Insolvenzverfahren gegeben ist.

8 Zusammenfassung

Regelmäßig wird für die Gründung eines Unternehmens Kapital benötigt. Dieser Kapitalbedarf geht dabei bei der GmbH weit über die notwendigen Mindesteinlagen hinaus. Die Gründer, insbesondere von Hochtechnologieunternehmen, können dieses betriebsnotwendige Kapital häufig nicht alleine aufbringen. Die Finanzierungsquellen, die etablierten Unternehmen zur Verfügung stehen, sind für die Gründungsfinanzierung meist nicht ausreichend tauglich. Dies betrifft in erster Linie die Kreditfinanzierung durch Banken. Das neue gegründete Unternehmen ist meist nicht in der Lage Zins- und Tilgungsleistungen zu erbringen und geforderte Kreditsicherheiten zu stellen. Auch aus der Geschäftstätigkeit heraus treten keine nennenswerten Finanzierungseffekte ein, regelmäßig ist der Cash Flow über einen längeren Zeitraum negativ. Mithilfe eines Venture Capital-Gebers kann die equity gap geschlossen werden. Dieser leistet als Gesellschafter der GmbH die vereinbarte Stammeinlage und darüberhinaus häufig Mezzanine-Kapital in der Form von Darlehen. Weit überwiegend verfolgen die meisten Venture Capital-Geber mit der späteren Veräußerung ihres Geschäftsanteils Renditeziele. Um die Venture Capital-Finanzierung zu ermöglichen, ist es notwendig, die Satzung der GmbH entsprechend zu gestalten. Der Venture Capital-Geber sucht dabei eine umfassende Absicherung seiner Interessen. Eine an den wirtschaftlichen Gegebenheiten der Venture Capital-Finanzierung orientierte Satzungsgestaltung räumt dem Venture Capital-Geber hier weitreichende Sonderrechte ein. Im Vordergrund stehen dabei der Erhalt der Beteiligungsquote, der Kreis der Gesellschafter, der Exit, die Geschäftsführung, etwaige Wettbewerbsverbote und die Ergebnisverwendung. Darüberhinaus sind Regelungen zu geleistetem Mezzanine-Kapital und zur Liquidation der Gesellschaft möglich und häufig auch erforderlich.

¹⁰³ Baumbach/Hueck, a. a. O., § 72 Rn. 13.

¹⁰⁴ Baumbach/Hueck, a. a. O., § 70 Rn. 6.

Erbausschlagungen von Eltern für ihr minderjähriges Kind¹

(von Notar Dr. Oliver Fröhler, Hinterzarten)

I. Problemstellung

Abweichend von anderweitiger gesetzlicher Vertretung durch Vormund, Betreuer bzw. Pfleger iSd. (§§ 1908i bzw. 1915 BGB iVm.) § 1822 Nr. 2 BGB sind Erbausschlagungen von Eltern für ihr minderjähriges Kind nach § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB durch besondere Erleichterungen im Rahmen der Wirksamkeitsvoraussetzungen privilegiert. Der nachstehende Beitrag skizziert die wichtigsten dabei auftretenden praktischen Fallgruppen, befasst sich mit der Reichweite der betroffenen Normen und zeigt entsprechende Lösungsansätze auf.

II. Gesetzliche Vertretung des minderjährigen Kindes

1. Grad der Geschäftsfähigkeit

Erbausschlagungen betreffende Erklärungen unterliegen den allgemeinen Regelungen über die Geschäftsfähigkeit.² Danach muss eine Erbausschlagung für einen geschäftsunfähigen Erben ausschließlich durch dessen gesetzlichen Vertreter erfolgen, während ein beschränkt geschäftsfähiger Erbe gem. §§ 107, 111 BGB eine Erbschaft entweder vertreten durch seinen gesetzlichen Vertreter oder mit dessen Einwilligung persönlich ausschlagen kann.³ Wird ein gesetzlich vertretenes minderjähriges Kind zwischen Abgabe durch Absendung der Erklärung und deren Zugang volljährig, ist die Ausschlagungserklärung der Eltern gleichwohl analog § 130 Abs. 2 BGB ausreichend.⁴

2. Vertretungstatbestände

Nach § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB vertreten die Eltern ihr Kind grundsätzlich gemeinschaftlich. Sind die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, vertritt die Mutter das Kind aufgrund alleinigen elterlichen Sorgerechts gem. § 1629 Abs. 1 Satz 3 iVm. § 1626a Abs. 3 BGB allein, soweit beide Elternteile keine Sorgeerklärung iSd. § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB abgegeben haben, sie einander nicht geheiratet haben oder das Familiengericht ihnen die elterliche Sorge nicht gemäß der zum 19.5.2013 in Kraft getretenen gesetzlichen Neuregelung nach § 1626a Abs. 1 Nr. 3 iVm. Abs. 2 BGB auf Antrag eines Elternteils gemeinsam übertragen hat.⁵

3. Genehmigungsbedürftigkeit

a) Gesetzssystematik

Während ein Vormund, Betreuer bzw. Pfleger für eine Ausschlagung gem. (§§ 1908i bzw. 1915 BGB iVm.) § 1822 Nr. 2 BGB ausnahmslos der familien- bzw. betreuungsgerichtlichen Genehmigung bedarf, erfordert die Erbausschlagung bzw. Ausschlagung einer Nacherbschaft iSd. § 2142 BGB⁶ durch Eltern bzw. den allein sorge- und damit vertretungsberechtigten Elternteil für das minderjährige Kind mangels entsprechenden Verweises durch § 1643 Abs. 1 BGB auf § 1822 Nr. 2 BGB nach § 1643 Abs. 2 Satz 1 BGB nur dann eine familiengerichtliche Genehmigung, wenn kein Ausnahmetatbestand iSd. § 1643 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 BGB eröffnet oder stattdessen eine Gegen Ausnahme nach § 1643 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BGB einschlägig ist. Eine familiengerichtliche Genehmigung ist dabei nach § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB ausnahmsweise dann entbehrlich, wenn das Kind ausschließlich dadurch Erbe geworden ist, dass der allein oder mitvertretende Elternteil seinerseits zuvor die Erbschaft mit Wirkung nach § 1953 Abs. 2 BGB ausgeschlagen hat, ohne neben dem Kind berufen gewesen zu sein. Insoweit sind insbesondere die nachstehenden Fallgruppen bedeutsam.

b) Fallgruppen

aa) Anfall an Kind durch Ausschlagung eines nicht oder noch nicht vertretungsberechtigten Elternteils

Insbesondere bedarf bspw. die mangels Sorgeerklärung oder familiengerichtlicher gemeinsamer Übertragung der elterlichen Sorge alleinsorgeberechtigte Mutter eines minderjährigen nichtehelichen Kindes bezüglich der von ihr für das Kind erklärten Ausschlagung nach dessen Großeltern väterlicherseits dann nach § 1643 Abs. 2 Satz 1 BGB mangels Ausnahmetatbestands iSd. § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB der familiengerichtlichen Genehmigung, wenn diesem Kind die Erbschaft aufgrund der Ausschlagung des nichtsorgeberechtigten Vaters angefallen ist.⁷ Darüber hinaus besteht ein Genehmigungserfordernis mangels gesetzlich vermuteten generell-abstrakten Interessengleichlaufs auch dann, wenn die das gemeinsame Sorgerecht begründende Sorgeerklärung bzw. familiengerichtliche Sorgerechtsübertragung zwar vor der gemeinsamen elterlichen Erbausschlagung für das Kind, aber erst nach der Ausschlagungserklärung des bislang nicht vertretungsberechtigten Vaters für sich selbst erfolgt.⁸

1 Der Verfasser ist Notar in Lörrach, Lehrbeauftragter an der Universität Freiburg i. Brsg. und Lehrbeauftragter an der Notarakademie Baden-Württemberg in Stuttgart.

2 Fröhler, BWNNotZ 2012, 160 (166).

3 MünchKomm.BGB/Leipold, 5. Aufl. 2010, § 1945 BGB Rz. 12.

4 OLG Karlsruhe v. 22.7.1965 – 5 W 134/64, OLGZ 1965, 260 (261 f.).

5 § 1626a BGB neu gefasst und § 1672 BGB aufgehoben mit Wirkung vom 19.5.2013 durch Gesetz vom 16.4.2013, BGBl. 2013 I, S. 795.

6 Bamberger/Roth/Veit, Stand 01.11.2011, § 1643 BGB Rz. 4; Ivo, ZEV 2002, 309 (310).

7 OLG Naumburg v. 19.10.2006 – 3 WF 194/06, FamRZ 2007, 1047; Bamberger/Roth/Veit, Stand 01.11.2011, § 1643 BGB Rz. 5.1; Prütting/Helms/Fröhler, 3. Aufl. 2013, § 344 FamFG Rz. 86; DNotI, DNotI-Report 2002, 139; Ivo, ZEV 2002, 309 (311).

8 Ivo, ZEV 2002, 309 (311), Bamberger/Roth/Veit, Stand 01.11.2011, § 1643 BGB Rz. 5.1.

bb) Nach Anfall eines werthaltigen Nachlasses an das einzige Kind durch Ausschlagung eines mitvertretungsberechtigten Elternteils wird für das Kind ausgeschlagen

Schlägt jedoch bspw. der mitvertretungsberechtigte Vater die Erbschaft nach seiner vermögenden verwitweten Mutter zunächst für sich selbst und sodann gemeinsam mit seiner Ehefrau für das gemeinsame minderjährige und zugleich für ihn einzige Kind aus, ist selbst dann keine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich, wenn der Nachlass einen hohen Wert hat und die Ausschlagung wirtschaftlich unvernünftig erscheint, da die Regelung des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB das konkrete Ausschlagungsmotiv unbeachtlich lässt, generell abstrakt ausgerichtet ist, der Entlastung der Gerichte dient und deren Neigung zur Versagung von Genehmigungen in Zweifelsfällen unterbinden soll.⁹

cc) Nach Anfall an mehrere Kinder durch Ausschlagung eines mitvertretungsberechtigten Elternteils wird nur für ein Kind ausgeschlagen

Schlägt bspw. die mitvertretungsberechtigte Mutter die Erbschaft nach ihrem Vater zunächst für sich selbst und sodann gemeinsam mit ihrem Ehemann für lediglich eines von zwei gemeinsamen minderjährigen Kindern aus, um sie für das andere Kind alleine anzunehmen, ist entgegen dem Wortlaut des insoweit teleologisch zu reduzierenden Tatbestands des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB nach § 1643 Abs. 2 Satz 1 BGB sehr wohl eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich, da durch die mittelbare Weiterleitung der Erbschaft an das andere nicht von der Ausschlagung erfasste Kind die generell-abstrakte Vermutung aus § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB ihrerseits generell-abstrakt widerlegt ist.¹⁰

dd) Nach Anfall an das einzige Kind durch Ausschlagung des alleinvertretungsberechtigten Elternteils als eingesetzt Erbe schlägt dieser für das als Ersatzerbe eingesetzte Kind aus, um selbst als gesetzlicher Erbe anzunehmen

Verstirbt bspw. ein Ehemann, der neben seiner Ehefrau einen Sohn, eine verwitwete Tochter und von dieser einen minderjährigen Enkel hinterlässt sowie testamentarisch die Tochter zur Alleinerbin und den minderjährigen Enkel zum alleinigen Ersatzerben einsetzt, dann bedarf diese Tochter, die ihre testamentarische Alleinerben einsetzen mit dem Ziel der Herbeiführung der mit ihrer Mutter und ihrem Bruder gemeinsamen gesetzlichen Erbfolge nach § 1948 BGB ausschlägt, zur Ausschlagung der testamentarischen Ersatzerben einsetzen ihres von ihr kraft alleinigen Sorgerechts vertretenen minderjährigen Sohnes entgegen dem Wortlaut des insoweit teleologisch zu reduzierenden Tatbestands des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB nach

§ 1643 Abs. 2 Satz 1 BGB ebenfalls einer familiengerichtlichen Genehmigung. Dies folgt in derartigen Konstellationen im Wege des Erst-Recht-Schlusses aus der Gegenausnahmeregelung des § 1643 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 BGB, die sogar bei einer ursprünglichen Berufung des erstausschlagenden Elternteils neben dem Kind ein generell-abstraktes familiengerichtliches Genehmigungserfordernis begründet.¹¹ Trotz dieses Genehmigungserfordernisses besteht kein Vertretungsverbot iSd. §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB, da § 181 BGB aufgrund der materiellen Empfangszuständigkeit des Nachlassgerichts auf derartige amtsempfangsbedürftige Erklärungen nicht anwendbar ist und der Genehmigungstatbestand des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB typischerweise auch derartige Interessenkonflikte betrifft.¹²

ee) Nach Anfall der Erbteilerhöhung an das einzige miterbende Kind durch Ausschlagung des alleinvertretungsberechtigten Elternteils schlägt dieser für das Kind aus

Verstirbt bspw. der überschuldete Ehemann ohne Hinterlassung einer Verfügung von Todes wegen, sind die Ehefrau sowie das minderjährige einzige Kind nebeneinander gesetzliche Erben und schlägt dann die Ehefrau ihren Erbteil aus, bedarf die Ausschlagung durch die Ehefrau für das Kind nach § 1643 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BGB insgesamt der Genehmigung,¹³ da die Ehefrau zunächst neben dem Kind berufen war, das Kind zudem einen originären nicht erst durch Ausschlagung seiner Mutter (der Ehefrau) angefallenen Erbteil hat und die aufgrund der eigenen Ausschlagung der Ehefrau durch den Anfall beim Kind nach § 1953 Abs. 2 BGB rückwirkend auf den Erbfall ausgelöste Erbteilerhöhung gemeinsam mit dessen originärem Erbteil insoweit -anders als in Ansehung hier nicht relevanter Vermächtnisse bzw. Auflagen nach § 1935 BGB- einheitlich behandelt wird,¹⁴ obwohl die durch die Ausschlagung der Ehefrau dem Kind angefallene Erbteilerhöhung ein für sich isoliert betrachtet genehmigungsfreier Tatbestand wäre und die Ausschlagung der Mutter ein wirtschaftliches Ausschlagungserfordernis indiziert.¹⁵ Diese Konstellation ist streng von einer zulässigen Teilausschlagung mehrerer Erbteile iSd. § 1951 BGB zu unterscheiden (s. dazu nachstehend Buchst. ff.).

9 Staudinger/Engler, 2009, § 1643 BGB Rz. 37; MünchKomm.BGB/Huber, 6. Aufl. 2012, § 1643 BGB Rz. 19; Ivo, ZEV 2002, 309 (310).

10 Engler, FamRZ 1972, 7 (8); Staudinger/Engler, 2009, § 1643 BGB Rz. 38; Bamberger/Roth/Veit, Stand 01.11.2011, § 1643 BGB Rz. 5.1; Erman/Michalski/Döll, 13. Aufl. 2011, § 1643 BGB Rz. 22; MünchKomm.BGB/Huber, 6. Aufl. 2012, § 1643 BGB Rz. 25.

11 OLG Frankfurt v. 2.6.1954 – 1 Wx 18/54, NJW 1955, 466; Engler, FamRZ 1972, 7 (8); Staudinger/Engler, 2009, § 1643 BGB Rz. 39; Bamberger/Roth/Veit, Stand 01.11.2011, § 1643 BGB Rz. 5.1; Erman/Michalski/Döll, 13. Aufl. 2011, § 1643 BGB Rz. 22; MünchKomm.BGB/Huber, 6. Aufl. 2012, § 1643 BGB Rz. 25.

12 BayObLG v. 5.8.1983 – 1 Z 25/83, Rpfleger 1983, 482 f. (unter Hinweis auf die Möglichkeit einer punktuellen Entziehung der Vertretungsmacht nach § 1796 BGB); Ivo, ZEV 2002, 309 (313); Coing, NJW 1985, 6 (10); Palandt/Ellenberger, 72. Aufl. 2013, § 181 BGB Rz. 13; aA Buchholz, NJW 1993, 1161 (1166); Damrau, Der Minderjährige im Erbrecht, Rz. 32.

13 MünchKomm.BGB/Huber, 6. Aufl. 2012, § 1643 BGB Rz. 21; Staudinger/Engler, § 1643 BGB Rz. 40.

14 Bamberger/Roth/Müller-Christmann, Stand 01.02.2013, § 1935 BGB Rz. 6.

15 Fröhler, BWNtZ 2012, 160 (165 f.); Wurm/Wagner/Zartmann/Fröhler, Kap. 93 Rz. 15.

ff) Nach Anfall des gesetzlichen Erbteils an das einzige Kind durch diesbezügliche Ausschlagung des alleinvertretungsberechtigten Elternteils unter Annahme seines testamentarischen Erbteils schlägt dieser für das Kind aus

Verstirbt bspw. der verwitwete Vater, der seine Tochter als einziges Kind zu 2/3 Erbteil testamentarisch ohne dortige weitere letztwillige Verfügung als Erbe und ohne Hinterlassung einer anderweitigen Verfügung von Todes wegen eingesetzt hat, schlägt sodann diese Tochter ihren gesetzlichen Erbteil von 1/3 für sich selbst und sodann als alleine sorgeberechtigte Mutter für ihren nichtehelichen minderjährigen Sohn aus, dann bedarf sie zur letztgenannten Erbausschlagung für den Sohn nach § 1643 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BGB der familiengerichtlichen Genehmigung, da sie nach § 1953 Abs. 2 BGB rückwirkend auf den Erbfall mit 2/3 testamentarischem Erbteil neben dem Kind mit 1/3 gesetzlichem Erbteil berufen war, eine Interessenskollision nicht ausgeschlossen ist und das Festhalten der Tochter an ihrem testamentarischen Erbteil von 2/3 sogar für eine Werthaltigkeit des Nachlasses spricht.¹⁶

c) Genehmigungserteilung

Die familiengerichtliche Genehmigung für die Ausschlagung muss in derartigen Fällen als einseitige amtsempfangsbedürftige Erklärung gemeinsam mit einem Nachweis über deren Bekanntgabe gegenüber dem gesetzlichen Vertreter iSd. § 1643 Abs. 3 iVm. § 1828 BGB bis zum Ablauf der Ausschlagungsfrist rechtskräftig beim Nachlassgericht vorliegen.¹⁷ Wird die Erteilung der Genehmigung innerhalb dieser Frist beantragt und verzögert sich daher die Erteilung der gerichtlichen Genehmigung aufgrund des dortigen Verfahrens, kann ein Fall höherer Gewalt iSd. §§ 206, 1944 Abs. 2 Satz 2 BGB vorliegen, der den Lauf der Ausschlagungsfrist hemmt, wobei jedoch die nach Zugang der rechtskräftigen Genehmigung für deren Übermittlung an das Nachlassgericht noch benötigte Zeit nicht in den Hemmungszeitraum einbezogen wird und daher der Antrag auf Genehmigungserteilung rechtzeitig vor Fristablauf gestellt werden sollte.¹⁸

4. Erfordernis eines Kontrollvertreters

Zur Entgegennahme des Beschlusses über die beantragte familiengerichtliche Genehmigung und für die Entscheidung über die diesbezügliche Erteilung eines Rechtsmittelverzichts bzw. die Einlegung von Rechtsmitteln nach § 9 Abs. 2 FamFG iVm. § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB ist innerhalb des Genehmigungsverfahrens für ein vertretenes geschäftsunfähiges bzw. noch nicht vierzehnjähriges beschränkt geschäftsfähiges minderjähriges Kind ein Ergänzungspfleger erforderlich. Dies folgt daraus, dass diesem Kind der Beschluss mangels eigener Verfahrensfähigkeit iSd. § 9 Abs. 1 FamFG nach § 41 Abs. 3 FamFG nicht persönlich, wegen dortiger erheblicher generell-abstrakter Interessengegensätze aus den grundrechtsgleichen Rechten auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG und faires Verfahren nach Art. 2 Abs. 1 GG iVm. Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip)¹⁹ auch nicht dem die Genehmigung namens des Vertretenen beantragenden gesetzlichen Vertreter²⁰ – unabhängig davon, ob dies ein Elternteil oder als Vormund das Jugendamt ist – und schließlich nicht einem Verfahrensbeistand iSd. § 158 Abs. 4 Satz 6 FamFG bekannt gegeben werden kann, da dieser kein gesetzlicher Vertreter des Kindes ist und hier das Vermögen statt -wie jedoch für eine Kindschaftssache erforderlich- die Person des Kindes betroffen ist.²¹ Die Bekanntgabe erfolgt nach § 164 iVm. § 151 Nr. 1 FamFG jedoch gegenüber dem Kind selbst, wenn es das 14. Lebensjahr vollendet hat und nicht gem. § 104 Nr. 2 BGB geschäftsunfähig ist,²² da es dann nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 FamFG verfahrensfähig ist und gem. § 60 Abs. 1 FamFG ein eigenes selbständiges Beschwerderecht hat.

16 Ivo, ZEV 2002, 309 (313); Staudinger/Engler, § 1643 BGB Rz. 40; aA MünchKomm.BGB/Huber, 6. Aufl. 2012, § 1643 BGB Rz. 22.

17 Erman/Michalski/Döll, 13. Aufl. 2011, § 1643 BGB Rz. 26; Erman/Saar, 13. Aufl. 2011, § 1831 BGB Rz. 3; Erman/Schlüter, 13. Aufl. 2011, § 1945 BGB Rz. 3; Fröhler, BWNNotZ 2012, 160 (166).

18 OLG Frankfurt v. 22.11.1965 – 6 W 153/65, OLGZ 1966, 337 (338 ff.); Fröhler, BWNNotZ 2012, 160 (166); Prütting/Helms/Fröhler, 3. Aufl. 2013, § 344 FamFG Rz. 87.

19 BVerfG v. 18.1.2000 – 1 BvR 321/96, NJW 2000, 1709, wobei in durch Rechtspfleger geführten Verfahren mangels diesbezüglicher Richtereigenschaft iSd. Art. 92 GG kein Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG eröffnet ist.

20 BVerfG v. 18.1.2000 – 1 BvR 321/96, NJW 2000, 1709 (1710).

21 OLG Celle v. 4.5.2011 – 10 UF 78/11, ZErB 2011, 198; OLG Celle v. 11.9.2012 – 10 UF 56/12, FamRB 2012, 336 (Stöße); KG v. 4.3.2010 – 17 UF 5/10, MittBayNot 2010, 482; OLG Köln v. 10.8.2010 – 4 UF 127/10, FamRZ 2011, 231; OLG Karlsruhe v. 5.9.2012 – 20 WF 135/12, n.v.; Prütting/Helms/Fröhler, 3. Aufl. 2013, § 344 FamFG Rz. 88; aA OLG Brandenburg v. 6.12.2010 – 9 UF 61/10, MittBayNot 2011, 240 (Notwendigkeit eines konkreten - nicht nur abstrakten - Interessengegensatzes für Ausschluss der Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters).

22 KG v. 4.3.2010 – 17 UF 5/10, MittBayNot 2010, 482.

Rechtsprechung

OLG Hamm, Beschluss vom 10.1.2013 – 15 W 79/12, rechtskräftig

BGB § 164; GBO § 35

Erteilt der Erblasser eine Vollmacht, die nach seinem Tode weiter gelten soll, erlischt diese, wenn der Bevollmächtigte den Erblasser allein beerbt.

Gründe:

I.

Der Beteiligte zu 1) ist der Ehemann der im Grundbuch als Eigentümerin gebuchten Erblasserin. Diese erteilte ihm in notarieller Verhandlung vom 14.04.2011 (UR-Nr. ... Notar Q in T2) eine Generalvollmacht, sie in allen Vermögensangelegenheiten zu vertreten. Die Vollmacht sollte sich auf alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen erstrecken, die von ihr und ihr gegenüber vorgenommen werden können, soweit eine Vertretung gesetzlich zulässig ist; sie sollte sich auch auf unentgeltliche Rechtsgeschäfte erstrecken und auch nach Eintritt ihres Todes wirksam bleiben.

Die eingetragene Eigentümerin ist am 25.04.2011 verstorben. Der Beteiligte zu 1) übertrug dem Beteiligten zu 2), einem Cousin der Verstorbenen, mit notariellem Vertrag vom 23.11.2011 (UR-Nr. ... Notar Q) unter Bezugnahme auf die Vollmacht vom 14.04.2011 das in den Nachlass gefallene Grundstück unentgeltlich und ließ es auf. Im Eingang der Urkunde heißt es, dass der Beteiligte zu 1) seine Ehefrau allein beerbt habe.

Mit Schreiben vom 31.01.2012 übersandte der Notar die Urkunde mit dem Antrag auf Vollzug der in § 4 des notariellen Vertrages erteilten Bewilligung auf Eigentumsumschreibung. Mit Zwischenverfügung vom 13.02.2012 verlangte das Grundbuchamt einen Erbnachweis zwecks Anhörung etwaiger Miterben und zur Feststellung, ob eine Alleinerbfolge ohne Beschränkung des Beteiligten zu 1) vorliegt. Hiergegen richtet sich die Beschwerde, der das Grundbuchamt nicht abhalf. Auf Nachfrage des Senats teilte der Notar mit Schreiben vom 19.12.2012 mit, Frau S habe nur das in Kopie vorgelegte privatschriftliche Testament vom 15.12.2004 errichtet, dessen Original - aus nicht näher erläuterten Gründen nicht bei dem deutschen Nachlassgericht abgeliefert (§ 2259 Abs. 1 BGB), sondern - bei einem liechtensteinischen Gericht im Hinblick auf dort belegenes Grundvermögen eingereicht worden sei. Die Testamentskopie lässt eine Einsetzung des Beteiligten zu 1) als alleinigen Erben und ein Vermächtnis zugunsten des Beteiligten zu 2) auf das eingangs genannte Grundstück erkennen.

II.

Die namens der Beteiligten vom Urkundsnotar (§ 15 GBO) eingelegte Beschwerde ist nach §§ 71, 73 GBO zulässig (vgl. Bauer/von Oefele/Budde, GBO, 3. Aufl., § 71 Rn. 11), in der Sache aber unbegründet.

Das Grundbuchamt hat nach § 20 GBO die Wirksamkeit der erklärten Auflassung und damit die materielle Befugnis desjenigen zu prüfen, der über das eingetragene Eigentum verfügt. Der Beteiligte zu 1) hat seine Erklärung in Vollmacht für die eingetragene Eigentümerin abgegeben, die indessen verstorben ist. Eine Vollmacht kann nach anerkannter Auffassung auch in der Weise erteilt werden, dass sie von dem Bevollmächtigten nach dem Tode des Vollmachtgebers ausgeübt werden kann. Diese Befugnis ist dem Beteiligten zu 1) hier durch die Vollmacht vom 14.04.2011 ausdrücklich erteilt worden. Macht der Bevollmächtigte von dieser Vollmacht nach dem Tode des Vollmachtgebers Gebrauch, so treten die Wirkungen seiner rechtsgeschäftlichen Erklärung in der Person des bzw. der Erben ein. Es handelt sich also entgegen der Darstellung in § 1 der notariellen Urkunde vom 23.11.2011 nicht etwa um eine rechtsgeschäftliche Vertretung der Verstorbenen. Gleichwohl ist für den Vollzug der Eintragung im Grundbuch im Allgemeinen ein Erbnachweis in der Form des § 35 GBO nicht zu führen, weil der bzw. die Erben durch die postmortale Vollmacht des Erblassers gebunden sind, solange diese Vollmacht nicht widerrufen wird.

Der Beteiligte zu 1) hat jedoch die beschriebene Legitimationswirkung dieser Vollmacht aufgehoben, indem er im Eingang der notariellen Urkunde vom 23.11.2011 erklärt hat, als Alleinerbe der Erblasserin berufen zu sein. Auf dieser Grundlage läuft die von dem Beteiligten zu 1) abgegebene Erklärung darauf hinaus, dass er eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung als Vertreter abgegeben hat, obwohl deren Wirkungen nur ihn selbst als den vertretenen Alleinerben betreffen können. Eine solche Form der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung ist nach Auffassung des Senats durch § 164 BGB ausgeschlossen, der eine Personenverschiedenheit zwischen dem Vertreter und dem rechtsgeschäftlich Vertretenen voraussetzt. Folglich muss eine Vollmacht durch Konfusion erlöschen, wenn der Bevollmächtigte die Vollmachtgeberin allein beerbt (ebenso OLG Stuttgart NJW 1948/1949, 627; Palandt/Weidlich, BGB, 71. Aufl., Einf v § 2197 Rn. 12; für den Fall der Vorerbschaft: KG JFG 43, 160). Mit dem Erbfall ist der Nachlass mit dem Eigenvermögen des Erben zu einer rechtlichen Einheit verschmolzen und sind die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Erblasser und Alleinerbe erloschen; die Ausnahmen hiervon sind einzeln im Gesetz geregelt (vgl. MünchKommBGB/Leipold, § 1922 Rn. 102, 106) und liegen hier nicht vor:

- nach § 1976 BGB wird fingiert, dass die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastungen erloschenen Rechtsverhältnisse als nicht erloschen gelten bei Anordnung der Nachlassverwaltung oder Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens;
- dieselbe Wirkung hat gemäß §§ 1990, 1991 Abs. 2 BGB die Geltendmachung der Dürftigkeitseinrede;
- bei Eintritt einer Nacherbfolge gilt, soweit in der Person des Vorerben Recht und Verbindlichkeit bzw. Belastung zusammengetroffen waren, das Rechtsverhältnis als nicht erloschen, § 2143 BGB;
- weitere Ausnahmen von der Vereinigungswirkung enthalten § 2175 BGB, wenn eine Forderung des Erblassers gegen den Erben oder ein Recht, mit dem eine Sache oder ein Recht des Erben belastet ist, den Gegenstand eines Vermächtnisses bildet, und § 2377 BGB beim Erbschafts Kauf.

Die Annahme des Fortbestehens der Vollmacht für den Alleinerben würde deshalb auf eine Fiktion hinauslaufen, die im Gesetz keine Grundlage hat.

Allerdings wird in der Rechtsprechung und Literatur auch die Gegenmeinung vertreten, wonach der Alleinerbe aufgrund der ihm erteilten Vollmacht auch nach dem Tod weiterhin legitimiert ist, rechtsgeschäftlich als Vertreter des Erblassers zu handeln (so LG Bremen Ppfleger 1993, 235 mit zustimmender Anm. Meyer-Stolte; Palandt/Ellenberger, a. a. O., § 168 Rn. 4; Hügel in Beck'scher Online-Kommentar GBO „Grundsätze der rechtsgeschäftlichen Vertretung (Vollmacht)“ Rn. 47; Bauer/von Oefele/Schaub, a. a. O., AT VII, Rn. 112). Der Senat hält diese Auffassung nicht für überzeugend, weil für die Einführung einer solchen im Gesetz nicht vorgesehenen Fiktion kein zwingendes Bedürfnis besteht. Ein solches lässt sich insbesondere nicht aus Verkehrsschutz Gesichtspunkten ableiten. Die Frage, wer als Erbe berufen ist, kann allerdings häufig über einen längeren Zeitraum zweifelhaft sein. Die materielle Wirksamkeit der Erklärung des Vertreters wird davon jedoch nicht berührt. Denn seine Erklärung ist aufgrund der postmortalen Vollmacht wirksam, wenn er nicht als Erbe oder lediglich als Miterbe berufen ist. Ist er hingegen Alleinerbe, handelt es sich um ein eigenes Rechtsgeschäft, das ohne weiteres wirksam ist (so auch Hueck SJZ 1948, 458, 459). Wie sich die Wirksamkeit der Erklärung als Eigengeschäft auf die Auslegung von schuldrechtlichen Verträgen auswirkt, bedarf in dem vorliegenden Zusammenhang keiner Behandlung.

Auf dieser Grundlage ist allerdings absehbar, dass die Auflassungserklärung des Beteiligten zu 1) im rechtlichen Ergebnis wirksam ist und die Eintragung des Eigentumswechsels auf der vorliegenden Eintragungsgrundlage nicht zur Unrichtigkeit des Grundbuchs führen würde. Dieser Gesichtspunkt kann je-

doch grundbuchverfahrensrechtlich nicht ausreichen, weil der Antragsteller nach § 29 Abs. 1 S. 2 GBO gegenüber dem Grundbuchamt den Nachweis seiner Verfügungsbefugnis durch öffentliche Urkunden positiv und vollständig zu führen hat. Die Sicherheit des Grundbuchverkehrs lässt keine Einschränkung dieses Grundsatzes zu, solange nur absehbar ist, dass die Vornahme der beantragten Eintragung nicht zur Unrichtigkeit des Grundbuchs führt. Ergibt sich - wie hier - aus der eigenen Erklärung des Beteiligten zu 1), dass er die Auflassung in seiner Eigenschaft als Alleinerbe vorgenommen hat, kann es sich aus den vorstehenden Gründen nicht um ein Rechtsgeschäft des Vertreters, sondern nur um ein eigenes des Alleinerben handeln. Der Beteiligte zu 1) muss deshalb nach § 29 Abs. 1 S. 2 in Verbindung mit § 35 Abs. 1 GBO den Nachweis seiner Erbenstellung durch einen Erbschein führen, nachdem nach seinem eigenen Vorbringen eine öffentlich beurkundete letztwillige Verfügung der Verstorbenen nicht vorliegt. Die Zulassung einer im Gesetz nicht vorgesehenen Fiktion ist insbesondere nicht deshalb geboten, um dem Beteiligten zu 1) die Mühewaltung und den Gebührenaufwand eines Verfahrens auf Erteilung eines Erbscheins zu ersparen.

Aus der Entscheidung des Senats vom 04.01.2011 (FGPrax 2011, 192) lässt sich ein abweichender Standpunkt nicht ableiten. Der Senat hat dort maßgebend auf die fortbestehende Vermutung des § 891 BGB aus der Eintragung einer Bank als Berechtigte eines von ihr rechtsgeschäftlich abgetretenen Grundpfandrechts abgestellt, die durch das nicht hinreichend belegte Vorbringen der Einbeziehung des Rechts in eine umwandlungsrechtliche Abspaltung zur Aufnahme nicht widerlegt sei. Hier beschränkt sich indessen die Vermutung des § 891 BGB auf das eingetragene Eigentum der verstorbenen Ehefrau des Beteiligten zu 1). Es bleibt deshalb dabei, dass der Beteiligte zu 1) seine Verfügungsbefugnis urkundlich nachweisen muss, nachdem nach seinem eigenen Vorbringen die Vollmacht der Verstorbenen nicht Grundlage seiner Verfügung sein kann.

In diesem Sinne knüpft der Senat ausschließlich an den Inhalt der eigenen Erklärung des Beteiligten zu 1) in der notariellen Urkunde vom 23.11.2011 an. Nicht beabsichtigt ist, über den entschiedenen Einzelfall hinaus die Verwendbarkeit postmortaler Vollmachten nach dem Tode des Vollmachtgebers etwa durch das Verlangen einzuschränken, dass der Bevollmächtigte durch einen Erbschein den Nachweis zu führen hätte, dass er nicht als Alleinerbe berufen ist.

Eine Entscheidung über die Erstattung außergerichtlicher Kosten ist nicht veranlasst, weil die Beteiligten keine gegensätzliche Rechtsposition einnehmen.

Die Wertfestsetzung beruht auf den §§ 131 Abs. 4, § 30 KostO.

Der Senat hat gem. § 78 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GBO die Rechtsbeschwerde zugelassen, weil er der behandelten Frage grundsätzliche Bedeutung zumisst.

Mitgeteilt von Notarvertreter Jonas Huber und Notarvertreter Sebastian Mensch, je beim Notariat Kernen i.R.

Anmerkungen:

Notarvertreter Jonas Huber	Notarvertreter Sebastian Mensch, Diplom Finanzwirt (FH)
<p>Um es vorwegzunehmen, das OLG Hamm hat im Ergebnis mit seiner Entscheidung Recht. Niemand kann sein eigener Bevollmächtigter sein.</p> <p>Ohne Weiteres ist der Beschluss des OLG Hamm vom 10.01.2013, gegen welchen (leider) keine Rechtsbeschwerde beim BGH eingelegt worden ist, jedoch nicht nachvollziehbar. Ein Vollmachtgeber erteilt seiner Vertrauensperson Vollmacht, sogar eine notarielle Vollmacht.</p> <p>Bei Beurkundung wird die transmortale Ausgestaltung der Vollmacht angesprochen und erörtert. Ganz bewusst entscheidet sich der Vollmachtgeber die Vollmacht über seinen Tod hinaus zu erteilen. Tritt nunmehr beispielsweise gesetzliche Erbfolge ein, weil der Vollmachtgeber vergessen hatte seinen unliebsamen Sohn zu enterben, kann sein anderer Sohn aufgrund der (transmortalen) Vollmacht für die Erben handeln.</p> <p>Setzt er hingegen seinen bevollmächtigten (Lieblings-)Sohn auch als Alleinerbe ein, sodass diesem Kraft Universalsukzession sein Vermögen als Ganzes zufällt, so ist diesem – wenn er sich als Alleinerbe zu erkennen gibt – nunmehr verwehrt ohne die grundbuchtaugliche Erbennachweisstellung über Grundvermögen zu verfügen.</p> <p>Doch gerade das wollte doch der Vollmachtgeber nicht. Seiner Vertrauensperson wollte er ein (wirksames) Handeln können auch nach seinem eigenen Tod ermöglichen. Würde man nun versuchen im Nachhinein dem Vollmachtgeber diesen Sachverhalt zu erklären, so herrsche mit Sicherheit Konfusion im ursprünglichen Sinne des Wortes.</p> <p>Der Vollmachtgeber hat doch ein persönliches Interesse am Fortbestand der Vollmacht!?</p> <p>Dennoch, der Senat setzt zutreffender Weise durch § 164 BGB eine Personenverschiedenheit zwischen dem Vertreter und dem rechtsgeschäftlich Vertretenen voraus. Bei Personenidentität tritt folglich Vertretungskonfusion ein – das Vertretungsverhältnis erlischt.</p> <p>Der Gesetzgeber hat jedoch <i>expressis verbis</i> Ausnahmen von der Verschmelzung des Nachlasses mit dem Eigenvermögen des Alleinerben gebildet. Hier sei beispielsweise nur das Aufleben erloschener Rechtsverhältnisse bei Eintritt der Nacherbfolge (§ 2143 BGB) oder im Vermächtnisrecht das Wiederaufleben erloschener Rechtsverhältnisse (§ 2175 BGB) erwähnt.</p> <p>In Analogie zu diesen gesetzlich geregelten Fällen bildet die h. M. den Rechtssatz, dass Forderung und Schuld dann nicht durch Konfusion erlöschen, wenn sie beim Gläubiger oder Schuldner zu verschiedenen Vermögensmassen gehören,</p>	<p>Dem OLG Hamm ist im Ergebnis mit der Feststellung entgegenzutreten, dass Konfusion bis zur Klärung der Erbenstellung nicht eintritt.</p> <p>Das OLG Hamm kommt zu dem Ergebnis, dass der Alleinerbe nicht berechtigt ist kraft Vollmacht zu handeln, da diese durch Konfusion mit dem Erbfall erloschen ist. Die Legitimationswirkung der Vollmacht ist nach Ansicht des OLG Hamm erloschen, da der Bevollmächtigte eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung abgegeben hat, deren Wirkungen ausschließlich ihn selbst als Alleinerben treffen. Dem OLG Hamm folgend ist dies wegen der zwingend erforderlichen Personenverschiedenheit nach § 164 BGB ausgeschlossen.</p> <p>Damit stützt das OLG Hamm eine Rechtsprechung des OLG Stuttgart aus dem Jahr 1948, in welcher das OLG Stuttgart zur Ansicht gelangt ist, dass Vertreterhandeln dann begrifflich und tatsächlich unmöglich ist, sofern kein Dritter mehr vorhanden ist, der vertreten werden kann.¹</p> <p>Gegen diese Ansicht wird teils mit wechselnder Begründung in Rechtsprechung² und Literatur³ argumentiert.</p> <p>Es ist der Entscheidung zuzugestehen, dass eine Selbstbevollmächtigung, in der der Vollmachtgeber und der Vollmachtnehmer identisch sind ausscheidet. Im vorliegenden Fall ist diese Konstellation indes nicht gegeben. Unzweifelhaft waren Vollmachtgeber und Bevollmächtigter im Zeitpunkt der Erteilung der Vollmacht personenverschieden. Fraglich ist, ob die Legitimationswirkung der Vollmacht durch den Erbfall erloschen ist.</p> <p>Die Wirkung der Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus knüpft sich an zwei Aspekte. Zum einen an die Wirkung im Innenverhältnis. Hier wird regelmäßig ein Auftragsverhältnis oder Geschäftsbesorgungsvertrag zugrunde liegen, bzw. wird bei notariellen Vollmachten die Wirkung über den Tod hinaus ausdrücklich bestimmt sein. Das Auftragsverhältnis erlischt nach § 672 Satz 1 BGB im Zweifel nicht durch den Tod des Auftragsgebers. Durch die Verweisung in § 675 Abs. 1 BGB gilt dies ebenfalls für einen Geschäftsbesorgungsvertrag.</p> <p>Zum anderen besteht eine Legitimationswirkung der Vollmacht im Rechtsverkehr. Diese Legitimationswirkung kommt bei urkundenbezogenen Vollmachten in § 172 Abs. 2 BGB zum Ausdruck. Demnach ist die Vollmacht als nicht widerrufen anzusehen, sofern die Urkunde dem Dritten vorgelegt wird und dieser keine Kenntnis eines Widerrufs oder ähnlicher Umstände hat.</p> <p>Nach dem Tod des Vollmachtgebers knüpft sich die Legitimationswirkung der Vollmacht im Außenverhältnis weiterhin an den Besitz der Vollmachtsurkunde. Der Bevollmächtigte vertritt die Erben in ihrer gesamthänderischen Bindung. Ge-</p>

Notarvertreter Jonas Huber	Notarvertreter Sebastian Mensch, Diplom Finanzwirt (FH)
<p>wie zum Beispiel bei der Anordnung einer Testamentsvollstreckung.¹</p> <p>Sofern niemand mehr ein schutzwürdiges Interesse an dem Fortbestand des Anspruchs hat, tritt demzufolge Konfusion ein.</p> <p>Das persönliche Interesse des Vollmachtgebers am Fortbestand der transmortalen Vollmacht für den Alleinerben hat der Gesetzgeber wohl nicht für schützenswert erachtet.</p> <p>Ohne Weiteres räumt er hingegen Dritten das Recht ein, sich auf die Vollmacht als Legitimation zu stützen: nach § 672 BGB erlischt im Zweifel nicht der Auftrag durch Tod des Auftraggebers; nach § 52 Absatz 3 HGB erlischt die Prokura nicht durch den Tod des Inhabers des Handelsgeschäfts; eine Prozessvollmacht wird nach § 86 ZPO nicht durch den Tod des Vollmachtgebers aufgehoben.</p> <p>Bei all diesen Fällen liegt das schutzwürdige Interesse Dritter auf der Hand. Entsprechende Regelungen im Vollmachtsrecht der §§ 164 ff. BGB fehlen hierzu.</p> <p>Ausdrücklich stellt das OLG Hamm klar, dass nicht beabsichtigt ist, über den entschiedenen Einzelfall hinaus die Verwendbarkeit postmortaler (transmortaler) Vollmachten nach dem Tod des Vollmachtgebers etwa durch das Verlangen einzuschränken, dass der Bevollmächtigte durch einen Erbschein den Nachweis zu führen hätte, dass er nicht als Alleinerbe berufen ist. Dennoch wird durch die nachlassgerichtliche Mitteilung nach § 83 GBO das Grundbuchamt regelmäßig vom Eintritt des Erbfalls und von der eingetretenen Erbfolge Kenntnis erlangen.</p> <p>Praxishinweis: Sofern der Bevollmächtigte (lediglich) als Vollmachtnehmer auftritt und nichts vom Tod des Vollmachtgebers erwähnt, hat der Kautelarjurist gemäß dem Motto „<i>Jedes Wort zu viel ist Anwaltsfutter</i>“ den Bevollmächtigten aufgrund (transmortaler) Vollmacht mit den üblichen Vertretungsregelungen zur Vollmacht aufzuführen. Der Bevollmächtigte ist hierbei auch nicht verpflichtet im Namen des/der Erben aufzutreten.² Hierbei sei jedoch erwähnt, dass vom Notar nur dann in der Gestalt verfahren werden kann, sofern er keine positive Kenntnis vom Tod des Vollmachtgebers und der (Allein-)Erbenstellung des Vollmachtnehmers hat.</p> <p>Oder der einst Bevollmächtigte handelt als Alleinerbe unter Nachweis seiner Erbenstellung gemäß §§ 29 Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit 35 Absatz 1 GBO in grundbuchtauglicher Form und tritt als Rechtsinhaber des Verstorbenen auf.</p> <p>Fazit: Bei Kenntnis des Notars vom Tod des Vollmachtgebers und Alleinerbenstellung des Bevollmächtigten muss stets ein grundbuchtauglicher Erbnachweis beigebracht werden. Noch ein Grund mehr notarielle Verfügungen von Todes wegen zu empfehlen!</p>	<p>gegebenfalls vertritt der Bevollmächtigte unzweifelhaft den Alleinerben, sofern dieser nicht personenidentisch mit dem Bevollmächtigten ist und ein Widerruf der Vollmacht nicht vorliegt.</p> <p>Der Erbe weist sich im Rechtsverkehr durch Vorlage eines Erbscheins oder durch Vorlage einer Verfügung von Todes wegen in öffentlicher Urkunde nebst Eröffnungsprotokoll aus.⁴ Dieses Erfordernis dient ebenfalls der Sicherung des Rechtsverkehrs. Es soll gerade nicht ausreichend sein, wenn Beteiligte, insbesondere im Grundbuchverfahren, ihre Erbenstellung behaupten und der Vertragspartner an der Erbenstellung keine Zweifel hat. Ebenfalls unzureichend wäre eine Versicherung an Eides statt, dass eine entsprechende Erbenstellung gegeben ist.</p> <p>Nach der hier vertretenen Ansicht kann im Falle der Vollmacht über den Tod hinaus kein anderes Ergebnis gelten. Das Erbrecht und damit die Stellung und Vertretungsmacht der Erben für den Nachlass wird mit Erbschein oder durch öffentliche Urkunde nebst Eröffnungsprotokoll nachgewiesen. Bis dieser Nachweis erfolgt ist, muss die Erbenstellung als nicht festgestellt und damit als unsicher betrachtet werden.</p> <p>Damit kann der Bevollmächtigte bis zur Feststellung des Erbrechts weiterhin für den oder die Erben auftreten, Rechtsgeschäfte vornehmen und Erklärungen abgeben. Dies ergibt sich aus der Legitimationswirkung der Vollmacht im Außenverhältnis und damit im Rechtsverkehr. Dem Schutz des Rechtsverkehrs ist hier Vorrang vor der Konfusion einzuräumen.</p> <p>Das OLG Hamm setzt hier eigentlich zu früh an, indem es die Konfusion bereits annimmt, weil es vermutet, dass der Beteiligte Alleinerbe des Vollmachtgebers geworden ist.</p> <p>Diese Vermutung wird gestärkt durch die zweifelhafte Formulierung in der Urkunde. Der evidente Zweifel rechtfertigt ausnahmsweise die Forderung eines Erbnachweises. Richtigerweise beschränkt sich dies allerdings auf wenige Ausnahmen.</p> <p>Praxishinweis: Der Urkundsnotar ist nicht verpflichtet die vertretenden Erben in der Urkunde namentlich aufzunehmen.⁵ Erklärt der Beteiligte in der Beratung seinerseits Alleinerbe des eingetragenen Eigentümers zu sein, sollte der Notar auf die Erteilung eines Erbnachweises hinwirken. Ist dies nicht gewünscht, so kann in die Urkunde eine Aussage dergestalt aufgenommen werden, dass ein Erbnachweis mangels Feststellung der Erben nicht besteht.</p> <p>Fazit: Konfusion kann eintreten, sofern ein Erbnachweis geführt ist. Ist ein Erbnachweis geführt, bedarf es keiner Legitimation durch Vollmacht. Das Grundbuchamt ist nur bei eindeutiger Kenntnis der voraussichtlichen Alleinerbenstellung berechtigt einen Erbnachweis zu verlangen.</p>

1 Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung 4. Aufl. 2011 Rn. 192 unter Hinweis auf Kollhosser/Jansen JA 1988, 305, 306 und BGHZ 25, 275, 283; BGHZ 48, 214, 218

2 LG Stuttgart BWNNotZ 2007, 119, 120

1 OLG Stuttgart Urt. v. 12.05.1948 - 1 RS 49/48 NJW 1948, 627

2 LG Bremen Beschl. v. 18.12.1992 - 5 T 829/92 Rpfleger 1993, 235 mit zustimmender Anm. Meyer-Stolte

3 Klaus NJW 1948, 628; Keim, DNotZ 2008, 175 (181); Kurze Zerb 2008, 399 (405); Palandt/Ellenberger, BGB, 71. Aufl. 2012, § 168 Rn. 4; Reetz/BeckOK GBO, Sonderbereiche- Vertretungsmacht, Rn. 47

4 Vgl. § 35 Abs. 1 GBO; OLG Stuttgart Beschl. v. 25.11.2011 - 8 W 427/11 ZEV 2012, 430

5 Mensch BWNNotZ 2012, 15 (16)

Buchbesprechungen

**Berechnungen zum neuen Notarkostenrecht
Muster und Erläuterungen zum Gerichtskosten-
und Notarkostengesetz (GNotKG)
2013. Buch. Rund 350 S. Kartoniert
C.H.BECK ISBN 978-3-406-64942-4
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm
vorbestellbar, Lieferung bei Erscheinen
ca. 29,80 € inkl. MwSt.**

Das nach vorliegendem Entwurf des 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes einzuführende neue Gerichts- und Notarkostengesetz (GNotKG) wird voraussichtlich in der zweiten Jahreshälfte 2013 in Kraft treten. Neben einer moderaten Anpassung der Gebührenhöhe beinhaltet dieses vor allem eine Modernisierung des Gebührensystems.

Die in den 350 Fällen durchgeführten Musterberechnungen von Dr. Diehn zum neuen Notarkostenrecht sind praxisorientiert ausgestaltet und neben der ansonsten eher abstrakten Lehrbuch-Literatur hervorragend als konkrete Hilfestellung bei der Erstellung von Notarkostenrechnungen nach neuem GNotKG geeignet. So können die Standard-Kostenrechnungen, aber auch unzählige weniger oft vorkommende Abrechnungsfälle nach den neuen Kostenvorschriften einfach für die eigene Kostenrechnung übernommen werden. Die Musterberechnungen enthalten dabei nicht nur alle vorgeschriebenen Zitierungen nach § 19 GNotKG-E, sondern auch noch die Auslagen und die Umsatzsteuer. Viele Berechnungen werden darüber hinaus in den Fällen mehrerer Gebühren mit unterschiedlichem Gebührensatz mustergültig nach § 94 GNotKG-E einer Vergleichsberechnung unterzogen.

Die Besonderheiten jedes dargestellten Kostenansatzes werden so eingängig dokumentiert, dass sich die meisten neuen Vorschriften sowie die Gemeinsamkeiten und Änderungen im Vergleich zu der bisher geltenden Kostenordnung alleine durch das Durcharbeiten der Musterberechnungen induktiv erschließen lassen. Das Buch fokussiert dabei auf die notariellen Kostenberechnungen und schließt folgerichtig die Gerichtskosten des GNotKG nicht mit ein.

Die Gebühren- und Auslagenberechnungen sind in die folgenden Kapitel untergliedert:

Einleitung

Zitiergebot, Grundbegriffe und Inkrafttreten

1. Grundstücksrecht

Kauf, Angebot und Annahme, Überlassung, WEG, Grundschulden und Weiteres

2. Gesellschaftsrecht

Einzelunternehmen, Personengesellschaften, Kapitalgesellschaften, Umwandlungen

3. Familienrecht

Eheverträge, Kindschaftssachen

4. Erbrecht

Verfügungen von Todes wegen, Widerruf und Aufhebung, Erb- und Pflichtteilsverzichte und Sonstiges

5. Vollmachten und Zustimmungen

Spezial- und Generalvollmachten, Nachgenehmigung u.a.

6. Beratung und Entwurf

Vorzeitige Beendigung, Beratung und Entwürfe sowie Serienentwurf

7. Sonstiges

Beglaubigung, Bezugsurkunden, Tatsachenbeurkundung, Gebührenermäßigung, Gebührenvertrag u.a.

Die verschiedenen Fälle pro Kapitel werden jeweils mit einer Fallbeschreibung und nachfolgenden Lösung in Form eines Kostenansatzes abgehandelt. Die durchgeführten Berechnungen werden im Kostenansatz bereits nachvollziehbar aufbereitet dargestellt und nachfolgend im Einzelnen weiter begründet oder kommentiert. Oft werden Alternativen und Abwandlungen von Fällen angegliedert, um einen Sachkomplex umfassend zu behandeln. Besonders hilfreich ist dabei, dass kaum Verweisungen auf Lösungen an anderer Stelle, sondern eine vollständige Lösungsbeschreibung für jeden Musterberechnungsfall geboten wird. In der Praxis führt dies zu einem zügigen Erschließen aller wesentlichen Ergebnisfaktoren an einer Fundstelle.

In teilweise schwierige Komplexe wie den Vollzug, die Ermittlung der richtigen Auslagen-Vorschriften, die Bewertung von Gegenstandsgleichheit nach § 109 GNotKG-E bzw. Gegenstandsverschiedenheit nach §§ 86 Abs. 2, 110, 111 GNotKG-E sowie Betreuungs- und Treuhandgebühren wird mit vielen Beispielen verständlich und nachvollziehbar eingeführt. Dabei legt der Autor stets großen Wert auf die Deutlichkeit des dargestellten Kostenansatzes und den Tiefgang bei der Erörterung des Lösungswegs.

Die speziell für den notariellen Praktiker aufbereiteten Musterberechnungen werden durch ein gutes Stichwortverzeichnis und eine sinnvolle inhaltliche Strukturierung abgerundet. Insgesamt eine empfehlenswerte, sehr schöne und aufwändige Arbeit, die in der Notarkanzlei nicht fehlen sollte. Als ideale Ergänzung zu den Musterberechnungen sei das ebenfalls im C.H.Beck-Verlage erschienene Diehn / Sikora / Tiedtke „Das neue Notarkostenrecht - Einführung in das Gerichts- und Notarkostengesetz (GNotKG)“, C.H.BECK, ISBN 978-3-406-64941-7 erwähnt.

Zum Autor: Dr. Thomas Diehn hat in seiner Zeit als zuständiger Geschäftsführer der Bundesnotarkammer bis ins Jahr 2012 an der Umsetzung des 2. Kostenrechtsmodernisierungsgesetzes mitgewirkt. Er ist Autor zahlreicher Fachveröffentlichungen zum Kostenrecht und Referent in kostenrechtlichen Seminaren.

Württ. Notariatsassessor Walter Büttner,
MBA, Bundesnotarkammer

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Stefan Mattes, Georgstraße 5, 70794 Filderstadt-Bonlanden (Tel. 0711/778960), verantwortlich für den Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Tumringer Str. 186, 79539 Lörrach (Tel. 07621/9867711), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNotZ erscheint jährlich sechsmal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951, Fax 0711/2237956, E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten.

Der Bezugspreis beträgt jährlich € 50,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte € 8,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: Gaiser Print Media GmbH, Im Spagen 5, 73527 Schwäbisch Gmünd (Tel. 07171/9702-0, Fax 07171/9702-30).

