

# 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 Daniel Schaal,  
Stuttgart

Notar Dr. Oliver Fröhler,  
Titisee-Neustadt

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)  
ISSN-Nummer 1434-2979

**4/2009**

August  
Seiten 121-160

## Inhalt

### Abhandlungen

*Bachmayer*

Die BGH-Rechtsprechung zur Rechtsfähigkeit  
der GbR – ein Irrweg .....122

*Dieckmann*

Zur Frage der Erteilung der vollstreckbaren Aus-  
fertigung(en) der Grundschuldbestellungsurkunde  
nach dem Risikobegrenzungs-gesetz  
(insbesondere § 1193 BGB n. F.).....144

**Rechtsprechung.....154**

**Aktuelles aus dem Steuerrecht.....157**

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>Abhandlungen</b>	
<b>Christian Bachmayer LL.B., Notar in Eppingen</b> Die BGH-Rechtsprechung zur Rechtsfähigkeit der GbR – ein Irrweg Weshalb und Wie der Gesetzgeber korrigierend eingreifen sollte	122
<b>Dr. Johann Andreas Dieckmann, MSt (Oxford), Notar in Lörrach</b> Zur Frage der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung(en) der Grundschuldbestellungsurkunde nach dem Risikobegrenzungs-gesetz (insbesondere § 1193 BGB n.F.)	144
<b>Rechtsprechung</b>	
<b>1. Familienrecht</b>	
<b>OLG München, 8.6.2009 – 31 Wx 22/09</b> Ablehnung einer Volljährigenadoption, bei der die finanzielle Absicherung der Anzunehmenden im Vordergrund steht	154
<b>OLG München, 8.6.2009 – 31 Wx 62/09</b> Fortdauer einer nach dem MSA angeordneten Vormundschaft nach Vollendung des 18. Lebensjahres des Mündels	154
<b>2. Registerrecht</b>	
<b>OLG München, 20.4.2009 – 31 Wx 34/09</b> Zur Versicherung des Geschäftsführers/Liquidators über gesetzliche Bestellungshindernisse	155
<b>OLG München, 7.7.2009 – 31 Wx 115/09</b> Keine Befugnis eines Abwicklungs-Testamentsvollstreckers, einen Kommanditistenwechsel durch Erbfolge zum Handelsregister anzumelden	156
<b>Aktuelles aus dem Steuerrecht (Mensch/Haubold)</b>	157

---

## Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Daniel Schaal, Archivstraße 15A/B, 70031 Stuttgart (Tel. 0711/2123856), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Franz-Schubert-Weg 3, 79822 Titisee-Neustadt (Tel. 07651/203214), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNNotZ erscheint jährlich sechsmal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstaße 34 (Tel. 0711/2237951, Fax 0711/2237956, E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten.

Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte € 7,- 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).

## Die BGH-Rechtsprechung zur Rechtsfähigkeit der GbR – ein Irrweg Weshalb und Wie der Gesetzgeber korrigierend eingreifen sollte

von Notar Christian Bachmayer, LL.B. (Hagen), Eppingen\*

### I. Einleitung

Als Dozent für Handels- und Gesellschaftsrecht an der Notar-akademie Baden-Württemberg, beschäftigt mich – naturgemäß – die Entwicklung der (angeblichen) Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seit Jahren zunehmend. Ich tue mich dabei extrem schwer damit, was ich den Studenten an der Notar-akademie, welche ich in die „Grundlagen und Grundkonzeptionen des Gesellschaftsrechts“ einführen soll, guten Gewissens zu diesem Thema vermitteln kann. Dies hängt allerdings nicht so sehr damit zusammen, dass man die Rechtsprechung des BGH nicht erläutern könnte, sondern vielmehr damit, dass diese meiner Überzeugung fundamental zuwiderläuft.

Die jüngste Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 04. Dezember 2008 zur Grundbuchfähigkeit der GbR gibt Anlass, die Rechtsprechung zur Rechtsfähigkeit der GbR insgesamt einer kritischen Betrachtung zu unterziehen. Denn die Entscheidung hat Bedeutung weit über das Grundbuch und die Verkehrsfähigkeit von Grundbesitz hinaus; sie rüttelt an den Grundstrukturen des Gesellschaftsrechts.

Bei der Untersuchung wird bewusst darauf verzichtet, die theoretisch interessante dogmatische Auseinandersetzung zwischen den Vertretern der sog. „(klassischen oder individualistischen) Gesamthandslehre“ einerseits und den Anhängern der sog. „(neuen) Gruppenlehre“ andererseits zur Frage der Rechtsfähigkeit einer GbR im Detail nachzuzeichnen; hierwegen wird auf die einschlägige Kommentarliteratur verwiesen<sup>1</sup>. Überhaupt wird zu Gunsten eines „Blicks für das Ganze“ auf eine Aufarbeitung der Literaturmeinungen zu den dogmatischen Detailproblemen weitgehend verzichtet. Vielmehr soll im Wesentlichen anhand des Gesetzes (Wortlaut, Systematik, Begründung) versucht werden, der Frage nachzugehen, ob der vom BGH eingeschlagene Weg der richtige ist.

Es mag nämlich auf einer theoretischen Ebene durchaus möglich sein, einer GbR Rechtsfähigkeit zuzubilligen; und die Vertreter beider Ansichten haben etliche gute Gründe dafür bzw. dagegen. Angesichts der aktuellen Entwicklung und der dabei überdeutlich zutage tretenden, erheblichen praktischen Probleme muss aber erneut die Frage erlaubt sein, ob

die Anerkennung einer Rechtsfähigkeit der GbR durch den BGH auf der Grundlage der bestehenden gesetzlichen Regelungen wirklich zwingend und vor allem notwendig war, ob es also einer rechtsfähigen GbR überhaupt bedarf. Um es vorweg zu nehmen: gerade die jüngste Entscheidung des BGH zeigt, dass das Gericht sich verrannt hat, und dass durch die Rechtsprechung größere Probleme aufgeworfen werden, als ursprünglich überhaupt gelöst werden sollten. Wenn ein Gericht selbst keinen Ausweg mehr zu einem erst durch die eigene Rechtsprechung verursachten Problem sieht und den Gesetzgeber offen zur Korrektur auffordert, dann lautet die grundsätzliche Frage: ist das Gesetz falsch (bzw. 100 Jahre lang falsch gewesen), oder hat das Gericht sich geirrt? Die Frage ist in dem letzteren Sinne zu beantworten.

Der Beitrag befasst sich zunächst nochmals mit der grundlegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29. Januar 2001. Hierbei wird deutlich, dass die Begründung des Gerichts dessen Schluss, die GbR sei rechtsfähig, eigentlich nicht trägt. Anschließend wird dennoch auf der Grundlage dieser Entscheidung ein Modell „rechtsfähige Gesamthand“ diskutiert. Schließlich wird die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 04. Dezember 2008 beleuchtet. (Spätestens) mit dieser Entscheidung bricht das Gericht mit der Dogmatik der Gesamthand, was aufgrund der dadurch aufgeworfenen Schwierigkeiten letztlich zu der Schlussfolgerung führt, dass der Gesetzgeber korrigierend eingreifen und das Rad zurückdrehen muss.

### II. Die Entscheidung vom 29. Januar 2001<sup>2</sup>

#### 1. Umfeld

Just zu einer Zeit, als Berndt/Boin in ihrem Aufsatz „Zur Rechtsnatur der Gesellschaft bürgerlichen Rechts“<sup>3</sup> und Kraft/Kreutz in ihrem Gesellschaftsrechts-Lehrbuch<sup>4</sup> - alle meines Erachtens äußerst überzeugend - darlegten, dass für eine Rechtsfähigkeit der GbR weder Notwendigkeit noch Raum bestehen, erging die grundlegende<sup>5</sup> Entscheidung des BGH vom 29. Januar 2001 zur (Teil-)Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR.

Mit einer solchen Entscheidung hatte man nicht unbedingt rechnen müssen, nachdem der Bundesgerichtshof noch kurz zuvor bei der Frage des Haftungsmodells der Gesellschaft

\* Vgl. auch meinen Beitrag in „notar“, 2009, 82, sowie auf der zugehörigen Homepage. Die vorliegende Fassung meiner Ausarbeitung kann im „notar“ aus Platzgründen nicht veröffentlicht werden. Eine Veröffentlichung in anderen angefragten Zeitschriften wurde vor allem mit dem Hinweis auf das damals noch laufende Gesetzgebungsverfahren zur Behebung der mit der jüngsten BGH-Entscheidung hervorgerufenen Missstände aus rechtspolitischen Gründen abgelehnt. Ich danke der Schriftleitung der BWNotZ daher ausdrücklich für den Raum und die Gelegenheit, meine Rechtsauffassung hier darzulegen. Stand der Bearbeitung: grundsätzlich 08. Mai 2009, mit Ergänzungen vom 22. Juli 2009

<sup>1</sup> statt aller: Palandt-Sprau, BGB, 68. A. 2009, § 705 Rn. 24ff. m.w.N.; MüKoBGB-Ulmer, 5. A. 2009, Vorbemerkung zu § 705 BGB, insbes. Rn. 9ff., sowie § 705 Rn. 296ff., je m.w.N.. Vgl. auch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage 2002, § 8 I (S. 181ff.) und wiederholt.

<sup>2</sup> BGH, Urteil v. 29.01.2001, II ZR 331/00, BGHZ 146, 341-361 = DNotZ 2001, 234-244 = MittBayNot 2001, 192-197 = RNotZ 2001, 224-230 und zahlreiche andere Stellen. Die Entscheidung wird hier zitiert nach dem Abdruck in MittBayNot mit Anm. Ann.

<sup>3</sup> Berndt/Boin, NJW 1998, 2854ff..

<sup>4</sup> Kraft/Kreutz, GesR, 11. Auflage 2000, Teil C „Vorbemerkungen“ (S. 98) sowie Teil C I d „Rechtsnatur“ (S. 102ff., insbes. S. 104).

<sup>5</sup> Bereits zuvor hatte der BGH gelegentlich eine „partielle Rechtsfähigkeit“ der GbR anerkannt, so etwa BGH v. 04.11.1991, II ZB 10/91, BGHZ 116, 86 (GbR als Mitglied einer Genossenschaft) oder BGH v. 15.07.1997, XI ZR 154/96, BGHZ 136, 254 (Scheckfähigkeit der GbR)

bürgerlichen Rechts im Wesentlichen mit der klassischen Gesamthandslehre argumentiert hatte<sup>6</sup>, und nachdem durch gesetzgeberische Maßnahmen im unmittelbaren Vorfeld des Judikats der rechtspolitischen Forderung nach einer rechtsfähigen GbR der Wind aus den Segeln genommen worden war<sup>7</sup>.

Seine Entscheidung zur Rechtsfähigkeit begründet der BGH zunächst mit dem Hinweis darauf, dass eine solche Deutung des Gesetzes nicht ausgeschlossen sei, weiter mit einigen materiellrechtlichen Überlegungen zur „Nachfolge“ in Gesellschaftsverbindlichkeiten und in Dauerschuldverhältnisse sowie mit Überlegungen zum Umwandlungsrecht und zur Umformung einer GbR in eine oHG und umgekehrt. Im Wesentlichen stützt das Gericht seine Entscheidung dann aber auf prozessuale Überlegungen zur Parteifähigkeit der GbR, welche aus ihrer Rechtsfähigkeit folge, diese also eigentlich voraussetzt.

## 2. Die Wertung des historischen Gesetzgebers

In seiner Entscheidung geht der BGH zunächst auf die Wertung des historischen Gesetzgebers ein<sup>8</sup>. Das Gericht stellt in diesem Zusammenhang fest, dass bei den Beratungen zum BGB unterschiedliche Modelle für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts erwogen worden waren. Letztlich sei dann das Prinzip von der „GbR als (reines) Schuldverhältnis“ übernommen worden, dem das Gesamthandsprinzip übergestülpt wurde. Zu dem Wesen der Gesamthand selbst sei aber nicht abschließend Stellung genommen worden. Diese gesetzgeberische Grundentscheidung lasse Raum für eine Interpretation durch das Gericht. Der BGH füllt diesen Raum, indem er der Gesamthand (begrenzte?) Rechtsfähigkeit zubilligt.

Bemerkenswert ist freilich, dass selbst namhafte Gesellschaftsrechtler und Befürworter der Idee einer rechtsfähigen GbR einräumen müssen, dass der Gesetzeswortlaut und die –materialien eigentlich gerade keinen Raum für eine solche Interpretation ließen, sondern vielmehr gegen die Annahme einer Rechtsfähigkeit sprechen. So führt Karsten Schmidt in seiner Besprechung des Grundsatzurteils aus:

*„Die Ergänzung des § 719 Abs. 1 BGB (...) deutet sogar klar auf eine Rechtszuständigkeit der Gesellschafter hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens hin. Auch die Beibehaltung des Wortlauts von § 714 BGB (...) spricht entgegen den Ausführungen des Senats eine insofern deutliche Sprache. (...) Das BGB lässt also die Rechtslage in dem für die `neue Lehre` günstigsten Fall im Dunkeln, eher spricht sein Wortlaut wohl für die alte Gesamthandsdoktrin, das heißt für die Zuweisung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter, nicht an die Gesellschaft“<sup>9</sup>.*

Und weiter:

*„Die Einbeziehung des § 50 ZPO in eine systematische Schau verdeutlicht sogar, wie fremd dem Gesetzgeber die Rechtsfähigkeit der GbR gewesen sein muss. (...) Statt auf den Nebenkriegsschauplatz des § 736 ZPO auszuweichen, hätte sich der Senat eben besser auf die*

*§ 719 BGB, § 50 ZPO konzentriert und offen dargelegt, dass er das Recht der GbR aus der ihm vor 100 Jahren verordneten Enge befreit.“<sup>10</sup>*

Nach dieser Einschätzung hat der BGH also nicht erkannt, was 100 Jahre verborgen im Gesetz geschlummert hat, sondern er hat echte Rechtsfortbildung betrieben<sup>11</sup>.

## 3. Die Wertung der jüngeren Gesetzgebungsgeschichte

Auch wenn man darüber streiten kann, ob die Wertung des historischen Gesetzgebers Platz für eine solche Rechtsfortbildung ließ, stellt sich doch die Frage, ob dies auch im Zeitpunkt der Entscheidung von 2001 noch der Fall war, oder ob nicht vielmehr die jüngere Gesetzgebungsgeschichte gegen die Annahme einer Rechtsfähigkeit (oder zumindest gegen ein Bedürfnis nach richterlicher Rechtsfortbildung) spricht.

### (a) § 14 Abs. 2 BGB

Der Bundesgerichtshof verweist in seiner Entscheidung zur Rechtsfähigkeit der GbR mehrfach auf § 14 Abs. 2 BGB und führt dazu im Rahmen der das Urteil tragenden Gründe aus:

*„Wie § 14 Abs. 2 BGB zeigt, geht aber das Gesetz davon aus, dass es auch Personengesellschaften gibt, die Rechtsfähigkeit besitzen.“<sup>12</sup>*

Diese Norm als Argument für die Anerkennung der Rechtsfähigkeit heranzuziehen, ist aus mehreren Gründen falsch:

- (1) Zunächst einmal kann das Gesetz nicht „davon ausgehen“, dass es rechtsfähige Personengesellschaften „gibt“. Rechtsgeschäftlich begründeten Personenvereinigungen, wie es alle Gesellschaften nun einmal sind, besondere Fähigkeiten oder grundlegende Eigenschaften zu verleihen, ist grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers<sup>13</sup>. Wenn es also rechtsfähige Gesellschaften gibt, dann deswegen, weil der Gesetzgeber diese zugelassen und geregelt hat, und nicht, weil solche „in der Natur“ vorzufinden wären. Der Gesetzgeber kann demnach nicht „von etwas ausgehen“, was er selbst in der Hand hat zu regeln.
- (2) Zweitens ergibt sich der Widerspruch zur Meinung des BGH aus dem Wortlaut der Norm selbst: wenn der Gesetzgeber „davon ausgeht“, dass es rechtsfähige Personengesellschaften gibt (und auch die GbR zu diesen gehört!), wieso muss er sich dann noch die Mühe machen zu definieren, was überhaupt hierunter zu verstehen sei; dann hätte § 14 Abs. 1 BGB, ergänzt um die „rechtsfähigen Personengesellschaften“, vollauf genügt.

Eine Regelung wie § 14 Abs. 2 BGB macht doch nur dann Sinn, wenn der Gesetzgeber etwas anordnen möchte, was sonst gerade nicht so ist. Der Gesetzgeber ist demnach – wenn überhaupt – bei der Schaffung des § 14 Abs. 2 BGB gerade nicht davon ausgegangen, dass es rechtsfähige Personengesellschaften gibt, sondern er hat (nur) positiv geregelt, dass Personengesellschaften, welche wiederum aufgrund anderweitiger gesetzlicher Anordnung (§ 124 HGB) als (quasi-)rechtsfähig behandelt werden, unter den in § 14 Abs. 1 BGB genannten Voraussetzungen als Unternehmer gelten.

<sup>6</sup> Dazu ausführlich unten II 4 b).

<sup>7</sup> Dazu ausführlich unten II 3.

<sup>8</sup> A I ff. der Entscheidungsgründe; MittBayNot 2001, 192.

<sup>9</sup> K. Schmidt, NJW 2001, 993, 996f.

<sup>10</sup> K. Schmidt a.a.O. (vorherige Fn.), S. 997.

<sup>11</sup> Zu diesem Aspekt siehe auch unten V 1.

<sup>12</sup> A I 4 der Entscheidungsgründe, MittBayNot 2001, 193.

<sup>13</sup> Hierzu ausführlich unten V 1.

Damit wird auch die systematische Einordnung der Norm deutlich: es geht in erster Linie um die Definition des Unternehmers in Abgrenzung zum Verbraucherbegriff. Hätte der Gesetzgeber eine in allen Rechtsbereichen allgemeingültige Definition einer rechtsfähigen Personengesellschaft schaffen oder eine solche anerkennen wollen, wären hierfür systematisch die §§ 705ff. BGB der richtige Platz hierfür gewesen.

- (3) Erst recht deutlich wird dies vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte des § 14 Abs. 2 BGB, welche vom BGH allerdings mit keinem Wort erwähnt wird.

Die Vorläufernorm des § 14 Abs. 2 BGB - § 1059a Abs. 2 BGB - wurde erst durch Gesetz vom 17. Juli 1996<sup>14</sup> in das BGB eingefügt. Die Vorschrift lautete:

*„Einer juristischen Person steht eine Personengesellschaft gleich, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen (rechtsfähige Personengesellschaft)“.*

Anliegen dieser gesetzlichen Regelung war es, die Übertragbarkeit von beschränkten dinglichen Rechten (Nießbrauch, Dienstbarkeit) zu erleichtern, welche bestimmten Personengesellschaften zustehen, d.h.: neben der schon bestehenden Regelung für juristische Personen weitere, begrenzte Ausnahmen von der Unübertragbarkeit dieser Rechte zuzulassen. Der Bundesrat führt in der Begründung seines Gesetzentwurfs aus:

*„Nach heute allgemeiner Meinung ist § 1059a BGB auf die oHG und die KG entsprechend anzuwenden (...). Es erscheint jedoch nicht geboten, die oHG und die KG ausdrücklich in den Gesetzestext aufzunehmen. (... Es könnte der Eindruck entstehen, es sei beabsichtigt, für weitere Vorschriften, die ebenfalls nur juristische Personen nennen, eine analoge Anwendung auf oHG und KG auszuschließen. Ferner brauchen Partnerschaftsgesellschaften nicht gesondert genannt zu werden. Da (...) auf Partnerschaften § 124 HGB anzuwenden ist, kann davon ausgegangen werden, dass Partnerschaften in diesem Zusammenhang ebenso behandelt werden wie die oHG.“<sup>15</sup>*

In der Stellungnahme der Bundesregierung hierzu heißt es:

*„(...) ist die Bundesregierung der Ansicht, dass (...) § 1059a (...) nicht nur für juristische Personen, sondern auch für Personengesellschaften gelten sollte, die mit der Fähigkeit ausgestattet sind, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen. Entgegen dem Bundesrat ist die Bundesregierung aber der Meinung, dass das im Text der Vorschrift auch zum Ausdruck kommen und nicht der Auslegung überlassen bleiben sollte.“<sup>16</sup>*

Man hat also bei der Schaffung der Norm ausdrücklich auf § 124 HGB rekurriert und dabei nur die Gesellschaften erwähnt, auf welche diese Vorschrift anwendbar ist. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist dabei weder genannt noch einbezogen worden. Bei der Schaffung des § 1059a Abs. 2 BGB hat man sich vielmehr an den Wortlaut des § 124 HGB angelehnt und dabei einen Teil der Formulierung, nämlich das „unter ihrer Firma“, weggelassen. Diese Auslassung ist wegen der daraus entstehenden

den Missverständlichkeit bedauerlich, aber nach der gesetzgeberischen Konzeption unschädlich, denn (Quasi-) Rechtsfähigkeit setzt nach dieser stets das einheitliche Auftreten unter einer Firma sowie Registrierung voraus<sup>17</sup>.

Mangels Firmen- und Registerfähigkeit konnte § 1059a Abs. 2 BGB also nach dem gesetzgeberischen Willen auf die GbR gerade keine Anwendung finden; eine erweiternde Auslegung (entgegen diesem Willen) verbietet sich schon wegen des Ausnahmecharakters der Norm. Dass für die GbR mit der vorstehenden Regelung Rechtsfähigkeit geschaffen oder auch nur anerkannt werden sollte, ist folglich aus der Entstehungsgeschichte nicht zu erkennen oder auch nur anzunehmen. Dass der Gesetzgeber von der Möglichkeit der „Existenz“ einer rechtsfähigen GbR „ausgegangen“ ist, ebenfalls nicht. Im Gegenteil: die GbR wurde bei Schaffung des § 1059a Abs. 2 BGB gerade ausgespart, und das trotz der im Jahre 1996 voll entbrannten theoretischen Diskussion um die Möglichkeit von deren Rechtsfähigkeit; eine Diskussion, deren Kenntnis dem Gesetzgeber unterstellt werden kann.

Zum heutigen § 14 Abs. 2 BGB wurde die Vorschrift durch das „Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf den Euro“ vom 27. Juni 2000<sup>18</sup>, also erst kurz vor der Entscheidung des BGH zur Rechtsfähigkeit der GbR. Möglicherweise ließ sich das Gericht deswegen dazu verleiten anzunehmen, der Norm könne eine Aussage zur Rechtsfähigkeit der GbR entnommen werden.

In der Gesetzesbegründung heißt es insoweit allerdings nur:

*„Die Sachverständigen haben es (...) begrüßt, dass die zentralen Begriffe `Verbraucher` und `Unternehmer` vereinheitlicht und in das Bürgerliche Gesetzbuch integriert werden sollen. (...) Das Bürgerliche Gesetzbuch definiere solche Begriffe im Allgemeinen Teil. (...) Als Folgeänderung ist erforderlich, die Definition der rechtsfähigen Personengesellschaft aus dem bisherigen Standort (...) herauszunehmen.“<sup>19</sup>*

Mit der Eingliederung der Definition in den Allgemeinen Teil des BGB ist also für die Norm keinerlei Bedeutungswandel und keine Erweiterung über den ursprünglichen Anwendungsbereich hinaus beabsichtigt gewesen; einen solchen hat die Vorschrift erst, sozusagen durch die Hintertür, infolge der BGH-Rechtsprechung erfahren.

Es ist daher keineswegs so, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 14 Abs. 2 BGB (und seiner Vorläufernorm) „davon ausgegangen ist“, dass es – ohne positive gesetzliche Anordnung – rechtsfähige Personengesellschaften „gibt“. Der Gesetzgeber wollte vielmehr nur eine Definition, vielleicht besser: eine Sammelbezeichnung, für all die Personengesellschaften schaffen, die wegen der direkten oder – über eine Verweisung – indirekten Anwendung des § 124 HGB „quasi-rechtsfähig“ sind. § 14 Abs. 2 BGB als Argument für die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR anzuführen, ist folglich abwegig.

- (4) Dass der Gesetzgeber nicht von der (umfassenden) Rechtsfähigkeit der GbR „ausgegangen“ ist, zeigt weiter

<sup>14</sup> BGBl. I S. 990.

<sup>15</sup> BT-Dr. 13/3604 S. 7

<sup>16</sup> BT-Dr. 13/3604 Anlage 2.

<sup>17</sup> Hierzu ausführlich unten III 6.

<sup>18</sup> BGBl. I S. 897.

<sup>19</sup> BT-Dr. 14/3195 S. 32.

die – erst nach der Grundsatzentscheidung des BGH erfolgte(!) – Ergänzung des § 162 Abs. 1 HGB um dessen S. 2 durch Gesetz vom 10. Dezember 2001<sup>20</sup>. Diese Änderung erfolgte als Reaktion auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16. Juli 2001 zur Kommanditistenfähigkeit einer GbR<sup>21</sup>. In der Begründung des Rechtsausschusses zur Änderung des § 162 HGB heißt es unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das zuletzt genannte Urteil:

*„Die vom Rechtsausschuss vorgeschlagene Änderung des HGB dient also der Stützung des Bundesgerichtshofs in diesem Punkt<sup>22</sup>. (...) Die Formulierung, die der Rechtsausschuss gewählt hat, fällt keine Entscheidung darüber, wann eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts Kommanditistin sein kann. Dies wird im Einzelnen noch (...) auszufordern sein.“<sup>23</sup>*

Der Gesetzgeber hat damit klar zum Ausdruck gebracht, dass die Gesetzesänderung den Bundesgerichtshof (nur) bezüglich der anerkannten Kommanditistenstellung der GbR stützen wollte; eine darüber hinaus gehende Anerkennung der Auffassung des Gerichts, die GbR sei rechtsfähig, ist damit nicht verbunden. Im Gegenteil: nach den Ausführungen des Rechtsausschusses sollte gerade keine Entscheidung darüber getroffen werden, wann eine GbR Kommanditistin sein kann, und dies, nachdem der BGH bereits zuvor grundsätzlich die Rechtsfähigkeit der GbR festgestellt hatte! Eine solche Einschränkung in der Gesetzesbegründung deutet nach der Grundsatzentscheidung des BGH zur umfassenden (Teil-)Rechtsfähigkeit eher darauf hin, dass der Gesetzgeber an dieser zweifelt.

#### (b) § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO

Als weiteres Argument für die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR führt der BGH deren Insolvenzfähigkeit an, und begründet wie folgt:

*„Schließlich unterstützt die Tatsache, dass der Gesetzgeber mittlerweile die Insolvenzfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts anerkannt hat, (...) ebenfalls die Annahme der Rechtsfähigkeit.“<sup>24</sup>*

Auch diese Begründung geht fehl.

- (1) Bereits die Formulierung des Gerichts entlarvt sie als Scheinargument: mit § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO hat der Gesetzgeber die Insolvenzfähigkeit der GbR nicht „anerkannt“, sondern „geschaffen“. Unter der Geltung der Konkursordnung war die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausdrücklich nicht konkursfähig; dies hat der Gesetzgeber auch bei der letzten sich anbietenden Gelegenheit zur Änderung der KO im Rahmen der Einführung der Partnerschaftsgesellschaft im Jahre 1994 nicht geändert<sup>25</sup>. Mit der Nennung der BGB-Gesellschaft in § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO hat der Gesetzgeber die Insolvenzfähig-

keit der GbR (und nur diese!) folglich erstmals<sup>26</sup> positiv geregelt.

- (2) Weiter spricht gegen das Argument des Gerichts die Regelung in § 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO. Nach dieser Vorschrift ist auch die Insolvenz über einen Nachlass bzw. das Gesamtgut einer Gütergemeinschaft möglich. Soweit ersichtlich, hat aus dieser Norm noch niemand den Schluss gezogen, die Erbengemeinschaft oder die Gütergemeinschaft seien rechtsfähig. Vielmehr ist auch nach Auffassung des BGH eine Erbengemeinschaft weiterhin nicht als rechtsfähig anzusehen; die Vergleichbarkeit mit der GbR oder der rechtsfähigen Wohnungseigentümergeinschaft sei nicht gegeben<sup>27</sup>.

Der Gesetzgeber mit der Regelung in § 11 InsO nur insolvenzrechtlich nachvollzogen, was vom materiellen Recht ermöglicht wird: eine Insolvenz über ein durch materielle Vorschriften geschaffenes Sondervermögen, wie es jegliches Gesamtgut nun einmal darstellt. Über die Rechtsqualität dieses Sondervermögens ist damit nichts ausgesagt. Im Gegenteil: der Gesetzgeber verwendet in § 11 InsO nicht den Begriff der „rechtsfähigen Personengesellschaft“, sondern grenzt nur – ganz traditionell – natürliche und juristische Personen einerseits von „Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit (offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft {...}, Gesellschaft bürgerlichen Rechts {...})“ andererseits (und von sonstigen Sondervermögen wie Nachlass, Gesamtgut der Gütergemeinschaft) ab.

In der Regierungsbegründung zu § 13 Abs. 2 Nr. 1 InsO (welcher später insoweit unverändert als § 11 Abs. 1 Nr. 1 InsO Gesetz wurde) heißt es dazu:

*„Abs. 2 Nr. 1 enthält eine Legaldefinition der ‚Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit‘. In diesem Rahmen dehnt er die Zulässigkeit eines selbständigen Insolvenzverfahrens auf das Vermögen einer BGB-Gesellschaft aus. Auch bei dieser Gesellschaftsform ist das Gesellschaftsvermögen bestimmten Gläubigern, unter Ausschluss anderer Gläubiger der Gesellschafter, haftungsrechtlich zugewiesen; dies gilt unabhängig davon, ob die Auffassung zutrifft, dass auch Gläubiger, die keine Gesellschaftsgläubiger sind, denen aber aus anderen Rechtsgründen alle Gesellschafter gesamtschuldnerisch haften, unmittelbar auf das Gesellschaftsvermögen zugreifen können.“<sup>28</sup>*

Der Gesetzgeber begründet die Insolvenzfähigkeit der GbR also mit der Haftungsverfassung dieser Gesellschaftsform. Zur Rechtsfähigkeit der GbR enthält die Re-

<sup>20</sup> Gesetz über elektronische Register und Justizkosten für Telekommunikation – ERJuKoG – vom 10. Dezember 2001, BGBl. I S. 3422.

<sup>21</sup> BGH, Beschluss v. 16.07.2001, II ZB 23/00, BGHZ 148, 291-297 = DNotZ 2002, 57-60 = ZNotP 2001, 398-399 = NotBZ 2001, 461-462

<sup>22</sup> Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>23</sup> BT-Drucksache 14/7348, S. 29. Die Drucksache datiert vom 07. November 2001, also zeitlich deutlich nach der Grundsatzentscheidung des BGH zur Rechtsfähigkeit der GbR. Dennoch greift der Rechtsausschuss nur einen kleinen Teil-Aspekt auf, ohne auf die Grundsatzentscheidung einzugehen!

<sup>24</sup> A I 2d) der Entscheidungsgründe, MittBayNot 2001, 193.

<sup>25</sup> Berndt/Boin a.a.O. (Fn. 3), S. 2856 m.w.N..

<sup>26</sup> Für das gesamte Deutschland; bereits zuvor war die GbR in der GesO für die neuen Bundesländer als Objekt einer Gesamtvollstreckung gesetzlich geregelt worden.

<sup>27</sup> BGH, Urteil vom 11.09.2002, XII ZR 187/00, EBE/BGH 2002, 331-334 = NJW 2002, 3389-3391 = DNotI-Report 2002, 166 = ZEV 2002, 504-506 = NotBZ 2002, 450-452;

BGH, Beschluss v. 17.10.2006, VIII ZB 94/05, EBE/BGH 2006, 370-371 = NJW 2006, 3715-3716 = DNotZ 2007, 134-135 = ZNotP 2007, 68-69

Der BGH begründet seine Entscheidung damit, dass die Erbengemeinschaft gesetzlich und nicht kraft Vereinbarung entstehe, dass sie auf Abwicklung gerichtet sei und dass sie über keine Vertretungsorgane verfüge. Wenn es hierauf ankäme, müsste man aber zumindest auch die Gütergemeinschaft als rechtsfähig ansehen, denn dort sind diese Kriterien erfüllt. Entscheidendes gemeinsames Merkmal aller drei Gesamthandsgemeinschaften, auf welches es ankommt, und welches auch rechtfertigt, sie gleich zu behandeln, ist freilich die gesamthänderische Bindung des Sondervermögens, dazu ausführlich unten III.

<sup>28</sup> BT-Dr. 12/2443 S. 112.

gierungsbegründung keine Aussage. Der Bundesgerichtshof greift in seiner Entscheidung zur Rechtsfähigkeit das Haftungsmodell als Argument zur Stützung seiner Thesen wieder auf. Richtigerweise ist es jedoch so, dass die Rechtsfähigkeit zwar ein bestimmtes Haftungsmodell erklären kann, aber nicht aus dem Haftungsmodell die Rechtsfähigkeit folgt<sup>29</sup>.

- (3) Bemerkenswerterweise ist es auch so, dass der Gesetzgeber die mit § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO geschaffene Legaldefinition „Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit“ kurze Zeit später bei der Schaffung des § 1059a Abs. 2 BGB bzw. des § 14 Abs. 2 BGB nicht übernommen, sondern dort eine neue Legaldefinition „rechtsfähige Personengesellschaft“ eingeführt hat. Hieraus kann man den Schluss ziehen, dass darin eine dogmatische Unsicherheit des Gesetzgebers zum Ausdruck kommt<sup>30</sup>. Aus der Entstehungsgeschichte der Normen (Gesetzesbegründung, zeitliche Abfolge) kann man freilich genauso gut folgern, dass die Unterscheidung bewusst getroffen wurde.

Ganz offensichtlich sieht der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der Regelungen nicht als deckungsgleich an<sup>31</sup>. Da die Regelung des § 14 Abs. 2 BGB auf der in § 124 HGB geregelten (Quasi-)Rechtsfähigkeit basiert, während § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO auf das – auch bei anderen Gesamthandsgemeinschaften geltende – Haftungsmodell und dem so geschaffenen Sondervermögen gründet, haben die Vorschriften einen unterschiedlichen Bedeutungsgehalt, aus dem unterschiedliche Begrifflichkeiten resultieren. Mit den neu eingeführten Bezeichnungen hat der Gesetzgeber demnach Definitionen für bestimmte rechtliche Teilbereiche<sup>32</sup> geschaffen. Wenn der Gesetzgeber in diesem Zusammenhang die Rechtsfähigkeit der GbR hätte schaffen oder auch nur anerkennen wollen, wäre hierfür, wie gesagt, systematisch in den §§ 705ff. BGB der richtige Platz gewesen.

Der Gesetzgeber hätte zwischen dem Erlass des § 11 InsO am 05. Oktober 1994 und seinem Inkrafttreten am 01. Januar 1999 auch noch hinreichend Zeit, und Gelegenheit<sup>33</sup>, gehabt, die dortige Legaldefinition einer „Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit“ an die im Jahre 1996 mit der Erweiterung des § 1059a BGB eingeführte Definition der „rechtsfähigen Personengesellschaft“ anzupassen oder umgekehrt, wenn er hätte zum Ausdruck bringen wollen, dass damit das Selbe gemeint sei, oder das die vom BGH als Beleg angeführte Insolvenzfähigkeit irgend etwas mit Rechtsfähigkeit zu tun hat. Dies hat der Gesetzgeber freilich nicht getan, was die obige Einschätzung bestätigt, dass es sich um zwei unterschiedliche Definitionen mit unterschiedlichem Bedeutungsgehalt handelt.

Die Insolvenzfähigkeit der GbR wurde vom Gesetzgeber weiter damit begründet, dass es in der Rechtspraxis zahlreiche „unternehmenstragende Gesellschaften bürgerlichen Rechts“ gebe, welche insolvenzrechtlich(sic!) so behandelt

werden sollten wie offene Handelsgesellschaften<sup>34</sup>. Auch damit wird nochmals deutlich, dass mit der Insolvenzfähigkeit nur ein bestimmter Teil-Aspekt geregelt werden sollte, ohne eine umfassende Rechtsfähigkeit der GbR anzuerkennen.

Im Gegenteil: der Gedanke der „unternehmenstragenden GbR“, mit welcher rechtspolitisch die Rechtsfähigkeit der GbR gefordert wurde<sup>35</sup>, hat den Gesetzgeber veranlasst, den Anwendungsbereich der offenen Handelsgesellschaft und der darauf aufbauenden Gesellschaftsformen zu erweitern:

### (c) § 105 Abs. 2 HGB, Wegfall des § 4 HGB

Die Erweiterung des § 105 HGB um Abs. 2 in der heute geltenden Fassung sowie der Wegfall des § 4 HGB je zum 01. Juli 1998 durch die Handelsrechtsreform<sup>36</sup> werden vom BGH in seiner grundlegenden Entscheidung an keiner Stelle erwähnt. Dabei spricht auch diese Gesetzgebung eine deutliche Sprache.

Der Gesetzgeber hatte mit der Handelsrechtsreform zum 01. Juli 1998 den Anwendungsbereich der oHG (und der KG) gleich in zweierlei Hinsicht erweitert:

- durch den Wegfall des § 4 HGB wurde die Organisation als oHG auch den Kleingewerbetreibenden möglich; die bloße Anmeldung und Eintragung in das Handelsregister genügt.
- Und durch die Ergänzung des § 105 HGB um den heutigen Abs. 2 wurde sogar den rein vermögensverwaltenden, also kein Gewerbe betreibenden Gesellschaften der Weg in die oHG eröffnet.

Der Grund für die letztere Regelung war, dass zuvor obergerichtlich (zu Recht) entschieden worden war, dass die großen, als KG organisierten Fonds-Gesellschaften als reine Vermögensverwaltungsgesellschaften keinen Gewerbebetrieb hatten und daher auch keine Personenhandelsgesellschaft sein konnten<sup>37</sup>. Die als „Kommanditgesellschaft“ im Handelsregister eingetragenen Immobilienfonds stellten sich auf einmal mangels Gewerbebetrieb alle als GbRs dar, welche, zugegebenermaßen, angesichts der zumeist sehr großen Gesellschafterzahl auf dem Boden des reinen BGB-Gesellschaftsrechts schwer zu handhaben sind.

Die Reaktion des Gesetzgebers hierauf war aber nicht etwa eine Änderung des GbR-Rechts, sondern – fast schon revolutionär! – eine Erweiterung der handelsrechtlichen Vorschriften auf rein vermögensverwaltende Gesellschaften. Das – auch nach der Handelsrechtsreform und der Neudefinierung des Gewerbebegriffs in § 1 HGB – auf den Gewerbebetrieb ausgerichtete Handelsrecht öffnete sich, eher systemfremd, für reine Vermögensverwaltungsgesellschaften. Dies geschah nicht nur aus haftungsrechtlichen Gründen im Hinblick auf die Kommanditisten, denn dann hätte sich der Gesetzgeber auf die KG beschränken können. Dies geschah auch im Hinblick darauf, dass es den Gesellschaften so ermöglicht wurde,

<sup>29</sup> Dazu ausführlich unten II 4 (b).

<sup>30</sup> So ausdrücklich K. Schmidt, GesR a.a.O. (oben Fn. 1), § 3 I 3 (S. 47).

<sup>31</sup> A.A. offenbar K. Schmidt, GesR a.a.O. (oben Fn. 1), welcher in § 3 I 3 (S. 47) den Unterschied noch herausstellt, die Bezeichnungen in § 8 I 3 (S. 184) hingegen synonym verwendet.

<sup>32</sup> Für § 14 Abs. 2 BGB bzw. des Vorläufer ursprünglich die Übertragbarkeit von Dienstbarkeiten bzw. der Unternehmerbegriff, für § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO das Insolvenzrecht.

<sup>33</sup> Die InsO wurde bereits vor ihrem Inkrafttreten mehrfach geändert.

<sup>34</sup> A.a.O. (Fn. 28).

<sup>35</sup> namentlich K. Schmidt, GesR a.a.O. (Fn. 1), § 58 V (S. 1720ff.).

<sup>36</sup> Gesetz zur Reform des Kaufmanns- und des Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften – Handelsrechtsreformgesetz (HRefG) – vom 22.06.1998 – BGBl. I S. 1474.

<sup>37</sup> OLG Hamm, Beschluss v. 21. 06.1993, 15 W 75/1993, DNotZ 1994, 646-648

„unter einer Firma“ im Rechtsverkehr aufzutreten, § 124 HGB<sup>38</sup>.

Für die bisher als GbR-Sozietäten organisierten Freiberufler hatte der Gesetzgeber kurz zuvor noch die Partnerschaftsgesellschaft<sup>39</sup> zur Verfügung gestellt.

Der Gesetzgeber hatte demnach die rechtspolitische Forderung aufgenommen, für personengesellschaftsrechtliche Zusammenschlüsse von bestimmten Personengruppen (Freiberufler, „Steuersparer“, Großgesellschaften, unternehmenstragende Gesellschaften) Regelungen zu schaffen, die ein einheitliches Auftreten nach außen, eindeutige Abgrenzung (nicht: Verselbstständigung!) von Vermögen und Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter, sowie „organschaftliche“ Vertretung, also eine (Quasi-) „Rechtsfähigkeit“ ermöglichen. Er hat dies aber durch Erweiterung anderer personengesellschaftlicher Regelungen zu Lasten der GbR getan. Nach dieser gesetzgeberischen Grundzusage war für die richterrechtliche „Aufwertung“ einer GbR zu einer rechtsfähigen Personengesellschaft eigentlich kein Raum mehr.

#### (d) § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG

Der Bundesgerichtshof begründet seine Entscheidung weiter damit, dass die Rechtsfähigkeit auch die Umwandlungsfähigkeit der GbR erklären könne.

- (1) Der BGH meint damit zunächst nicht eine Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz, sondern eine identitätswahrende Umformung der GbR in eine oHG oder KG und umgekehrt<sup>40</sup>. Das Gericht führt aus, dass aufgrund der Tatsache, dass das Gesetz in § 124 HGB der oHG „begrenzte“ Rechtssubjektivität zubillige, beim Übergang einer GbR in eine oHG eine Änderung der Eigentumsverhältnisse stattfindet. Dann ließe es sich bei einer identitätswahrenden Umformung aber nicht erklären, weshalb bei der GbR das Vermögen „den Gesellschaftern (zur gesamten Hand)“ und bei der oHG „der Gesellschaft“ gehöre.

Dieser Argumentation ist eines zuzugeben: hinsichtlich der „Rechtssubjektivität“ sind GbR und oHG gleich zu behandeln, da es sich aufgrund der Gesetzeskonzeption um zwei Varianten derselben Gesellschaftsgrundform handelt. Nur wenn für beide Gesellschaftsformen dieselben Grundprinzipien gelten, lässt sich bruchfrei erklären, weshalb eine zur oHG gewordene GbR (oder umgekehrt) immer noch dieselbe Gesellschaft ist. Daraus den Schluss zu ziehen, auch der GbR müsse Rechtssubjektivität zubilligt werden, weil dies für die oHG der Fall sei, ist meines Erachtens allerdings falsch. Und die Annahme, beim Übergang von einer GbR in eine oHG (und umgekehrt) finde eine Änderung der Eigentumsverhältnisse statt, erst recht.

Das vom BGH gesehene Problem liegt doch darin begründet, dass man die oHG im Laufe der Zeit argumenta-

tiv immer mehr einer juristischen Person angenähert, und dabei das hinter § 124 HGB (weiter) geltende Gesamthandsprinzip zu Gunsten einer Subjektivierung der oHG zurückgedrängt oder ganz vergessen hat<sup>41</sup>. Da der Gesetzgeber aber die GbR als die Grundform und die oHG als die besondere Ausgestaltung dieser Grundform geregelt hat, kann aus einer durch die Rechtslehre und Rechtsprechung entwickelten, ohnehin fragwürdigen Subjektivierung der oHG nicht auf solche bei der GbR rückgeschlossen werden. Vielmehr ist es doch fraglich, ob nicht aus dem Gesagten richtigerweise folgt, dass das heute verbreitete Verständnis von § 124 HGB neu überdacht werden muss<sup>42</sup>. Und wenn man dann (wieder) GbR und oHG als nicht rechtsfähig, sondern letztere nur gem. § 124 HGB als (quasi-)rechtsfähig ansieht, und auf beide das Gesamthandsprinzip anwendet, ist der vom BGH gesehene Bruch bei der Umformung der einen in die andere Gesellschaft auf einmal auch wieder verschwunden.

- (2) Der BGH geht dann weiter auf die in § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG normierte (partielle) Umwandlungsfähigkeit der GbR ein. Er führt aus, dass mit der traditionellen Gesamthandslehre die Umwandlungsfähigkeit der GbR dogmatisch kaum erklärbar sei. Auch diese Argumentation ist freilich nicht zwingend.

Zwar ist die GbR in § 191 Abs. 1 Nr. 1 UmwG als umwandlungsfähiger Rechtsträger ausdrücklich genannt. Kraft/Kreutz<sup>43</sup> führen dazu aber überzeugend aus, dass der Gesetzgeber sich bei der Schaffung des UmwG bewusst dafür entschieden habe, den – neu eingeführten – Begriff „Rechtsträger“ zu verwenden (und nicht etwa „rechtsfähige Person“ oder ähnliches). Mit dem Begriff „Rechtsträger“ ist vom Gesetzgeber nur die „juristische Einheit“ (die Rechtsform) umschrieben, die an einer Umwandlung beteiligt sein kann; eine Gleichsetzung von „Rechtsträger“ im umwandlungsrechtlichen Sinne mit „Rechtssubjekt“ oder gar „Rechtspersönlichkeit“ war gerade nicht gewollt.

Im Übrigen spricht auch die Norm als solche dagegen, dass der Gesetzgeber von einer umfassenden Rechtsfähigkeit der GbR ausgegangen ist. Die Umwandlungsfähigkeit der GbR ist nämlich nur für einen einzigen der überaus zahlreichen möglichen Umwandlungsvorgänge normiert: als Ziel-Rechtsträger beim Formwechsel. Es handelt sich folglich auch hier<sup>44</sup> um eine sehr spezielle gesetzliche Anordnung, die keine Rückschlüsse auf eine generelle Auffassung des Gesetzgebers zulässt. Vielmehr sollte der GbR trotz der fehlenden Rechtsfähigkeit und „Rechtssubjektivität“ ermöglicht werden, als Rechtsträger an der besagten Umwandlungsvariante teilnehmen zu können<sup>45</sup>. Dogmatische Bedenken bei der theoretischen Begründung dieses Umwandlungsvorgangs müssen angesichts dieser eindeutigen gesetzlichen Regelung zurückstehen. Durch gesetzliche Anordnung ist der GbR die Teilnahme als Ziel-Rechtsträger beim Formwechsel

<sup>38</sup> „Hinzu kommt, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts keine Firma führen kann und weder passiv noch aktiv parteifähig ist“, Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Dr. 13/8444, S. 40. Noch kurz vor der Entscheidung des BGH hat der Gesetzgeber die GbR also als nicht parteifähig angesehen und mit dieser Begründung den Kreis der der oHG zugänglichen und damit registerfähigen Gesellschaften erweitert!

<sup>39</sup> Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe – Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG) – v. 25.07.1994, BGBl. I S. 1744.

<sup>40</sup> A I 2c der Entscheidungsgründe; MittBayNot 2001, 193.

<sup>41</sup> Vgl. insoweit nur MüKoHGB-K. Schmidt, 2. A. 2006, § 124 Rn. 2 mit Nachweisen zur früheren Meinung sowie zur Entwicklung in Fn. 9

<sup>42</sup> Dazu ausführlich unten III.

<sup>43</sup> A.a.O. (Fn. 4), S. 102.

<sup>44</sup> Wie bei § 1059a Abs. 2 = 14 Abs. 2 BGB; § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO.

<sup>45</sup> Nach Auffassung des Gesetzgebers wurde damit sogar nur der bereits vor der Geltung des UmwG geltende Rechtszustand festgeschrieben, BT-Dr. 12/6699, S. 137. Auch daraus ergibt sich, dass aus der Einführung des Begriffs „Rechtsträger“ kein Rückschluss auf die Einstellung des Gesetzgebers zur Rechtsfähigkeit der GbR möglich ist.



ermöglicht, auch wenn damit vielleicht dogmatisches Neuland betreten wurde<sup>46</sup>.

Es ist daher festzuhalten: mag der historische Gesetzgeber bei der Schaffung des BGB vielleicht noch Raum für eine richterliche Rechtsfortbildung dergestalt gelassen haben, dass man auf eine Rechtsfähigkeit der GbR erkennen konnte, jedenfalls im Zeitpunkt der Entscheidung des BGH war dies aufgrund der jüngeren Gesetzgebung eindeutig nicht mehr der Fall.

#### (e) Wohnungseigentumsrecht

Gegen die These kann auch nicht eingewendet werden, dass der BGH zwischenzeitlich auf die (Teil-)Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft (WEG) erkannt hat<sup>47</sup> und der Gesetzgeber dem gefolgt ist. Die Entscheidung zur Rechtsfähigkeit der GbR mag den Boden bereitet haben für die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der WEG, sie ist aber nach meiner Überzeugung weder Grund noch Begründung hierfür.

Denn die WEG war schon vor der Reform des Wohnungseigentumsrechts konzeptionell einer Körperschaft viel näher als einer Personengesellschaft<sup>48</sup>:

- wie ein Verein, hatte und hat die WEG zwei Organe, nämlich die Eigentümergemeinschaft und, unabdingbar<sup>49</sup>, den Verwalter
- die Angelegenheiten der WEG werden grundsätzlich durch Beschlussfassung nach Mehrheitsprinzip geregelt; die einstimmige Vereinbarung wie bei den Personengesellschaften ist die Ausnahme<sup>50</sup>
- die WEG ist, anders als die Personengesellschaft, nicht vom Prinzip der Selbstorganschaft beherrscht: Verwalter kann auch ein Nichteigentümer sein
- die WEG ist nicht von ihrem Mitgliederbestand abhängig; sie ist sogar grundsätzlich unauflöslich<sup>51</sup>
- die Beteiligung an einer WEG ist grundsätzlich ohne Mitwirkung der anderen Mitglieder veräußerlich<sup>52</sup>
- die WEG hat ein Register, welches die Mitglieder ausweist, und welches einen guten Glauben genießt: das Grundbuch. Zugegeben: ein „Verwalter-Register“, welches die Vertretungsbefugnisse ausweist, fehlt. Das Gesetz behilft sich dafür mit § 26 Abs. 3 WEG: die Verwaltereigenschaft wird durch ein Bestellungsprotokoll nachgewiesen, auf welchem die Unterschriften u.a. von Eigentümern öffentlich beglaubigt sein müssen. Auch dieser Nachweis lässt sich also auf das Grundbuch zurückführen.

Letztlich ordnet der BGH die WEG zutreffend als einen einer Körperschaft vergleichbaren „Verband sui generis“<sup>53</sup> ein.

<sup>46</sup> Wie ja überhaupt mit der Einführung einer „partiellen Gesamtnachfolge“ bei Spaltungen durch das UmwG dogmatisches Neuland betreten wurde.

<sup>47</sup> BGH, Beschl. v. 02.06.2005, V ZB 32/05, BGHZ 163, 154-10 = DNotZ 2005, 153-154 = MittBayNot 2005, 495-504 = ZNotP 2005, 381-388 = NotBZ 2005, 327-332 und zahlreiche andere Fundstellen

<sup>48</sup> Vgl. BGH a.a.O. (Fn. 47), Tz. 16ff. sowie TZ 38ff. der Entscheidungsgründe.

<sup>49</sup> § 20 Abs. 2 WEG.

<sup>50</sup> § 10 Abs. 3 WEG; § 23 WEG.

<sup>51</sup> § 11 WEG.

<sup>52</sup> § 12 WEG.

<sup>53</sup> BGH a.a.O. (Fn. 47), Tz. 40; das Gericht vergleicht die WEG hier mit einem Verein, einer Genossenschaft sowie einer Kapitalgesellschaft.

Hieraus kann dann auch zwanglos die Rechtsfähigkeit dieses Verbandes gefolgert werden, weil Körperschaften nach der gesetzlichen Konzeption als juristische Personen nun einmal rechtsfähig sind. Die GbR ist aber (unverändert) keine Körperschaft, so dass dies eine Rechtsfähigkeit der GbR nicht stützen kann.

Der eigentliche Hintergrund der Entscheidung zur Rechtsfähigkeit der WEG ist allerdings auch eines der Argumente, welche das Gericht zur Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR veranlasst hatte: die Problematik der „Rechtsnachfolge“ in (Dauer-)Schuldverhältnisse<sup>54</sup>. Diese Problematik lässt sich tatsächlich bei Anerkennung der Rechtsfähigkeit relativ leicht lösen. So lag es auf den ersten Blick nicht wirklich fern, in der Folge der Rechtsprechung zur GbR auch die Rechtsfähigkeit der WEG anzuerkennen. Ob hierfür bei der WEG, anders als bei der GbR, Raum und Notwendigkeit bestanden, bedarf heute keiner weiteren Erörterung mehr, denn der Gesetzgeber hat die Rechtsfähigkeit der WEG nunmehr in § 10 Abs. 6 WEG ausdrücklich festgeschrieben.

Nur: bei der GbR stellt sich dies eben anders dar. Zum einen fehlt der GbR die oben beschriebene Vergleichbarkeit mit der juristischen Person. Zum anderen ist die Rechtsfähigkeit nur eine mögliche, aber nicht die einzige Erklärung für die Rechtsnachfolge in Dauerschuldverhältnisse<sup>55</sup>. Die unterschiedliche Behandlung der Rechtsnachfolgeproblematik gründet gerade auf die unterschiedliche gesetzgeberische Konzeption der verschiedenen Gesellschaftsformen. Die Anerkennung einer angeblichen Rechtsfähigkeit der GbR verwischt diese Grenzen.

#### 4. Die Rechtsnachfolge in Dauerschuldverhältnisse

##### (a) Die Entscheidungsbegründung vom 29. Januar 2001

Unter A I 2b) der Urteilsgründe stellt der BGH die Schwierigkeiten dar, auf der Grundlage der traditionellen Gesamthandslehre die Rechtsnachfolge in Dauerschuldverhältnisse plausibel zu erklären. Wenn die traditionelle Auffassung die GbR selbst nur als Schuldverhältnis begreife (weil diese durch Vertrag begründet werde und auch sonst nur schuldrechtlichen Regelungen unterliege), dann müssten bei einem Wechsel im Mitgliederbestand der Gesellschaft die mit dieser bestehenden (Dauer-)Schuldverhältnisse jedes Mal neu abgeschlossen bzw. bestätigt werden. Denn wenn „die Gesellschaft“ im Außenverhältnis nur ein Schuldverhältnis darstelle,

*„können zwei aus verschiedenen Mitgliedern bestehende Schuldverhältnisse nicht identisch sein.“<sup>56</sup>*

Diese Argumentation erschließt sich mir nicht. Ausgehend von der Annahme der traditionellen Lehre, bei der GbR handele es sich um ein Schuldverhältnis, liegen doch bei der Betrachtung der Rechtsnachfolge in (Dauer-)Schuldverhältnisse in jedem Falle zwei Schuldverhältnisse vor: nämlich das Schuldverhältnis „die GbR“ einerseits, und das (Dauer-)Schuldverhältnis mit Dritten, etwa dem Energieversorger, andererseits. Wenn nun auf der Seite der GbR ein Mitgliederwechsel stattfindet, so ändert dies, kraft entsprechender Vereinbarung der Beteiligten, natürlich das Schuldverhältnis „GbR“. In Bezug auf den Strom-

<sup>54</sup> BGH a.a.O. (Fn. 47), Tz. 31ff. der Entscheidungsgründe

<sup>55</sup> Hierzu sogleich ausführlich unter 4.

<sup>56</sup> MittBayNot 2001, 193

<sup>57</sup> BGH a.a.O., vorherige Fn.

versorgervertrag stellt ein solcher Mitgliederwechsel aber nur den Wechsel eines oder mehrerer Beteiligter auf der einen Seite des Vertrags dar; die andere Seite (der Versorger) bleibt davon unberührt.

Weshalb dies dazu führen soll, dass der Stromversorgungsvertrag neu abgeschlossen oder bestätigt werden müsse, leuchtet nicht ein. Der Stromversorgungsvertrag als solcher bleibt unberührt; es wird lediglich auf der einen Seite des Vertrags ein (partieller) Wechsel des Vertragspartners vorgenommen. Die damit einhergehenden Schwierigkeiten zu lösen, ist aber keine spezifisch gesellschaftsrechtliche Problematik, für die es der Annahme einer Rechtsfähigkeit bedürfte, sondern eine allgemeine Schwierigkeit bei der Einzelrechtsnachfolge.

Die Argumentation des BGH verdeckt denn auch den eigentlichen Kern des Problems:

der Gesetzgeber hat den Mitgliederwechsel bei der GbR als Möglichkeit des Eintritts und des Austritts (durch grundsätzlich allstimmige Änderung des Grundlagenvertrags) konzipiert. Der Austritt eines Gesellschafters führt kraft Gesetzes(!) zur Anwachsung von dessen Anteil an die anderen Gesellschafter, § 738 BGB. Umgekehrt wird im Eintritt eines Gesellschafters eine entsprechende Abwachsung bei den weiteren Gesellschaftern gesehen. Diese ist zwar gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt, stellt aber denklösig den umgekehrten Vorgang zum Austritt dar<sup>58</sup>.

Diese Konzeption vermag auch die Rechtsnachfolge in (Dauer)-Schuldverhältnisse zu erklären: der ausgeschiedene Gesellschafter haftet, mangels Entlassung aus der Mithaftung durch den Vertragspartner auf der anderen Seite des Vertrags, weiterhin für die Verbindlichkeiten<sup>59</sup>. Der neue Gesellschafter haftet hierfür ebenfalls, und zwar nach überkommener Auffassung nur mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen. Diese Haftung lässt sich entweder damit begründen, dass man sie als (logische) Konsequenz der Abwachsung ansieht (die Haftung „klebt“ am Anteil), oder damit, dass man in dem Beitritt zur GbR zugleich einen Schuldbetritt zu den bestehenden Gesellschaftsverbindlichkeiten sieht, dem sich der Neu-Gesellschafter auch nicht mit dem Hinweis entziehen kann, er wolle dies nicht; denn letzteres wäre ein widersprüchliches Verhalten. Dieses gesetzliche Modell kann auch erklären, weshalb der neue Gesellschafter bis zur Entscheidung des BGH vom 07. April 2003<sup>60</sup> selbst nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR „nur“ mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen für Altverbindlichkeiten haftete, und nicht mit seinem sonstigen Vermögen. Diese Begründung mag dogmatisch vielleicht nicht vollauf befriedigend sein, sie zeigt aber, dass es jedenfalls insoweit der Rechtsfähigkeit nicht bedarf.

Das vom Bundesgerichtshof geschilderte Problem tritt folglich erst dann auf, wenn es sich nicht um einen – durch gesetzliche Regelungen flankierten – Ein- und Austritt handelt, sondern um die Abtretung eines „GbR-Anteils“ von einem Alt- an einen Neu-Gesellschafter. Denn für diesen Fall der Abtretung kann das Modell der An- und Abwachsung tatsächlich nicht als Erklärung für das „Hineinwachsen“ des neuen

Gesellschafters in die „von der Gesellschaft“ abgeschlossenen Verträge dienen.

Allerdings ist die Abtretung eines GbR-Anteils „als solchem“ im BGB überhaupt nicht geregelt; die Regelung in §§ 717, 719 BGB spricht eigentlich auch gegen eine solche Abtretbarkeit<sup>61</sup>. Die Abtretbarkeit ist erst aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit<sup>62</sup> entwickelt und relativ spät von der Rechtsprechung anerkannt worden<sup>63</sup>. Das vom Bundesgerichtshof dargestellte Problem stellt sich bei näherer Betrachtung also als ein Folgeproblem der Anerkennung eines Rechtsinstituts „Abtretung eines GbR-Anteils“ dar, welches der Gesetzgeber selbst keiner Regelung zugeführt hat. Dieses Folgeproblem einer gesetzlich nicht explizit geregelten Materie bzw. dessen erforderliche Lösung als Begründung für die Rechtsfähigkeit der GbR heranzuziehen, wenn das gesetzlich geregelte Modell eine Lösung des Problems auch ohne Rechtsfähigkeit anbietet, erscheint daher wenig plausibel.

### **(b) Exkurs: die Haftungsverfassung der GbR nach der neueren Rechtsprechung**

Nicht direkt zur Entwicklung der Rechtsfähigkeit, aber doch in den gesamten Zusammenhang gehört die Rechtsprechung des BGH zur Haftungsverfassung der GbR.

- (1) Die erste bemerkenswerte Entscheidung stellt insoweit das Urteil vom 27. September 1999<sup>65</sup> dar, also nicht einmal zwei Jahre vor der Entscheidung zur Rechtsfähigkeit. Zur Klären war die Frage, ob bei einer GbR durch einseitige „Erklärung“ der Gesellschafter deren Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt werden kann, ob es also eine „GbR mbH“ gibt. Bekanntlich erkannte der BGH, dass dies nicht möglich ist.

Im Rahmen der Entscheidung musste der BGH zur Rechtsfähigkeit der GbR keine endgültige Stellung beziehen. Das Bemerkenswerte an dem Urteil ist denn auch die Begründung: über weite Strecken argumentiert der BGH auf der Grundlage der traditionellen Gesamthandlehre; nur unter I 3 der Entscheidungsgründe führt der BGH als Hilfsargument an, dass man auch bei Annahme der Teilrechtsfähigkeit einer GbR zu keinem anderen Ergebnis gelangte<sup>66</sup>.

Derselbe Senat, der kurz danach die Rechtsfähigkeit der GbR erkennt, führt noch im Jahr 1999 in den die Entscheidung tragenden Gründen u.a. aus:

*„An eine Verselbständigung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu einer verpflichtungsfähigen Rechtsperson (...) hat der Gesetzgeber nicht gedacht, wie bspw. § 714 BGB zeigt (...). Auch die Regelung in § 736 ZPO (...) basiert ersichtlich auf diesem Verständnis.“<sup>67</sup>*

<sup>58</sup> statt aller: Palandt-Sprau, BGB, 68. A. 2009, § 719 Rn. 1, § 738 Rn. 1; MüKoBGB-Ulmer, 5. A. 2009, § 719 Rn. 17ff.

<sup>59</sup> Diese Haftung wurde erst durch das Gesetz zur zeitlichen Begrenzung der Nachhaftung von Gesellschaftern – Nachhaftungsbegrenzungsgesetz (NachhBG) – vom 18.03.1994, BGBl. I 560, eingeschränkt.

<sup>60</sup> Hierzu ausführlicher sogleich unter b).

<sup>61</sup> A.A. insoweit Kraft/Kreutz a.a.O. (Fn. 4), S. 167; im Übrigen dort ein guter Überblick über die Problemstellung.

<sup>62</sup> Und aus dem Grundsatz der Abdingbarkeit schuldrechtlicher Normen, vgl. MüKoBGB-Ulmer (nachfolgende Fn.). Dies wiederum legt nahe, die GbR eben doch als Schuldverhältnis anzusehen.

<sup>63</sup> Vgl. nur MüKoBGB-Ulmer, 5. A. 2009, § 719 Rn. 21ff. mit zahlreichen Nachweisen zur Entwicklung in Fn. 36.

<sup>64</sup> So auch K. Schmidt a.a.O. (Fn. 9), S. 994.

<sup>65</sup> BGH, Urteil v. 27.09.1999, II ZR 371/98, BGHZ 142, 315-323 = DNotZ 2000, 135-140 = MittBayNot 1999, 577-579 = MittRhNotK 1999, 353-355 und an zahlreichen anderen Fundstellen – hier wiedergegeben nach dem Entscheidungsabdruck in DNotZ 2000, 135ff. mit Anm. Brandani

<sup>66</sup> BGH a.a.O. (vorstehende Fn.), DNotZ 2000, 139. Dieser Teil der Entscheidungsgründe ist bezeichnenderweise in der DNotZ verkleinert abgedruckt.

<sup>67</sup> BGH a.a.O. (Fn. 65), DNotZ 2000, 138. Ist es nicht erstaunlich, wie man später anhand derselben Normen gerade die Rechtsfähigkeit der GbR argumentativ stützen möchte?

Und weiter:

„Auf der Grundlage dieses Verständnisses ist ein einseitiger Haftungsausschluss durch einen Gesellschafter bei Vertragsabschluss (...) ebenso wenig möglich {wie bei einer Einzelperson, Anm. d. Verf.}.“<sup>68</sup>

In seiner Begründung der Ablehnung einer „GbR mbH“ geht das Gericht noch vom Wortlaut des Gesetzes, nämlich von § 714 BGB aus. Der Gericht stellt zu Recht fest, dass durch eine (einseitige) Einschränkung der Vertretungsbefugnis nur die Möglichkeit eingeschränkt wird, rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten wirksam einzugehen, § 164 Abs. 1 S. 1, § 177 BGB.

Es geht also um die Frage, ob ein Schuldverhältnis (§ 241 BGB) überhaupt wirksam begründet werden kann oder nicht. Eine davon zu unterscheidende Frage ist die der Haftung für eine solchermaßen begründete Schuld. Der Schuldner haftet grundsätzlich unbegrenzt mit seinem gesamten Vermögen. Eine Haftungsbegrenzung auf bestimmte Vermögensteile, etwa den Anteil am Gesellschaftsvermögen, lässt sich einseitig durch Beschränkung der Vertretungsbefugnis (etwa im Gesellschaftsvertrag) gerade nicht erreichen. Folglich ist auf der Basis der „traditionellen Lehre“, welche wortlautgetreu entsprechend § 714 BGB eine Vertretung der anderen Gesellschafter annimmt, eine „GbR mbH“ nicht möglich.

- (2) Mit der Grundsatz-Entscheidung vom 29. Januar 2001 erkennt der Bundesgerichtshof dann aber auf der Grundlage der „neuen Lehre“, gleichsam als logische Konsequenz aus der mit demselben Urteil gerade erst festgestellten Rechtsfähigkeit, dass es sich bei der Haftung des Gesellschafters für Gesellschaftsverbindlichkeiten um eine akzessorische analog § 128 HGB handele,<sup>69</sup> und bezeichnet diese Erkenntnis in seinem 3. Leitsatz als „Fortführung“ der Entscheidung von 1999. Das ist überaus bemerkenswert:

mit der Begründung von 1999 hatte das Gericht noch plausibel und überzeugend erklärt, weshalb ein GbR-Gesellschafter selbstverständlich persönlich für die Gesellschaftsverbindlichkeiten haftet (Vertretung über § 714 BGB); es bedürfe einer positiven Begründung, warum dies nicht so sein soll. Mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit dreht sich das Bild herum: durch die aufgrund der Rechtsfähigkeit mögliche organschaftliche Vertretung und „Subjektivierung“ der Gesellschaft wird nur das Gesellschaftsvermögen verpflichtet, nunmehr bedarf die persönliche Haftung des Gesellschafters einer positiven Anordnung. Die Vertreter der „neuen Gruppenlehre“ haben dabei die Schwierigkeit, sich zwischen der „Doppelverpflichtungstheorie“ und der „Akzessorietätstheorie“ entscheiden zu müssen. Der BGH folgt der letzteren und findet die notwendige positive Anordnung der persönlichen Gesellschafterhaftung in der Analogie zu § 128 HGB. Diese Umkehrung der Argumentation dann als „Fortführung“ der Entscheidung von 1999 zu bezeichnen, mutet aber doch ein wenig gewagt an.

- (3) Nachdem die persönliche Haftung der GbR-Gesellschafter für neu eingegangene Verbindlichkeiten allerdings durch das Gericht in der vorstehenden Weise geklärt worden war, blieb freilich noch offen die Frage nach der Haf-

tung eines neu hinzutretenden Gesellschafters für „Alt“-Verbindlichkeiten. Von der akzessorischen Haftung der GbR-Gesellschafter analog § 128 HGB war es dann scheinbar nur ein kleiner Schritt zur analogen Anwendung des § 130 HGB auf die Haftung neu beitretender GbR-Gesellschafter. Freilich nur scheinbar, denn das eine hat mit dem anderen nichts zu tun.

Zur Erinnerung:

auf dem Boden der „traditionellen Lehre“ wurde eine persönliche Haftung eines Neu-Gesellschafters für Alt-Verbindlichkeiten mit der Begründung verneint, dass dieser beim Abschluss des seinerzeitigen Verpflichtungsgeschäfts nicht vertreten gewesen war, § 714 BGB. Für diese Lehre bestand daher die Schwierigkeit zu erklären, weshalb der Neu-Gesellschafter dennoch „mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen“ haftete. Wie oben dargestellt, bietet für den Fall des Ein- und Austritts das Gesetz über das An- und Abwachsungsmodell hinreichend Möglichkeit zur Begründung. Die offene Lücke war die Erklärung einer Haftung des Neu-Gesellschafters im Falle der Abtretung des GbR-Anteils. Diese Lücke (und nur diese!) hat der BGH in der Entscheidung von 2001 mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit in seinem Sinne geschlossen. Diese Rechtsprechung liefert daher eine Begründung für die Haftung des Neu-Gesellschafters „mit seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen“. Denn wenn die Verpflichtung „die (rechtsfähige) Gesellschaft“ selbst trifft, erscheint es logisch, dass „das Gesellschaftsvermögen“ unabhängig vom Gesellschafterbestand haftet.

Eine Begründung oder gar eine Rechtfertigung für eine darüber hinaus gehende persönliche Haftung des Neu-Gesellschafters für Altgesellschaften mit seinem sonstigen Vermögen liefert die Anerkennung der Rechtsfähigkeit gerade nicht<sup>70</sup>. Im Gegenteil: da – wie dargestellt – die Anerkennung der Rechtsfähigkeit schon dazu führte, dass nunmehr die persönliche Haftung eines Gesellschafters mit seinem sonstigen Vermögen für während seiner Mitgliedschaft neu eingegangene Verbindlichkeiten einer speziellen Begründung bedurfte, bedarf es erst recht der Darlegung, weshalb man eine persönliche Haftung eines Neu-Gesellschafters für, ihm bei der GbR in der Regel nicht einmal erkennbare, Alt-Verbindlichkeiten annehmen will.

Es ist daher wenig verwunderlich, dass die analoge Anwendung des § 130 HGB sowohl in der Literatur als auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung<sup>71</sup> umstritten war. Das OLG Düsseldorf sieht in § 130 HGB zu Recht eine auf den Handelsverkehr mit seinen Prinzipien (wie Schnelligkeit, Publizität, Risikoordnung etc.) zugeschnittene, spezielle Haftungsnorm und hat die Anwendung auf die GbR abgelehnt. Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 07. April 2003<sup>72</sup> die analoge Anwendung dagegen bekanntlich bejaht, obwohl ein Neu-GbR-Gesellschafter das Vorhandensein von Alt-Ver-

<sup>70</sup> Eine Rechtfertigung kann sich aus dem Prinzip der Gesamthand ergeben, dazu eingehend unten unter III.

<sup>71</sup> bejahend: OLG Hamm, Urteil v. 22.11.2001, 28 U 16/01, RNNotZ 2002, 182-185, verneinend: OLG Düsseldorf, Urteil v. 20.12.2001, 23 U 49/01, RNNotZ 2002, 185-187; zu beiden Entscheidungen Heil/Menninger, RNNotZ 2002, 187.

<sup>72</sup> BGH, Urteil v. 07.04.2003, II ZR 56/02, BGHZ 154, 370-378 = DNotZ 2003, 764-768 = RNNotZ 2003, 1084-1087 = NotBZ 2003, 266-267 und an zahlreichen anderen Fundstellen.

<sup>68</sup> BGH a.a.O., vorstehende Fn.

<sup>69</sup> Teil. B. der Entscheidungsgründe, in MittBayNot nicht abgedruckt.

bindlichkeiten überhaupt nicht prüfen kann, anders als, zumindest theoretisch, ein Neu-Gesellschafter einer buchführungspflichtigen oHG. Wohl war dem Gericht bei dieser Entscheidung allerdings selbst nicht, wie sich aus der Einschränkung im 2. Leitsatz sowie daraus ergibt, dass die Rechtsprechung nur für Neu-Fälle gelten soll.

- (4) Unabhängig von der Rechtfertigung für eine solch weitgehende Haftung bei der GbR erscheint aber auch die dogmatische Konstruktion zumindest unsauber:

Eigentlich sollte es, blickt man ins Gesetz, ja so sein: dort, wo das HGB keine (spezielleren) Regelungen enthält, gilt das BGB, § 105 Abs. 3 HGB, Art. 2 Abs. 1 EGHGB. Eine Lücke im HGB wird also durch den Blick ins BGB geschlossen. Der BGH macht es genau andersherum: eine im BGB gefundene Lücke (die ohne die eigene Rechtsprechung eigentlich gar nicht vorhanden gewesen wäre) schließt das Gericht durch Rückgriff auf eine Regelung im HGB.

Wenn sich aufgrund der Anerkennung der Abtretbarkeit eines GbR-Anteils eine (Begründungs-)Lücke im Haftungsmodell bei der GbR auftrat, hätte es daher bei der dargestellten Gesetzssystematik eher nahe gelegen, die anderen, im BGB geregelten Gesamthandsgemeinschaften zu untersuchen und zu fragen, ob das Gesetz dort ein Regelungsmodell anbietet. Dies tut es, und zwar im Rahmen des Erbschaftskaufs: nach § 2382 BGB haftet der Erbeilerwerber im Außenverhältnis den Nachlassgläubigern gegenüber unbeschränkt persönlich, unbeschadet der Forthaftung des Erbteilsveräußerers. Und für das Innenverhältnis ordnet § 2378 BGB eine Verteilung zwischen Veräußerer und Erwerber an. So ließe sich, ganz ohne Rechtsfähigkeit, auch bei Anerkennung der Abtretbarkeit des Gesellschaftsanteils ein Haftungsmodell der GbR begründen.

Ganz fern liegend ist eine solche Analogie innerhalb des Systems der Gesamthandsgemeinschaften übrigens auch für den Bundesgerichtshof nicht: mit Urteil vom 21. Januar 1998<sup>73</sup>, bestätigt durch Urteil vom 27. Oktober 2004<sup>74</sup>, hat das Gericht festgestellt, dass ein Miterbe auch analog § 738 BGB im Wege der Abwachsung aus einer Erbengemeinschaft ausscheiden kann, und nicht nur durch Erbeilsübertragung. Dies ist, wenn man so will, der umgekehrte Fall zum dem der GbR-Anteilsabtretung: eine gesetzliche nicht geregelte Abwachsung innerhalb der Erbengemeinschaft. Weshalb dann nicht auch andersherum eine Analogie zu §§ 2378, 2382 BGB für den Fall der gesetzlich nicht geregelten GbR-Anteilsabtretung gebildet werden könnte, ist nicht erkennbar. Damit wäre jedenfalls die (Haftungs-)Nachfolge in (Dauer-)Schuldverhältnisse erklärt, ganz ohne Rechtsfähigkeit.

## 5. Partei- und Prozessfähigkeit

Aus der anerkannten Rechtsfähigkeit der GbR folgt für den BGH dann auch deren Parteifähigkeit im Zivilprozess:

*„Erkennt man die Fähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts an, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, kann ihr die Parteifähigkeit im Zivilprozess, die gemäß § 50 ZPO*

*mit der Rechtsfähigkeit korrespondiert, nicht abgesprochen werden.*<sup>75</sup>

Dass § 50 ZPO, vollständig gelesen, nach meinem Verständnis eigentlich etwas anderes aussagt, wird vom BGH in seinen folgenden Ausführungen dann allerdings großzügig ignoriert.

Richtig ist, dass § 50 Abs. 1 ZPO den Gleichlauf von Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit normiert. Richtig ist aber auch, dass § 50 Abs. 2 ZPO nicht rechtsfähigen Vereinen Parteifähigkeit zuerkennt. Diese Regelung kann man nur verstehen, wenn man sich des rechtshistorischen und des rechtspolitischen Hintergrundes erinnert:

§ 50 Abs. 2 ZPO korrespondiert mit § 54 BGB, welcher anordnet, dass auf nicht rechtsfähige Vereine die Vorschriften über die Gesellschaft anwendbar seien. Die Vorschrift wurde ursprünglich nur deswegen ins BGB eingefügt, um Gewerkschaften und politische Parteien, welche als nicht rechtsfähige Vereine organisiert waren, zu einer Eintragung ins Vereinsregister zu zwingen, um sie so besser kontrollieren zu können<sup>76</sup>. Es ist daher heute ganz herrschende Meinung, dass, entgegen dem Wortlaut des § 54 BGB, auch auf nicht rechtsfähige Vereine Vereinsrecht anzuwenden ist, soweit dem nicht die fehlende Eintragung entgegensteht, und nicht das Recht der BGB-Gesellschaft<sup>77</sup>.

Vor dem historischen Hintergrund des § 54 BGB ist denn auch die Vorschrift des § 50 Abs. 2 ZPO zu sehen: trotz des, nach dem rechtspolitisch motivierten Willen des Gesetzgebers, anzuwendenden Gesellschaftsrechts sollte der nicht rechtsfähige Verein als parteifähig anzusehen sein. Das liegt daran, dass es sich in Wahrheit eben doch um einen Verein (im engeren Sinne) mit körperschaftlichen Strukturen etc. handelt, und nicht um eine Gesellschaft i.S.d. §§ 705ff. BGB.. Anders herum gesprochen: wegen der Nähe zum Verein ordnet § 50 Abs. 2 ZPO für die nicht rechtsfähigen Vereine Parteifähigkeit an; die GbR ist vom Anwendungsbereich des § 50 ZPO gerade nicht erfasst<sup>78</sup>.

Die eher einengende als erweiternde Bedeutung des § 50 ZPO<sup>79</sup> wird auch im Vergleich mit entsprechenden Regelungen in jüngeren Verfahrensordnungen deutlich. So grenzt § 61 VwGO in Nr. 1 und 2 deutlich „natürliche und juristische Personen“ einerseits von „Vereinigungen, soweit ihnen ein Recht zustehen kann“ andererseits ab; Entsprechendes gilt für die Parallelnorm in § 11 VwVfG. Mit diesen Regelungen für das Verwaltungs- und das Verwaltungsgerichtsverfahren sollte die Beteiligtenfähigkeit bestimmter Vereinigungen (u.U. auch einer GbR, wenn diese über einen bestimmten Organisationsgrad verfügt<sup>80</sup>) über die Parteifähigkeit im Zivilverfahren hinaus ausdrücklich

<sup>73</sup> BGH, Urteil v. 21.01.1998, IV ZR 346/96, BGHZ 138, 8-14 = DNotZ 1999, 60-64 = MittBayNot 1998, 188-190 = MittRhNotK 1998, 248-249.

<sup>74</sup> BGH, Urteil vom 27.10.2004, IV ZR 174/03, EBE/BGH 2004, 413-415 = NJW 2005, 284-286 = DNotI-Report 2005, 24 = ZEV 2005, 22 = ZNotP 2005, 67-69 = NotBZ 2005, 71-73

<sup>75</sup> A II der Entscheidungsgründe, MittBayNot 2001, 193ff.

<sup>76</sup> Palandt-Ellenberger, BGB, 68. A. 2009, § 54 Rn. 1; MüKoBGB-Reuter, 5. A. 2006, § 54 Rn. 1ff.

<sup>77</sup> MüKoBGB-Reuter a.a.O. (vorherige Fn), § 54 Rn. 4.

<sup>78</sup> Die nach traditionellem Verständnis ebenfalls nicht rechtsfähigen, sondern nur quasi-rechtsfähigen Personenhandelsgesellschaften sind vom Wortlaut des § 50 ZPO streng genommen auch nicht erfasst. Hierüber hilft freilich § 124 HGB hinweg: die Personenhandelsgesellschaft kann unter ihrer Firma klagen und verklagt werden.

<sup>79</sup> Vgl. Schoch/Schmitz-Aßmann/Pietzner-Bier, VwGO, Grundwerk 1996, 17. EL. 2008, § 61 Rn. 5.

<sup>80</sup> Schoch/Schmitz-Aßmann/Pietzner-Bier a.a.O. (vorherige Fußnote).

geregelt werden. Ganz bewusst formuliert der Gesetzgeber in § 61 Nr. 2 VwGO, dass Beteiligtenfähigkeit Vereinigungen zukommen kann, „soweit<sup>81</sup> ihnen ein Recht zustehen kann“, und nicht: „rechtsfähige Vereinigungen sind beteiligtenfähig“. Damit ist zum einen zum Ausdruck gebracht, dass die verfahrensrechtliche Regelung der Beteiligtenfähigkeit nichts mit der materiellen Rechtsfähigkeit zu tun hat, sondern darüber hinaus geht, und zum anderen, dass Beteiligtenfähigkeit den in § 61 Nr. 2 VwGO genannten Vereinigungen eben nicht generell, sondern nur so weit zukommt, als sie Zuordnungsobjekt eines Rechtssatzes sein können<sup>82</sup>.

Interessanterweise ist auch in diesem Rechtsgebiet die Einordnung der oHG und der KG bis heute uneinheitlich. Während jene Gesellschaften wegen ihrer (Quasi-)Rechtsfähigkeit eigentlich vom Normzweck des § 61 Nr. 2 VwGO nicht erfasst sind, ist eine unmittelbare Subsumtion unter § 61 Nr. 1 VwGO mangels Eigenschaft „juristische Person“ nicht möglich. Es wird daher die analoge Anwendung beider Normen propagiert, oder, salomonisch, § 124 HGB als spezielle Norm angesehen, aus welcher auch die Beteiligtenfähigkeit folgt<sup>83</sup>.

Die Regelung in § 61 VwGO ist Vorbild für zahlreiche Parallelvorschriften in anderen Verfahrensordnungen geworden, etwa § 70 SGG oder, ganz aktuell, § 8 FamFG. Gerade bei der zuletzt genannten Vorschrift wurde ausdrücklich auf § 61 VwGO Bezug genommen. Eine Erweiterung der Nr. 1 um „rechtsfähige Personengesellschaften“ ist dabei unterblieben, obwohl doch in der jüngsten BGH-Entscheidung nochmals klar gestellt wurde, dass es sich bei diesen nicht um eine juristische Person handelt. Das legt den Schluss nahe, dass das Gesetz die GbR und die auf ihr basierenden Gesellschaften doch nicht als umfassend rechtsfähig ansieht, sondern die Behandlung „als rechtsfähig“ nur punktuell regelt, wo es angezeigt erscheint.

## 6. Weitere prozessuale Überlegungen

Über, auch im Verhältnis zur Begründung der materiellen Rechtsfähigkeit, weite Strecken seiner Entscheidung begründet der Bundesgerichtshof die Parteifähigkeit der GbR noch mit weiteren prozessualen Erwägungen, vor allem in Bezug auf die notwendige Streitgenossenschaft, sowie den Parteilwechsel im laufenden Prozess. Diese Überlegungen vermögen die Rechtsfähigkeit der GbR schon deswegen nicht zu stützen, weil die Anerkennung der Parteifähigkeit auf der Prämisse der Anerkennung der Rechtsfähigkeit beruht. Anders herum ausgedrückt: ohne Rechtsfähigkeit auch keine Parteifähigkeit<sup>84</sup>.

Unabhängig davon, zeigen die Ausführungen des Gerichts dennoch, dass auch die Konzeption des Prozessrechts, welches ja der Verwirklichung des materiellen Rechts dient, an sich auf der Annahme beruht, die GbR sei nicht rechtsfähig. Dies wird an den Schwierigkeiten deutlich, mit denen das Gericht seine Überlegungen begründen muss. Beispielhaft mag dies folgende Passage aus der Urteilsbegründung belegen:

*„Ein gegen die Gesamtheit der gesamthänderisch verbundenen Gesellschafter als Partei ergangenes Urteil ist eine Urteil gegen alle Gesellschafter i.S.d § 736 ZPO. Die Vorschrift verlangt weder vom Wortlaut noch vom Zweck her ein Urteil gegen jeden einzelnen Gesellschafter.“<sup>85</sup>*

Hier wird der klare Wortlaut des Gesetzes vergewaltigt, um ihn der neuen Auffassung des Gerichts anzupassen. Und so muss sich der BGH denn auch redlich bemühen, noch einen Anwendungsbereich für § 736 ZPO zu finden und zu begründen<sup>86</sup>.

Darüber hinaus sind zumindest einige der vom Gericht im prozessualen Teil seiner Begründung aufgezeigten Schwierigkeiten im Haftungsmodell der GbR begründet. Für diese ist der Weg über die Rechts- und Parteifähigkeit ein Lösungsansatz, aber, wie dargestellt, eben nicht der einzige. Und wenn wirklich das Verfahrensrecht Schwierigkeiten bei der Verwirklichung eines ansonsten intakten materiellen Rechts bereitet, läge es doch näher, (nur) das Verfahrensrecht anzupassen, statt den Fehler im materiellen Recht zu suchen.

## III. Das Modell „rechtsfähige Gesamthand“

### 1. Das Dogma

#### „Rechtsfähigkeit“ = „Rechtspersönlichkeit“

Die Entscheidung vom 29. Januar 2001 vermag daher nicht restlos zu überzeugen; an sich hätte es deutlich näher gelegen, der GbR die Rechtsfähigkeit zu versagen. Trotz ihrer Schwächen lässt sich aber aus der Entscheidung eines herauslesen:

Am eigentlichen Gesamthandsprinzip ist vom BGH (noch) nicht gerüttelt worden. An zahlreichen Stellen der Entscheidung wird die gesamthänderische Verbundenheit der Gesellschafter betont:

- etwa in A I 2a der Urteilsgründe<sup>87</sup>, wo von der „Rechtsnatur der gesellschaftsrechtlichen Gesamthandsgemeinschaft“ die Rede ist;
- deutlich wird dies auch bei der soeben zitierten Passage zu § 736 ZPO, bedeuten die dortigen Ausführungen doch wohl so viel: ist ein Urteil gegen die – nach der Entscheidung des BGH parteifähige – GbR ergangen, so liegt (dennoch) ein Urteil gegen alle Gesellschafter vor. Wozu die mühevoll Begründung dieser Meinung, wenn, mangels „Gesamthand hinter der Rechtsfähigkeit“, die Gesellschafter eigentlich gar nicht betroffen wären, sondern nur „die Gesellschaft“? Wenn es nur um das Vermögen „der Gesellschaft“ ginge, wozu dann noch mühsam einen Titel gegen die Gesellschafter konstruieren, um dem Wortlaut des § 736 ZPO zu entsprechen? § 736 ZPO ist die logische prozessuale Konsequenz aus §§ 718, 719 BGB. Wenn man sich aber über diese Normen hinwegsetzt, weshalb dann nicht auch § 736 ZPO für obsolet erklären? Die Ausführungen des Gerichts machen daher nur dann Sinn, wenn man annimmt, dass der BGH am Gesamthandsprinzip im Grunde festgehalten hat;

<sup>81</sup> Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>82</sup> Schoch/Schmitz-Aßmann/Pietzner-Bier, a.a.O. (Fn. 79), § 61 Rn. 6.

<sup>83</sup> Schoch/Schmitz-Aßmann/Pietzner-Bier, a.a.O. (Fn. 79), § 61 Rn. 2, 4; vgl. auch meine Fn. 76.

<sup>84</sup> So auch der BGH; s. oben II 5.

<sup>85</sup> A II 3 der Entscheidungsgründe, MittBayNot 2001, 195.

<sup>86</sup> A II 3 c) der Entscheidungsgründe, MittBayNot 2001, 196

<sup>87</sup> MittBayNot 2001, 192.

- besonders prägnant ist dies auch bei den Ausführungen des Gerichts in A I 4 der Entscheidungsgründe<sup>88</sup>:

*„In der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gesellschaft liegt kein Widerspruch zu den §§ 21, 22, 54 BGB, wo mit Rechtsfähigkeit offensichtlich die Fähigkeit der Gesellschaft gemeint ist, Träger von Rechten und Pflichten aufgrund eigener Rechtspersönlichkeit und damit ‚als solcher‘ und nicht als Gruppe ihrer gesamthänderisch verbundenen Mitglieder zu sein. (...) So ist es praktisch unbestritten, dass oHG und KG Träger von Rechten und Pflichten sein können, ohne als Gesamthandsgemeinschaften<sup>89</sup> den Status einer juristischen Person zu besitzen.“*

Die GbR wird daher unverändert – ebenso wie die oHG und die KG! – als Gesamthand angesehen. Gebrochen wird allerdings scheinbar mit dem überkommenen Dogma, dass „Rechtsfähigkeit“ und „Rechtspersönlichkeit“ zwingend untrennbar und passgenau zusammen gehören<sup>90</sup>. Der Bundesgerichtshof räumt der Gesellschaft bürgerlichen Rechts vielmehr

*„nach außen bestehende“<sup>91</sup> beschränkte Rechtssubjektivität<sup>92</sup>*

ein<sup>93</sup>.

## 2. Die Rechtsfähigkeit als „Linse“

Mit dem Modell „Trennung von ‚Rechtsfähigkeit‘ und ‚Rechtspersönlichkeit‘“ könnte man möglicherweise ganz gut leben. Nach diesem Modell ist „Rechtsfähigkeit“ als die Möglichkeit zu verstehen, nach außen geschlossen als Einheit im Rechtsverkehr aufzutreten, unabhängig davon, wen dieses Auftreten im Sinne einer „unmittelbaren Letztzuständigkeit“ tatsächlich trifft.

Im Bereich der Personenhandelsgesellschaften nannte man dies (früher) „Quasi-Rechtsfähigkeit“, welche in § 124 HGB angeordnet ist. Im Bereich der Personenhandelsgesellschaften entspricht diese „Quasi-Rechtsfähigkeit“ (nach neuerer Lesart des BGH vielleicht eher: die Trennung von Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit) auch der vom Gesetzgeber vorgegebenen Konstruktion, wie sich deutlich aus der unterschiedlichen Formulierung des § 124 HGB einerseits („kann unter ihrer Firma ... eingehen, erwerben...“) und etwa des § 13 GmbHG andererseits („hat als solche (...) selbständig Rechte und Pflichten“) ergibt. Da besteht ein deutlicher Unterschied, nicht nur in der Formulierung, auch in der Bedeutung. Diese feinsinnige Unterscheidung wurde übrigens vom historischen Gesetzgeber bewusst getroffen, wie auch der BGH ausführ<sup>94</sup>: die Bezeichnung „als solche“ wurde historisch nur für juristische Personen verwendet, in Abgrenzung zur nicht rechtsfähigen Gesamthand. Und § 124 HGB ist im Zweiten Buch HGB im ersten Abschnitt dritter Titel unter der amtlichen Überschrift „Rechtsverhältnisse der Gesellschafter<sup>95</sup> zu Dritten“ geregelt, wohingegen sich

§ 13 GmbHG im Zweiten Abschnitt unter der Überschrift „Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter“ findet.

Mit § 124 HGB ist folglich nur die „Außenseite“ geregelt, und dies auch ohne Anerkennung einer „Rechtssubjektivität“ der Gesellschaft „als solcher“. Eine solche Quasi-Rechtsfähigkeit nach altem Verständnis analog § 124 HGB hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 29. Januar 2001 – bei Lichte betrachtet – jetzt auch der GbR beigelegt, ohne dies offen zu sagen. Wie bei der analogen Anwendung der §§ 128, 130 HGB, ist dies freilich eine Analogie „gegen den Strich“.

Wenn man sich hierauf einlässt, entspricht die „Rechtsfähigkeit“ der GbR dennoch nur der „einen Seite der Medaille“, oder vielleicht besser: einer Linse oder eines Prismas<sup>96</sup>. Die Rechtsfähigkeit sammelt und fokussiert die Außenbeziehungen und projiziert diese auf das oder die dahinter stehenden Rechtssubjekt(e). Bei den juristischen Personen ist dies die Gesellschaft „als solche“; bei den Gesamthandsgesellschaften sind dies die gesamthänderisch verbundenen Gesellschafter<sup>97</sup>, welche sich sozusagen „unter ihrer Firma“ versteckt halten.

## 3. Das Prinzip „Gesamthand hinter der Rechtsfähigkeit“

Mit einem Modell „Gesamthand hinter der Rechtsfähigkeit“ bleibt die Gesamthand durch die Linse der Rechtsfähigkeit hindurch also stets erkennbar. Dies ist auch zwingend, denn die Rechtsordnung hat das Gesamthandsprinzip konsequent umgesetzt, wie einige Beispiele belegen sollen.

### (a) Veränderungen im Gesellschafterbestand

Akzeptiert man die vom BGH erkannte Rechtsfähigkeit für die Personengesellschaften, lässt sich trotzdem (nur) mit dem Prinzip „Gesamthand hinter der Rechtsfähigkeit“ erklären, weshalb nach dem Gesetz Veränderungen auf der Ebene der Gesellschafter (Kündigung, Tod, Insolvenz) den Bestand der Gesellschaft selbst gefährden, wie dies bei der GbR der Fall ist<sup>98</sup>, und weshalb dies bei den gegenüber ihren Mitgliedern verselbstständigten juristischen Personen nicht der Fall ist. Nicht, dass dies dogmatisch nicht auch anders konstruiert werden könnte, aber nur im Prinzip der Gesamthand liegt die rechtspolitische und rechtstheoretische Rechtfertigung dafür. Denn die Personengesellschaften sind, auch nach der jüngsten Entscheidung des BGH, gerade keine juristischen Personen, und können es auch nicht sein, da dies nur aufgrund gesetzgeberischer Anordnung möglich wäre. Dann aber stehen bei der Personengesellschaft die sie bildenden Personen im Blickpunkt, und zwar in der gesamthänderischen Verbundenheit, wie sie in den §§ 718, 719, 723ff. BGB ihren Ausdruck gefunden hat.

<sup>88</sup> MittBayNot 2001, 193.

<sup>89</sup> Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>90</sup> Zu der Forderung, mit diesem Dogma zu brechen, siehe auch Brandani, DNotZ 2000, 140, 143, in ihrer Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom 27.09.1999; vgl. weiter K. Schmidt a.a.O. (Fn. 9), S. 996.

<sup>91</sup> Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>92</sup> A I 2 der Entscheidungsgründe, MittBayNot 2001, 192.

<sup>93</sup> Nicht zu verwechseln mit der Frage, was eine „(Außen-)GbR“ sein soll!

<sup>94</sup> A II 3 b) der Entscheidungsgründe, MittBayNot 2001, 196.

<sup>95</sup> Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>96</sup> Hertel, DNotZ 2009, 121, 122 nennt dies in Fn. 4 „Handschuhtheorie“, meint damit aber das Gleiche wie ich.

<sup>97</sup> Vgl. insoweit nur nochmals die zitierten Ausführungen des BGH zu § 736 ZPO (oben II 6. am Ende)!

<sup>98</sup> Und wie dies auch bei den Personenhandelsgesellschaften früher der Fall war. Auch bei der oHG führte bis zur Änderung des § 131 HGB durch das HRefG der Tod eines Gesellschafters, die Privatinsolvenz bzw. die Kündigung zur Auflösung der Gesellschaft. Die Änderung des § 131 HGB war ausschließlich rechtspolitisch motiviert, BT-Dr. 13/8444 S. 41f.; eine grundsätzliche dogmatische Neuausrichtung war damit nicht verbunden. Unzutreffend daher die Ansicht von Mensch, BWNNotZ 2007, 140 unter 1..

(b) Persönliche Haftung

(Nur) mit Modell „Gesamthand hinter der Rechtsfähigkeit“ kann auch die persönliche Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten gerechtfertigt werden, erst recht die nach § 130 HGB auch einen später hinzutretenden Neu-Gesellschafter für Alt-Verbindlichkeiten treffende. Nicht umsonst hat sich auch die Rechtsprechung mit dem Modell einer „voll haftungsbeschränkten Personenhandelsgesellschaft“ lange schwer getan: die GmbH & Co. KG, also eine Personengesellschaft mit einer haftungsbegrenzten Rechtsform als Komplementär, ist erst seit dem Beschluss des Reichsgerichts vom 04. Juli 1922<sup>99</sup> allgemein anerkannt.

Eine so weite persönliche Haftung ist nur zu rechtfertigen, wenn den Gesellschaftern auch die unmittelbare (Letzt-) Zuständigkeit für das Gesellschaftsvermögen verbleibt. Eine strikte Trennung bei der Vermögenszuständigkeit bedingt auch eine strikte Trennung bei der Haftung, so wie dies bei den juristischen Personen der Fall ist:

Bei den juristischen Personen ist die Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern rechtstechnisch verselbstständigt. Durch diese strikte Trennung der Vermögenszuordnung ist auch eine strikte Trennung der Haftung problemlos durchführbar. Der Gesetzgeber schafft so die Möglichkeit, eine persönliche Haftung der Gesellschafter auszuschließen; dies wird u.a. kompensiert durch eine Mindestkapitalausstattung, durch (Bilanz-)Publizität sowie ein mehr oder weniger strenges Satzungsregime. Dies alles geschieht aus rechtspolitischen Gründen wohl gemerkt, um etwa einem breiten Publikum die auf ein bestimmtes, überschaubares (Verlust-)Risiko begrenzte Teilnahme an unternehmerischer Betätigung zu ermöglichen, nicht aus dogmatischer Notwendigkeit.

Bei den Personen(handels-)gesellschaften hat der Gesetzgeber hingegen ausdrücklich eine umfassende persönliche Haftung<sup>100</sup> der Gesellschafter angeordnet. Mit dieser Haftungskonzeption korrespondiert zum einen das Prinzip der Selbstorganschaft, damit korrespondiert aber vor allem auch das Gesamthandsprinzip mit einer direkten Vermögenszuordnung an die Gesellschafter zur gesamten Hand. Dies gilt konzeptionell nicht nur bei den Personengesellschaften, sondern auch bei den anderen Gesamthandsgemeinschaften, wie Erben- und Gütergemeinschaft, und ist auch dort entsprechend geregelt.

Dass auch das Personengesellschaftsrecht (einzelne) Gesellschafter mit Haftungsbegrenzung kennt, nämlich die Kommanditisten, spricht nicht dagegen. Denn auch der Kommanditist haftet gem. § 171 Abs. 1 HGB wie jeder andere Personengesellschafter zunächst einmal persönlich, unmittelbar und mit seinem gesamten Vermögen; und diese Haftung kann später sogar wieder aufleben, z.B. § 172 Abs. 4 HGB. Nur durch Leistung seiner Einlage kann sich der Kommanditist von seiner Haftung befreien. Das Gesetz stellt hier also dem Rechtsverkehr für solche Vereinigungen, die z.B. aus Bonitätsgründen einen Voll-

hafter benötigen, an der sich aber auch andere mit begrenztem Risiko sollen beteiligen können, eine Mischform zur Verfügung.

(c) Steuerrecht

- (1) Das Modell „Gesamthand hinter der Rechtsfähigkeit“ erklärt weiter, weshalb etwa der Bundesfinanzhof in seiner Entscheidung vom 14. September 1994<sup>101</sup>, also relativ kurz vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR durch den BGH, bei einer Schenkung an die „Gesamthandsgemeinschaft“ durch die GbR hindurch eine Bereicherung der einzelnen Gesamthänder erkennen kann, auf welche dann ggf. Erbschaftsteuerklasse I anwendbar ist<sup>102</sup>; dies gilt nach BFH ausdrücklich auch für die oHG und KG. Eine (unmittelbare) vermögensmäßige Bereicherung der einzelnen Gesamthänder kann man aber nur annehmen, wenn eine direkte Vermögenszuständigkeit dieser Gesellschafter besteht<sup>103</sup>.

Bemerkenswert an der Entscheidung ist vor allem, dass das Gericht ausdrücklich seine eigene, gerade mal sechs Jahre alte Rechtsprechung von 1988 aufgibt. Bedenkt man, dass es den Grundsatz gibt: „Steuerrecht folgt Zivilrecht“, und dass auch Finanzgerichte in erster Linie zivilrechtliche Fragen zu beantworten haben<sup>104</sup>, aus denen dann eine bestimmte Steuerfolge resultiert, sieht man, dass auch die Münchener Richter (wieder) ein zivilrechtliches Modell „Gesamthand hinter der GbR“ anwenden. Und das aufgrund besserer eigener Erkenntnis, nachdem man dies kurz zuvor noch anders gesehen hatte!

Auf der gleichen Linie liegt im Übrigen die Entscheidung des 1. Senats des BFH, ebenfalls vom 14. September 1994<sup>105</sup>, mit welchem dieser, auch wieder in Abweichung von der eigenen Rechtsprechung aus 1985, ausdrücklich feststellt, dass der Gesellschafter einen Personengesellschaft gem. § 718 Abs. 1 BGB immer (nur einen) Anteil am Gesellschaftsvermögen hält. Im Klartext: der Gesellschafter ist am Gesellschaftsvermögen unmittelbar beteiligt.

- (2) (Nur) dieses Modell kann auch begründen, weshalb die Personen(handels)gesellschaft – anders als die juristischen Personen – im Ertragsteuerrecht nicht selbst Steuersubjekt ist. Auf der Ebene der Personengesellschaft wird bekanntlich eine gesonderte und einheitliche Feststellung des Jahresergebnisses durchgeführt, und der Gewinn oder Verlust dann unmittelbar dem einzelnen Gesellschafter zugerechnet, § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG, § 180 Abs. 1 Nr. 2a AO. Mit einem Modell „Verselbstständigung der Personengesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern“ ist eine solche steuerliche Betrachtungsweise kaum vereinbar.

<sup>101</sup>BFH, Urteil v. 14. 09.1994, II R 95/92, BFHE 176, 44 = BStBI II 1995, 81 = DNotZ 1995, 300-302 = Mitt-BayNot 1995, 82-83 = MittRhNotK 1995, 33-35 und zahlreiche andere Fundstellen.

<sup>102</sup>Der BFH führt in seinem Leitsatz aus: „Fällt einer Gesamthandsgemeinschaft (...) Vermögen zu, sind unabhängig von der Frage, ob zivilrechtlich ggf. die Gesamthand Erbin oder Beschenkte ist, (...) die Gesamthänder als vermögensmäßig bereichert anzusehen.“

<sup>103</sup>So ausdrücklich BFH a.a.O. (Fn. 101), Tz. 13.

<sup>104</sup>Der BFH etwa begründet seine – richtige – Auffassung mit dem Wortlaut der §§ 718, 719 BGB! Zur Bedeutung des Zivilrechts in der Steuerrechtsprechung s. auch Crezelius, DAI-Skript „7. Gesellschaftsrechtliche Jahresarbeitstagung“, S. 196ff.,

<sup>105</sup>BFH, Urteil vom 14. September 1994, I R 41/94, BFH/NV 1995, 766-767

<sup>99</sup>RG, Beschluss v. 04.07.1922, IIb 2/22, RGZ 105, 101-106; dazu auch Kraft/Kreutz a.a.O. (Fn. 4), S. 257.

<sup>100</sup>Bei der GbR resultiert die persönliche Haftung nach dem – richtigen – traditionellen Verständnis auf der Regelung des § 714 BGB, also aus (persönlichem oder) Vertreter-Handeln; bei der oHG und den darauf verweisenden Gesellschaften auf der Regelung in §§ 128, 130 HGB.

- (3) Das erörterte Modell „Gesamthand hinter der Rechtsfähigkeit“ liefert auch die Begründung für die Steuerbefreiungsvorschriften in §§ 5 und 6 GrEStG. Zwar wird die GbR grunderwerbsteuerlich als Steuersubjekt angesehen. Aber nur wenn man den Übergang von oder auf eine Gesamthand als einen Wechsel der Beteiligungsart, nicht aber als Übergang von einem auf ein anderes, davon abzugrenzendes Rechtssubjekt<sup>106</sup> ansieht, kommt eine partielle Steuerbefreiung sinnvollerweise in Betracht. §§ 5 und 6 GrEStG unterscheiden dabei nicht zwischen einzelnen Arten von Gesamthandsgemeinschaften, gelten also ausdrücklich auch für die Personen(handels)gesellschaften, Gütergemeinschaft und Erbengemeinschaft<sup>107</sup>. Bedenkt man, dass das Grunderwerbsteuergesetz 1997 neu bekannt gemacht wurde<sup>108</sup>, und dass die bundeseinheitliche Grunderwerbsteuerregelung ohnehin eine verhältnismäßig junge Materie ist, kann man daraus schließen, dass auch der moderne Gesetzgeber (noch) von einem einheitlichen Modell der Gesamthand ausgeht.

Dies erkennt man auch an der durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 erfolgten Änderung des (erst 1997 neu eingeführten) § 1 Abs. 2a GrEStG sowie des § 1 Abs. 3 GrEStG. Mit der Änderung des § 1 Abs. 3 GrEStG wurde für (Kapital-)Gesellschaften neu eingeführt, was bereits kurz zuvor durch Einführung des § 1 Abs. 2a GrEStG geregelt worden war: nicht mehr nur der unmittelbarer oder mittelbare Austausch aller Gesellschaftsanteile sollte die Grunderwerbsteuerpflicht auslösen, sondern bereits der Austausch von „mindestens 95 vom Hundert der Anteile“. Während dies aber bei Kapitalgesellschaften zur vollen Steuerpflicht führt, schließt § 1 Abs. 2a GrEStG die Anwendung der Steuerbefreiungen nach § 5 GrEStG nicht aus, arg. ex. § 1 Abs. 2a S. 3 GrEStG. Auch das ist Ausfluss des Gesamthandsprinzips.

(d) **Kostenrecht**

Eine Parallele zu der soeben dargestellten grunderwerbsteuerlichen Regelung stellt die Kostenvergünstigung des § 61 KostO dar<sup>109</sup>; und wie jene, findet auch diese ihre Begründung im Gesamthandsmodell. Gem. § 61 Abs. 3 KostO ist die Gebührenvergünstigung im Übrigen auf die oHG und KG ausdrücklich nicht anwendbar, was sich auch wiederum nur damit erklären lässt, dass es sich dabei zwar nach dem Gesetz um Gesamthandsgesellschaften handelt (sonst wäre die Ausnahme unnötig), welche der Gesetzgeber jedoch gem. § 124 HGB wie eine juristische Person behandelt wissen will<sup>110</sup>.

Mit dem Modell „Gesamthand hinter der Rechtsfähigkeit“ lässt sich auch eine Gebührenermäßigung gem. § 60 Abs. 2 KostO beim Erwerb durch Kinder als GbR rechtfertigen<sup>111</sup>, in Entsprechung der dargestellten steuerlichen Betrachtungsweise bei der Erbschaftsteuer.

**4. Das Wesen der Gesamthand und die Eigentumszuordnung**

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, und auch die auf dieser basierenden anderen Personengesellschaften wie oHG und KG, sind keine juristischen Personen. Dies hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 29. Januar 2001<sup>112</sup> betont, und dies hat das Gericht auch jüngst nochmals bestätigt<sup>113</sup>.

Damit bleibt für die Personengesellschaften nur das Modell „Gesamthand“ übrig. Ein anderes Modell scheint mir nicht vorstellbar; ein solches kann aus dem Gesetz jedenfalls nicht entnommen werden. Dass es – von den Grundprinzipien her – verschiedene Gesamthandsmodelle geben soll (eines für die Innen-GbR, eines für die Außen-GbR, eines für die Erbengemeinschaft, eines für die Gütergemeinschaft), kann aus dem Gesetz und seiner Systematik ebenfalls nicht herausgelesen werden. Dass es ein Modell „rechtsfähige Personengesellschaft zwischen natürlicher und juristischer Person“<sup>114</sup> geben soll, erst recht nicht.

Das Prinzip der Gesamthand beruht darauf, dass Mehreren(!) eine Rechtsposition in der Weise ungeteilt zusteht, dass alle nur gemeinschaftlich darüber verfügen können, und dass kein Mitberechtigter über seinen Anteil daran alleine verfügen kann, §§ 719, 1419, 2033 Abs. 2 BGB. Auch die „neue Lehre“ wird ja als „Gruppenlehre“ bezeichnet, was impliziert, dass es um eine Personenmehrheit geht. Eine Gesamthand, bestehend aus nur einer Person, ist ein Widerspruch in sich, und daher nicht denkbar. Deswegen kann es auch keine Ein-Mann-GbR geben<sup>115</sup>. Und deswegen kann ein Gesellschafter (auf derselben Beteiligungsebene) nicht mehrere GbR-Anteile an derselben GbR halten, genauso wenig wie ein Bruchteilseigentümer (auf derselben Beteiligungsebene) mehrere Bruchteile an einem bestimmten Vermögensgegenstand innehaben kann, und genauso wenig wie ein Miterbe nach Übertragung eines weiteren Erbteils am selben Nachlass mehrere Erbteile hält<sup>116</sup>.

„Die GbR als solche“, als Eigentümerin in letzter Zuständigkeit, verselbständigt gegenüber ihren Gesellschaftern, wäre freilich nur eine „Person“, was sie aber nach der Legaldefinition in § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO („Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit“) gerade nicht ist. Auch der BGH, II. Zivilsenat, billigt der GbR nur „nach außen bestehende beschränkte Rechtssubjektivität“ zu, s.o. III 1 am Ende. Was bedeutet, dass es auch eine Innenseite dieser GbR geben muss. In letzter Konsequenz kann dies denklogisch nur heißen:

das Prinzip „Gesamthand“, auch einer „rechtsfähigen“, basiert darauf, dass es – jedenfalls auf der „Innen“-seite – eine unmittelbare (Letzt-)Zuständigkeit der mehreren Gesellschafter gibt, wie in dem dargestellten Erklärungsmodell der „Gesamthand hinter der Rechtsfähigkeit“. Man kann nicht einerseits das Gesellschaftsvermögen gegen die Gesellschafter abschotten und andererseits von einer Gesamthand reden.

<sup>106</sup>Wohl aber Steuersubjekts.

<sup>107</sup>Vgl. Gottwald, Grunderwerbsteuer, 2. A. 2004, S. 127 m.w.N.

<sup>108</sup>BGBI. I S. 419.

<sup>109</sup>So auch noch in der neuesten Auflage 2008: Korintenberg-Lappe, KostO, § 61 Rn. 1; ebenso Filzek, KostO, 4. A. 2009, § 61 Rn. 2.

<sup>110</sup>So auch Korintenberg-Lappe, KostO, 17. A. 2008, § 61 Rn 15.

<sup>111</sup>Korintenberg-Lappe a.a.O. (vorherige Fn.), § 60 Rn. 35 m.w.N., anders neuerdings aber das OLG München, Beschl. v. 24.10.2008, 34 Wx 67/08, MittBayNot 2009, 163.

<sup>112</sup>Z.B. A I 4 der Entscheidungsgründe, MittBayNot 2001, 192, 193.

<sup>113</sup>BGH (Fn. 142), Tz. 10 m.w.N..

<sup>114</sup>So aber BGH, V. Zivilsenat, a.a.O. (vorstehende Fn). Ganz anders BGH, II. Zivilsenat, nachstehend bei III 5 b).

<sup>115</sup>Vgl. hierzu die Regierungsbegründung zur Aufhebung des § 142 HGB durch das HRefG, BT-Dr. 13/8444 S. 67f., sowie nachstehend III 5 a).

<sup>116</sup>Palandt-Edenhofer, BGB, 68. A. 2009, § 2033 Rn. 4 m.w.N..



Eine Gesamthand liegt also nur vor, wenn man sozusagen durch die Linse der (Quasi-)Rechtsfähigkeit hindurch dahinter noch die Gesellschafter erkennen kann, wenn die Gesellschafter „unter ihrer Firma“ ein Recht erwerben, und nicht die Gesellschaft „als solche“. § 124 HGB befähigt die Personenhandelsgesellschaften nur, im Rechtsverkehr „wie eine juristische Person“ aufzutreten, ändert aber nichts am Gesamthandsprinzip, im Gegenteil. Das wiederum hat zur Folge, dass das Gesellschaftsvermögen letztlich doch den Gesellschaftern der Gesamthandsgesellschaft<sup>117</sup> „zur gesamten Hand“ gehört, wie es § 718 BGB ausdrücklich regelt. Was wiederum auch zwanglos erklärt, weshalb - selbstverständlich - (nur) die Gesellschafter einer GbR namentlich, mit ihrem Beteiligungsverhältnis „als GbR“, als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen werden können, und nicht „die GbR als solche“.

Zur Verdeutlichung: auch das Vermögen einer juristischen Person<sup>118</sup> gehört in letzter Konsequenz deren Gesellschaftern. Das merkt man spätestens dann, wenn die Gesellschafter die Auflösung beschließen; der nach der Liquidation verbleibende Rest wird (grundsätzlich, vgl. etwa § 45 Abs. 3 BGB) an die Gesellschafter ausgekehrt. Und das erklärt auch, dass auch GmbH-Anteile und Aktien einen bestimmten Wert haben, der sich u.a. nach dem (Anteil am) Gesellschaftsvermögen bemisst. Würde das Vermögen „nur“ der Gesellschaft „als solcher“ gehören, bestünde also keine Chance für einen Gesellschafter, seinen Anteil daran irgendwann einmal zu realisieren, würde die Einpreisung keinen Sinn machen.

Für die Dauer des Bestehens der juristischen Person als werbende Gesellschaft ist das Gesellschaftsvermögen allerdings gegenüber den Gesellschaftern rechtstechnisch vollkommen verselbständigt. Dies folgt freilich nicht „aus der Natur der Sache“, sondern weil der Gesetzgeber es so angeordnet hat. Und für die Personengesellschaften hat er dies eben nicht getan, dort gilt § 718 BGB<sup>119</sup>: das Gesellschaftsvermögen ist – in letzter Zuständigkeit – das Vermögen der Gesellschafter.

## 5. Kompatibilität mit der Rechtsprechung

Ein solches Modell „Gesamthand hinter der Rechtsfähigkeit“ ist auch mit der (bisherigen) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kompatibel. Dies gilt nicht nur, wie dargestellt, für die Grundsatzentscheidung vom 29. Januar 2001. Auch danach ergingen noch Entscheidungen, welche auf dem Gesamthandsprinzip beruhen.

### (a) Urteil vom 07. Juli 2008<sup>120</sup>

Mit Urteil vom 07. Juli 2008 hat der Bundesgerichtshof bestätigt, dass das Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters bei der GbR grundsätzlich zur liquidationslosen Vollbeendigung und zur Anwachsung des Gesellschaftsvermögens beim letzten Gesellschafter führt, § 738 BGB.

Darin liegen doch zwei klare Aussagen:

- die GbR ist eine Gesamthandsgesellschaft
- eine Gesamthand, bestehend aus nur einer Person, ist nicht denkbar<sup>121</sup>.

Aber diese Bestätigung durch das Gericht bedeutet noch ein Weiteres: die Gesellschafter haben die Letztzuständigkeit für das Gesellschaftsvermögen. Nur so lässt sich bruchlos erklären, weshalb das Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters zur liquidationslosen Anwachsung beim letzten Gesellschafter führt. Würde das Gesellschaftsvermögen „der Gesellschaft“ und nicht den Gesellschaftern gehören, bedürfte es nämlich – wie bei den juristischen Personen, ausdrücklich auch, soweit es sich hierbei um Ein-Personen-Gesellschaften handelt – einer geregelten Liquidation und vor allem eines Übertragungsaktes (einer Auskehrung) von der Liquidationsgesellschaft auf den Gesellschafter.

### (b) Urteil vom 25. September 2006<sup>122</sup>

Im Leitsatz des Urteils vom 25. September 2006 hat der Bundesgerichtshof – missverständlich – festgestellt, dass dann, wenn im Grundbuch die Gesellschafter mit dem Zusatz „als Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ als Eigentümer eingetragen sind, die Gesellschaft selbst Eigentümer sei. In der Urteilsbegründung heißt es dazu:

*„Wenn dann im Grundbuch die einzelnen Gesellschafter mit dem Zusatz `als GbR` eingetragen sind, wird damit für den Rechtsverkehr (...) unzweifelhaft(!<sup>123</sup>) zum Ausdruck gebracht, dass Eigentümerin der Liegenschaft die GbR ist (...). Ansonsten müsste es eine Form des Gesamthandseigentums neben dem Gesellschaftsvermögen geben, oder die Gesellschafter müssten Bruchteileigentümer sein. Beides kommt nicht ernsthaft in Betracht“<sup>124</sup>.*

Das kann doch nur bedeuten, dass es sich bei dem Grundstückseigentum um das Gesamthandseigentum „Gesellschaftsvermögen der Gesellschafter, § 718 BGB“ handeln muss, wenn eine (weitere) Form des Gesamthandseigentums daneben nicht in Betracht kommt. Die Eintragung der Gesellschafter namentlich, mit dem Zusatz „als GbR“, und die Eintragung der GbR selbst, sind synonyme Bezeichnungen für dieselbe Sache. Es handelt sich jeweils um dieselbe Gesamthand, nur von unterschiedlicher Seite betrachtet. Von innen sieht man die Gesellschafter direkt; „von außen“ betrachtet, sieht man die Gesellschafter durch die Linse der Rechtsfähigkeit hindurch. Immer stehen „hinter der Rechtsfähigkeit“ aber die Gesellschafter.

Im Übrigen wäre mit dieser Entscheidung, hätte der BGH dies nicht bewusst offen gelassen<sup>125</sup>, die Wiege gelegt gewesen für das, was meines Erachtens allein richtig sein kann: einzig mögliche Buchungsform ist die Eintragung der Gesellschafter namentlich, mit dem Beteiligungsverhältnis „als GbR“. Denn, so der BGH, damit ist unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht, dass die GbR gemeint ist.

<sup>117</sup>Auch der oHG und der KG!

<sup>118</sup>Von der Stiftung einmal abgesehen.

<sup>119</sup>Und zwar in Form einer Legaldefinition!

<sup>120</sup>BGH, Urteil v. 07.07.2008, II ZR 37/07, BGHReport 2008, 1222-1223 = NJW 2008, 2992-2993 = ZNotP 2008, 452-453 und zahlreiche weitere Fundstellen.

<sup>121</sup>Dies hat letztlich auch zur Aufhebung des § 142 HGB durch das HRefG geführt.

<sup>122</sup>BGH, Urteil v. 25.09.2006, II ZR 218/05, BGH-Report 2007, 17-18 = DNotZ 2007, 118-119 = MittBay-Not 2007, 118-120 = NotBZ 2007, 21-22 und zahlreiche weitere Fundstellen.

<sup>123</sup>Betonung durch den Verfasser.

<sup>124</sup>BGH a.a.O. (Fn. 122), Tz. 11

<sup>125</sup>BGH a.a.O. (Fn. 122), 2. Satz des Leitsatzes

Gesetzeskonform wäre eine solche Buchung obendrein, § 47 GBO, § 15 Abs. 1 lit. a. GBVfg..

## 6. Nachteile der so verstandenen Rechtsfähigkeit

Mit einem solchen Modell der Rechtsfähigkeit könnte man, wie ausgeführt, vielleicht ganz gut leben. Das Modell hat allerdings zwei gravierende Nachteile:

### (a) Registerpflicht

Ein wie auch immer verstandenes Modell der Rechtsfähigkeit kann nur funktionieren, wenn es für die „rechtsfähige“ Personenmehrheit einen einheitlichen Namen gibt, mit welchem diese im Rechtsverkehr auftreten kann, und wenn es für sie insbesondere den Zwang zur Registrierung gibt, damit die Vertretungs- und die Haftungsverhältnisse für jedermann nachvollzogen und eindeutig festgestellt werden können. Alle rechtsfähigen und quasi-rechtsfähigen Personenvereinigungen zeichnen sich nach der gesetzgeberischen Konzeption durch ein gemeinsames Merkmal aus: die Registerpublizität und, damit verbunden, den einheitlichen Namen bzw. die Firma. Das wusste bereits der historische Gesetzgeber, und der moderne Gesetzgeber sieht dies immer noch so:

- wie oben II 3 (c) dargestellt, erfolgte die Öffnung der oHG durch Erweiterung des § 105 HGB um dessen Abs. 2 unter anderem mit der Begründung, dass die GbR nicht firmen- und damit auch nicht registerfähig ist.
- wie ebenfalls bereits dargestellt<sup>126</sup>, hat der Gesetzgeber die Bejahung der Kommanditistenfähigkeit der GbR zum Anlass genommen, § 162 Abs. 1 HGB um S. 2 zu ergänzen. Die Begründung des Rechtsausschusses führt insoweit noch aus:

*„Folgt man in Fortsetzung der jüngeren Rechtsprechung und Lehre zur Rechts- und Parteifähigkeit der GbR der Meinung, dass eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts Kommanditist sein kann, so ist die Eintragung der einzelnen Gesellschafter der GbR eine zwingende<sup>127</sup> Konsequenz. Ansonsten wäre das Handelsregister in seiner Aussagekraft sinnentleert. Das Handelsregister hat neben anderen Funktionen die besondere Bedeutung, dem Rechtsverkehr eine Auskunft über die hinter den Handelsunternehmen stehenden juristischen oder natürlichen Personen zu ermöglichen. Es muss möglich sein, unter Umständen auch über eine längere Kette von Registereintragungen auf die dahinter stehenden natürlichen Personen zu stoßen. Eine GbR mit wechselnden Gesellschaftern und nicht aussagekräftigem Namen würde das Register leer laufen lassen.“<sup>128</sup>*

- mit der Einführung der Partnerschaftsgesellschaft wurde auch ein entsprechendes Register, das Partnerschaftsregister, ins Leben gerufen.
- im Rahmen der Normierung der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft hat das Gesetz dieser für das Auftreten im Rechtsverkehr einen – zwingenden! – Namen gegeben, § 10 Abs. 6 S. 4 WEG, welcher die Angabe des Grundstücks enthalten muss. Das zugehörige Register ist, wie bereits dargestellt, das Grundbuch. Der Kreis schließt sich: Rechtsfähigkeit setzt einen einheitlichen Namen und ein Register voraus;

- und jüngst hat der Gesetzgeber durch das MoMiG die Bedeutung der beim Registergericht hinterlegten Gesellschafterliste bei der GmbH deutlich aufgewertet, indem auf deren Grundlage ein gutgläubiger Erwerb ermöglicht wurde, § 16 Abs. 3 GmbHG.

Bereits im bisherigen Rahmen der Gesellschafterliste sollte sogar die neue Regelung des § 162 Abs. 1 S. 2 HGB zur namentlichen Eintragung der GbR-Gesellschafter, wenn diese einen GmbH-Anteil halten, nach dem Willen des Gesetzgebers (analog) anwendbar sein<sup>129</sup>. D.h.: auch in der Gesellschafterliste müssten die GbR-Gesellschafter als Inhaber eines GmbH-Anteils namentlich aufgeführt werden. Der Gesetzgeber wollte dies so, sah sich allerdings bei Änderung des § 162 HGB aus gesetzgebungsverfahrenstechnischen Gründen nicht in der Lage, dies ausdrücklich zu normieren.

Soweit eine Personenvereinigung nach dem Willen des Gesetzgebers (quasi-)rechtsfähig sein sollte, hat er dies also durch entsprechende registerrechtliche Regelungen flankiert. Für die GbR hat der Gesetzgeber dies 108 Jahre lang nicht getan, obwohl hinreichend Gelegenheit und – aus der Sicht der „neuen Lehre“ – auch Anlass dafür gegeben war. Auch die Ergänzung des § 162 HGB erfolgte ausdrücklich (nur), um den BGH in dem Punkt „Kommanditistenfähigkeit der GbR“ zu stützen; eine Entscheidung zu Gunsten der Anerkennung der Rechtsfähigkeit war damit gerade nicht verbunden.

Die ersten 100 der 108 registerlosen Jahre bei der GbR konnten die sich insoweit ergebenden Nachweis- und anderen Probleme in einer für die Praxis zufrieden stellenden Weise gelöst werden, gerade weil der GbR keine Rechtsfähigkeit beigemessen wurde. Soweit der Gesetzgeber in diesem Bereich Probleme gesehen hat, hat er die namentliche Eintragung aller Gesellschafter in das betreffende Register vorgeschrieben, und nicht die Eintragung „der GbR“.

Dass bei Anerkennung der Rechtsfähigkeit eine Registerpflicht zwingende Folge ist, zeigt die Entwicklung der Rechtsprechung zur Rechtsfähigkeit der GbR überdeutlich:

- (1) In der Entscheidung vom 29. Januar 2001 hat der BGH das Problem der mangelnden Publizität bereits erkannt<sup>130</sup>. Er ist dabei aber nur auf prozessuale Schwierigkeiten eingegangen und hat diese, wenig überzeugend, durch Hinweis auf die Kostentragungspflicht der klagenden Gesellschafter bei mangelhafter Vertretung im Aktivprozess sowie auf die Möglichkeit der Doppelklage (gegen die Gesellschaft und gegen die Gesellschafter, wie bei der oHG) überspielt. Materiellrechtliche Probleme, etwa des Nachweises der Vertretungsbefugnis oder des mangelhaften Eigentumserwerbs, hat der BGH hingegen nicht angesprochen.
- (2) Mit Beschluss vom 26. Januar 2006<sup>131</sup> hat der BGH der GbR die Fähigkeit abgesprochen, Verwalterin von Wohnungseigentum zu sein. Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit führe, so der BGH ausdrücklich im Leitsatz, nicht zur Befähigung, WEG-Verwalter sein zu können. Dies wird im Wesentlichen damit begründet, dass für die GbR kein

<sup>126</sup>S. oben II 3 a) (4).

<sup>127</sup>Hervorhebung durch den Verfasser

<sup>128</sup>BT-Dr. 14/7348 S. 29

<sup>129</sup>So ausdrücklich Rechtsausschuss a.a.O. (vorherige Fußnote).

<sup>130</sup>BGH a.a.O. (Fn. 2), A II 4 der Entscheidungsgründe, MittBayNot 2001, 196.

<sup>131</sup>BGH, Beschluss v. 26.01.2006, V ZB 132/05, BGH-Report 2006, 631-633 = NJW 2006, 2189-2191 = DNotZ 2006, 523-526 = NotBZ 2006, 171-173 und zahlreiche weitere Fundstellen

Register geführt wird, und damit kein Rückschluss auf die Person des Verantwortlichen möglich ist<sup>132</sup>.

Diese Argumentation mutet einigermaßen befremdlich an: weshalb soll die fehlende Registerpublizität, also mangelnde verfahrensrechtliche Flankierung, Einfluss auf die materiell-rechtliche Rechtsfähigkeit haben?<sup>133</sup> Wenn es Grenzen der Rechtsfähigkeit der GbR gibt, dann doch aus materiellen Gründen, und nicht aus formellen. Hier wird das Pferd meines Erachtens von hinten aufgezäumt. Richtig wäre es anders herum: die GbR hat keine Publizität, weil der Gesetzgeber keine rechtsfähige GbR schaffen wollte. Weil die GbR nicht rechtsfähig ist, kann sie auch nicht Verwalterin sein.

Dennoch ist der Beschluss des BGH aus seiner Sicht konsequent, und in seiner entscheidenden Aussage auch richtig: ohne Registerpflicht funktioniert Rechtsfähigkeit nicht.

- (3) In der Entscheidung vom 04. Dezember 2008<sup>134</sup> schließlich hat der BGH den Gesetzgeber, zum zweiten Mal<sup>135</sup>, unverhohlen und unmissverständlich aufgefordert, den Mangel der fehlenden Registerpublizität zu beseitigen. Bemerkenswert: ein Gericht weiß für ein selbst geschaffenes Problem keine Lösung mehr, und ruft nach dem Gesetzgeber. Statt dieses zu tun, hätte es eher nahe gelegen, die eigene, vorausgehende Rechtsprechung zu überdenken.

#### (b) Verständnisprobleme

Der zweite gravierende Nachteil an dem erörterten Modell einer „rechtsfähigen Gesamthand“ ist, dass es ganz offensichtlich erhebliche Schwierigkeiten macht, dieses Modell zu verstehen. Was wahrscheinlich damit zusammen hängt, dass der Gesetzgeber ein solches Modell nicht wollte, und es daher anders geregelt hat. Zur Rechtsfähigkeit der GbR kommt man, wie sich aus der Entscheidung vom 29. Januar 2001 ergibt, nur, wenn man den Wortlaut gesetzlicher Regelungen wie §§ 714, 718, 719 BGB, §§ 50, 736 ZPO negiert und damit, überspitzt ausgedrückt, *contra legem* entscheidet.

Unter Juristen war man 100 Jahre lang daran gewöhnt zu denken, Rechtsfähigkeit komme nur Rechtspersonlichkeiten, also natürlichen oder juristischen Personen zu. Auf dem Boden des Gesetzes und seines Wortlautes war dies sogar eine nahe liegende und überzeugende Denkweise: Personengesellschaften sind keine juristischen Personen (sondern allenfalls „Gesellschaften ohne Rechtspersonlichkeit“) und demzufolge auch nicht rechtsfähig; manche werden allerdings über § 124 HGB wie eine rechtsfähige Person behandelt.

Wie dargestellt, hat der BGH in seiner Grundsatzentscheidung vom 29. Januar 2001 (scheinbar) mit diesem Dogma „Rechtsfähigkeit“ = „Rechtspersonlichkeit“ ge-

brochen, und den Gesamthandsgesellschaften (nur) „nach außen bestehende beschränkte Rechtssubjektivität“ beigelegt. Nach innen hingegen ist es bei dem Prinzip der Gesamthand geblieben.

Wer dies allerdings übersieht<sup>136</sup>, könnte auf die Idee kommen, dass mit der Zubilligung der Rechtsfähigkeit auch eine Abkehr von der Gesamthand hin zu einer eigenen, nach außen und nach innen bestehenden „Rechtssubjektivität“ verbunden ist. Eine Personengesellschaft wäre dann doch „eine Person“, nur eben keine juristische<sup>137</sup>, was immer das heißen mag.

Dieses Missverständnis ist leider weit verbreitet, sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung:

- In der Literatur lässt sich dies z.B. an der überreichen Meinungsvielfalt zur Grundbuchfähigkeit der GbR ablesen<sup>138</sup>. Am weitesten geht, soweit ersichtlich, jüngst Böttcher, der meint, Änderungen im Gesellschafterbestand einer im Grundbuch unter Nennung aller Gesellschafter eingetragenen GbR führten nicht zur Grundbuchunrichtigkeit i.S.d. § 894 BGB, sondern nur zur Unrichtigkeit des Eigentümersnamens ähnlich der Namensänderung nach Heirat<sup>139</sup>. Eine solche Auffassung ist mit dem hier dargestellten Modell der nach innen bestehenden Gesamthand einer GbR nicht vereinbar.
- Aus der Rechtsprechung ist beispielhaft die bekannte Entscheidung des Bay-ObLG vom 04. September 2003<sup>140</sup> zur Frage der „richtigen Auffassung an die GbR“. Die dort zutage tretenden Unsicherheiten sind Folge der Missverständlichkeit des Modells „Gesamthand hinter der Rechtsfähigkeit“.

Noch weiter geht die bereits zitierte Entscheidung des OLG München vom 24. Oktober 2008 zur Anwendung des § 60 Abs. 2 KostO. Und auf der Linie von Böttcher liegt die Auffassung des OLG München im Beschluss vom 03. Juli 2008<sup>141</sup>, dass bei Eintragung des Gesellschafterwechsels einer GbR nicht § 60 Abs. 1 KostO, sondern § 67 KostO einschlägig sei.

Prominentestes „Opfer“ der Missverständlichkeit ist jetzt aber aus meiner Sicht der Bundesgerichtshof selbst geworden.

## IV. Die Entscheidung vom 04. Dezember 2008<sup>142</sup>

### 1. Der wesentliche Inhalt der Entscheidung

Mit Beschluss vom 04. Dezember 2008 hat der BGH

<sup>132</sup>BGH a.a.O., (vorherige Fn), Tz. 13

<sup>133</sup>Mit dieser Argumentation hätte der V. Senat in seiner Entscheidung vom 04. Dezember 2008 der GbR auch die Fähigkeit absprechen können, überhaupt Grundstückseigentümerin zu sein.

<sup>134</sup>BGH a.a.O. (Fn. 142), Tz. 12: „bis zur erforderlichen (Hervorhebung durch den Verfasser) Behebung durch den Gesetzgeber“!

<sup>135</sup>Bereits zuvor, etwas weniger deutlich: BGH, Urteil v. 25.01.2008, V ZR 63/07, BGHReport 2008, 543 = NJW 2008, 1378-1380 = NotBZ 2008, 156-157 (und zahlreiche weitere Fundstellen), Tz. 7: „(...) führt vielmehr dazu, dass das Verfahrensrecht an das geänderte Verständnis des Wesens der Gesellschaft bürgerlichen Rechts anzupassen ist“.

<sup>136</sup>Und das geschieht leicht, wenn man sich nur an den Leitsätzen des Gerichts, und nicht auch an der Begründung orientiert.

<sup>137</sup>Und eine ohne eigene Rechtspersonlichkeit, § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO, also ohne die Eigenschaft, Rechtssubjekt (Träger von Rechten und Pflichten) sein zu können. Vielmehr ist die Personengesellschaft nur (Zuordnungs-)Objekt; Subjekt sind die hinter ihr stehenden Gesamthänder.

<sup>138</sup>Nachweise bei BGH, a.a.O. (Fn. 142), Tz. 8

<sup>139</sup>Böttcher, ZNotP 2009, 42, 45.

<sup>140</sup>BayObLG, Beschluss v. 04.09.2003, 2Z BR 162/03, NJW-RR 2004, 810-811 = DNotZ 2004, 378-379 = MittBayNot 2004, 201-202 = ZNotP 2004, 25-26 = NotBZ 2003, 473-474.

<sup>141</sup>OLG München, Beschluss vom 03.07.2008, 34 Wx 36/08, MittBayNot 2009, 64.

<sup>142</sup>BGH, Beschluss v. 04.12.2008, V ZB 74/08; NJW 2009, 594-598 = DNotZ 2009, 115-121 = ZNotP 2009, 66-69 = NotBZ 2009, 98-101 und zahlreiche weitere Fundstellen

(V. Zivilsenat<sup>143</sup>) zur Grundbuchfähigkeit der GbR entschieden. Nach Auffassung des BGH kann die GbR unter ihrer Bezeichnung selbst in das Grundbuch eingetragen werden; nur hilfsweise kommt die namentliche Eintragung der Gesellschafter in Betracht. Die Entscheidung ist, wie sich aus der bisherigen Darstellung unschwer erkennen lässt, meines Erachtens falsch.

Um das Grundbuch nicht völlig zu entwerten, hätte es bei der namentlichen Eintragung der Gesellschafter selbst bleiben müssen. Die oben wiedergegebene Begründung des Rechtsausschusses zur Ergänzung des § 162 HGB lässt sich eins zu eins auf das Grundbuch übertragen: die Aussagekraft dieses mit der Vermutung der Richtigkeit und öffentlichem Glauben (§§ 891, 892 BGB) versehenen Registers ist sinnentleert, wenn die GbR-Gesellschafter nicht namentlich eingetragen werden.

Der BGH hätte sogar ein Vorbild in den eigenen Reihen gehabt: die Ergänzung des § 162 HGB geht letztlich auf die Entscheidung des BGH vom 16. Juli 2001<sup>144</sup> zurück, also nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit(!). In seinem 2. Leitsatz hat der BGH seinerzeit praeter legem die namentliche Eintragung der BGB-Gesellschafter als Kommanditisten angeordnet. Nach diesem Vorbild und mit der Begründung des Gesetzgebers im Rücken hätte es folglich nahe gelegen, es bei der namentlichen Eintragung der Gesellschafter mit dem Beteiligungsverhältnis gem. § 47 GBO „als GbR“ zu belassen. Eine solche Entscheidung wäre auch mit dem hier erörterten Modell „Gesamthand hinter der Rechtsfähigkeit“ problemlos zu vereinbaren gewesen.

Der Bundesgerichtshof hat bekanntlich genau anders herum entschieden: die GbR soll selbst in das Grundbuch eingetragen werden; wegen des Mangels der Publizität wird der Gesetzgeber aufgefordert, Abhilfe zu schaffen. Die Konsequenzen der Entscheidung sind, um es ganz deutlich auszusprechen, verheerend.

**2. Die Bedeutung für die gesellschaftsrechtliche Dogmatik**

Das eigentlich Erschütternde an der Entscheidung sind allerdings nicht die Leitsätze, sondern die Ausführungen in der Begründung.

Wenn dem BGH nur daran gelegen gewesen wäre zu zeigen, dass das Grundbuch nicht das geeignete Register für die Eintragung der GbR-Gesellschafter ist, sondern es eines speziellen Registers hierfür bedarf, wenn es also nur darum gegangen wäre, die GbR „als solche“ in das Grundbuch zu bringen, hätte das Gericht dies auch auf der Grundlage des unter III. dargestellten Verständnisses der „Gesamthand hinter der Rechtsfähigkeit“ tun können. Man könnte nämlich argumentieren, dass das Grundbuch sozusagen die für den Rechtsverkehr sichtbare Außen- seite der GbR darstellt bzw. wiedergibt; dann muss die

GbR auch mit ihrer Außenseite in das Grundbuch eingetragen werden, und nicht durch Buchung der nach innen (letzt)zuständigen Gesellschafter. Wegen der Innenseite wäre das Grundbuch dann nicht aussagekräftig gewesen, und man hätte insoweit auf ein noch zu schaffendes GbR-Register verwiesen. Das hätte sich zwar wieder etwas mehr vom Gesetz entfernt<sup>145</sup>, und es hätte die Sache auch so unnötigerweise weiter verkompliziert, aber es wäre eine mögliche, mit dem vorstehenden Grundverständnis „Gesamthand hinter der Rechtsfähigkeit“ vereinbare Entscheidung gewesen.

Aber das Gericht argumentiert anders. In Tz. 11 der Begründung heißt es:

*"deshalb ist ein Grundstück, als dessen Eigentümer mehrere natürliche Personen mit dem Zusatz 'als GbR' eingetragen sind, auch nicht (gesamthänderisch gebundenes) Eigentum dieser natürlichen Personen, sondern Eigentum der GbR".*

Hoppla! Wie soll dieser Klammerzusatz zu verstehen sein, dass das Grundstück nicht „gesamthänderisch gebundenes Eigentum“ der natürlichen Personen, sondern Eigentum „der GbR“ sein soll?

Hätte der V., für das Grundstücksrecht zuständige Zivilsenat nur, wie noch der II., für das Gesellschaftsrecht zuständige in seiner Entscheidung vom 25. September 2006<sup>146</sup>, zum Ausdruck bringen wollen, dass mit der namentlichen Eintragung der Gesellschafter eigentlich die Gesellschaft eingetragen ist, hätte es des negierenden – und irritierenden – Klammerzusatzes nicht bedurft. Denn der II. Zivilsenat hat, wie dargestellt, klar zum Ausdruck gebracht, dass es nur eine Vermögensmasse „Gesellschaftsvermögen“ gibt, und hat diese noch mit den Gesellschaftern in Verbindung gebracht, wohingegen die Formulierung des V. Senats das Vermögen „der GbR“ gegen die Gesellschafter abgrenzt. Wenn das Grundstück ausdrücklich nicht gesamthänderisch gebundenes Vermögen ist, wird das auch vom II. Senat noch aufrecht erhaltene, vorstehend unter III. eingehend erörterte Gesamthandsprinzip aufgegeben.

Noch deutlicher wird dies an anderer Stelle:

*"Sie [= die namentliche Eintragung der Gesellschafter, Anm. d. Verf.] ist im Gegenteil irreführend, weil sie den Blick darauf verstellt, dass das Grundstück (...) gerade kein Gesellschafter-, sondern Gesellschaftsvermögen ist"<sup>147</sup>.*

Äußerst bemerkenswert: was für den II. Zivilsenat zwei Jahre zuvor noch „unzweifelhaft“ (sic!) war, nämlich dass die Eintragung der Gesellschafter mit dem Zusatz „als GbR“ natürlich das Eigentum der „Gesamthand GbR“ ausdrückt, das ist für den V. Zivilsenat jetzt „irreführend“. Was für den II. Senat noch ein Synonym ist (Eintragung der Gesellschafter = Eintragung der Gesellschaft), ist für den V. Zivilsenat ein sich ausschließendes Gegensatzpaar.

Vollends klar wird die, meines Erachtens unzutreffende, Sichtweise des V. Zivilsenates schließlich in Tz. 16 der Begründung:

<sup>143</sup>Die jüngeren Entscheidungen des V. Zivilsenats sind aus notarieller Sicht leider nicht immer restlos überzeugend, so etwa die Entscheidung zur wieder aufladbaren Vormerkung BGH, Urteil vom 07.12.2007, DNotZ 2008, 514, (hierzu Brambring, DAI-Skript „6. Jahresarbeitsstagung des Notariats“ S. 22ff.), oder zur falsa demonstratio im notariellen Kaufvertrag, BGH, Urteil vom 18.01.2008, NJW 2008, 1658, (hierzu Albrecht, DAI-Skript „Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung 2008/2009“ S. 16ff.). Diese Einschätzung soll freilich die Bedeutung und Auswirkung des hier besprochenen Beschlusses nicht herabsetzen.

<sup>144</sup>Oben Fn. 21.

<sup>145</sup>S. dazu oben bei III 5 b) am Ende.

<sup>146</sup>S. o. III 5 b).

<sup>147</sup>BGH a.a.O. (Fn. 142), Tz. 17

„Gedankliche Grundlage dieser Form der Buchung<sup>148</sup> ist (...), dass das Eigentum (...) an Grundstücken nur entweder natürlichen oder juristischen Personen oder registerfähigen rechtsfähigen Personengesellschaften zustehen kann, und dass Gesellschaftsvermögen einer GbR Vermögen natürlicher Personen ist, das einer gesamthänderischen Bindung unterliegt. Mit der Anerkennung ihrer Teilrechtsfähigkeit gehört die GbR aber auch den zu den Gesellschaften, die im Sinne des § 14 Abs. 2 BGB<sup>149</sup> mit der Fähigkeit ausgestattet sind, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen. Das Vermögen einer GbR ist damit nicht mehr (...) Vermögen ihrer Mitglieder, sondern Vermögen einer rechtsfähigen Personengesellschaft.“

Der BGH begründet seine Entscheidung also damit, dass die gesetzliche Regelung, welche die Eintragung der Gesellschafter einer GbR (und nicht der GbR selbst) vorschreibt, auf der Anerkennung des Gesamthandsprinzips beruhe, und dass diese Annahme durch die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR obsolet geworden sei. Dass das Gesamthandsprinzip allerdings unverändert auch für die, nach der Formulierung des BGH: „registerfähigen rechtsfähigen Personengesellschaften“ gilt, und dass auch die Annahme der Rechtsfähigkeit bei der GbR hieran nichts geändert hat, ist aber bereits unter III. ausführlich dargelegt worden.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang noch, dass § 15 GBVfg. erst mit Verordnung vom 30. November 1994<sup>150</sup> um einen Abs. 3 ergänzt worden ist, welcher die Berichtigung des Grundbuchs nach „Umwandlung“ einer GbR in eine Handels- oder Partnerschaftsgesellschaft zum Gegenstand hat. Hierbei ist wörtlich vom Eigentum, welches „den Mitgliedern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur gesamten Hand“ zusteht, die Rede. Der Verordnungsgeber hat demnach das Gesamthandsprinzip nicht als überholt angesehen, sondern als Grundlage der gesetzlichen Regelungen.

Mit der neuen Entscheidung wird das gesetzliche Regelungsmodell für die Personengesellschaften negiert, das Gesamthandsprinzip wird für diese Gesellschaften abgeschafft. Die Entscheidung widerspricht klar dem Wortlaut des § 718 Abs. 1 BGB, welcher das Gesellschaftsvermögen legal definiert als (gesamthänderisch gebundenes) Vermögen der Gesellschafter. Und mit seiner Entscheidung stellt sich der V. Zivilsenat in den tragenden Ausführungen seiner Begründung gegen den II. Zivilsenat<sup>151</sup>. Wie ausführlich dargestellt, hat der II. Zivilsenat trotz der Anerkennung der „nach außen bestehenden beschränkten“ Rechtsfähigkeit der GbR das Prinzip der Gesamthand beibehalten. Der V. Senat hat sich davon ganz offen verabschiedet.

Das Gericht geht damit augenscheinlich sogar weiter, als

dies prominenteste Verfechter der „neuen Gruppenlehre“ selbst sehen. So heißt es bei Ulmer/Schäfer:

„Inhaber des Gesamthandsvermögens sind die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit.“<sup>152</sup>

und weiter:

„Auch wenn ein Gesellschafter ohne vermögenswerte Einlage aufgenommen wird (...) oder er die versprochene Einlage noch nicht geleistet hat, ist er gleichwohl als Mitglied der Personenverbindung automatisch auch Mitinhaber des Gesamthandsvermögens.“<sup>153</sup>

Wenn der V. Senat die Abkehr vom Gesamthandsprinzip ernst gemeint haben und sich diese Auffassung durchsetzen sollte, dann müssten allerdings einige der oben beschriebenen, aus dem Gesamthandsprinzip (oder besser: aus der unmittelbaren Letztzuständigkeit der Gesellschafter) abgeleitete Regelungen für die Personengesellschaften neu überdacht werden, gerade auch in steuerlicher Hinsicht<sup>154</sup>. Dass eine „als solche“ rechtsfähige Personengesellschaft, die in letzter Zuständigkeit selbst Trägerin von Rechten und Pflichten ist, nicht auch Steuersubjekt etwa in ertragsteuerlicher Hinsicht sein soll, will nicht einleuchten. Damit wäre dann vielleicht der Weg frei gemacht zu einer einheitlichen Besteuerung unternehmerischer Betätigung unabhängig von der Rechtsform. Es scheint mir aber äußerst zweifelhaft, ob dies aktuell der gesetzgeberischen Intention und Regelung entspricht. Und wenn, dann ist es jedenfalls Sache des Gesetzgebers, die entsprechenden Regelungen zu schaffen, und nicht die der Gerichte.

### 3. Die Bedeutung für den Grundbuchverkehr

Der Bundesgerichtshof erkennt natürlich auch, dass nicht alle GbRs eine Bezeichnung haben, mit welcher sie in das Grundbuch eingetragen werden könnten. In konsequenter Fortführung seiner Sichtweise lässt das Gericht daher – widerwillig – zu, dass, mangels eigener Bezeichnung für die GbR und mangels Register, hilfsweise doch noch die Gesellschafter namentlich in das Grundbuch eingetragen werden, allerdings nicht mit dem Beteiligungsverhältnis nach § 47 GBO „als Gesellschaft bürgerlichen Rechts“, sondern umgekehrt: „Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus...“<sup>155</sup>. Es handelt sich also nach dem Verständnis des BGH nicht mehr um die Angabe eines Beteiligungsverhältnisses, sondern um die Angabe eines Namens, wobei die Namen der Gesellschafter sozusagen Ersatz sind für den fehlenden Namen der GbR<sup>156</sup>.

Aber selbst wenn dann die Gesellschafter in diesem Sinne namentlich eingetragen sein sollten, spricht das Gericht einer solchen Eintragung der Gesellschafter jede Bedeutung für den Rechtsverkehr ab:

„Das Vertrauen in die Vertretungsbefugnis eines oder mehrerer Gesellschafter wird auch durch den Grundbucheintrag nicht geschützt“<sup>157</sup>.

<sup>148</sup>= der durch – den aus der Sicht des Gerichts überholten – § 15 Abs. 1 lit. a) Grundbuchverfügung vorgegebenen namentlichen Eintragung der Gesellschafter unter Angabe eines Beteiligungsverhältnisses; Anm. d. Verf.

<sup>149</sup>Dazu, dass diese Norm als Begründung nicht taugt, s. bereits oben II 3 a).

<sup>150</sup>BGBI. I S. 3580

<sup>151</sup>So dass man sogar darüber nachdenken könnte, ob nicht eine Divergenzvorlage an den Großen Senat erforderlich gewesen wäre! Das wäre dann vielleicht eine Chance gewesen, dem Spuk „rechtsfähige GbR“ ein Ende zu bereiten. Zur Divergenzvorlage ebenso Hertel, DNotZ 2009, 121, 123 unter 3., der allerdings meint, der V. Senat folge der Linie des II. Senats, weshalb von der Vorlage abgesehen wurde.

<sup>152</sup>MüKoBGB-Ulmer/Schäfer, 5. Auflage 2009, § 718 Rn. 2

<sup>153</sup>MüKoBGB-Ulmer/Schäfer, 5. Auflage 2009, § 718 Rn. 6.

<sup>154</sup>S. z. B. von Sothen, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 2. Auflage 2007, § 36 Rn. 36, der überlegt, ob nicht die vom BFH soeben wieder(!) eingeführte Erbschaftsbesteuerung nach dem hinter der Gesellschaft stehenden einzelnen Gesamthänder angesichts der neuen Entwicklung noch haltbar ist.

<sup>155</sup>BGH a.a.O. (Fn. 142); 2. Leitsatz.

<sup>156</sup>In diesem Sinne auch die Meinung von Böttcher, a.a.O., (Fn. 139).

<sup>157</sup>Tz. 12 der Entscheidungsgründe.

Das ist – neben der Bedeutung für die gesellschaftsrechtliche Dogmatik – die zweite überaus fatale, weil praxisbedeutsame Aussage der Entscheidung. Fatal in doppelter Hinsicht:

- da das Grundstück auch bei namentlicher Eintragung der Gesellschafter nach Auffassung des V. Senats nicht diesen, sondern „der Gesellschaft“ gehört, liegt bei einem Gesellschafterwechsel oder –versterben, ganz im dargestellten Sinne Böttchers bzw. des OLG München, keine Grundbuchunrichtigkeit mehr vor. Damit entfällt nicht nur der öffentliche Glaube des Grundbuchs, sondern auch der rechtliche, § 894 BGB, und faktische Zwang zur Berichtigung des Grundbuchs. Da kein gutgläubiger Eigentumsverlust mehr droht, besteht auch keine Notwendigkeit, das Grundbuch stets richtig zu halten. Aus dem Grundbuch ist der Eigentümer nicht mehr erkennbar, und zwar von Beginn an, nicht erst nach dem ersten Gesellschafterwechsel. Der als „Notlösung“ nach dem Judikat des BGH vorgeschlagene Weg, den GbRs einfache keine Namen mehr zu geben<sup>158</sup>, und das Grundbuchamt damit zur namentlichen Eintragung der Gesellschafter zu zwingen, ist demnach auch nicht zielführend,
- das Grundbuch ist damit in seiner Aussagekraft völlig entwertet oder, mit den Worten des Gesetzgebers: sinnentleert, zumal es auch kein anderes Register gibt, aus dem sich die Vertretungsverhältnisse einer GbR ablesen ließen. Bereits bisher war der Vertretungsnachweis bei einer GbR, zugegebenermaßen, nicht einfach. Aber da man sich wenigstens hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse auf die Eintragung im Grundbuch verlassen konnte, war Abhilfe dadurch möglich, dass eben alle eingetragenen Eigentümer die entsprechende Rechtsänderung in der Form des § 29 GBO bewilligten. Diese Möglichkeit besteht nun nicht mehr. Der BGH hat so eine „res extra commercium“ geschaffen. Die grundbuchliche Registerpraxis mit ihrer derzeitigen Weigerung, mangels Nachweises der Vertretungsverhältnisse Eintragungen in das Grundbuch vorzunehmen, zeigt dies überdeutlich. Damit, und das war vielleicht sogar erwünscht, ist das Ende der als GbR organisierten Immobilienfonds besiegelt, aber auch das Ende jeglichen „vernünftigen“ Grundstückserwerbs „in GbR“.

Dieser Problematik im Grundstücksverkehr – und nur dieser – hat sich der Gesetzgeber in dem am 18. Juni 2009 verabschiedeten „Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG)“<sup>159</sup> angenommen und durch die Änderung der §§ 47 GBO und 15 GBVfg. sowie die Einführung eines neuen § 899a BGB die Verkehrsfähigkeit von Grundbesitz wieder hergestellt.

## V. Die Aufgabe des Gesetzgebers

### 1. „Rollenverteilung“

Eine Gesellschaft ist definitionsgemäß ein „privatrechtsgeschäftlich begründeter Zusammenschluss zweier oder mehrerer Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen

Zwecks“<sup>160</sup>. Nicht mehr und nicht weniger. Das bedeutet aber auch: Grundlage einer Gesellschaft ist ein von Personen gewollter, bewusst herbeigeführter Zusammenschluss. Eine Gesellschaft ist nichts, was man „in der Natur vorfindet“, das „als solches“ vorhanden ist oder von dessen Existenz man oder der Gesetzgeber „ausgehen kann“, wie der BGH formuliert. Eine GbR „als solche“ gibt es in der Natur ebenso wenig wie eine GmbH „als solche“; beide sind ein auf rechtsgeschäftlicher Basis und auf dem Boden positiver gesetzlicher Regelungen herbeigeführter Zusammenschluss ihrer Gesellschafter.

Diesen Zusammenschluss der Gesellschafter „mit Leben zu füllen“, ihm die grundlegenden Eigenschaften oder Fähigkeiten zu verleihen, oder ihn gegenüber seinen Mitgliedern zu verselbständigen, ist grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers, nicht der Gerichte. Es gibt einen numerus clausus der Gesellschaftsformen, welcher nur vom Gesetzgeber erweitert oder eingeschränkt werden kann. Dies wird im Übrigen auch vom BGH so gesehen<sup>161</sup>, wenn er die Nicht-Anerkennung der „GbR mbH“ neben anderen, gewichtigeren Gründen auch mit dem Argument stützt, dass dies die Schaffung einer neuen Gesellschaftsform bedeuten würde.

Die Schaffung einer neuen Gesellschaftsform, einer gegenüber ihren Gesellschaftern verselbständigten Personengesellschaft, für die das Gesamthandsprinzip nicht mehr gilt, einem Zwischenmodell zwischen natürlichen und juristischen Personen, muss also dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Bei der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der WEG konnte der BGH noch erkennen, was im Gesetz bereits angelegt ist, dem Gesetzgeber bei Schaffung des Wohnungseigentumsgesetzes aber selbst zu fremd vorkam. Bei der Anerkennung einer rechtsfähigen Personengesellschaft im Verständnis des V. Zivilsenats gilt das nicht: hier wird nicht mehr erkannt, was 100 Jahre im Gesetz schlummerte, hier wird gegen den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes und gegen die erkennbare gesetzgeberische Konzeption entschieden. Der Senat sieht sogar selbst, dass er keine Rechtserkenntnis mehr betreibt, sondern freie Rechtsfortbildung, wenn er etwa ausführt:

*„Damit entsteht eine planwidrige Lücke. Die bisher vorgehene Form der Buchung (...) entspricht nicht mehr(sic!)<sup>162</sup> der materiellen Rechtslage“<sup>163</sup>.*

Es muss, mit Verlaub, die Frage erlaubt sein, ob hier nicht die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschritten sind. Denn die angebliche Lücke entsteht doch nur wegen der eigenen höchstrichterlichen Rechtsprechung; ohne diese wäre gar keine Lücke vorhanden!

### 2. Bedarf es einer registrierten GbR?

Der deutsche Gesetzgeber hat dem Rechtsverkehr zahlreiche Gesellschaftsformen zur Verfügung gestellt. Alle lassen sich auf zwei Grundtypen zurückführen:

- die juristische Person in der Grundform des eingetragenen Vereins einerseits, geregelt im Allgemeinen Teil des BGB im Abschnitt „Juristische Personen“ (!), und

<sup>160</sup>Statt aller: Kraft/Kreutz a.a.O. (Fn. 4), S. 1; K. Schmidt a.a.O. (Fn. 1), § 1 I (S. 3f.); vgl. auch § 2 Abs. 1 VereinsG, § 705 BGB.

<sup>161</sup>BGH a.a.O. (Fn. 65). Noch deutlicher Brandani in ihrer Entscheidungsanmerkung DNotZ 2000, 140, 143.

<sup>162</sup>Hervorhebung durch den Verfasser.

<sup>163</sup>BGH a.a.O. (Fn. 142), Tz. 17.

<sup>158</sup>Z. B. Hertel, DNotZ 2009, 121.

<sup>159</sup>Am 22. Juli 2009 noch nicht veröffentlicht.

- die Personengesellschaft in der Grundform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts andererseits, geregelt im Zweiten Buch des BGB unter den „Besonderen Schuldverhältnissen“ (!).

Für diejenigen Gesellschaftsformen, welche nach dem Willen des Gesetzgebers rechtsfähig sein sollen (die juristischen Personen) bzw. wie juristische Personen behandelt werden sollen (die oHG und die sonstigen, auf § 124 HGB verweisenden Gesellschaften), hat der Gesetzgeber ein entsprechendes Register geschaffen und dies mit dem passenden Register- und sonstigen Verfahrensrecht flankiert. Auf rechtspolitische Forderungen und praktische Bedürfnisse reagierend, hat der Gesetzgeber dem Rechtsverkehr im Laufe der Zeit neben den ursprünglichen Gesellschaftsformen weitere zur Verfügung gestellt, z.B.:

- die (ursprüngliche) Ein-Mann-Kapitalgesellschaft durch die kleine GmbH-Novelle 1980 sowie durch die Aktienrechtsderegulierung 1994
- die Partnerschaftsgesellschaft durch das PartGG 1994
- die Kleingewerbe-oHG sowie die vermögensverwaltende oHG durch die Handelsrechtsreform 1998,
- und, ganz neu, die UG (haftungsbeschränkt) durch das MoMiG 2008.

Und der Gesetzgeber hat dem Rechtsverkehr von Anfang an eine Gesellschaftsform zur Verfügung gestellt, die gerade mangels Registerpflicht und Publizität universell einsetzbar<sup>164</sup>, flexibel, formfrei, schnell, kostengünstig und -zumindest nach der Anlage im BGB (Gesamtvertretung, Grundsatz der Einstimmigkeit, gesamthänderische Gebundenheit, Abhängigkeit vom Gesellschafterbestand, keine Haftung des Neu-Gesellschafters für – ihm regelmäßig unbekannt – Alt-Verbindlichkeiten etc.) - für die Beteiligten relativ ungefährlich ist: die GbR.

Mit etwas Abstand betrachtet, und mit Blick auf die unter II. und III. dargestellten Zusammenhänge<sup>165</sup>, erkennt man, dass der Gesetzgeber gerade ohne Rechtsfähigkeit der GbR ein in sich schlüssiges und stimmiges System entwickelt hatte. Ein System, welches sich über 100 Jahre lang bewährt hat, und welches keine grundlegenden Defizite gehabt haben kann, sonst hätte es in der Praxis kaum so lange zufrieden stellend funktioniert. Auswüchsen wie der „GbR mbH“ konnte der BGH auch auf der Grundlage des traditionellen Verständnisses Einhalt gebieten. Die Entwicklungen der jüngeren Zeit aber, von der „Subjektivierung“ der oHG über die missverständliche Formulierung des § 14 Abs. 2 BGB bis hin zur angeblichen „Rechtsfähigkeit“ der GbR, verstellen den Blick auf den aus meiner Sicht wahren Inhalt der systematischen Regelungen, und führen zur unnötigen Verkomplizierung. Das geht so weit, dass sogar das höchste deutsche Zivilgericht keine Lösung mehr für die selbst hervorgerufenen Probleme sieht und nach dem Gesetzgeber ruft.

<sup>164</sup>Vom Grundsatz her ebenso, aber aus der rechtstatsächlichen Vielfalt der Erscheinungsformen unterschiedliche Prinzipien entwickelnd bzw. fordernd: K. Schmidt, GesR (Fn. 1), § 58 I 2 (S. 1691) sowie § 58 II (S. 1695ff.) und § 58 IV 3 (S. 1716ff.)

<sup>165</sup>Abstimmung zwischen §§ 714, 718, 719 BGB und §§ 50, 736 ZPO, vergleichbare Regelungen bei den anderen Gesamthandsgemeinschaften, Wortlaut und systematische Positionierung der gesetzlichen Vorschriften (amtliche Überschriften etc.), steuerrechtliche Betrachtung, anderes Folgenrecht wie Kostenrecht, Insolvenzfähigkeit als Konsequenz aus der gesamthänderischen Vermögensbindung, Einführung einer nur begrenzten Umwandlungsfähigkeit usw..

Das Modell der „neuen Gruppenlehre“ ist ein Modell, wie die Personengesellschaft geregelt sein könnte. Der argumentative Aufwand, der betrieben werden muss, um dieses Modell mit dem Wortlaut des Gesetzes in Einklang zu bringen, bzw. für gesetzliche Regelungen überhaupt noch einen Anwendungsbereich zu eröffnen, zeigt aber, dass der Gesetzgeber dieses Modell gerade nicht umgesetzt hat. Und aus den sich durch die verschiedenen Rechtsbereiche hindurch ziehenden systematischen Zusammenhänge kann man folgern, dass der GbR das Gesamthandsprinzip vielleicht doch nicht bloß „übergestülpt“ wurde, sondern der Gesetzgeber dieses konsequent umgesetzt hat. Dies ist von Rechtsprechung und Lehre zu respektieren.

Wenn es eine rechtsfähige GbR geben soll, dann durch gesetzgeberischen Akt, und dann zwangsläufig auch mit obligatorischem Register, weil es anders nicht funktioniert. Aber besteht hierfür überhaupt ein Bedürfnis? Benötigt das deutsche Recht tatsächlich neben den bereits vorhandenen Gesellschaftsformen eine weitere registerpflichtige Gesellschaftsform? Und wo soll der Unterschied bestehen zwischen einer registrierten GbR und einer (registrierten) vermögensverwaltenden oHG? Wäre es nicht zudem ein Wertungswiderspruch, wenn man die GbR (weil anders Rechtsfähigkeit nicht funktioniert) zur Registrierung zwänge, wohingegen die vermögensverwaltende oHG nur durch freiwillige Anmeldung und Eintragung entsteht?

Müssen sich die Lottospielgemeinschaften unter Arbeitskollegen wirklich bald registrieren lassen? Sind die Erwerber eines Grundstücks, bei denen der Erwerb „als GbR“ ernsthaft in Betracht kam (Übergabe an Kinder, Kauf durch nicht verheiratete Partner usw.), bald gezwungen, sich vor oder nach dem Erwerb noch an anderer Stelle als im Grundbuch registrieren zu lassen? Muss die Freiberufler-Sozietät sich nunmehr als GbR registrieren lassen, wenn doch der Weg in die registrierte Partnerschaftsgesellschaft bewusst nicht gegangen wurde? Wie soll sich ein Vermögensausgleich unter Lebensgefährten nach einer gescheiterter Beziehung noch in Anlehnung an GbR-Regeln<sup>166</sup> durchführen lassen, wenn die Annahme einer GbR an der mangelnden Registrierung scheitert?

Dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass eine Groß-GbR mit 100 oder mehr Gesellschaftern erhebliche Probleme in der praktischen Handhabung aufweist. Wenn die Gesellschafter (vielleicht, um bewusst die Publizität eines ohne Einschränkungen öffentlichen Registers wie des Handelsregisters zu umgehen!) eine weniger geeignete Gesellschaftsform wählen, statt sich, was ihnen nunmehr eröffnet ist, als vermögensverwaltende oHG registrieren zu lassen, dann ist das den Gesellschaftern anzulasten, und nicht der Rechtsform. Hieraus aus Bedürfnis nach einer – in der Konsequenz – notwendigerweise registrierten GbR abzuleiten, ist nicht angezeigt.

Dem kann auch nicht entgegen gehalten werden, die Registerpflicht würde nur die „Außen-GbR“ betreffen. Welche Kriterien erfüllt sein müssen, damit eine „Außen-

<sup>166</sup>So etwa BGH, Urteil v. 04.11.1991, II ZR 26/91, EBE/BGH 1992, 69-70 = NJW 1992, 906-907 = FamRZ 1992, 408-409; vgl. auch Albrecht, DAI-Skript (oben Fn. 143), S. 74

GbR“ vorliegt<sup>167</sup> (und ob es eine solche überhaupt gibt), ist eine bis heute nicht befriedigend beantwortete Frage<sup>168</sup>. Wenn das Vorhandensein von Gesellschaftsvermögen nicht zwingend erforderlich ist<sup>169</sup>, kann dann nicht eine Innen-GbR durch bloßes offenes Auftreten im Rechtsverkehr zur Außen-GbR werden? Und ab wann beginnt dann die Registrierungspflicht? Aus dem Gesetz lässt sich zur Beantwortung dieser Fragen nichts herauslesen, denn eine Unterscheidung zwischen einer Innen-GbR und einer Außen-GbR wird dort gerade nicht getroffen. Wohl aber eine Unterscheidung zwischen einer nicht registrierten GbR und einer registrierten oHG.

Ein zwingendes Bedürfnis nach einer rechtsfähigen (und registrierten) GbR ist auch acht Jahre nach der Grundsatzzentscheidung des BGH nicht zu erkennen. Wohl aber eines für das, was die GbR von Gesetzes wegen ist: eine – ich wiederhole mich – universelle, flexible, kostengünstige, schnelle und relativ ungefährliche Rechtsform. Diese Auffassung wird durch die jüngsten gesetzgeberischen Reparaturmaßnahmen bestätigt: in der Begründung des Rechtsausschusses zur Einführung des § 899a BGB durch das ERVGBG ist ausgeführt, dass

„das Anliegen der Regelung {...} nicht darin {besteht}, dem Grundbuch die Funktion eines allgemeinen Gesellschaftsregisters zukommen zu lassen.“<sup>170</sup>

Darüber hinaus gehende Maßnahmen zur Einführung eines GbR-Registers hat der Gesetzgeber nicht ergriffen; die Regelungen im ERVGBG dienen allein der Wiederherstellung der Verkehrsfähigkeit von Grundbesitz.

### 3. Die Lösung

Im Grunde ist es ganz einfach:

bei Lichte betrachtet, hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 29. Januar 2001 nicht mit dem Dogma gebrochen, dass Rechtsfähigkeit nur einer Rechtspersönlichkeit zukomme. Sondern er hat mit der Erkenntnis der „nach außen bestehenden beschränkten Rechtsfähigkeit“ das Institut der „Quasi-Rechtsfähigkeit“ wiederbelebt, welches gem. § 124 HGB für die oHG und die darauf basierenden Gesellschaftsformen gilt, und welches dort leider auch bereits in Vergessenheit geraten war, indem man die oHG argumentativ immer mehr einer juristischen Person annäherte. Denn was soll das oben unter III. beschriebene Modell der „Gesamthand hinter der Rechtsfähigkeit“ anderes sein als das, was § 124 HGB anordnet: die Gesellschaft kann „unter ihrer

Firma“ im Rechtsverkehr auftreten; sie ist keine rechtsfähige Persönlichkeit, sondern wird nur im Verhältnis zu Dritten wie eine solche behandelt.

Dieses Prinzip hat der BGH in seiner Entscheidung vom 29. Januar 2001 auf die GbR übertragen, ohne dies offen zu sagen. Das Gericht tat dies, weil es auf einer theoretischen Ebene dogmatisch vorstellbar ist. Und nicht etwa, weil dies in irgendeiner Weise zwingend war, weil das Gesetz eine solche Konstruktion nahe legt, oder weil gesetzliche Konstruktionslücken bestanden, die nur so und nicht anders geschlossen werden konnten. Im Gegenteil: für die rechtsfähige GbR bestanden, jedenfalls im Zeitpunkt der Entscheidung, von Gesetzes wegen weder Raum noch Notwendigkeit.

So betrachtet, muss die Rechtsprechung zur Rechtsfähigkeit der GbR als dogmatisches Experiment angesehen werden, und zwar als eines, welches gescheitert ist. Das Experimentiermodell taugt in der Praxis, auf die es ankommt, nicht.

Was liegt also näher, als das Rad zurückzudrehen<sup>171</sup>:

- echte Rechtsfähigkeit wird wieder nur Rechtspersönlichkeiten, also natürlichen und juristischen Personen beigelegt,
- die Personenhandelsgesellschaften und die darauf basierenden Gesellschaftsformen werden wieder als Gesamthandsgesellschaften angesehen, welche zwar nicht rechtsfähig sind, aber im Außenverhältnis gesetzestech-nisch wie solche behandelt werden.
- und die GbR wird wieder zu dem, was sie immer war: eine nicht rechtsfähige (und nicht registerpflichtige) Gesellschaft, auf welche die gesetzlichen Regelungen (§§ 714, 718, 719 BGB, § 736 ZPO) uneingeschränkt Anwendung finden, also eine auf der Grundlage des Gesetzeswortlauts gut zu handhabende Gesellschaft für alle möglichen Lebenslagen.

Der Gesetzgeber muss dafür nur eines tun:

**§ 705 BGB folgenden S. 2 anfügen: "Die Gesellschaft ist nicht rechtsfähig".**

Und, um weitere Missverständnisse auszuschließen, § 14 Abs. 2 BGB um die vergessenen Worte „unter ihrer Firma“ ergänzen.

Hierfür ist es auch nach der Verabschiedung des ERVGBG noch nicht zu spät. Zwar lassen die Ausführungen des Rechtsausschusses in der Gesetzesbegründung eine gewisse Akzeptanz der Entscheidungen des BGH erkennen. Doch mehr als ein Reparaturgesetz sollen die Ergänzungen des BGB, der GBO und der GBVfg. auch nach der Einschätzung des Gesetzgebers nicht sein. Es bleibt daher die Hoffnung, dass sich die richtige Auffassung von der Rechtsnatur der BGB-Gesellschaft und der Gesamthand beim Gesetzgeber wieder durchsetzt und dieser den Bundesgerichtshof nicht nur hinsichtlich der Verkehrsfähigkeit des Grundbesitzes, sondern insgesamt korrigiert.

<sup>167</sup>Reicht es aus, dass die Gesellschaft im Rechtsverkehr offen nach außen zu-tage tritt, oder ist die Bildung von Gesellschaftsvermögen erforderlich? Und wenn das offene Auftreten ausreicht: ist das in der Praxis den Beteiligten überhaupt bewusst? Meine Partnerin und ich halten unser Grundstück als GbR. Den Versuch, als „SB Grundstücks-GbR“ bei den örtlichen Versorgern aufzutreten, habe ich schnell wieder aufgeben: das stiftete nur große Verwirrung. Von dem erforderlichen weiteren Briefkastenschild, damit die Post an die GbR nicht als „unzustellbar“ zurückgeht, ganz zu schweigen. Soll davon die Rechtsfähigkeit unserer GbR abhängen?

<sup>168</sup>Vgl. K. Schmidt, GesR (Fn. 9), § 43 II (S. 1288f.).

<sup>169</sup>So K. Schmidt a.a.O., (vorherige Fn.). Hiernach soll die Fähigkeit der Gesellschaft, als solche Träger von Rechten und Pflichten zu sein, den Unterschied zwischen der Innen- und der Außengesellschaft ausmachen. Diese Auffassung ist allerdings mit der Entscheidung des BGH vom 29. Januar 2001 nicht vereinbar, will man nicht einen Zirkelschluss provozieren: nach BGH ist die Rechtsfähigkeit die Folge des Bestehens einer Außengesellschaft, nach K. Schmidt hingegen die Voraussetzung.

<sup>170</sup>BT-Dr. 16/13437 S. 30.

<sup>171</sup>So auch Ruhwinkel, MittBayNot 2009, 177, 188.



## Zur Frage der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung(en) der Grundschuldbestellungsurkunde nach dem Risikobegrenzungs- gesetz (insbesondere § 1193 BGB n.F.) \*

Dr. Johann Andreas Dieckmann, MSt. (Oxford), Notar in Freiburg i.Br.

### Inhaltsübersicht

<b>I. Einleitung</b>	<b>144</b>
1. Ausgangspunkt und Problemstellung	144
2. Um welche Ansprüche geht es?	145
3. Überblick über den Beitrag	145
<b>II. Kündigung und Fälligkeit der (Sicherungs-) Grundschuld (§ 1193 BGB n.F.)</b>	<b>145</b>
1. Grundschuldfähigkeit	145
2. Erfordernis eines Kündigungsgrundes?	146
3. Fälligkeit der Nebenleistung	146
4. Fälligkeit der Zinsen	147
5. Fälligkeit der Sicherungsschuldanerkenntnisses	147
<b>III. Allgemeines zur Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen notarieller Urkunden</b>	<b>147</b>
1. Wer kann die vollstreckbare Ausfertigung beantragen?	147
2. Absicherung des (an der Urkunde nicht beteiligten) Gläubigers	147
3. Vollstreckungsklausel und die Hürde des § 726 ZPO	147
<b>IV. Die bisherige Praxis vor Einführung des § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB – Gefahr für den Eigentümer?</b>	<b>148</b>
<b>V. Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung wegen des Sicherungsschuldanerkenntnisses und wegen der Grundschuldzinsen</b>	<b>148</b>
1. Das sofort fällige Sicherungsschuldanerkenntnis	148
2. Der Anspruch auf den – künftig entstehenden – Grundschuldzins	148
<b>VI. Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung wegen des Grundschuldkapitals (und der Nebenleistung)</b>	<b>149</b>
1. Der Regelfall: Die Kündigung ist erklärt	149
a) Kündigung und Fristablauf sind erfolgt	149
b) Kündigung ist erfolgt, der Fristablauf aber noch nicht	149

2. Der Ausnahmefall: Die Kündigung ist noch nicht erklärt	149
a) Der sog. „Nachweisverzicht“ und die Parteidisposition	149
b) Anlaß für Nachweisverzichte: Die Beweismittelbeschränkung nach § 726 ZPO	150
c) Anlaß für Nachweisverzicht bei Grundschulden	150
d) Sachliches Interesse des Gläubigers an sofortiger Erteilung?	150
e) Risiken des Gläubigers	151
f) Interessen des Schuldners	151
g) Interessenabwägung	151
3. Die Möglichkeit zum sog. „Nachweisverzicht“ und das AGB-Recht	152
a) Beweislastumkehr und Intransparenz?	152
b) Unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	152
<b>VII. Zusammenfassung zur Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung</b>	<b>153</b>
1. Zeitpunkt der Erteilung	153
2. Sicherstellung des Gläubigers	153
3. Ein gelungenes Gesetz?	153

## I. EINLEITUNG

### 1. Ausgangspunkt und Problemstellung

Darlehen müssen abgesichert werden. Die übliche und weitverbreitete Absicherung von Bankdarlehen an Immobilien erfolgt durch Eintragung einer Sicherungsschuld im Grundbuch. Zur Erleichterung der Rechtsdurchsetzung und Erhöhung der Kreditsicherheit werden in der modernen Praxis überwiegend *vollstreckbare* Grundschulden bestellt. Grundpfandrechte sind auf Duldung der Zwangsvollstreckung ausgerichtet, § 1147 BGB. Sie können nur im Zwangsversteigerungsverfahren durchgesetzt werden, einem gerichtlichen Verfahren. Zu diesem benötigt der Gläubiger einen *Vollstreckungstitel* (in Bezug auf den Anspruch). Dieser Titel kann streitig erwirkt werden wie das Urteil. Er kann aber auch freiwillig oder (doch wenigstens einvernehmlich) bestellt werden – wie im gerichtlichen Vergleich oder in notarieller Urkunde durch Vollstreckungsunterwerfung. Solch einvernehmliche Titel kann man „Parteidispositionsakte“<sup>1</sup> oder „unstreitig

\* Der Beitrag basiert auf Teil 3 § 9 des Vortrags des Verf. zum Thema „Grundpfandrechte in der notariellen Praxis – Neues im Grundschuldrecht – insbesondere: das Risikobegrenzungs-gesetz“, Sonderveranstaltung der Notarakademie Baden-Württemberg am 10. Juli 2009 in Stuttgart.

<sup>1</sup> Wach, Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung, 1879, S. 219 f.

erwirkte Titel<sup>42</sup> nennen. Gleich wie der Titel zustande kommt: seine Funktion ist die Durchsetzung des materiellrechtlichen Anspruchs.

Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung allein hilft dem Gläubiger noch nicht. Er benötigt vielmehr eine mit der Vollstreckungsklausel versehene Ausfertigung der Urkunde. Sie ist Grundlage der Durchführung des Zwangsvollstreckungsverfahrens (§§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 724 ZPO). Der Gläubiger benötigt also eine *vollstreckbare Ausfertigung* der notariellen Urkunde. Die Frage, *unter welchen Voraussetzungen* und insbesondere *wann* diese erteilt werden darf, ist Gegenstand dieses Beitrags.

Warum ist die Frage von neuem Interesse? Bisher wurde die Sicherungsgrundschuld meist als sofort fällig bestellt. Und bisher wurde die vollstreckbare Ausfertigung meist unmittelbar nach Bestellung der Grundschuld erteilt<sup>3</sup>.

Die Frage ist von neuem Interesse durch Einführung des zwingenden Charakters der Kündigungsfrist für die Sicherungsgrundschuld. Das *Risikobegrenzungs-gesetz* vom 12.08.2008<sup>4</sup> hat die zuvor dispositive Frist von sechs Monaten durch den neuen § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB n.F.<sup>5</sup> insoweit zu zwingendem Recht gemacht.

Mancher Gläubiger wünscht ungeachtet der Gesetzesänderung weiterhin die sofortige Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung. Auf den ersten Blick erscheint es erstaunlich, dass zwar nach materiellem Recht die Kündigung zwingende Voraussetzung der Fälligkeit ist, jedoch die Urkunde, mit der die Realisierung des Anspruchs auf Duldung der Zwangsvollstreckung durchsetzbar ist, dem Gläubiger schon (lange) vor Kündigung zur Verfügung gestellt werden soll.

Nachdem die Sicherungsgrundschuld in der Vergangenheit in die Kritik geraten ist, hat der Gesetzgeber einige neue gesetzliche Regelungen eingeführt. Sie sollen insbesondere den Schuldnerschutz bei Gläubigerwechsel infolge von Darlehensverkäufen erhöhen. Als besonders problematisch wurde der vom Gläubiger ausübbarer Druck durch Androhung und Durchführung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen empfunden. Ob die vom Gesetzgeber angenommenen Mißstände in der Tat bestanden, ist jedenfalls zweifelhaft. Es sind zwar vereinzelte Gerichtsentscheidungen publiziert<sup>6</sup>, die Bedenken erwecken und bestärken. Ob dies Einzelfälle sind und bleiben, ist unklar.

Um den Schuldner vor dem Risiko zu schneller Inanspruchnahme zu schützen, hat man auch die bisher übliche Praxis, eine Grundschuld als *sofort fällig* zu bestellen, beendet. Für den Schuldnerschutz setzte man nur im BGB an. Man mach-

te die Fälligkeitsregel für die Sicherungsgrundschuld zu zwingendem Recht. Dies gilt für vollstreckbare und für einfache Sicherungsgrundschulden gleichermaßen. Und es gilt unabhängig davon, ob das Darlehen eines Verbrauchers oder ein geschäftliches Darlehen eines Unternehmers, einer Kapitalgesellschaft oder Wirtschaftsunternehmens gesichert wird.

Mit dem Ansatz im BGB hat man es indes versäumt, die „Nebenwirkungen“ des materiellen Rechts auf die verfahrensrechtlichen Fragen mitzubedenken und mitzuregeln.

## 2. Um welche Ansprüche geht es?

Grundschuldbestellungsurkunden sind komplex. Sie enthalten in der Regel nicht einfach nur Bewilligung und Antrag zur Eintragung eines Grundpfandrechts. Vielmehr betrifft und begründet die typische vollstreckbare Sicherungsgrundschuld mehrere Ansprüche<sup>7</sup>. Es sind zu unterscheiden: der schuldrechtliche Zahlungsanspruch aus dem Sicherungsschuldnererkenntnis, der dingliche Anspruch aus der Grundschuld (§§ 1191 Abs. 1, 1192 Abs. 1, 1147 BGB) auf Duldung der Zwangsvollstreckung wegen des Kapitals (und der Nebenleistung) und der inhaltsgleiche dingliche Anspruch wegen des Grundschuldzinses (§§ 1191 Abs. 2, 1192 Abs. 1, 1147 BGB). Diese Kombination abstrakter dinglicher und persönlicher Haftung schafft faktisch ein neues Rechtsinstitut<sup>8</sup>.

## 3. Überblick über den Beitrag

Bei der Frage, wann die vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden kann, wird zunächst die Neuregelung hinsichtlich der Fälligkeit der Grundschuld betrachtet. Nur durch sie stellt sich die Frage. Sodann werden kurz die allgemeinen Regeln der Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen dargestellt. Es folgt ein kurzer Überblick über die bisherige Praxis zum alten Recht (bei der die Grundschuld in der Regel sogleich fällig war). Anschließend wird die Frage der Erteilung der Ausfertigungen nach neuem Recht erörtert. Da die Kündigungsfrist von sechs Monaten nicht mehr geändert werden kann, ergeben sich Besonderheiten. Hier ist insbesondere auf die Frage des sog. Nachweisverzichts einzugehen.

# II. KÜNDIGUNG UND FÄLLIGKEIT DER (SICHERUNGS-) GRUNDSCHULD (§ 1193 BGB N.F.)

## 1. Grundschuldfälligkeit

Schon nach bisheriger Rechtslage war der abstrakte Zahlungsanspruch aus der Grundschuld grundsätzlich erst nach Kündigung der Grundschuld fällig (§ 1193 Abs. 1 BGB a.F.). Die gesetzliche Frist betrug sechs Monate. Kündigungsbe-rechtigt ist der Gläubiger ebenso wie der Eigentümer. Die Regelung war allerdings bisher für *alle* Grundschulden *dispositiv*<sup>9</sup>. Nunmehr lautet der die Kündigung der Grundschuld regelnde § 1193 BGB:

<sup>7</sup> Genau genommen entstehen die Ansprüche natürlich erst, wenn das Angebot aus den einseitigen Erklärungen des Eigentümers in der Grundschuldbestellungsurkunde vom Gläubiger angenommen ist und der Grundbuchvollzug erfolgt.

<sup>8</sup> Stürner, FS Serick, 1992, 377, 381.

<sup>9</sup> Erman-Wenzel, 12. Auflage, 2008, § 1193 Rn 2.

<sup>2</sup> Münzberg, JZ 1998, 378.

<sup>3</sup> Wenn man als „Bestellung“ die Abgabe der Bewilligung und Unterwerfungserklärung des Eigentümers/Schuldners in notarieller Urkunde ansieht. Stellt man auf die Entstehung und den Rechtserwerb des Gläubigers ab, fehlen noch Einigung und Eintragung im Grundbuch.

<sup>4</sup> BGBl. 2008, S. 1666 (12. August 2008).

<sup>5</sup> Diese Norm gilt nach der intertemporalen Regelung von Art. 229 § 18 Abs. 3 EGBGB für solche Grundschulden, die nach dem 19. August 2008 „bestellt“ wurden. Ob man dies auf den Zeitpunkt der Abgabe der Bewilligung, Antragsstellung beim Grundbuchamt oder Eintragung bezieht, ist unklar.

<sup>6</sup> Vgl. den Fall OLG München WM 2008, 688.

### „§ 1193 BGB Kündigung

(1) Das Kapital der Grundschild wird erst nach vorgängiger Kündigung fällig. Die Kündigung steht sowohl dem Eigentümer als dem Gläubiger zu. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate.

(2) Abweichende Bestimmungen sind zulässig. Dient die Grundschild der Sicherung einer Geldforderung, so ist eine von Absatz 1 abweichende Bestimmung nicht zulässig.“

Für die Sicherungsgrundschild wird nun die Kündigungsfrist zu zwingendem Recht. Die Vereinbarung sofortiger Fälligkeit der Grundschild ohne vorherige Kündigung ist nicht mehr statthaft.

## 2. Erfordernis eines Kündigungsgrundes?

Meist sind Kündigungen nur wirksam, wenn neben der Kündigungserklärung auch ein Kündigungsgrund vorliegt. Kündigt der Vermieter ohne dass ein Grund vorliegt, den das Gesetz als hinreichenden Lösungsanlass für das Schuldverhältnis ansieht, hat die Kündigung keine Wirkung. Genauer gesagt: Sie hat nicht die beabsichtigte Wirkung, nämlich der Auflösung des Mietverhältnisses. Gleiches gilt im Arbeitsrecht und – hier näherliegend – im Darlehensrecht.

Der Darlehensgeber kann das Darlehen nur unter bestimmten Voraussetzungen kündigen. Fehlt es an einer Zeitbestimmung zur Rückerstattung, kann das Darlehen mit Kündigungsfrist von drei Monaten beendet werden (§ 488 Abs. 3 Satz 2 BGB). Ansonsten bedarf es eines Grundes. Ein solcher liegt insbesondere vor, wenn in den Vermögensverhältnissen des Darlehensnehmers oder der Werthaltigkeit einer Sicherheit eine wesentliche Verschlechterung eintritt oder einzutreten droht, die den Rückerstattungsanspruch gefährden kann (§ 490 BGB). Beim Verbraucherdarlehen gelten bestimmte eingeschränkte Kündigungsregeln, die das Risikobegrenzungsrecht weiter eingeeignet hat.

Bei der Verwendung einer Grundschild als Kreditsicherheit würde man nun auch erwarten, dass für die Wirksamkeit der Kündigung ein Kündigungsgrund vorliegen müsste. Ein solcher könnte etwa das Vorliegen des Sicherungsfalls sein. Überraschenderweise sieht indes das Gesetz das Erfordernis eines Kündigungsgrundes *nicht* vor.

Manche Autoren gehen davon aus, dass die Kündigung der Sicherungsgrundschild ohne weitere Gründe möglich und wirksam ist<sup>10</sup>. Andere befürworten eine Auslegung, nach der wenigstens gewisse Anzeichen einer Krise vorliegen müssen<sup>11</sup>. Zum Teil wird auch eine Anlehnung der Kündigungsvoraussetzungen an diejenige des Darlehens befürwortet<sup>12</sup>.

Für die Frage der dinglichen Wirksamkeit ist mit dem Gesetzeswortlaut ein Kündigungsgrund nicht erforderlich. Ein Grund zur Kündigung ist nicht dinglicher Inhalt der Sicherungsgrundschild.

Anderes mag für die schuldrechtliche Seite gelten, die im Sicherungsvertrag niedergelegt ist. Bisher wurde eine sicherungsvertragliche Vereinbarung, die den Schuldner zur Bestellung einer sofort fälligen Grundschild verpflichtete, nicht beanstandet. Das bedeutete „konkudent“, dass der Sicherungsvertrag keine Pflicht zur vorherigen Kündigung nach Eintritt des Sicherungsfalls vorsah. Das Gesetz hat nun – trotz des Anlasses, den das Risikobegrenzungsrecht bot – den Sicherungsvertrag nicht geregelt. Das spricht dafür, dass auch weiterhin eine Vereinbarung zulässig sein sollte, die keinen Kündigungsgrund verlangt. Ob man sich indes darauf verlassen kann, dass die Rechtsprechung nicht unter dem Eindruck des schuldnerschützenden Tätigwerdens des Gesetzgebers eine restriktivere Auslegung der Zweckerklärung erfolgt, ist nicht sicher.

Jedenfalls der Eintritt des Sicherungsfalls kann richtiger Auffassung nach *nicht* Voraussetzung für die Kündigung sein<sup>13</sup>. Die Kündigungsfrist von sechs Monaten wäre viel zu lang. Eine Kreditsicherheit, die erst ein halbes Jahr nach Eintritt der Krise verwendbar ist, ist keine effektive Kreditsicherheit mehr. Dies gilt hier insbesondere, weil ohnehin die Frist zur Darlehenskündigung zum Teil verlängert wurde. Im Ergebnis käme man so zu einer Kumulierung der Fristen<sup>14</sup>. Dies wäre auch deswegen unangemessen, da das Verwertungsverfahren durch Zwangsversteigerung ohnehin kein *sehr* schnelles ist. Die durchschnittliche Verfahrensdauer soll eineinhalb Jahre betragen. Wenn die Sicherheit erst mit dem Sicherungsfall verwertbar ist, so muss sie aber auch sogleich mit Eintritt des Sicherungsfalls verwertbar sein. Eine Übereilung des Eigentümers kann hierin nicht liegen. Denn das Zwangsversteigerungsverfahren sieht genügend Zeit vor, die vor einer unberechtigten Inanspruchnahme und Verwertung schützt.

Im Ergebnis wird man wohl festhalten können: Es ist kein Kündigungsgrund nötig. D.h. die Sicherungsgrundschild kann wirksam gekündigt werden, auch wenn der Sicherungsfall nicht vorliegt. Der Gläubiger wird vermutlich dennoch gut daran tun, nicht ohne Anlass zu kündigen<sup>15</sup>. Ggf. ist nach einer weiteren Risikoänderung oder nach weiterem Verzug eine erneute Kündigung angezeigt. Zu erwägen ist auch die Einholung einer Bestätigung des Eigentümers, dass er die Kündigung akzeptiert. Schlimmstenfalls ist eine Feststellungsklage angezeigt.

## 3. Fälligkeit der Nebenleistung

Nicht ausdrücklich geregelt ist die Fälligkeit von sonstigen Nebenleistungen. Üblicherweise wurden Nebenleistungen ebenso wie das Kapital sofort fällig gestellt. Da sie faktisch eine Erhöhung des Grundschildkapitals bewirken, ist richtiger Auffassung nach § 1193 BGB n.F. entsprechend anwendbar<sup>16</sup>. Sie sind nur nach Kündigung mit Frist von sechs Monaten fällig. Die Gegenmeinung<sup>17</sup> konterkariert den Gesetzeszweck, der den Handlungsdruck auf den Eigentümer redu-

<sup>10</sup> Schmid/Voss, DNotZ 2008, 740, 746 f.; Bachner, DNotZ 2008, 644, 647; Volmer, MittBayNot 2009, 1, 5 f.; Kalkbrenner, ZNotP 2008, 401; Höche, FS Nobbe 2009, 315, 328 ff., 331.

<sup>11</sup> Hinrichs/Jaeger, ZfIR 2008, 745, 750: erste Zahlungsschwierigkeiten oder sonstige Krisenanzeichen.

<sup>12</sup> Köchling, ZinsO 2008, 848, 850.

<sup>13</sup> Zutreffend Hinrichs/Jaeger, ZfIR 2008, 745, 750.

<sup>14</sup> Höche, FS Nobbe 2009, 315, 330.

<sup>15</sup> Vgl. zu den Risiken Volmer, MittBayNot 2009, 1, 6.

<sup>16</sup> Kalkbrenner, ZNotP 2008, 401; Clemente, ZfIR 2008, 589, 595 f.

<sup>17</sup> Schmid/Voss, DNotZ 2008, 740, 745 f.; Volmer, MittBayNot 2009, 1, 4; Böhringer, BWNNotZ 2009, 61, 62.

zieren will<sup>18</sup>. Dies gilt insbesondere, wenn die Nebenleistung sofort fällig sein soll. Wenn der Eigentümer mit Vollstreckung in den Grundbesitz aus der Nebenleistung rechnen muss, bringt ihm die Kündigungsfrist für das Kapital nicht viel.

#### 4. Fälligkeit der Zinsen

Ebenso wenig hat das Risikobegrenzungs-gesetz eine ausdrückliche Regelung für die Fälligkeit der Grundschuldzinsen getroffen. Es spricht viel dafür, dass der Gesetzgeber die Frage schlicht übersehen hat<sup>19</sup>. Die meisten Autoren halten nun die entsprechende Anwendung des § 1193 BGB n.F. nicht für richtig<sup>20</sup>. Aber auch die Gegenmeinung wird vertreten, und zwar mit guten Gründen<sup>21</sup>. Eine verlässliche Antwort ist schwierig. Sie wird wohl erst durch die Rechtsprechung gegeben werden. Hier soll die h.L. zugrundegelegt werden.

#### 5. Fälligkeit des Sicherungsschuldnerkenntnisses

Auch die Fälligkeit des Sicherungsschuldnerkenntnisses regelt das Risikobegrenzungs-gesetz nicht<sup>22</sup>. Clemente will nun § 1193 BGB n.F. ebenfalls analog anwenden<sup>23</sup>. Dies wäre legislativpolitisch nur konsequent. Allerdings ist die Anwendung der sachenrechtlichen Vorschrift, die auf das dingliche Recht Grundschuld zielt, auf den schuldrechtlichen Anspruch aus §§ 780, 781 BGB zweifelhaft. Das Sicherungsschuldnerkenntnis ist nicht Inhalt der Grundschuld, es ist in Entstehung und Durchsetzung von der Grundschuld (wie auch von der gesicherten Forderung) unabhängig<sup>24</sup>. Die Kündigungsfrist des § 1193 BGB n.F. gilt nicht.

### III. ALLGEMEINES ZUR ERTEILUNG VOLLSTRECKBARER AUSFERTIGUNGEN NOTARIELLER URKUNDEN

#### 1. Wer kann die vollstreckbare Ausfertigung beantragen?

Die verfahrensrechtlichen Regeln über die Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen finden sich im Beurkundungsgesetz (§§ 51, 52) und in der Zivilprozeßordnung (§§ 724 ff, 794 Abs. 1 Ziffer 5). Nach h.A. ist nicht jeder Gläubiger, zu dessen Gunsten eine Vollstreckungsunterwerfung erfolgte, allein hieraus berechtigt, eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde zu verlangen<sup>25</sup>. Eine vollstreckbare Ausfertigung kann er viel-

mehr nur verlangen, wenn er bereits eine einfache Ausfertigung besitzt, oder wenn er einen Anspruch auf Erteilung einer einfachen Ausfertigung nach § 51 BeurkG hat<sup>26</sup>. § 52 BeurkG gibt keinen weitergehenden Anspruch als § 51 BeurkG<sup>27</sup>.

Grundsätzlich kann nur derjenige eine Ausfertigung der Urkunde verlangen, der in der Niederschrift eine Erklärung abgegeben hat, § 51 BeurkG. Dies ist bei Grundschulden nur der Schuldner/Eigentümer, nicht auch der Gläubiger.

Beantragt der Schuldner die Erteilung der Ausfertigung an den Gläubiger, kann sie erteilt werden. Wird die Ausfertigung (erst) zu einem späteren Zeitpunkt als der Bestellung verlangt, wird der Antrag meist vom Gläubiger gestellt.

#### 2. Absicherung des (an der Urkunde nicht beteiligten) Gläubigers

Die Effektivität der Zwangsvollstreckungsunterwerfung würde unterlaufen, wenn der Eigentümer nach Bestellung der Grundschuld einseitig verhindern könnte, dass der Gläubiger eine vollstreckbare Ausfertigung erhält. Dies Risiko muss ausgeschlossen werden.

Der theoretisch denkbare Weg der Beteiligung des Gläubigers an der Urkundsverhandlung ist weder praktisch noch im Hinblick auf die Kosten vertretbar. Wird die Einigung über die Grundschuldentstehung beurkundet, erhöht sich die Beurkundungsgebühr immens. Der Zeitaufwand der Anwesenheit eines vertretungsberechtigten Mitarbeiters bei dem Notartermin kann einem institutionellen Kreditgläubiger nicht zugemutet werden.

Die Sicherstellung des Gläubigers ist aber mit einfachen Mitteln zu bewerkstelligen. Ihm ist nur eine *einfache Ausfertigung* der Urkunde zu erteilen. Ein späterer Versuch des Eigentümers, die Erteilung der Vollstreckungsklausel zu verhindern, indem er die Anweisung an den Notar *einseitig widerruft*, auf Antrag des Gläubigers vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen, wäre erfolglos.

Der Gläubiger sollte daher auf Aushändigung einer Ausfertigung bestehen und die Valutierung des Darlehens von ihr abhängig machen.

#### 3. Vollstreckungsklausel und die Hürde des § 726 ZPO

Die vollstreckbare Ausfertigung ist eine mit der *Vollstreckungsklausel* versehene Ausfertigung. Die Vollstreckungsklausel wiederum ist die *Bescheinigung des Notars über Bestand und Vollstreckbarkeit des Titels*<sup>28</sup>. Eine ohne Einschränkung erteilte Vollstreckungsklausel bezeugt dem Vollstreckungsorgan die Vollstreckbarkeit sämtlicher Ansprüche aus der Urkunde, wegen derer der Schuldner sich der Vollstreckung unterworfen hat. Grundsätzlich ist die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung erst nach Entstehen und Fälligkeit des Anspruchs zulässig<sup>29</sup>. Wenn die Vollstreckung

<sup>18</sup> Vgl. zutreffend Clemente, ZfIR 2008, 589, 596.

<sup>19</sup> Clemente, ZfIR 2008, 589, 596.

<sup>20</sup> Schmid/Voss, DNotZ 2008, 740, 745 f; Volmer, MittBayNot 2009, 1, 4; Böhringer, BWNNotZ 2009, 61, 62; Hinrichs/Jaeger, ZfIR 2008, 745, 746; Kalkbrenner, ZNotP 2008, 401; Palandt-Bassenge, 68. Auflage 2009, § 1193 Rn 3; (wohl) auch Bachner, DNotZ 2008, 644, 647.

<sup>21</sup> Clemente, ZfIR 2008, 589, 596; MK-Eickmann, 5. Auflage 2009, § 1193 Rn 9.

<sup>22</sup> Schmid/Voss, DNotZ 2008, 740, 751 f; Volmer, MittBayNot 2009, 1, 4; Böhringer, BWNNotZ 2009, 61, 62; Hinrichs/Jaeger, ZfIR 2008, 745, 752.

<sup>23</sup> Clemente, ZfIR 2008, 589, 596.

<sup>24</sup> BGHZ 167, 1, 6 ff; BGHZ 99, 274, 285.

<sup>25</sup> Vgl. Preuß, in: Armbrüster/Preuss/Renner, BeurkG, 5. Auflage, 2009, § 52 Rn 2.

<sup>26</sup> Volmer in: Würzburger Notarhandbuch, 2005, S. 120; Eylmann/Vaasen-Limmer, BNotO, BeurkG, 2. Auflage, 2004, § 52 Rn 1 mN; Ertl, DNotZ 1969, 650, 663; Jansen, DNotZ 1966, 267, 274 f mN (zur alten Rechtslage).

<sup>27</sup> A.A. Keidel/Winkler, Beurkundungsgesetz, 14. Auflage, 1999, § 52 Rn 32 ff.

<sup>28</sup> Zöller-Stöber, ZPO, 27. Auflage, 2009, § 794 Rn 36.

<sup>29</sup> Zöller-Stöber, ZPO, 27. Auflage, 2009, § 724 Rn 1.

nach ihrem Inhalt von einer bestimmten Tatsache abhängt, deren Eintritt der Gläubiger zu beweisen hat, so ist nach §§ 726, 795 ZPO die Ausfertigung nur zu erteilen, wenn der Beweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde geführt wird. Dies gilt insbesondere für den Eintritt der Fälligkeit eines Anspruchs. Wenn – wie bei der Sicherungsgrundschuld – die Fälligkeit von der Kündigung abhängt, so ist allerdings nur der Zugang der Kündigungserklärung in öffentlicher Urkunde nachzuweisen<sup>30</sup>. Nicht erforderlich ist, dass auch die Erklärung der Kündigung selbst öffentlich beglaubigt wäre<sup>31</sup>. Die Beweismittelbeschränkung im Klauselerteilungsverfahren auf öffentliche Urkunden ist dem formalisierten Verfahren und der Rechtssicherheit geschuldet. Für den Nachweis in Form des § 726 ZPO genügt die Zustellung der Kündigung durch den Gerichtsvollzieher.

#### IV. DIE BISHERIGE PRAXIS VOR EINFÜHRUNG DES § 1193 ABS. 2 SATZ 2 BGB – GEFAHR FÜR DEN EIGENTÜMER?

Bisher wurde die vollstreckbare Ausfertigung für den dinglichen Anspruch aus §§ 1191 Abs. 1, 1192 Abs. 2, 1147 BGB in aller Regel sogleich nach Beurkundung der Grundschuld und vor ihrer Eintragung im Grundbuch erteilt<sup>32</sup>. Dies galt jedenfalls bei dem (statistisch) absoluten Regelfall, bei dem in Abweichung von § 1193 BGB a.F. die sofortige Fälligkeit der Grundschuld vereinbart war. War dies problematisch? Nein, denn die Gefahr unberechtigter Vollstreckung in den Grundbesitz vor Fälligkeit war bei *Nichtentstehen der Grundschuld* praktisch ausgeschlossen. Wurde die Grundschuld – wider Erwarten – nicht im Grundbuch eingetragen, bestand für den Eigentümer keine Gefahr. Denn er konnte aus der vollstreckbaren Urkunde *nicht wegen der Grundschuld* in Anspruch genommen werden. Es ist schon kaum denkbar, dass eine Bank die Versteigerung des Grundbesitzes beantragt, wenn die Grundschuld gar nicht im Grundbuch eingetragen ist. Selbst wenn dies versehentlich einmal passieren sollte: Das Vollstreckungsgericht würde einen solchen Antrag ohne weiteres ablehnen. Ohne Grundschuld keine Zwangsversteigerung.

Nur wenn die Grundschuld wegen eines sonstigen Mangels (etwa wegen fehlender Einigung) trotz Eintragung im Grundbuch in Wahrheit nicht entstanden war, konnte der Eigentümer zu „Unrecht“ in Anspruch genommen werden. Diese Fälle dürften sehr selten gewesen sein.

Die bisherige Praxis barg für den Schuldner also nicht das Risiko, der Vollstreckung *vor Fälligkeit der Grundschuld* ausgesetzt zu sein. Sie war daher nicht problematisch.

*(Dies darf nicht mit dem Risiko verwechselt werden, vor Eintritt des Sicherungsfalls der Vollstreckung ausgesetzt zu werden. Dies Risiko bestand natürlich.)*

<sup>30</sup> Zöller-Stöber, ZPO, 27. Auflage, 2009, § 726 Rn 6.

<sup>31</sup> OLG Frankfurt RPflegler 1973, 323.

<sup>32</sup> Vgl. etwa Germer, BWNtZ 1989, 136, 137.

#### V. ERTEILUNG DER VOLLSTRECKBAREN AUSFERTIGUNG WEGEN DES SICHERUNGSSCHULDANERKENNTNISSES UND WEGEN DER GRUNDSCHULDZINSEN

Aus der Grundschuldbestellung entstehen mehrere Rechtspositionen des Gläubigers: der schuldrechtliche Zahlungsanspruch aus §§ 780, 781 BGB, und die dinglichen Duldungsansprüche wegen des Kapitals, der Nebenleistung und wegen der dinglichen Zinsen. Wegen all dieser Ansprüche erfolgen in der Regel Unterwerfungserklärungen in der Urkunde. Sie sollen differenziert betrachtet werden

##### 1. Das sofort fällige Sicherungsschuldanerkenntnis

Nachdem das Risikobegrenzungs-gesetz für das Sicherungsschuldanerkenntnis keine abweichende Regelung getroffen hat, kann nach wie vor ein zur Grundschuld parallel gewährtes Zahlungsverprechen gemäß §§ 780, 781 BGB als sofort fällig bestellt werden<sup>33</sup>. Dies geschieht auch in der täglichen Praxis. Hier stellt sich kein Problem im Hinblick auf den Nachweis der Fälligkeit im Sinn von § 726 ZPO. Wegen des schuldrechtlichen Anspruchs (bzw. der mehreren Ansprüche bei mehreren Schuldner) kann also ohne weiteres vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden.

##### 2. Der Anspruch auf den – künftig entstehenden – Grundschuldzins

Ähnliches gilt für den Anspruch aus dem Zinsversprechen, wenn man mit der h.M. annimmt, die Fälligkeit der Zinsen hänge nicht von der Kündigung ab.

Der Zinsanspruch entsteht erst zu einem späteren Zeitpunkt, er wird auch erst in der Zukunft fällig. Zumeist wird der Zins jährlich nachträglich<sup>34</sup> geschuldet<sup>35</sup>. Auch wenn die Zinsen nun noch nicht fällig sind, steht der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung jedenfalls § 726 ZPO nicht entgegen. Da der Zinsbeginn taggenau bestimmbar ist und auch der Ablauf der Fälligkeitsfrist ohne weiteres festzustellen ist, kann eine vollstreckbare Ausfertigung insoweit erteilt werden, § 751 Abs. 1 ZPO. Es gilt das gleiche wie bei der bisherigen Praxis für das Kapital. Die Ausfertigung kann vor Entstehung und Fälligkeit des Zinsanspruchs erteilt werden.

Nur wenn man auch für die Fälligkeit der Zinsen die Fälligkeitseinschränkung des § 1193 Abs. 2 BGB n.F. anwendet<sup>36</sup>, kommt man zu einem anderen Ergebnis. Dann gälte ähnliches wie unten zum Kapital ausgeführt.

<sup>33</sup> Schmid/Voss, DNotZ 2008, 740, 751 f; Volmer, MittBayNot 2009, 1, 4; Böhringer, BWNtZ 2009, 61, 62; Hinrichs/Jaeger, ZfIR 2008, 745, 752; anders mit beachtlichen Gründen Clemente, ZfIR 2008, 589, 596.

<sup>34</sup> Eine Vereinbarung, nach der die Zinsen im Voraus fällig sein sollten, umginge das Bestreben des Gesetzgebers, die Inanspruchnahme aus der Grundschuld aufzuschieben. Sie ist nicht zulässig.

<sup>35</sup> Eine typische Formulierung lautet: „Die Zinsen sind am ersten Werktag eines jeden Jahres für das vorangegangene Kalenderjahr zahlbar, spätestens jedoch im Verteilungstermin.“, vgl. Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 8. Auflage 2008, S. 608, Anhang 4.

<sup>36</sup> Hierfür spricht sich Clemente, ZfIR 2008, 589, 596, aus.

## VI. ERTEILUNG DER VOLLSTRECKBAREN AUSFERTIGUNG WEGEN DES GRUNDSCHULDKAPITALS (UND DER NEBENLEISTUNG)

### 1. Der Regelfall: Die Kündigung ist erklärt

#### a) Kündigung und Fristablauf sind erfolgt

Ist die Grundsschuld gekündigt worden, so ist der Anspruch aus ihr sechs Monate nach Kündigung fällig. Jedenfalls dann, wenn diese Zeit abgelaufen ist und der Nachweis der Kündigung mit den Mitteln des § 726 ZPO geführt wird, kann die Vollstreckungsklausel ohne weiteres erteilt werden. Denn dann ist die Vollstreckbarkeit eingetreten.

#### b) Kündigung ist erfolgt, der Fristablauf aber noch nicht

Fraglich ist, ob dies auch dann schon möglich ist, wenn die Kündigung zwar ausgesprochen, die Frist aber noch nicht abgelaufen ist. Die Frage wird unterschiedlich beantwortet.

Nach einer Auffassung darf die Vollstreckungsklausel erst nach Fristablauf erteilt werden<sup>37</sup>.

Nach anderer Meinung kann die Klausel bereits zuvor, nämlich auf Nachweis des Kündigungszugangs erteilt werden. Hier sollte der Fristablauf in die Klausel aufgenommen werden<sup>38</sup>. Diese Auffassung ist vorzugswürdig. Mit Erklärung der Kündigung steht der Tag des Eintritts der Grundschooldfälligkeit unzweifelhaft fest. Er kann vom Vollstreckungsorgan ohne weiteres bestimmt werden. Damit gleicht der Fall der erklärten Kündigung dem in § 751 ZPO geregelten. Die Fälligkeit steht dann nämlich datummäßig fest. Bei den Fällen des § 751 ZPO kann die vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden, ohne dass der Tag der Fälligkeit schon eingetreten wäre<sup>39</sup>. Im Klauselerteilungsverfahren ist der Ablauf der Frist also nicht abzuwarten. Eine Klausel könnte lauten<sup>40</sup> wie folgt:

*„Vorstehende Ausfertigung wird dem [Gläubiger] zum Zwecke der Zwangsvollstreckung aus dem Kapital der Grundschoold mit dem Bemerkten erteilt, dass die Zwangsversteigerung nicht vor dem [Datum der Fälligkeit] beginnen darf.“*

### 2. Der Ausnahmefall: Die Kündigung ist noch nicht erklärt

Wie sieht die Rechtslage aus, wenn die Kündigung der Grundschoold noch aussteht? Ein Teil der Bankpraxis wünscht nun die Aufnahme einer Klausel, nach der der Schuldner für die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung auf den Nachweis der Tatsachen verzichtet, die „das Entstehen und die Fälligkeit der Grundschoold nebst Zinsen und sonstiger Nebenleistung oder ihrer schuldrechtlichen Ansprüche bedingen“<sup>41</sup>. Dies zielt insbesondere auf die Kündi-

gung der Grundschoold ab. Der Notar soll – wie früher – möglichst sogleich nach Bestellung eine vollstreckbare Ausfertigung an die Bank senden.

Als Gegenstand des Nachweisverzichts kommt zweierlei in Betracht. Zum einen der Zugang der Kündigungserklärung. Dies Erfordernis ist nicht zweifelhaft. Zum anderen das Vorliegen eines Kündigungsgrundes. Dies Erfordernis ist streitig.

#### a) Der sog. „Nachweisverzicht“ und die Parteidisposition

Ein Nachweisverzicht<sup>42</sup> ist nicht ohne weiteres unzulässig. Grundsätzlich kann der Schuldner die Voraussetzungen der Vollstreckung in seiner Erklärung selbst bestimmen. Sie „müssen“ nicht zwingend die materiellrechtlichen Voraussetzungen des betreffenden Anspruchs widerspiegeln. Das gilt jedenfalls dann, wenn diese materiellrechtlichen Bedingungen *dispositiv* sind. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass die vollstreckungsbeschränkenden Normen auch öffentlichen Interessen dienen<sup>43</sup>. Daher wird bezweifelt, ob die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung der Parteidisposition unterliegen können<sup>44</sup>. Zwar ist grundsätzlich richtig, dass der Schuldner bei der freiwilligen Titelgewährung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO über die Voraussetzungen der Vollstreckung *selbst entscheidet*<sup>45</sup>. Im typischen Fall der Grundschooldbestellung wäre es aber nur bei *rein formaler* Betrachtung zutreffend, einen Nachweisverzicht als Ausdruck voller Parteidisposition des Schuldners anzusehen. Bei Verwendung von banküblichen Grundschooldformularen wird man gerade beim Verbraucher nicht davon ausgehen können, dass er bewusst von der Möglichkeit Gebrauch machen will, Vollstreckungsvoraussetzungen in Abweichung vom materiellen Recht zu setzen. Er geht im Regelfall davon aus, die

che Ausfertigung und nach Aufforderung der Gläubigerin eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde erteilt werden. Die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung ist nicht davon abhängig, dass die Gläubigerin den Zugang der Kündigung der Grundschoold gemäß § 1193 Abs. 1 BGB sowie den Ablauf der Kündigungsfrist von 6 Monaten nachweist.“

<sup>42</sup> Geht man von der rein prozessualen Funktion der Unterwerfungserklärung aus, bei der nicht automatisch materiellrechtliche Voraussetzungen zu Vollstreckungsvoraussetzungen werden, gibt es streng genommen keinen „Verzicht“ auf Nachweise. Der Schuldner bestimmt eben den „nachzuweisenden“ Umstand in seinem Parteidispositionsakt nicht zur Vollstreckungsvoraussetzung (vgl. Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage, 2006, Rn 6.40 ff; zum Thema hier Zimmer, NotBZ 2008, 386, 388). Allerdings ist der rein prozessuale Ansatz problematisch, weil und wenn er sich zu sehr von den materiellrechtlichen Voraussetzungen des titulierten Anspruchs entfernt. Wie idealtypisch das Urteil den Anspruch nur zuerkennt und für ihn einen Titel schafft, wenn er auch nach materiellem Recht begründet ist, sollte gleiches für den freiwilligen Vollstreckungstitel gelten.

Ein wenig erinnert die Betonung einer strikten Trennung von (materiellrechtlichem) Anspruch und Unterwerfungserklärung als prozessualer Figur an die aus dem römischen Recht und dem *ius commune* bekannte Unterscheidung zwischen *actio* bzw. *remidium* als (prozessualen) „Klagerecht“ bzw. Rechtsbehelf und *ius* als (materiellrechtlichem) Anspruch sowie die im anglo-amerikanischen Common Law Recht (noch?) verbreitete Unterscheidung von *remedies* und *rights*.

<sup>43</sup> MK-Eickmann, 4. Auflage 2004, § 1193 Rn 4.

<sup>44</sup> MK-Eickmann, 4. Auflage 2004, § 1193 Rn 4 mN in Fn 4 und 5.

<sup>45</sup> Vgl. Hinrichs/Jaeger, ZfIR 2008, 745, 748 f; Rundschriften der BNotK 23/2008 vom 26.08.2008, IV 2. b) aa).

<sup>37</sup> OLG Frankfurt RPflegler 1973, 323; Zöller-Stöber, ZPO, 27. Auflage, 2009, § 726 Rn 6 am Ende.

<sup>38</sup> Schmid/Voss, DNotZ 2008, 740, 755; Clemente, ZfIR 2008, 589, 596; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage, 2006, Rn 39.20.

<sup>39</sup> Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage, 2006, Rn 39.17.

<sup>40</sup> Vgl. auch Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage, 2006, Rn 39.19.

<sup>41</sup> Ein Institut formuliert wie folgt: „Der Gläubigerin soll per unter Nr. 3.2 genannten Adresse unverzüglich nach Bestellung der Grundschoold ohne Nachweis des Eigentumsübergangs eine einfa-

Grundschild so bestellen zu „müssen“, wie der Gläubiger ihm das im Formular vorschreibt. Dies gilt insbesondere, wenn der Gläubiger die Vorlage einer vollstreckbaren Ausfertigung im Darlehensvertrag als Auszahlungsvoraussetzung definiert. Von Parteidisposition des Schuldners kann dann keine Rede mehr sein.

Ein Verzicht des Eigentümers auf den Nachweis ist im Individualvertrag möglich. Die meisten Grundschulden werden indes unter Umständen bestellt, die die Anwendung der AGB-Regeln bedingen. Dies gilt gleichermaßen für den (privatschriftlichen) Sicherungsvertrag wie auch für das (notarielle) Bestellschuldgeschäft.

*b) Anlaß für Nachweisverzicht: Die Beweismittelbeschränkung nach § 726 ZPO*

Der weithin sog. Nachweisverzicht von Fälligkeitsvoraussetzungen in notariellen Urkunden findet seine praktische Grundlage überwiegend in den Beweismittelsbeschränkungen des § 726 ZPO. Danach sind die tatsächlichen Voraussetzungen nur durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachweisbar. Das Klauselerteilungsverfahren ist formalisiert. Es hat grundsätzlich keinen Raum für umfangreiche Beweiswürdigungen. Die Beschränkung der Beweismittel dient der Sicherheit und der beschleunigten Durchsetzung des titulierten Anspruchs.

Will man die Rechtsdurchsetzung mit einer freiwilligen Vollstreckungsunterwerfung erleichtern, wäre es unpraktikabel, alle Fälligkeitsvoraussetzungen eines gedachten Anspruchs diesem Regime zu unterwerfen.

Das zeigt sich etwa, wenn die Fälligkeit des Kaufpreises aus einem Grundstückskaufvertrag die Räumung der Kaufsache durch den Verkäufer voraussetzt. Hier wäre die Unterwerfung des Käufers wegen des Anspruchs aus § 433 Abs. 2 BGB ohne Nachweisverzicht wertlos. Denn der Verkäufer kann diesen Umstand nicht in öffentlicher Urkunde beweisen<sup>46</sup>. Hier ist der Nachweisverzicht sinnvoll. Der Notar soll ohne Nachweis der Räumung vollstreckbare Ausfertigung erteilen können. Auf den Nachweis von Voraussetzungen, die nicht oder nur schwer in der gehörigen Form nachweisbar sind, soll der Schuldner zugunsten des Gläubigers verzichten können. Dies leuchtet unmittelbar ein.

Bei nachweisbaren Voraussetzungen benötigt man den Verzicht jedoch nicht. Zutreffend meint daher *Wolfsteiner*, ein Verzicht rechtfertigt sich meist nur, wenn die Voraussetzungen des materiellen Rechts nicht nach § 726 ZPO nachweisbar seien<sup>47</sup>. Es solle selbstverständlich sein, nur die Merkmale aus den Vollstreckungsvoraussetzungen auszusparen, die von der Beweisschwierigkeit betroffen sind<sup>48</sup>. Auch in neuerer Rechtsprechung wird angeführt, der Nachweisverzicht diene der Vereinfachung des Nachweises der problemlos gegebenen Vollstreckungsvoraussetzungen, die sonst in einer oft nicht praktikablen Weise nach § 726 Abs. 1 ZPO durch öf-

fentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden gegenüber dem Notar nachgewiesen würden müßten<sup>49</sup>.

*c) Anlaß für Nachweisverzicht bei Grundschulden*

Wie steht es bei der Kündigung der Grundschuld? Für den Nachweisverzicht kommen zwei Tatsachen in Betracht. Zum einen der Zugang der *Kündigungserklärung* und zum anderen das Vorliegen eines (möglicherweise erforderlichen) *Kündigungsgrundes*.

Zunächst zur Kündigungserklärung: Die praktische Schwierigkeit, den Nachweis zu führen, müßte hier also für den Zugang der Kündigungserklärung gelten. Ernsthaft wird man jedoch wohl nicht bejahen können, dass der Nachweis des Zugangs der Kündigung in gehöriger Form für den Gläubiger ein großes Hindernis darstellte. Im Gegenteil: es liegt auch gerade im eigenen Interesse des Gläubigers, die Kündigung liquide beweisbar zu dokumentieren. Er braucht sie nur durch den Gerichtsvollzieher zustellen zu lassen<sup>50</sup>. Nur so entgeht er der Gefahr, dass der Schuldner die wirksame Kündigung bestreitet und so in der Vollstreckungsgegenklage obsiegt.

Anders ist es sicher bei der Frage des Vorliegens eines Kündigungsgrundes. Wenn man – entgegen der wohl h.M. – für die Wirksamkeit der Kündigung das Vorliegen eines Kündigungsgrundes fordert, ist dessen Vorliegen kaum mit öffentlichen Urkunden nachweisbar. Höchstens beim Zugang der Kündigungserklärung des Darlehens ist dies anders. Aber schon der Nachweis der Valutierung des Darlehens, des Verzuges des Schuldners mit der Rückzahlung, vielleicht der Voraussetzungen des § 498 Abs. 1, 3 BGB n.F. ist praktikabel nicht in der Form von § 726 ZPO zu beweisen.

*d) Sachliches Interesse des Gläubigers an sofortiger Erteilung?*

Wie steht es nun um das berechtigte Interesse des Gläubigers an der sofortigen Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung unmittelbar nach Beurkundung? Dies ist nicht auf den ersten Blick evident. Denn der Gläubiger darf diese Ausfertigung<sup>51</sup> - ohne Zweifel - derzeit gar nicht verwenden. Dabei ist zu beachten: Selbst nach Kündigung und Fristablauf darf die Durchsetzung der Grundschuld nur erfolgen, wenn auch der Sicherungsfall eingetreten ist. Nur wenn das Darlehen zur Rückzahlung ansteht und der Darlehensnehmer nicht zahlt, darf der Gläubiger die Grundschuld überhaupt verwenden. Als Treuhänder erhält er mehr Rechtsmacht eingeräumt, als er in der Regel ausüben darf. Er kann mehr als er darf. Besonders zweifelhaft ist das sachliche Interesse im Regelfall der Grundschuldbestellung: Hier wird eine Grundschuld be-

<sup>46</sup>Vgl. etwa Rastätter, NJW 1991, 392.

<sup>47</sup>Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage, 2006, Rn 6.46; Wolfsteiner, in: Kersten/Bühling (Hg), Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 22. Auflage 2008, § 19 Rn 6.

<sup>48</sup>Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage, 2006, Rn 6.49; Wolfsteiner, in: Kersten/Bühling (Hg), Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 22. Auflage 2008, § 19 Rn 9.

<sup>49</sup>BGH, Urteil vom 22.07.2008 (XI ZR 389/07 – [BGHZ 177, 345]) Rn 33 [zitiert nach juris-Dokument]. Im vorliegenden Fall war, was der BGH ausdrücklich hervorhebt, der Grundschuldbetrag bereits fällig. Im übrigen ging es um Vollstreckung aus dem Sicherungsschuldanerkenntnis, nicht aus dem dinglichen Anspruch (BGH, aaO, Rn 34).

<sup>50</sup>Auf die Möglichkeit, ggf. einen geringeren Nachweis der Kündigung als ausreichend anzusehen, soll hier nicht eingegangen werden (dagegen Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage, 2006, Rn 46.32 ff, anders Zöller-Stöber, ZPO, 27. Auflage, 2009, § 726 Rn 16).

<sup>51</sup>Nur sehr zurückhaltend wird im Rundschreiben der BNotK 23/2008 vom 26.08.2008 (unter IV. 2. c) die Frage nach dem Bedürfnis nach sofortiger Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung angesprochen.

stellt, nachdem soeben erst ein Darlehen versprochen wurde. Überspitzt formuliert: Ist es wirklich nötig, dem Gläubiger, der gerade erst Bonität des Kunden und Werthaltigkeit des Belastungsgegenstandes geprüft hat, noch *vor Valutierung* des Darlehens alle für das Vollstreckungsverfahren in den Grundbesitz nötigen Urkunden zu überlassen?

Noch weniger lässt sich ein *besonderes* Interesse an sofortiger Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung etwa beim typischen Fall der Kaufpreisfinanzierung bejahen. Hier wird die Grundschuld eingetragen, solange der Käufer und Darlehensnehmer noch gar nicht Eigentümer ist. Die Erteilung der Ausfertigung belastet den Eigentümer und Verkäufer. Ihm als Drittsicherungsgeber gegenüber hat der Gläubiger nach dem Sicherungsvertrag nur höchst selten die Befugnis, die Sicherheit zu verwerten. Dann benötigt er auch die vollstreckbare Ausfertigung in aller Regel nicht. Den Darlehensnehmer einem erhöhten Risiko auszusetzen, ist eins. Denn er sucht sich seinen Gläubiger selbst aus. Auf die Auswahl der Gläubigerbank hat jedoch der Verkäufer keinen Einfluß. Mit dem Finanzierungsgläubiger hat der Verkäufer keinerlei Vertragsverhandlungen geführt und keine Geschäftsbeziehung unterhalten. Den Darlehensvertrag kennt er nicht, noch viel weniger ist ihm der Sicherungsvertrag bekannt. Er hat auch keinen Einfluss darauf, ob die von ihm mitbestellte Grundschuld vollstreckbar sein soll oder nicht und wie sie ausgestaltet ist. Die sofortige Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung zugunsten dieser fremden Bank setzt ihn einem Risiko aus, das er kaum übernehmen will.

Vielleicht mag es die Bearbeitung der Kreditunterlagen erleichtern, wenn die vollstreckbare Ausfertigung schon „bei der Akte“ ist. Mehr als Praktikabilitätsgründe lassen sich allerdings kaum anführen. Dies zeigt nicht nur die Praxis manchen Gläubigers, der bereits nach altem Recht zunächst nur eine einfache Ausfertigung wünschte. Hat der Gläubiger eine die Urschrift im Rechtsverkehr vertretende Ausfertigung - § 47 BeurkG - in der Hand, kann er die Ausstellung der Vollstreckungsklausel verlangen, sobald deren Voraussetzungen vorliegen. Damit ist sichergestellt, dass die vollstreckbare Ausfertigung bei Eintritt der Bedingungen erteilt wird. Ein *besonderes* schutzwürdiges Interesse des Gläubigers eine vollstreckbare Ausfertigung zu erhalten, die er ohnehin nicht verwenden darf, scheint kaum erkennbar. Ob für den Antrag streng genommen ein Rechtsschutzbedürfnis besteht, ist zweifelhaft. Erforderlich für die Gläubigerabsicherung ist die unmittelbare Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung für den noch nicht fälligen Anspruch aus §§ 1191, 1147 BGB jedenfalls nicht.

#### e) *Risiken des Gläubigers*

Nicht zu unterschätzen ist das Risiko der Gläubiger, die weiterhin die sofortige Ausfertigung wünschen. Sollte die Klausel einen Verstoß gegen das AGB-Recht enthalten, droht die Unwirksamkeit der gesamten Vereinbarung. Der Gläubiger müsste dann ggf. die Ausfertigung und die Unterwerfungserklärung herausgeben. Eine Inanspruchnahme aus ihr wäre treuwidrig, § 242 BGB. Möglich scheint auch, dass der Schuldner bei Inanspruchnahme aus dem Sicherungsschuldnerkenntnis die Gesamtwirksamkeit der Vereinbarung zur Unterwerfung rügt oder doch einwendet, die Klausel habe nicht erteilt werden dürfen.

Schiebt man die Erteilung auf, enthebt man den Gläubiger im übrigen der Verwahrungssorge. Geht die vollstreckbare Ausfertigung bei ihm verloren, steht er vor dem mühseligen Weg der Entscheidung nach §§ 797 Abs. 3, 733 ZPO über die Er-

teilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung. Solange diese nicht erteilt ist, kann die Verwertung nicht betrieben werden. Dies Risiko ist ausgeschlossen, wenn die Ausfertigung erst bei Bedarf verlangt wird.

#### f) *Interessen des Schuldners*

Der Schuldner hat ein Interesse daran, wegen der Grundschuld (aller)frühestens mit deren Fälligkeit in Anspruch genommen zu werden. Ihm liegt also daran, die vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erst zu erteilen, wenn der Anspruch fällig ist. So lange will er sicher gehen können, keiner Vollstreckungsmaßnahme ausgesetzt zu sein. Jede solche Urkunde birgt die Gefahr, dass sie versehentlich verwendet wird, ohne dass die Voraussetzungen der Verwertung vorliegen. Solcher Fehlgebrauch ist natürlich die Ausnahme. Dass es ihn indes gibt, zeigt die Praxis<sup>52</sup>. Dass der Gesetzgeber Fehlgebrauch wäht, zeigen die Gesetzesänderungen des Risikobegrenzungsgesetzes.

Es ist klar: Je mehr Voraussetzungen des materiellenrechtlichen Anspruchs nicht Vollstreckungsvoraussetzungen sind, desto gefährlicher ist dies für den Schuldner. Und: Ein Fehlgebrauch scheidet nur dann sicher aus, wenn die vollstreckbare Ausfertigung gar nicht erst erteilt wird. Nur die nicht erteilte Ausfertigung kann nicht missbraucht werden.

Dabei ist auch zu beachten: Das Vollstreckungsgericht prüft nicht von Amts wegen, ob die Fälligkeit der Grundschuld vorliegt oder nicht<sup>53</sup>. Die Versteigerungsanordnung hat auch dann zu erfolgen, wenn die Zustellung der Kündigung nicht nachgewiesen ist. Das Gericht verläßt sich auf die Vollstreckbarkeitsbescheinigung des Notars in der Klausel.

#### g) *Interessenabwägung*

Der Schuldnerschutz war Primärzweck der Verlangsamung („Entschleunigung“) der Durchsetzbarkeit der Grundschuld für den Gesetzgeber des Risikobegrenzungsgesetzes. Der Eigentümer soll nicht durch verfrühte Vollstreckungsmaßnahmen ungerechtfertigt Druck ausgesetzt werden.

Natürlich gewähren die Rechtsschutzmöglichkeiten des Zwangsversteigerungsrechts Schutz vor unberechtigter Inanspruchnahme. Mittelbar schützt auch der Anspruch aus § 799a ZPO auf Schadensersatz das Schuldnerinteresse. Eine wichtige Funktion vorsorgender Rechtspflege ist indes auch die *Vermeidung* streitiger Gerichtsverfahren. Unter diesem Gesichtspunkt liefe die voreilige Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung dem Gesetzeszweck entgegen. Auch nach der Neuregelung des Kündigungsrechts, die den Schuldner vor zu schneller Vollstreckung schützen will, wäre der Schuldner im Zweifel auf die Erhebung der Vollstreckungsgegenklage angewiesen. Das Gesetz beabsichtigt jedoch gerade, dass der Gläubiger erst nach Kündigung und Fristablauf mit der Vollstreckung beginnen darf<sup>54</sup>. Besser erreicht wird dieser gesetzgeberische Zweck nur, wenn die Vollstreckungsklausel erst dann erteilt wird, wenn auch die Grundschuld fällig ist – oder jedenfalls durch die Kündigung klar ist, dass und wann die Fälligkeit eintreten wird. Der sekundäre Rechtsschutz durch Gewähr eines Schadensersatz-

<sup>52</sup>Vgl. den Fall OLG Frankfurt RPfeger 1973, 323 und die neueren Erkenntnisse, z.B. OLG München WM 2008, 688.

<sup>53</sup>Zimmer, NotBZ 2008, 386, 388; Zöller-Stöber, ZPO, 27. Auflage, 2009, § 726 Rn 16; Stöber, ZVG, 19. Auflage 2009, § 15 Rn 15.3.

<sup>54</sup>Zimmer, NotBZ 2008, 386, 389.



anspruchs – aus § 799a ZPO oder wegen Verletzung des Sicherungsvertrags – ist für den Schuldner weniger effektiv als der *primäre Rechtsschutz*, der die Gefahr eines Schadenseintritts von vorneherein vermindert.

Kein Gegenargument ist gewiß die geringfügig höhere Gebühr der Erteilung der qualifizierten Vollstreckungsklausel<sup>55</sup>. Zutreffend wird darauf hingewiesen, in absoluten Beträgen falle dies nicht ins Gewicht<sup>56</sup>. Im Vergleich zu den Kosten und Gebühren, die eine gebotene Vollstreckungsabwehrklage auslöst, sind diese Mehrkosten zu vernachlässigen. Gerade in den vom Gesetz als besonders problematisch empfundenen Abtretungsfällen wird eine kostenpflichtige Umschreibung der Vollstreckungsklausel erforderlich. Diese Gebühr fällt nicht an, wenn die Klausel wirklich erst dann erstmalig erteilt wird, wenn der Abtretungsempfänger sie benötigen sollte.

Die Interessenabwägung ist eindeutig. Der Gläubiger gewinnt nicht viel. Der Schuldner wird demgegenüber einem unnötigen Risiko ausgesetzt, und zwar genau dem Risiko, dass der Gesetzgeber *verringern* wollte.

### 3. Die Möglichkeit zum sog. „Nachweisverzicht“ und das AGB-Recht

Wie ist nun die Frage nach der Vereinbarkeit des Nachweisverzichts mit dem Recht der AGB zu beantworten?

#### a) Beweislastumkehr und Intransparenz?

Eine unzulässige Beweislastumkehr i.S.d. §§ 307, 309 Nr. 12 BGB liegt nicht vor, da die Unterwerfungserklärung die Verteilung der Beweislast nicht berührt<sup>57</sup>. Auch in der Vollstreckungsgegenklage nach §§ 795, 767 ZPO bleibt der Gläubiger beweisbelastet für die Erklärung der Kündigung und deren Zugang. Gleiches gilt für den Kündigungsgrund (wenn man ihn für erforderlich hält).

Auch an einem Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) fehlt es jedenfalls dann, wenn aus der Erklärung deutlich wird, auf welche Nachweise der Schuldner verzichten soll<sup>58</sup> (Kündigungserklärung und Fälligkeit). Die notarielle Belehrung sollte ohnehin auch solche Regelungen erhellen, die für sich schwer durchschaubar und daher intransparent sind.

#### b) Unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Als Prüfungsgegenstand kommt insbesondere § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Betracht. Danach ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn die betreffende Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Dann benachteiligt die AGB-Bestimmung in den Augen des Gesetzes den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben. Auch hier sind Kündigungserklärung und Kündigungsgrund auseinanderzuhalten.

<sup>55</sup>So aber Schmid/Voss, DNotZ 2008, 740, 756.

<sup>56</sup>Volmer, MittBayNot 2009, 1, 8.

<sup>57</sup>Staudinger-Coester-Waltjen, 2006, § 308 Nr. 12 Rn 5; BGH NJW 2001, 2096; BGH DNotZ 2002, 878, 879 f; DNotI-Report 2008, 161, 163.

<sup>58</sup>DNotI-Report 2008, 161, 164.

Vorab ist festzuhalten, dass der Fall der Vollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag nicht vergleichbar ist<sup>59</sup>. Nach der zutreffenden Rechtsprechung ist hier eine Vollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht unangemessen. Dem Besteller/Käufer droht das Risiko einer dem Gesetz fremden Vorleistung (§§ 641, 320 BGB)<sup>60</sup>. Beim Fall der Darlehenssicherung durch Grundschuld geht es zum einen um nur sicherungshalber bestellte Rechte. Zum anderen sichern diese Rechte die Gegenleistung des Schuldners an den Darlehensgeber, der seine Vorleistung bereits erbracht hat<sup>61</sup>.

#### aa) Verzicht auf Nachweis der Kündigungserklärung

Ein wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelung von § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB ist der Schutz des Eigentümers vor Inanspruchnahme aus der Sicherungsgrundschuld, wenn nicht deren Kündigung ergangen und die 6-Monats-Frist abgelaufen ist. Ziel ist, den Schuldner von der Verteidigungslast gegen frühzeitige Vollstreckungsmaßnahmen zu befreien<sup>62</sup>. Dieser Grundgedanke ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien mit Blick auf den Gesetzesanlass<sup>63</sup> des Forderungsverkaufs mit nachfolgenden Vollstreckungsverfahren.

Dieser Gesetzeszweck würde vereitelt, gäbe man dem Gläubiger die Möglichkeit, die Zwangsversteigerung zu betreiben, obwohl die Kündigung noch aussteht<sup>64</sup>. Die Vollstreckungsunterwerfung dient der Durchsetzung des materiellrechtlichen Anspruchs. Durch den zwingenden Charakter der Kündigungsfrist von § 1193 BGB n.F. ist klar, dass der Anspruch eben erst nach bestimmten festen Ereignissen durchsetzbar sein soll. Ein Grund, warum die Ausgestaltung des Parteidispositionsaktes weit über die Reichweite des materiellen Anspruchs hinausgehen sollte, besteht nicht. Es würde dem Schutzzweck von § 1193 BGB n.F. vielmehr entgegenstehen, wenn man dem Gläubiger auf *prozessualen Weg und in AGB* das gewährt, was ihm das *materielle Recht nicht einmal mehr in einer Individualvereinbarung* gestattet. Das Verfahrensrecht sollte nicht gewähren, was das materielle Recht strikt versagt.

Soweit Rechtsprechung bisher Nachweisverzichte für Fälligkeitsvoraussetzungen gebilligt hat, ist die Übertragbarkeit der Bewertung genau zu überprüfen. Hier liegt eine dem zwingenden Recht unterfallende Fälligkeitsvoraussetzung vor.

Zu berücksichtigen sind dabei auch folgende Aspekte: Der Gläubiger kann mit vergleichsweise einfachen und leicht be-

<sup>59</sup>Zimmer, NotBZ 2008, 386, 389.

<sup>60</sup>BGH DNotZ 2002, 878, 880.

<sup>61</sup>Ähnlich Volmer, MittBayNot 2009, 1, 8. Mißverständlich DNotI-Report 2008, 161, 163, wonach die Grundschuld der Absicherung einer vom Kreditinstitut schon erbrachten Leistung diene. Der *Anspruch* der Bank wird gesichert, nicht ihre Leistung.

<sup>62</sup>So auch Zimmer, NotBZ 2008, 386, 389; Volmer, MittBayNot 2009, 1, 8; MK-Eickmann, 5. Auflage 2009, § 1193 Rn 8; BNotK Rundschreiben Nr. 23/2008, IV. 2. b) cc).

<sup>63</sup>Man mag vom „subjektiven“ Gesetzesanlass sprechen, wenn man betonen will, welche Situationen und Fälle im Gesetzgebungsverfahren der Legislative vor Augen standen, unabhängig davon, ob es tatsächlich in nennenswerter Zahl solche Fehlgebräuche gegeben hat. Das Ziel der Verlangsamung des Verfahrens ist allerdings unzweifelhaft beabsichtigt gewesen.

<sup>64</sup>MK-Eickmann, 5. Auflage 2009, § 1193 Rn 8.

weisbaren Mitteln die Voraussetzungen erfüllen, unter denen die vollstreckbare Ausfertigung erteilt wird. Er muß nur den Zugang der Kündigungserklärung durch Zustellungsurkunde bewerkstelligen. In Zeitdruck gerät er hierdurch nicht. Eine Verzögerung gegenüber dem Zeitpunkt, ab dem er vollstrecken darf, tritt nicht ein. Auch fehlt – wie dargelegt<sup>65</sup> – in aller Regel ein *besonderes* berechtigtes Interesse am Erhalt der vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde unmittelbar nach Bestellung. Im übrigen hat er für das Sicherungsschuldanerkenntnis bereits einen Vollstreckungstitel.

Die Gegenmeinung<sup>66</sup> bewertet entgegen der gesetzlichen Regelung das Gläubigerinteresse zu hoch. Sie verwehrt dem Schuldner/Eigentümer prozessrechtlich den Schutz, den das materielle Recht ihm gewähren will. Der Verweis auf sekundäre Rechtsschutzmöglichkeiten ist nicht dienlich und nicht angezeigt.

Liegt in der Feststellung, nach altem Recht sei die Entstehung der Grundschuld für die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung verzichtbar gewesen, nach neuem Recht sei der Nachweis der Eintritt der Fälligkeit jedoch nicht verzichtbar, ein Widerspruch? Die Argumentation, es sei nicht einzusehen, warum zwar die fehlende Entstehung der Grundschuld, nicht jedoch ihre fehlende Fälligkeit ein Hindernis sei<sup>67</sup>, hat auf den ersten Blick etwas für sich. Bei genauerem Hinsehen trägt das Argument jedoch nicht. Wird die Grundschuld nicht im Grundbuch eingetragen und entsteht sie also nicht, besteht keine Gefahr der Fehlverwendung der vollstreckbaren Ausfertigung – wie oben dargelegt<sup>68</sup>. Demgegenüber ist die Gefahr der Fehlverwendung bei bestehender, aber noch nicht fälliger Grundschuld gegeben.

Zu kurz greift das Argument, die Grundlage der Gefahr, ungerechtfertigt einer Zwangsvollstreckung ausgesetzt zu werden, habe der Gesetzgeber durch das Institut der Unterwerfungserklärung selbst gelegt<sup>69</sup>. Die Möglichkeit des nicht streitigen Titels nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO legt zwar ein „Grundrisiko“. Dieses Risiko muss man aber nicht noch erhöhen mit einem Verzicht auf eine Vollstreckungsbedingung, deren Pendant nach materiellem Recht zwingende Fälligkeitsvoraussetzung ist.

#### **bb) Verzicht auf Nachweis des Kündigungsgrundes**

Anderes gilt für das Vorliegen der Voraussetzungen eines möglicherweise erforderlichen Kündigungsgrundes. Wenn man ihn verlangt, so liegt im Verzicht auf seinen Nachweis keine unangemessene Benachteiligung. Zum einen bleibt der Gläubiger auch in der Vollstreckungsgegenklage beweisbelastet. Zum anderen erschwert ihn die Beweismittelbeschränkung von § 726 ZPO über Gebühr. Wie soll er Nichtzahlung und Verzug mit den zugelassenen Mitteln (öffentliche Urkunde) beweisen?

<sup>65</sup>S.o. VI 2 d).

<sup>66</sup>Kalkbrenner, ZNotP 2008, 401, 402 f; DNotI-Report 2008, 161, 163 ff.

<sup>67</sup>So etwa Hinrichs/Jaeger, ZfIR 2008, 745, 749.

<sup>68</sup>S.o. IV.

<sup>69</sup>Hinrichs/Jaeger, ZfIR 2008, 745, 749; BNotK Rundschreiben Nr. 23/2008, IV. 2. b) cc).

## **VII. ZUSAMMENFASSUNG ZUR ERTEILUNG DER VOLLSTRECKBAREN AUSFERTIGUNG**

### **1. Zeitpunkt der Erteilung**

Nach neuer Rechtslage kann die vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldbestellung wegen des Kapitals und der Nebenleistung nicht vor Nachweis des Zugangs der Kündigungserklärung beim Eigentümer des Grundstücks erteilt werden. Eine Klausel in AGB, die dem Gläubiger das Recht gewährt, die vollstreckbare Ausfertigung unter Verzicht auf den Nachweis der Kündigung zu verlangen, verstößt gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Sie stellt eine unangemessene Benachteiligung des Eigentümers dar. Der wesentliche Grundgedanke der gesetzlichen Regelung von § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB ist Schutz des Eigentümers vor Inanspruchnahme aus der Sicherungsgrundschuld, wenn nicht deren Kündigung ergangen und die 6-Monats-Frist abgelaufen ist. Dieser Schutzzweck würde unterlaufen, erteilt man die vollstreckbare Ausfertigung sofort. Zwingende materiellrechtliche Fälligkeitsvoraussetzungen sollten nicht auf verfahrensrechtlichen Wegen umgangen werden.

Ein Nachweisverzicht kann allerdings für das Erfordernis eines Kündigungsgrundes erklärt werden. Wenn man diesen für erforderlich hält (was zweifelhaft ist), ist ein Verzicht anzuraten.

Wenn der Gläubiger es wünscht, kann wegen des Sicherungsschuldanerkenntnisses und – wenn man § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht auf den Zinsanspruch anwendet – wegen des Zinsanspruchs sogleich nach Beurkundung eine (auszugsweise) vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden.

### **2. Sicherstellung des Gläubigers**

Der Gläubiger hat das berechtigte Interesse, die vollstreckbare Ausfertigung sofort nach Eintritt der Vollstreckbarkeit zu erhalten. Dies ist ohne Probleme zu erreichen. Dem Gläubiger ist nach Beurkundung eine einfache Ausfertigung der Grundschuld zu übersenden. Damit ist sichergestellt, dass dem Gläubiger nach Erklärung der Kündigung die Vollstreckungsklausel erteilt wird. Der Eigentümer/Schuldner kann nicht mehr einseitig verhindern, dass der Gläubiger die Klausel erteilt erhält.

### **3. Ein gelungenes Gesetz?**

Der Gesetzgeber hat die Komplexität der modernen Sicherungsgrundschuld nicht hinreichend berücksichtigt. Er hat verkannt, dass die moderne vollstreckbare „Sicherungsgrundschuld“ heterogen und komplex ist. Die Urkunde enthält grundbuchverfahrensrechtliche Erklärungen (Bewilligung und Antrag), prozessuale Erklärungen sowie Willenserklärungen des materiellen Rechts. Der Gesetzgeber hat nur die materiellrechtliche Kündigung geregelt. Die übrigen Inhalte der Grundschuldbestellung hat er ausgeblendet. Folge ist das Entstehen der unklaren Rechtslage, die hier diskutiert wurde. Auch hier zeigt sich, dass die Regelungen des Risikobegrenzungsgesetzes alles andere als gelungen sind<sup>70</sup>.

<sup>70</sup>Vgl. Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Auflage, 2009, § 45 Rn 67 I (S. 595).

## Rechtsprechung

### BGB § 1767

#### Ablehnung einer Volljährigenadoption, bei der die finanzielle Absicherung der Anzunehmenden im Vordergrund steht.

OLG München, Beschluss vom 8.6.2009 – 31 Wx 22/09, rechtskräftig

#### Aus den Gründen:

I.

Die Beteiligten beantragten mit notarieller Urkunde vom 27.8.2008, die Annahme der Beteiligten zu 1 (geb. 1973) als Kind des Beteiligten zu 2 (geb. 1929) auszusprechen. Der Beteiligte zu 2 ist kinderlos, seine Ehefrau ist 1992 verstorben. Die Beteiligte zu 1 ist seit 2002 mit einem Neffen der Ehefrau des Beteiligten zu 2 verheiratet. Aus der Ehe sind drei Kinder (geb. 2004, 2005 und 2008) hervorgegangen; der Beteiligte zu 2 ist Pate des ältesten. Das Vormundschaftsgericht hörte die Beteiligten sowie den Ehemann der Beteiligten zu 1 persönlich an. Mit Beschluss vom 10.11.2008 lehnte es den Antrag ab. Die Beschwerde des Beteiligten zu 2 wies das Landgericht mit Beschluss vom 20.1.2009 zurück. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 2.

II.

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Das Landgericht hat, auch unter Bezugnahme auf die Ausführungen des Vormundschaftsgerichts, im Wesentlichen ausgeführt:

Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass zwischen den Beteiligten bereits ein Vater-Tochter-Verhältnis entstanden sei. Die Beteiligte zu 1 kenne den Beteiligten zu 2 seit 1995, als sie ihren Ehemann kennen gelernt habe. Die Kontakte hätten sich jedoch erst nach der Heirat im Jahr 2002 intensiviert, sich aber bis zur Trennung der Eheleute auf Telefonate und gelegentliche Besuche, danach auf wöchentliche Besuche beschränkt. Das übersteige nicht das unter Verwandten übliche Maß, insbesondere, nachdem der Beteiligte zu 2 der Patenonkel eines Kindes sei. Es bestünden auch erhebliche Zweifel, ob ein Vater-Tochter-Verhältnis entstehen werde. Sowohl die Eltern der Beteiligten zu 1 als auch ihr Ehemann stünden nicht voll hinter der Adoption. Die leiblichen Eltern, zu denen nach Angabe der Beteiligten zu 1 ein guter Kontakt bestehe, hätten die Adoptionssabsicht lediglich „geschluckt“ im Hinblick auf positive finanzielle Auswirkungen. Auch ihr Ehemann, dessen Adoption durch den Beteiligten zu 2 nie angedacht gewesen sei, habe nur zugestimmt mit dem Hinweis, dass man „Sechs Richtige im Lotto“ nicht ausschlagen dürfe. Bei der Adoption stehe die finanzielle Absicherung der Beteiligten zu 1 und ihrer drei Kinder im Vordergrund, wie ihre Äußerung zeige, dass sie sich vielleicht auch gegen die Adoption entschieden hätte, wenn sie jetzt nicht in dieser schwierigen finanziellen Situation wäre. Dem Beteiligten zu 2 gehe es vor allem um die Sicherstellung der eigenen Pflege. Die gut funktionierende Beziehung zwischen dem Patenonkel und der Mutter seines Patenkindes, die Hoffnung des Annehmenden auf eine Versorgung im Alter und die wirtschaftlichen Interessen der Anzunehmenden rechtfertigten eine Annahme als Kind nicht hinreichend.

2. Die Entscheidung des Landgerichts ist aus Rechtsgründen (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) nicht zu beanstanden.

a) Gemäß § 1767 Abs. 1 Halbsatz 1 BGB kann ein Volljähriger als Kind angenommen werden, wenn die Annahme sittlich gerechtfertigt ist. Das ist insbesondere anzunehmen, wenn zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist (§ 1767 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB). Andernfalls muss bei objektiver Betrachtung bestehender Bindungen und ihrer Entwicklungsmöglichkeiten das Entstehen einer Eltern-Kind-Beziehung für die Zukunft zu erwarten sein (vgl. BayObLG FamRZ 2005, 546 m.w.N.). Für die sittliche Berechtigung der Adoption kommt es vorwiegend auf die Herstellung eines

echten Eltern-Kind-Verhältnisses, eines sozialen Familienbandes an, das seinem ganzen Inhalt nach dem durch die natürliche Abstammung geschaffenen Band ähnelt, das unter Erwachsenen wesentlich durch eine auf Dauer angelegte Bereitschaft zu gegenseitigem Beistand geprägt ist. Andere, nicht familienbezogene, vor allem wirtschaftliche Motive dürfen nicht ausschlaggebender Hauptzweck der Adoption sein (BayObLG aaO).

Die Voraussetzungen für die Adoption eines Volljährigen müssen positiv festgestellt werden. Wenn nach der Abwägung aller in Betracht kommender Umstände begründete Zweifel verbleiben, ob die beantragte Adoption sittlich gerechtfertigt ist, muss der Adoptionsantrag abgelehnt werden (OLG München MDR 2009, 333; OLG Köln FGPrax 2007, 121; BayObLG FamRZ 1996, 183).

b) Von diesen Grundsätzen ist das Landgericht zutreffend ausgegangen. Seine Würdigung, dass zwischen den Beteiligten ein Eltern-Kind-Verhältnis derzeit nicht besteht, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Rechtsfehlerfrei konnten die Vorinstanzen darauf verweisen, dass die Kontakte zwischen den Beteiligten nicht das unter Verwandten übliche Maß übersteigen, zumal der Beteiligte zu 2 der Patenonkel eines Kindes der Beteiligten zu 1 ist. Das Landgericht durfte aufgrund der Gesamtumstände auch Zweifel daran hegen, dass in Zukunft ein Eltern-Kind-Verhältnis entstehen wird. Dabei konnte es auch die bestehenden familiären Bindungen der Beteiligten zu 1 insbesondere zu ihren eigenen leiblichen Eltern in die Würdigung einbeziehen und die Angaben der Beteiligten und des Ehemannes der Beteiligten zu 1 bei ihrer Anhörung vor dem Vormundschaftsgericht dahin werten, dass bei der beabsichtigten Adoption ein Bedürfnis nach finanzieller Absicherung der Beteiligten zu 1 im Zusammenhang mit ihrer derzeitigen Situation aufgrund der Trennung von ihrem Ehemann im Vordergrund steht.

c) Soweit die weitere Beschwerde vorbringt, die Beweisaufnahme habe eindeutig ergeben, dass zwischen den Beteiligten seit langem ein einer familiären Bindung gleichstehendes geistiges Band bestehe und in den letzten Jahren sehr intensiv geworden sei, woran sich angesichts der konkreten Situation beider Beteiligter auch auf viele Jahre nichts ändern werde, setzt sie ihre eigene Beweiswürdigung an die Stelle derjenigen des Landgerichts. Damit kann sie im Verfahren der weiteren Beschwerde keinen Erfolg haben. Die weitere Beschwerde verkennt weiter, dass das Vorliegen von Indizien für eine Eltern-Kind-Beziehung nicht dazu führt, dass die Adoption ausgesprochen werden muss. Notwendig ist vielmehr, dass das Tatsachengericht die Überzeugung gewinnt, dass eine solche vorliegt. Diese Überzeugung hat das Landgericht wie das Vormundschaftsgericht aufgrund eingehender Würdigung der Gesamtumstände nicht gewonnen und deshalb zu Recht die Voraussetzungen für die Annahme der Beteiligten zu 1 als Kind des Beteiligten zu 2 als nicht gegeben erachtet.

3. Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf § 131 Abs. 2, § 30 Abs. 2 und 3 KostO.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

**BGB §§ 2, 1773, 1882; EGBGB Art. 7, Art. 24; MSA Art. 2, Art. 12; CPF (Togo) Art. 265, Art. 305**

**Ob eine im Inland nach dem Minderjährigenschutzabkommen (MSA) angeordnete Vormundschaft über den Zeitpunkt hinauswirkt, in dem die Anwendbarkeit des MSA wegen Vollendung des 18. Lebensjahres des Mündels endet, richtet sich nach dem vom deutschen Kollisionsrecht berufenen Heimatrecht des Betroffenen.**

OLG München, Beschluss vom 8.6.2009 – 31 Wx 62/09, rechtskräftig

**Aus den Gründen:**

I.

Gegenstand des Verfahrens ist die Feststellung des Amtsgerichts, dass die Vormundschaft über den am 5.1.1990 geborenen A., Staatsangehöriger von Togo, wegen nach deutschem Recht eingetretener Volljährigkeit beendet sei. Der Betroffene wurde im Jahr 2006 in eine Asylstaufnahmeeinrichtung in Deutschland aufgenommen; er ist zwischenzeitlich im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis. Das Amtsgericht stellte das Ruhen der elterlichen Sorge fest (die Eltern sind unbekanntes Aufenthalts) und bestellte den Verein K. zum Vormund. Mit Verfügung vom 28.1.2009 stellte das Amtsgericht die Beendigung der Vormundschaft fest. Die hiergegen gerichtete Beschwerde wies das Landgericht mit Beschluss vom 30.3.2009 zurück. Mit der weiteren Beschwerde wird die Aufhebung dieser Beschlüsse begehrt.

II.

Die zulässige weitere Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

1. Das Landgericht hat, ebenso wie zuvor das Amtsgericht, angenommen, dass die Regelungen des Haager Minderjährigenschutzabkommens (MSA) dem autonomen deutschen Kollisionsrecht vorgehen und das vom MSA berufene Recht des Aufenthaltsstaates (Art. 2 MSA), hier das deutsche Recht, die Voraussetzungen sowohl für die Anordnung als auch für die Beendigung der Schutzmaßnahme bestimme (Art. 2 Abs. 2 MSA). Da das deutsche Vormundschaftsrecht die Minderjährigkeit des Mündels voraussetze (§ 1773 BGB), der Betroffene nach deutschem Recht aber zwischenzeitlich volljährig sei (§ 2 BGB), sei die Vormundschaft kraft Gesetzes beendet (§ 1882 BGB).

2. Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO). Die Vorinstanzen haben verkannt, dass sich das anwendbare Recht mit der Vollendung des 18. Lebensjahres des Betroffenen nicht mehr nach dem Minderjährigenschutzabkommen, sondern nach Art 7 und Art. 24 EGBGB bestimmt; diese Vorschriften verweisen auf das Recht des Staates Togo als Heimatrecht des Betroffenen.

a) Zutreffend ist zunächst, dass das Minderjährigenschutzabkommen vom 5.10.1961 in seinem Anwendungsbereich sowohl das frühere Haager Vormundschaftsabkommen vom 12.6.1902 als auch das autonome deutsche Kollisionsrecht verdrängt. Es wird seinerseits durch – hier aber nicht einschlägiges – vorrangiges unmittelbar geltendes europäisches Recht verdrängt (vgl. etwa die sog. Brüssel IIa-Verordnung). Richtig ist auch, dass der Betroffene, als die Maßnahme der Vormundschaft über den damals 16-Jährigen angeordnet wurde, sowohl nach seinem togoischen Heimatrecht (vgl. hierzu noch unten) als auch nach deutschem Recht minderjährig war, wie Art. 12 MSA für die Anwendbarkeit des Übereinkommens voraussetzt. Es kann hier offen bleiben, ob die Anwendbarkeit des MSA deshalb ausscheidet, wie die Verfahrensbevollmächtigten des Betroffenen meinen, weil es an einem „gewöhnlichen Aufenthalt“ des Betroffenen in Deutschland gefehlt habe. Auch bei einer – im Folgenden unterstellten – Anwendbarkeit des MSA erweist sich die vom Landgericht bestätigte Feststellung des Amtsgerichts, die Vormundschaft sei beendet, als unrichtig.

b) Mit der Vollendung des 18. Lebensjahres des Betroffenen am 5.1.2008 wurde das MSA unanwendbar, weil der Betroffene an diesem Tag nach deutschem innerstaatlichen Recht volljährig wurde (§ 2 BGB, Art. 12 MSA). Entfällt aber die Anwendbarkeit des MSA, so kann die Antwort auf die Frage, nach welchem Recht es sich bestimmt, wann eine unter der Geltung des MSA angeordnete Maßnahme endet, nicht mehr dem MSA entnommen werden. Ob die vom deutschen Gericht unter der Geltung des MSA angeordnete Schutzmaßnahme nach Wegfall von dessen Anwendbarkeit fortwirkt und wann sie endet, richtet sich vielmehr nach dem autonomen deutschen Recht unter Einschluss seiner Kollisionsnormen. Weisen diese (oder ein vorrangiger Staatsvertrag, hier nicht ersichtlich) auf eine andere Rechtsordnung und mangels Rückverweisung auf ein anderes (nämlich ausländisches) Sachrecht als das nach dem MSA anwendbare deutsche Recht, so kommt es zu einem Statutenwechsel (vgl. Münch-KommBGB/Siehr 3. Aufl. – in der 4. Auflage leider nicht mehr ausführlich kommentiert – Art. 19 EGBGB Anh.

I Rn. 269, 410; Staudinger/Kropholler BGB Bearbeitung 2003, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB Rn. 544, 545; Hepting FamRZ 1975, 451/457). Das ist hier der Fall. Mit der Vollendung des 18. Lebensjahres des Betroffenen trat Statutenwechsel ein. Zuvor galt der Betroffene für in den Anwendungsbereich des MSA fallende Maßnahmen als minderjährig; für die Anordnung und Beendigung der Schutzmaßnahme „Vormundschaft“ galt das deutsche Recht. Nunmehr bestimmt sich beides nach dem Recht des Staates Togo als Heimatrecht des Betroffenen (Art. 7, Art. 24 EGBGB, kein Renvoi feststellbar). Nach togoischem Recht tritt Volljährigkeit, sofern sie nicht zuvor durch Mündigsprechung erlangt wird, mit Vollendung des 21. Lebensjahres ein (Art. 265 Code des personnes et de la famille, -CPF, vgl. auch Art. 241, 273 CPF). Erst zu diesem Zeitpunkt endet nach togoischem Recht die Vormundschaft (vgl. Art. 305 CPF), es sei denn, es würde schon vorher die derzeit ruhende elterliche Sorge wieder aufleben. Nach derzeitigem Sachstand besteht die angeordnete Vormundschaft jedenfalls fort.

3. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Gerichtskosten fallen weder in zweiter noch in dritter Instanz an (§ 130 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 KostO). Für die Anordnung einer Erstattung außergerichtlicher Kosten des erfolgreichen Beschwerdeführers (vgl. § 13a Abs. 1 FGG) ist mangels eines anderen Beteiligten, dem die Kosten auferlegt werden könnten, kein Raum. Einer Geschäftswertfestsetzung bedarf es nicht.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

**GmbHG § 8 Abs. 3**

**Sind in der Versicherung eines Geschäftsführers oder Liquidators die gesetzlichen Bestellungshindernisse im Einzelnen vollständig aufgeführt und verneint, ist es nicht erforderlich, zusätzlich noch jedes Hindernis einzeln zu verneinen (Abgrenzung zu BayObLG, Beschluss vom 30.8.1983, DB 1983, 2408).**

OLG München, Beschluss vom 20.4.2009 – 31 Wx 34/09

**Aus den Gründen:**

I.

Zur Eintragung in das Handelsregister der beteiligten Gesellschaft wurde am 14.11.2008 angemeldet, dass ein Geschäftsführer ausgeschieden und zwei neue Geschäftsführer bestellt worden seien. Die Anmeldung lautet auszugsweise wie folgt:

„Jeder neue bestellte Geschäftsführer erklärt jeweils einzeln:

Mir ist § 6 Abs. 2 Sätze 2 und 3 GmbHG bekannt; diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut: ... (folgt Wortlaut des § 6 Abs. 2 Satz 2 Ziffer 1 bis 3, und Satz 3 GmbHG) Ich bin von dem diese Anmeldung beglaubigenden Notar über meine beschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht belehrt worden und versichere hiermit, dass keine Umstände vorliegen, die meiner Bestellung zum Geschäftsführer nach § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 sowie Satz 3 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung entgegenstehen; insbesondere bin ich zu keiner Zeit verurteilt worden wegen ... (wörtliche Wiederholung von § 6 Abs. 2 Satz 3, Ziffer 3a-d) Auch bin ich zu keinem Zeitpunkt nach den §§ 263, 264a oder den §§ 265b -266a des Strafgesetzbuches verurteilt worden. Mir ist weder durch gerichtliches Urteil noch durch vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde die Ausübung irgendeines Berufes, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbebezuges untersagt worden.“

Mit Zwischenverfügung vom 24.11.2008 wies das Registergericht darauf hin, es fehlten die Versicherungen, dass die Geschäftsführer nicht nach den §§ 263a, 264 StGB verurteilt worden seien und dass keine Verurteilung im Ausland vorliege. Der Notar vertrat die Auffassung, bereits der Eingangstext erfülle die Anforderungen an die Versicherung der Geschäftsführer, so dass es auf die beispielhafte Aufzählung unter „insbesondere ...“

nicht ankomme, in der aufgrund eines Büroversehens an Stelle des vorgesehenen Bindestrichs zwischen § 263 und 264a StGB ein Komma gesetzt worden sei. Das Landgericht wies die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung mit Beschluss vom 12.2.2009 zurück mit der Begründung, es müssten sämtliche gesetzlichen Bestellungshindernisse im einzelnen aufgeführt und einzeln verneint werden. Wenn mit „insbesondere ...“ die Versicherung beispielhaft erläutert werde, handle es sich im Ergebnis nur um eine pauschale Bezugnahme auf § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 und Satz 3 GmbHG, die nicht ausreichend sei.

II.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) im Ergebnis nicht stand. Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen genügt die vorliegende Versicherung der Geschäftsführer den Anforderungen des § 8 Abs. 3 GmbHG.

1. Sinn der Versicherung nach § 8 Abs. 3 GmbHG ist es, dem Registergericht die Prüfung zu erleichtern, ob ein Verbotstatbestand vorliegt. Ferner soll ein erheblicher Verwaltungsaufwand vermieden werden, denn ohne eine solche Versicherung müsste das Registergericht im Rahmen seiner Pflicht, von Amts wegen Bestellungshindernisse zu ermitteln (§ 12 FGG), eine Auskunft aus dem Bundeszentralregister einholen. Die Versicherung ist mit einer Selbstauskunft vergleichbar, die der Pflichtige dem Gericht einreicht, um das Fehlen gesetzlicher Bestellungshindernisse zu belegen. Sie muss daher einen Inhalt haben, der dem Gericht die Überzeugung vermittelt, der Versichernde habe alle Bestellungshindernisse gekannt und nach sorgfältiger Prüfung wahrheitsgemäße Angaben gemacht. Die „Selbstauskunft“ muss demnach jedes einzelne Bestellungshindernis auführen und dessen Fehlen versichern. Eine Versicherung, die Bestellungshindernisse nur pauschal verneint, genügt nicht (BayObLG DB 1983, 2408; OLG Thüringen GmbHR 1995, 453; Scholz GmbHG 10. Aufl. § 8 Rn. 26; Großkommentar zum GmbHG/Ulmer § 8 Rn. 37; Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG 4. Aufl. § 8 Rn. 23; jeweils zum GmbHG a.F.). Nicht ausreichend ist deshalb etwa eine bloße Bezugnahme „auf § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 GmbHG“ (vgl. BayObLG DB 1983, 2408) oder die Versicherung, dem Geschäftsführer sei „die Tätigkeit auf dem Gebiet der Gesellschaft“ nicht durch Gericht oder Verwaltungsbehörde untersagt (vgl. BayObLGZ 1981, 396; OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 414).

2. Davon sind die Vorinstanzen zutreffend ausgegangen. Sie haben jedoch verkannt, dass die vorliegenden Versicherungen der Geschäftsführer sich keineswegs auf eine pauschale Bezugnahme auf die Ausschlussgründe des § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 GmbHG beschränken, wie sie den zitierten, jeweils zu 6 Abs. 2 a.F. GmbHG ergangenen Entscheidungen zugrunde liegen. In den hier abgegebenen Erklärungen werden zunächst mit der Wiedergabe des Gesetzestextes alle Bestellungshindernisse im Einzelnen aufgeführt. Im Anschluss daran versichern die Geschäftsführer, dass keine Umstände vorliegen, die ihrer Bestellung nach diesen Vorschriften entgegenstehen. Diese Erklärungen geben keinen Anlass zu Zweifeln und Irrtümern, denn die Versicherung als solche kann nicht losgelöst von den eingangs als Bestandteil der Erklärung im Einzelnen aufgelisteten Bestellungshindernissen gesehen werden. Der Inhalt der Versicherung ist deshalb – auch ohne die unter „insbesondere ...“ folgende nochmalige Verneinung jedes einzelnen Ausschlussgrundes – geeignet, die Überzeugung zu vermitteln, der Versichernde habe alle Bestellungshindernisse gekannt und nach sorgfältiger Prüfung wahrheitsgemäße Angaben gemacht. Auch in der hier gewählten Form führt die „Selbstauskunft“ jedes einzelne Bestellungshindernis auf und verneint es (vgl. BayObLG DB 1983, 2408/2409; die im Leitsatz gewählte weitergehende Formulierung, es müsse „jedes Bestellungshindernis einzeln verneint werden“, verdeutlicht nur die Ablehnung der pauschalen Bezugnahme auf § 6 Abs. 2 GmbHG).

3. Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind deshalb aufzuheben. Das Registergericht wird von seinen Bedenken Abstand zu nehmen und den Eintragungsantrag neu zu prüfen haben. Eine auf Eintragung gerichtete Anweisung an das Registergericht kommt nicht in Betracht, weil Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens nur die in der Zwischenverfügung erhobenen Beanstandungen sind, nicht aber die Entscheidung

über den Eintragungsantrag selbst (vgl. BayObLG NJW-RR 1996, 413/414).

4. Eine Entscheidung über die Kosten ist nicht veranlasst. Gerichtskosten für die Beschwerde und die weitere Beschwerde fallen nicht an, da Gebühren nur für die Zurückweisung oder Verwerfung eines Rechtsmittels erhoben werden (§ 131 Abs. 1, § 131 c Abs. 1 KostO).

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

## HGB §§ 161, 108; BGB §§ 2205, 2209

**Ein Testamentsvollstrecker, dem die Abwicklung des Nachlasses und die Auseinandersetzung unter mehreren Erben obliegt (sogenannte Abwicklungsvollstreckung im Unterschied zur Dauer- oder Verwaltungsvollstreckung), ist nicht befugt, den durch den Tod eines Kommanditisten eingetretenen Gesellschafterwechsel anstelle des oder der Erben, die im Wege der Sondererfolge Kommanditisten geworden sind, zum Handelsregister anzumelden.**

OLG München, Beschluss vom 7.7.2009 – 31 Wx 115/09, rechtskräftig

### Aus den Gründen:

I.

Nach dem Tod eines Kommanditisten der beteiligten Gesellschaft sind vier Erben im Wege der Sonderrechtsnachfolge in die Gesellschaft eingetreten. Testamentsvollstreckung ist angeordnet. Die verbliebenen Altgesellschafter und der Testamentsvollstrecker meldeten das Ausscheiden des verstorbenen Gesellschafters und den Eintritt der Erben als Kommanditisten in die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister an. Das Registergericht beanstandete mit Zwischenverfügung gegenüber dem Notar, dass an der Anmeldung nicht die Erbenkommanditisten (Neugesellschafter), sondern an deren Stelle der Testamentsvollstrecker mitgewirkt habe. Anmeldebefugt sei nicht der Testamentsvollstrecker, sondern – neben den Altgesellschaftern – die im Wege der Sonderrechtsnachfolge in die Gesellschaft eingetretenen Erben selbst. Etwas anderes gelte nur, wenn es sich um eine Dauer- bzw. Verwaltungstestamentsvollstreckung handeln würde. Das sei hier nicht der Fall; denn das vorgelegte Testamentsvollstreckerzeugnis enthalte keinen entsprechenden Zusatz. Die gegen diese Zwischenverfügung eingelegte Beschwerde wies das Landgericht zurück. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde.

II.

Die weitere Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Allerdings ist die Entscheidung des Landgerichts insoweit abzuändern, als das Landgericht fälschlich gemeint hat, die vom Notar eingelegte Beschwerde sei namens der Neugesellschafter eingelegt gewesen. Wird eine vom Notar beim Registergericht eingereichte Anmeldung beanstandet oder zurückgewiesen, und legt der Notar hiergegen Beschwerde ein, ohne den oder die Beschwerdeführer ausdrücklich zu benennen, so liegt die Auslegung nahe, dass die vom Notar eingelegte Beschwerde im Namen der anmeldepflichtigen Personen oder jedenfalls derjenigen Personen eingelegt sein soll, deren Erklärung der Notar beurkundet oder beglaubigt hat (vgl. auch § 129 FGG). Das sind hier die Altgesellschafter und der Testamentsvollstrecker, der nach Auffassung des Notars die Anmeldung anstelle der Neugesellschafter vornehmen kann, während die Neugesellschafter – von diesem Standpunkt aus schlüssig – insoweit nichts erklärt und nichts angemeldet haben. Nach der Rechtsprechung können mehrere anmeldepflichtige Gesellschafter (§§ 161, 108 HGB) hinsichtlich der ihnen obliegenden Anmeldung auch ihr Beschwerderecht nur gemeinsam ausüben (BayObLG MDR 1982, 1030 m.w.N.; Rpfleger 1977, 321; Jansen/Briesemeister FGG 3. Aufl. § 20 Rn. 72; Krafka/Willer Registerrecht 7. Aufl. Rn.

2455). Im Zweifel ist deshalb so auszulegen, dass die Beschwerde im Namen derjenigen mehreren Personen eingelegt sein soll, die nur gemeinsam ein zulässiges Rechtsmittel einlegen können, wobei freilich die erkennbare Sichtweise des Notars zu beachten ist: Da dieser der Auffassung ist, dass die Anmeldungen der Altgesellschafter und des Testamentsvollstreckers für die Eintragung im Handelsregister ausreichen, kann die Beschwerde unschwer dahin ausgelegt werden, dass sie im Namen der Altgesellschafter und des Testamentsvollstreckers eingelegt sein soll, wie der Notar zwischenzeitlich auch ausdrücklich bestätigt hat. Die Erstbeschwerde und weitere Beschwerde dieser Personen ist zulässig; denn ob der Testamentsvollstrecker anstelle der Neugesellschafter handeln konnte, wird als sog. dopprelevante Tatsache erst im Rahmen der Begründetheit geprüft.

2. In der Sache hält die Entscheidung des Landgerichts rechtlicher Überprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO). Der bloße Abwicklungs-Testamentsvollstrecker, wie hier, ist nicht befugt, den durch den Tod eines Kommanditisten eingetretenen Gesellschafterwechsel anstelle des oder der Erben, die im Wege der Sondererbfolge Kommanditisten geworden sind, zum Handelsregister anzumelden.

a) Die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Anmeldung des durch den Tod eines Kommanditisten eingetretenen Gesellschafterwechsels zum Handelsregister hängt nach der Rechtsprechung davon ab, welche Befugnisse dem Testamentsvollstrecker übertragen sind, das heißt wie weit seine Verwaltungsbefugnis reicht. Insoweit wird zwischen der sog. Abwicklungsvollstreckung einerseits und der Dauervollstreckung oder Verwaltungsvollstreckung (§ 2209 BGB) andererseits unterschieden. Ist für den betreffenden Kommanditanteil Dauertestamentsvollstreckung angeordnet, so ist der Testamentsvollstrecker zur Anmeldung berechtigt und verpflichtet (vgl. BGHZ 108, 187). Wenn hingegen nur eine Abwicklungsvollstreckung vorliegt, ist der Testamentsvollstrecker grundsätzlich nicht befugt, anstelle des oder der Erben-Gesellschafter den Übergang des Kommanditanteils auf sie zum Handelsregister anzumelden (KG OLGZ 1991, 261 = NJW-RR 1991, 835). Dieser Rechtsprechung, die das Landgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat, schließt sich der Senat an. Im Falle der Abwicklungsvollstreckung ist der Testamentsvollstrecker nämlich nur damit betraut, den Nachlass abzuwickeln und die Auseinandersetzung unter mehreren Erben zu bewirken. Der Übergang des Kommanditanteils auf die Erben vollzieht sich jedoch im Wege der Sonderrechtsnachfolge ohne Mitwirkung des Testamentsvollstreckers. Es entfällt deshalb die Befugnis des Testamentsvollstreckers, die Beteiligung an der Gesellschaft als Teil

des Nachlasses unter den Miterben auseinanderzusetzen und bis dahin zu verwalten (vgl. Soergel/Damrau BGB 13. Aufl. § 2205 Rn. 29). Für eine Verwaltung des Kommanditanteils durch den Testamentsvollstrecker (§ 2205 BGB) ist somit kein Raum; das unterscheidet diesen Fall von der angeordneten Dauer- oder Verwaltungsvollstreckung. Etwas anderes gilt allerdings für die aus der Kommanditbeteiligung abzuleitenden übertragbaren Vermögensrechte, die nach der Rechtsprechung nicht aus dem gesamthänderisch gebundenen übrigen Nachlass ausgegliedert werden (BGHZ 108, 187/192; KG OLGZ 1991, 261/265). Das betrifft aber nicht die hier inmitten stehende Frage der Anmeldung zum Handelsregister; denn insoweit geht es um die gesellschaftsrechtliche Beteiligung bzw. die Gesellschafterstellung als solche, wie bereits das Kammergericht überzeugend ausgeführt hat (KG aaO.).

Die gegen diese Rechtsprechung vorgebrachten Einwendungen der weiteren Beschwerde greifen nicht durch. Dass der Abwicklungsvollstrecker unter Umständen Zugriff auf die Gesellschaftsanteile als Nachlasssubstanz nehmen kann, um Nachlassverbindlichkeiten berichtigen zu können, betrifft die vermögensrechtliche Komponente und ändert nichts an seiner fehlenden Verwaltungsbefugnis im Übrigen. Auch der Umstand, dass es nur um die Kundgabe einer sich von selbst vollziehenden Abwicklung geht, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Es ist den Erben-Kommanditisten im übrigen ohne weiteres zumutbar, die Anmeldung selbst vorzunehmen.

b) Dem Landgericht ist auch darin beizupflichten, dass das Registergericht ohne weitere Nachforschungen davon ausgehen konnte, dass der weitere Beteiligte zu 1 bloßer Abwicklungsvollstrecker ist. Insoweit reicht, wie ebenfalls bereits das Kammergericht überzeugend ausgeführt hat (KG OLGZ 1991, 261/266 f.), das vorgelegte Testamentsvollstreckerzeugnis. Eine Verwaltungs- oder Dauervollstreckung wäre im Zeugnis anzugeben. Enthält ein Zeugnis, wie hier, keine Angaben, so kommt damit zum Ausdruck, dass dem Testamentsvollstrecker die Befugnisse des gesetzlichen Regeltyps eines Abwicklungsvollstreckers zustehen. Das wird von der weiteren Beschwerde auch nicht mehr angegriffen.

3. Einer Kostenentscheidung und Geschäftswertfestsetzung bedarf es nicht, da das Rechtsmittel teilweise Erfolg hat und die teilweise Zurückweisung kostenrechtlich nicht abspaltbar ist (vgl. 131c KostO).

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

## Aktuelles aus dem Steuerrecht

(von Sebastian Mensch, Diplom Finanzwirt (FH), Notaranwärter, Stuttgart  
& Jan Haubold, Notarvertreter, Nürtingen)

### I. Aktuelles aus der Verwaltung

#### 1. Zahlungen an einen ehrenamtlichen Vereinsvorstand

Mit dem Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements vom 10. Oktober 2007<sup>1</sup> führte der Gesetzgeber einen Jahresfreibetrag in Höhe von 500,- Euro für Einnahmen aus nebenberuflicher Tätigkeit im Dienst oder Auftrag einer steuerbegünstigten Körperschaft oder einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zur Förderung steuerbegünstigter Zwecke ein.

Das Bundesministerium der Finanzen weist nun in seinem Schreiben vom 22. April 2009<sup>2</sup> darauf hin, dass eine pauschale Gewährung von Aufwandsentschädigungen oder sonstigen Vergütungen an Vorstände von gemeinnützigen Vereinen zur Aberkennung der Gemeinnützigkeit führen kann. Es verstößt nach Ansicht der Finanzverwaltung gegen das Gebot

<sup>1</sup> BGBl. 2007, 2332

<sup>2</sup> Anwendungsschreiben zu § 3 Nr. 26a EStG; Gz.: IV C 4 - S 2121/07/0010

der Selbstlosigkeit, wenn den Vereinsvorstandsmitgliedern, ohne rechtliche Grundlage, pauschale Aufwandsentschädigungen oder sonstige Vergütungen gewährt werden. Gegebenenfalls muss die Vereinssatzung eine entsprechende Passage zu Vergütungen von Vorständen enthalten.

Sollten nach dem 10. Oktober 2007 bereits geringfügige Leistungen an Vorstände erfolgt sein, so wirken diese Zahlungen unschädlich im Hinblick auf die Gemeinnützigkeit, soweit eine Satzungsänderung bis zum 31. Dezember 2009 erfolgt, die eine Vergütung der Vereinsvorstandsmitglieder gestattet.

## II. Gesetzliche Neuregelungen

### 1. Hamburg erhöht Grunderwerbsteuer zum 01.01.2009

Hamburg hat die Grunderwerbsteuer zum 01.01.2009 auf 4,5 % erhöht. Den Bundesländern war im Rahmen der Föderalismusreform I die Gesetzgebungskompetenz zur Bestimmung des Grunderwerbsteuersatzes übertragen worden. Bereits zum 01.01.2007 hatte Berlin davon Gebrauch gemacht und die Grunderwerbsteuer auf 4,5 % erhöht. Nach bisheriger Kenntnis erwägen Baden- Württemberg, sowie alle übrigen Flächenländer, keine Anhebung des Steuersatzes.

### 2. Neuerungen durch das Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz (BilMoG)

Der Bundesrat hat dem BilMoG am 03.04.2009 abschließend zugestimmt. Das BilMoG sollte im Ursprung eine Anpassung des HGB an den International Financial Reporting Standard (IFRS) bringen.

Im Zuge der Finanzmarktkrise wurde von einer weitergehenden Anpassung Abstand genommen.

Die Änderungen durch das BilMoG sind grundsätzlich erstmals für Geschäftsjahre nach dem 31.12.2009 zu berücksichtigen.

Zu den hier nur kurz zu besprechenden Änderungen gehört insbesondere die Anpassung bei der Bilanzierung von Anschaffungs- und Herstellungskosten. So besteht künftig ein Aktivierungswahlrecht von selbst erstellten immateriellen Vermögensgegenständen mit der Ausnahme von firmenwertähnlichen immateriellen Vermögensgegenständen. Weiterhin müssen künftig auch angemessene Teile der Gemeinkosten im Bereich des Materials und der Fertigung als Herstellungskosten bilanziert werden.

Diese und die zahlreichen weiteren Veränderungen durch das BilMoG führen zu Anpassungen innerhalb der Bilanzen. Da bereits für das Jahr 2009 ein Wahlrecht zur Nutzung der neuen Bilanzierungsmaßstäbe geschaffen wurde, kann sich die erfolgswirksame Bilanzanpassung auch bereits jetzt auf Beurkundungsgeschäfte, insbesondere bei Umwandlungen, auswirken.

## III. Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs

### 1. Erbschaft- und Schenkungsteuer

#### 1.1 Mitunternehmerinitiative der Kinder bei Familiengesellschaft<sup>3</sup>

Kennzeichen einer Mitunternehmerschaft sind die Ausübung von Mitunternehmerinitiative und das Tragen von Mitunternehmermerrisiko. Daran misst sich auch der Erhalt der Begünstigung nach § 13a ErbStG a.F.

In diesem Zusammenhang wurde dem Bundesfinanzhof nachfolgender Sachverhalt vorgelegt.

Eheleute -nachfolgend Kläger genannt- gründeten eine (gewerblich geprägte) GmbH & Co. KG. In diese brachten Sie zur Regelung der Vermögensnachfolge Grundbesitz ein. Mit notarieller Urkunde vom selben Tag übertrugen die Kläger je einen Kommanditanteil an Ihren Sohn und Ihre Tochter. Gemessen am gesamten Festkapitalkonto übertrugen Sie 90 % der Kommanditeinlage an Ihre Kinder.

Die variablen Kapitalkonten, in denen sich der Mehrwert der Immobilie widerspiegelte, blieben von der Übertragung unberührt.

Die Kläger vereinbarten mit den Kindern in Abänderung des Gesellschaftsvertrages, dass Ihnen nur einen Stimmrechtsanteil von 5 % zusteht. Gleichzeitig behielten sich die Kläger das Recht vor, Entnahmen in beliebiger Höhe zu tätigen, zusammen mit einem Nießbrauchsrecht an den schenkweise übertragenen Kommanditeilen. Die Kinder erteilten den Klägern des Weiteren eine „vorsorgliche“ Stimmrechtsvollmacht.

Im Gegenzug verpflichteten sich die Kläger gesamtschuldnerisch die außerordentlichen Grundstückslasten zusammen mit den dazugehörigen Verbindlichkeiten zu tragen.

Das Finanzamt betrachtete in der Folge die Zuwendung der Kommanditeile zwar als Schenkung eines Gesellschaftsanteils, verweigerte jedoch die Anerkennung der Vergünstigungen gemäß § 13a ErbStG a.F. für Betriebsvermögen.

Das Finanzamt, und dem folgend auch das Finanzgericht, bemängelten eine fehlende Mitunternehmerstellung der Kinder, da sie weder Mitunternehmerinitiative, noch Mitunternehmermerrisiko trugen.

Bei der Berechnung der entstehenden Schenkungsteuer berücksichtigte das Finanzamt zugunsten der Kläger die auf dem Grundstück lastenden Schulden als Abzugsposten. Dies erfolgte entgegen den vertraglichen Regelungen der Nießbrauchsbestellung. Dementsprechend setzte das Finanzamt die Schenkungsteuer fest.

Dagegen wandten sich die Kläger mit der Begründung, dass keine Veranlassung besteht, die Begünstigung nach § 13a ErbStG a.F. zu verwehren. Sie rügten insoweit die Verletzung materiellen Rechts.

Die Kläger verwiesen darauf, dass durch die Stimmrechtsvollmacht den Kindern nicht die Möglichkeit genommen wurde, von Ihren Gesellschafterrechten Gebrauch zu machen. Sie hätten die Vollmacht auch widerrufen können. Solange die Vollmacht bestand, waren die Kläger der Ansicht, dass ein Gebrauch nur im Sinne der Vollmachtgeber erfolgen könne und somit für die Mitunternehmerstellung nicht schädlich ist. Da ein Verlust des Betriebsvermögens auch für die Kinder der Kläger von Schaden gewesen wäre, bestand nach Ansicht der Kläger sehr wohl ein Mitunternehmermerrisiko. Letztlich verwiesen die Kläger auf eine Fehlinterpretation der Begünstigungsvorschrift des § 13a ErbStG a.F., wonach es nur darauf ankäme, dass Betriebsvermögen übertragen wird. Unerheblich sei es, inwieweit der Erbe oder der Beschenkte in seiner Person die Qualifikation als Mitunternehmer erfülle.

Der Bundesfinanzhof schloss sich der Argumentation der Kläger nicht an und verwehrte die Begünstigung nach § 13a ErbStG a.F. in diesem Fall.

<sup>3</sup> BFH DS tR 2009, 321

Vorab bestätigte der BFH die Art der Wertermittlung durch das Finanzamt. Zwar ist es richtig, dass die Kläger sich im Rahmen der Nießbrauchsvereinbarung vorbehalten, die mit dem Grundstück zusammenhängenden Verbindlichkeiten zu tragen, jedoch betraf diese Vereinbarung nicht das Gesellschaftsverhältnis an sich. Da der Wert der Gesellschaftsbeteiligung für die Schenkungsteuer maßgeblich ist, war der Abzug der Verbindlichkeiten folgerichtig.

Es ist richtig, dass die Vergünstigung nach § 13a ErbStG a.F. grundsätzlich bei dem Erwerb eines Kommanditanteils einer gewerblich geprägten Kommanditgesellschaft gewährt werden kann. Nicht richtig ist indes die Stellungnahme der Kläger, dass allein dieser Umstand bereits die Berücksichtigung der Vergünstigung für Betriebsvermögen rechtfertigt. Vielmehr müssen sowohl der bisherige, als auch der zukünftige Rechtsträger die Voraussetzungen nach § 13a Abs. 5 ErbStG erfüllen.

Dies ergibt sich bereits aus verfassungsrechtlichen Erwägungen. So hatte das Bundesverfassungsgericht eine Besserstellung von Betriebsvermögen bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer in Hinblick auf Art. 3 GG nur dann als gerechtfertigt angesehen, wenn auch der Erwerber den Betrieb weiterführt.

Bei einem Erwerb eines Mitunternehmeranteils erfordert die Fortführung des Betriebs, dass auch der Erwerber Mitunternehmer ist.

Diese Maßgabe findet ihren Niederschlag ebenfalls in der Formulierung des § 13a Abs. 4 ErbStG a.F., wonach nur Betriebsvermögen unter bestimmten Voraussetzungen begünstigt ist.

Die Tatsache, dass die Personengesellschaft weiterhin gewerblich geprägt ist, reicht für sich genommen nicht aus, da das wirtschaftliche Eigentum an den Gesellschaftsanteilen den Nießbrauchern zuzurechnen ist.

Die Mitunternehmerstellung kann sich demnach nicht allein auf die gewerbliche Prägung stützen.

Der BFH verneint in diesem Fall die Erlangung einer Mitunternehmerstellung durch die Kinder, da er keine Mitunternehmerinitiative erkennen kann.

Mitunternehmerinitiative setzt Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen voraus. Bei einer Kommanditstellung kann dies bereits durch eingeschränkte Kontroll-, Stimm- und Mitspracherechte gegeben sein.

Der Vorbehalt des Nießbrauchs ist für sich genommen noch keine zu weitgehende Einschränkung der Gesellschaftsrechte des Betroffenen. Sollte der Nießbrauch jedoch von den Bestimmungen des BGB abweichen und - wie in diesem Fall - den Klägern sämtliche Rechte sichern, ist darin eine Einschränkung zu sehen, die eine Mitunternehmerinitiative ausschließt.

Hinzu kommt, dass die Kläger sich für den Fall, dass der Nießbrauch nicht ausreichend sein sollte, eine umfassende Stimmrechtsvollmacht haben geben lassen. Nach Meinung des BFH ist spätestens damit nicht mehr von einer Mitunternehmerinitiative zu sprechen.

Daran ändert auch das Vorbringen der Kläger nichts, dass die Vollmacht im Sinne der Vollmachtgeber genutzt werden müsse, bzw. widerruflich sei. Die Vollmacht ist nur dann widerruflich, wenn das zugrunde liegende Rechtsgeschäft eine Widerruflichkeit vorsieht. Hier liegt die Nießbrauchsbestellung der Vollmacht zugrunde. Verbunden mit der Nießbrauchsbestellung sollte den Kindern jeder Einfluss genommen werden. Innerhalb der Nießbrauchsbestellung ist keine Widerruflichkeit vorgesehen, so dass auch die Vollmacht nicht ohne weiteres widerruflich ist. Eine analoge Anwendung des Auftrags-

rechts scheidet aus, da die Kläger sich nicht als Beauftragte Ihrer Kinder gesehen haben. Den Klägern war die Möglichkeit gegeben, trotz Einstimmigkeitserfordernis den Gesellschaftsvertrag auch zu Ungunsten der Beschenkten zu ändern.

Da der BFH die Mitunternehmerinitiative verneinte, hielt er es für unbeachtlich, das Mitunternehmerisiko zu prüfen und ließ dies in seiner Urteilsbegründung offen.

Es bleibt festzuhalten, dass bei einer Familienpersonengesellschaft darauf zu achten ist, dass den Kindern ein „Rest an Gesellschaftsrechten“ verbleibt. Durch das Urteil des BFH dürfte abgesichert sein, dass ein nach den Vorgaben des BGB ausgestaltetes Nießbrauchsrecht steuerrechtlich unproblematisch ist.

Dieses Urteil erging zwar noch zum alten Erbschaftsteuerrecht, jedoch setzt auch das neue Erbschaftsteuerrecht für die Inanspruchnahme der Begünstigungen bei Betriebsvermögen voraus, dass der Erwerber Mitunternehmer wird<sup>4</sup>.

## 1.2 Steuerfreiheit der Übertragung von Miteigentum am Familienwohnheim<sup>5</sup>

Zur Entscheidung durch den Bundesfinanzhof wurde nachfolgender Sachverhalt vorgelegt.

Die Ehefrau -nachfolgend Klägerin genannt- hob durch notariellen Vertrag mit Ihrem Ehemann den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft auf und wechselte zur Gütertrennung. Der dadurch entstehende Anspruch auf Zugewinnausgleich zugunsten der Klägerin sollte unter anderem durch Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils am Familienwohnheim abgegolten werden. Das Familienwohnheim stand bis dahin in hälftiger Bruchteilsgemeinschaft beider Ehegatten.

In dem Haus befanden sich drei Wohnungen. Eine Wohnung bewohnten die Eheleute selbst. In dieser Wohnung war ein Raum an eine GmbH vermietet. Der Ehemann war Geschäftsführer dieser GmbH. Der Raum wurde als Arbeitszimmer genutzt.

Eine weitere Wohnung wurde durch die Kinder der Eheleute bewohnt und auch als Hauptwohnsitz genutzt.

In der dritten Wohnung lebte die Mutter der Klägerin, der ein Wohnrecht an dieser Wohnung zustand.

Zwischen der Klägerin, Ihrem Mann und den Kindern bestand grundsätzlich ein gemeinsamer Hausstand.

Das Finanzamt nahm in seiner Festsetzung der Schenkungsteuer keine steuerbefreite Zugewinnausgleichsforderung gemäß § 5 Abs. 2 ErbStG an. Vielmehr berechnete es die Schenkungsteuer nach Maßgabe der gesamten Ausgleichsleistung, sowie nach Abzug des persönlichen Freibetrages und setzte entsprechend Schenkungsteuer fest.

Die weiterhin denkbare Befreiungsvorschrift des § 13 Abs. 4a ErbStG verneinte das Finanzamt mit der Begründung, dass das Familienwohnheim auch zu anderen als Wohnzwecken genutzt wurde. Insoweit handelte das Finanzamt in Übereinstimmung mit der Verwaltungsauffassung<sup>6</sup>.

Dagegen wandte sich die Klägerin mit Einspruch und nachfolgender Klage. Zur Begründung verwies Sie auf eine rechtsfehlerhafte Anwendung des § 13 Abs. 4a ErbStG und

<sup>4</sup> Reith/Gehweiler BWNNotZ 2009, 12

<sup>5</sup> BFH NJW 2009, 1373

<sup>6</sup> R 43 Abs. 1 ErbStR



begehrte eine Freistellung der Zuwendung des Miteigentumsanteils als Familienwohnheim.

Der Bundesfinanzhof ließ mit seiner Entscheidung die Frage offen, ob eine Berücksichtigung der Ausgleichsleistung nach § 5 Abs. 2 ErbStG erfolgen müsse. Er sah keine Entscheidungserheblichkeit in diesem Fall, da § 13 Abs. 4a ErbStG einschlägig war.

Die in den Richtlinien vertretene Verwaltungsauffassung, wonach die Übertragung eines Familienwohnheims bis zu einem gewissen Grad der anderweitigen Nutzung steuerfrei erfolgen kann und ansonsten im vollen Umfang steuerpflichtig ist, erteilte der BFH eine Absage. Nach BFH muss eine sachgerechte Aufteilung der verschiedenen Nutzungsarten erfolgen.

Eine Abfärbung auf das Gesamtobjekt ist aber zu weitgehend. Eine sachgerechte Aufteilung kann sich nur an der Nutzfläche orientieren.

Unschädlich in diesem Zusammenhang ist das an die GmbH vermietete häusliche Arbeitszimmer. Auch ein Arbeitszimmer ist der Wohnungsnutzung hinzuzurechnen, soweit es sich im Wohnbereich befindet.

Für die Beurteilung, ob auch die von den Kindern und der Mutter der Klägerin zu Wohnzwecken genutzten Wohnungen steuerfrei übertragen werden können, stellt der BFH auf einen gemeinsamen Hausstand ab. So ist es für die steuerbefreite Klassifizierung als Familienwohnheim unschädlich, wenn ein gemeinsamer Hausstand mit nahen Angehörigen besteht.

In diesem Fall bestand ein gemeinsamer Hausstand mit den Kindern der Klägerin. Im Ergebnis ließ der BFH eine steuerbefreite Übertragung von zwei Wohnungen zu. Soweit der Grundbesitzwert nach Aufteilung der Nutzungsflächen auf die Wohnung der Mutter entfällt, besteht keine Vergünstigung nach § 13 Abs. 4a ErbStG.

Inwieweit der vom BFH gebrauchte Begriff der nahen Angehörigen von § 15 AO abweicht, bleibt unklar. Nach dem vorstehenden Urteil kann als sicher gelten, dass Verwandte der Ehegatten in gerader Linie umfasst sind.

Eine Anpassung der Erbschaftsteuerrichtlinien an die neue Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs ist bisher nicht erfolgt.

## 2. Körperschaftsteuer

### 2.1 Formerfordernisse bei Änderung von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen<sup>7</sup>

Voraussetzung für die Anerkennung einer körperschaftsteuerlichen Organschaft ist, dass der Gewinnabführungsvertrag auf mindestens fünf Jahre geschlossen ist und während seiner gesamten Laufzeit durchgeführt wird<sup>8</sup>.

In dem vom Bundesfinanzhof mit Urteil vom 22.10.2008 zu entscheidenden Fall war genau dies streitig.

Eine als Holdinggesellschaft fungierende GmbH -nachfolgend Klägerin genannt- schloss mit zwei Tochtergesellschaften mbH jeweils einen Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag. Beide Gesellschaften waren 100% Töchter des gewollten Organträgers. Die Verträge wurden rückwirkend zum 01.01. des Jahres geschlossen und konnten unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 6 Monaten zum ersten Mal nach fünf Jahren gekündigt werden.

Nach Zustimmung der Gesellschafterversammlungen wurden die Gewinnabführungsverträge über ein Jahr später in das Handelsregister eingetragen. Anschließend schloss die Klägerin mit den Organgesellschaften eine Ergänzungsvereinbarung, wonach die erste Kündigungsmöglichkeit entsprechend verschoben wurde.

Die Ergänzungsvereinbarung erfolgte ohne Zustimmung einer Gesellschafterversammlung und wurde nicht in das Handelsregister eingetragen.

Im Jahr der Handelsregistereintragung wurde der Ergebnisabführungsvertrag erstmals durchgeführt.

Das Finanzamt verweigerte eine gewinnmindernde Berücksichtigung von Verlusten der vermeintlichen Organgesellschaften bei der Klägerin. Nach Ansicht des Finanzamts fehlt es für die körperschaftsteuerliche Organschaft an der notwendigen Mindestlaufzeit von fünf Jahren.

Die Klägerin hingegen mahnte eine Verletzung materiellen Rechts und begehrte eine Anerkennung der Organschaft. Zur Begründung verwies die Klägerin auf die getroffene Ergänzungsvereinbarung.

Der BFH bestätigte in seiner Entscheidung die Auffassung der Finanzverwaltung. Da in diesem Fall erst im Jahr der Handelsregistereintragung eine erstmalige Durchführung des Ergebnisabführungsvertrages erfolgte, fehlt es an der Mindestlaufzeit von fünf Jahren.

Zivilrechtlich bedarf der Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag neben der Eintragung in das Handelsregister der beherrschten Gesellschaft, auch der Zustimmung der Hauptversammlung von beherrschter und herrschender Gesellschaft. Diese Bestimmungen gelten analog, wenn es sich jeweils um eine GmbH handelt<sup>9</sup>. Insoweit ist die Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich.

Umstritten ist bisher, mit welchem Quorum der Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag bestätigt werden muss<sup>10</sup>. Diese Frage ließ der BFH in seiner Urteilsbegründung offen, da in diesem Fall keine Zustimmung vorlag.

Die Ergänzungsvereinbarung mit der verlängerten Vertragslaufzeit ist eine Abänderung des ursprünglichen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages. Sie bedarf daher zur zivilrechtlichen Wirksamkeit der gleichen Voraussetzungen wie der ursprüngliche Vertrag.

Da es sowohl an der notwendigen Zustimmung als auch an der Eintragung in das Handelsregister fehlt, ist die Ergänzungsvereinbarung zivilrechtlich nie wirksam geworden und auch steuerrechtlich nicht anzuerkennen. Ein Organschaftsverhältnis i.S.d. §§ 14 und 17 KStG kann nur mit rechtswirksamer Verpflichtung zur Gewinnabführung begründet werden.

Die subjektive Intention der Klägerin, das Organschaftsverhältnis nicht vor Ablauf von fünf Jahren ab Durchführung zu beenden, ist für die steuerliche Beurteilung unbeachtlich.

<sup>7</sup> BFH DStR 2009, 100

<sup>8</sup> § 14 Abs. 1 Nr. 3 KStG

<sup>9</sup> BGH BWNNotZ 1989, 39

<sup>10</sup> vgl. Ausführungen in DNotI-Report 2009, 17 ff.