

SCHRIFTENREIHE
DER ARBEITS-
GEMEINSCHAFT
ANWALTSNOTARIAT
IM DEUTSCHEN
ANWALTVEREIN



Ulf Schönenberg-
Wessel (Hrsg.)

Herbsttagung der Arbeitsgemeinschaft Anwaltsnotariat im DAV 2024



Deutscher**Notar**Verlag

Ulf Schöenberg-Wessel (Hrsg.)

Herbsttagung der Arbeitsgemeinschaft Anwaltsnotariat im DAV 2024

SCHRIFTENREIHE DER
ARBEITSGEMEINSCHAFT
ANWALTSNOTARIAT
IM DEUTSCHEN
ANWALTVEREIN

Herbsttagung der Arbeitsgemeinschaft Anwaltsnotariat im DAV 2024

Herausgegeben von
RA/Notar Ulf Schönenberg-Wessel



Deutscher**Notar**Verlag

Zitervorschlag:

Autor, in: Herbsttagung ARGE Anwaltsnotariat 2024, S.

Hinweis

Die Ausführungen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Sie stellen jedoch lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Eigenverantwortung für die Formulierung von Verträgen, Verfügungen und Schriftsätzen trägt der Benutzer. Herausgeber, Autoren und Verlag übernehmen keinerlei Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Buch enthaltenen Ausführungen.

Anregungen und Kritik zu diesem Werk senden Sie bitte an

info@notarverlag.de

Autoren und Verlag freuen sich auf Ihre Rückmeldung.

Copyright 2025 by Deutscher Notarverlag, Bonn

Umschlaggestaltung: gentura, Holger Neumann, Bochum

ISBN 978-3-95646-348-8

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

Vorwort

Die Arbeitsgemeinschaft Anwaltsnotariat ist am 22. April 1991 in Bonn gegründet worden und hat heute mehr als 700 Mitglieder. Die Arbeitsgemeinschaft versteht sich als die Interessenvertretung der Anwaltsnotar:innen sowohl innerhalb des Deutschen Anwaltvereins als auch gegenüber der Politik und Justiz.

Sie veranstaltet regelmäßig Fortbildungsveranstaltungen, insbesondere im Rahmen der traditionellen Herbsttagung und auf dem Deutschen Anwaltstag. Im Vordergrund stehen der Informations- und Fachaustausch über aktuelle Fragen der notariellen Tätigkeit und über berufspolitische Themen, die das Anwaltsnotariat betreffen.

Die Herbsttagung 2024 fand am 15. und 16. November 2024 in Berlin statt. Am Vorabend der Herbsttagung fand das 1. NotaryBarCamp statt. Anders als bei der traditionellen Herbsttagung gibt es bei einem **NotaryBarCamp** keine festgelegte Agenda oder feststehenden Referent:innen im Voraus. Stattdessen haben die Teilnehmer:innen das Programm am Beginn des **NotaryBarCamps** selbst gestaltet. Jeder Teilnehmende kann Themen vorschlagen, Vorträge halten oder Diskussionen leiten, die für die Praxis der Notar:innen relevant sind. Die offene und partizipative Struktur des **NotaryBarCamp** hat zu einem engagierten Wissensaustausch auf Augenhöhe beigetragen. Die Teilnehmer:innen haben sich mit viel Freude und Engagement in das für Jurist:innen ungewohnte Format eingebracht.

Die Herbsttagung wurde am Freitag dann traditionell durch den Vortrag des Geschäftsführers der Bundesnotarkammer zum Thema aktuelles aus dem Notariat und dem Berufsstand eröffnet. Felix Schmitt nutzte seinen Vortrag, um die Teilnehmer:innen berufspolitisch auf den aktuellen Stand zu bringen.

Prof. Dr. Julia Haberstroh (Siegen) hat in ihrem viel beachteten Vortrag die Beurteilung und Unterstützung von Menschen mit Demenz dargestellt. Sie konnte anhand ihrer Forschungsergebnisse aufzeigen, dass Geschäfts- und Testierfähigkeit bei Menschen mit Demenz durch geeignete Maßnahmen gefördert werden kann. Hier sind auch Notar:innen gefordert ihren Beitrag zu leisten.

Sarah Patatukos-Klein (Kiel) zeigte in ihrem Vortrag die besondere Rolle der Notar:in bei der Testamentsgestaltung auf. Sie arbeitete dabei die Konfliktfelder auf und zeigte, wie durch effektives Konfliktmanagement eine tragfähige und belastbare Gestaltung der Vermögensnachfolge von Todes wegen gelingen kann.

Den Abschluss des ersten Tagungstages bildete der Vortrag von Dr. Dr. Christian Schulte (Berlin), der sich ausführlich der GmbH widmete – von der Wiege bis zur Bahre.

Dominik Schüller (Berlin) und Axel Sawal (Berlin) eröffneten den zweiten Tag der Herbsttagung mit einem umfangreichen und detaillierten Vortrag zum Erbbaurecht. Sie stellten die Chance und den Nutzen des Erbbaurechts dar und zeigten auch deutlich die mitunter erheblichen Risiken auf.

Den Abschluss der Veranstaltung bildete der Vortrag von Dr. Hans Christian Schüller (Duisburg) zur verweigerten Löschungsbewilligung. Anhand eines konkreten Falles aus der eigenen Praxis führte er die Teilnehmer:innen durch die Tücken und Haftungsrisiken der Löschungsbewilligung. Er schärfte bei den Teilnehmer:innen den Blick für die Löschungsbewilligung und sensibilisierte für etwaige Risiken.

Die Referent:innen und Referenten haben ihren jeweiligen Vortrag für diesen Tagungsband aufbereitet, so dass diese dauerhaft der Leserschaft zur Verfügung gestellt werden kann. Die Beiträge berücksichtigen den Stand in Rechtsprechung und Literatur zum Zeitpunkt der Tagung. Ein besonderer Dank gilt Herrn Dennis Flohr, der dieses Projekt mit viel Engagement und Herzblut im Deutschen Notarverlag begleitet hat, sowie Herrn Klaas Rethfeld für seinen Einsatz bei der Zusammenstellung der Manuskripte und deren Aufbereitung für diesen Tagungsband.

Kiel, im August 2025

Ulf Schönenberg-Wessel

Rechtsanwalt und Notar, Vorsitzender der AG Anwaltsnotariat im DAV.

Inhaltsverzeichnis

Demenz – Selbstbestimmungsfähigkeit und Entscheidungsassistenz	9
<i>von Prof. Dr. rer. nat. Julia Haberstroh, Universität Siegen und Franziska Withake, LL.B., Wissenschaftliche Hilfskraft, Universität Siegen</i>	
Konfliktmanagement in der Testamentsgestaltung – Pflichtteil, Bindungswirkung und Anfechtung	17
<i>von Rechtsanwältin und Notarin Sarah Patatukos-Klein</i>	
Die GmbH – von der Wiege bis zur Bahre	29
<i>von Dr. Dr. Christian Schulte</i>	
Die verweigerte Löschungsbewilligung – ein notarieller Alptraum!	47
<i>von Rechtsanwalt und Notar Dr. Hans Christian Schüler</i>	

Demenz – Selbstbestimmungsfähigkeit und Entscheidungsassistenz

von Prof. Dr. rer. nat. Julia Haberstroh, Universität Siegen und Franziska Withake, LL.B., Wissenschaftliche Hilfskraft, Universität Siegen

A. Ziele des Beitrags

In diesem Beitrag geht es darum, Ihnen praxisnahes Wissen zu vermitteln, das Sie in Ihrer täglichen Arbeit direkt anwenden können. Konkret werden drei Ziele verfolgt:

Sie lernen, wie Sie Hinweise auf eine mögliche Demenz erkennen können. Damit sind vor allem Veränderungen im Verhalten, der Kommunikation oder im Gedächtnis gemeint, die auf eine kognitive Einschränkung hindeuten könnten.

Vor diesem Hintergrund geht es außerdem darum, Anzeichen dafür zu identifizieren, ob eine Person möglicherweise nicht mehr in der Lage ist, selbstbestimmt zu entscheiden.

Abschließend erhalten Sie Hinweise, wie sie Menschen in solchen Situationen weitmöglichst befähigen können, die Selbstbestimmungsfähigkeit durch gezielte Entscheidungsassistenz – d.h. durch bestimmte Methoden und Strategien – zu stärken.

B. Was ist Selbstbestimmungsfähigkeit?

Die Selbstbestimmungsfähigkeit eines Menschen lässt sich nur im interdisziplinären Zusammenspiel verschiedener wissenschaftlicher Disziplinen verstehen. Insbesondere die Perspektiven der normativen Wissenschaften Ethik und Recht sowie der empirischen Wissenschaften Medizin und Psychologie sind für ein umfassendes Verständnis der Selbstbestimmungsfähigkeit von Bedeutung.

Grundlegend beschreibt Selbstbestimmungsfähigkeit fächerübergreifend die Fähigkeit eines Menschen, eigenständig und informiert Entscheidungen zu treffen. Selbstbestimmungsfähigkeit ist dabei der in der Ethik verwendete Begriff. In der Psychologie spricht man in der Regel von Entscheidungsfähigkeit, während das Recht verschiedene spezifische Formen der Selbstbestimmungsfähigkeit unterscheidet – etwa Einwilligungs- oder Testierfähigkeit. Diese lassen sich allerdings psychometrisch oft nur schwer voneinander abgrenzen.

Im Gegensatz zur rechtlichen Einwilligungs- oder Testierfähigkeit, die eine dichotome Bewertung verlangt (fähig vs. nicht fähig), wird die Entscheidungsfähigkeit in der Medizin und Psychologie als ein kontinuierliches Konstrukt betrachtet. Ein kontinuierliches Konstrukt hat keine klar abgrenzbaren Kategorien, sondern verläuft auf einem Kontinuum. Ein kontinuierliches Konstrukt wird graduell bewertet (mehr oder weniger). Gemäß empirischem Verständnis können Fähigkeiten je nach Situa-

tion und Unterstützungsangebot variieren – wenn Sie an Ihre eigenen Fähigkeiten im Lösen eines komplexen Tests denken, so wird Ihre Fähigkeit nach einer erholsamen Nacht und einem stärkenden Frühstück vermutlich besser ausfallen als nach einer durchgemachten Nacht oder in Folge eines anstrengenden Arbeitstages. Auch die beiden normativen Wissenschaften Ethik und Recht unterscheiden sich in einem Punkt grundlegend: während in der juristischen Auslegung Fähigkeit oft als der Person innewohnend verstanden wird, wird in ethischen Beurteilungen Selbstbestimmungsfähigkeit oft im Sinne einer relationalen Autonomie verstanden, die auch durch andere hergestellt werden kann – also z.B. durch befähigende, unterstützende Angehörige. Die unterschiedlichen Konzeptualisierungen von Selbstbestimmungsfähigkeit wirken sich auf die Beurteilungen der Selbstbestimmungsfähigkeit aus. Während Jurist:innen eher dazu neigen, Selbstbestimmungsfähigkeit im Zweifel abzusprechen, neigen Ethiker:innen eher dazu, Selbstbestimmungsfähigkeit im Zweifel zuzusprechen, während sich der Zweifel in den empirischen Wissenschaften durch uneinheitliche Beurteilungen der Selbstbestimmungsfähigkeit zeigt (Haberstroh & Müller, 2017). Besondere Zweifel bei der Beurteilung der Selbstbestimmungsfähigkeit bestehen bei Menschen mit leichter Demenz, die häufig selbstbestimmungsfähig sind oder zur Selbstbestimmung befähigt werden können, aber nicht für jede Entscheidung, wobei die Komplexität einer Entscheidung individuell variiert (siehe Kapitel E).

C. Welche Faktoren gefährden die Selbstbestimmungsfähigkeit?

Psychische Erkrankungen werden häufig als primäre Risikofaktoren für eine eingeschränkte Selbstbestimmungsfähigkeit wahrgenommen. Tatsächlich können bestimmte Krankheiten die Fähigkeit, selbstbestimmt zu entscheiden, beeinträchtigen. Zu diesen Krankheiten gehören unter anderem Delir, Demenz, Psychosen, manische Episoden, schwere Depressionen und Schädel-Hirn-Traumata.

Wichtig:

Eine Diagnose allein sagt noch nichts über die Selbstbestimmungsfähigkeit einer Person aus. Studien zeigen, dass viele Menschen mit einer psychischen Erkrankung durchaus in der Lage sind, selbstbestimmt zu entscheiden. Umgekehrt kann es vorkommen, dass Personen ohne diagnostizierte Störung dennoch in einer Situation nicht selbstbestimmungsfähig sind (u.a. Okai et al., 2007; Raymont et al., 2004).

Neben krankheitsbedingten gibt es auch nicht-pathologische Risikofaktoren, die die Entscheidungsfähigkeit kurzfristig oder situativ beeinflussen können. Hohe emotionale Belastung – etwa Angst oder Trauer – kann genauso eine Rolle spielen wie Erschöpfung, akuter Stress oder starker Zeitdruck. Diese Faktoren sind alltäg-

lich und zeigen, wie sensibel und dynamisch Selbstbestimmungsfähigkeit sein kann – und wie wichtig es ist, das jeweilige Umfeld mit in den Blick zu nehmen.

Entscheidend ist daher eine sorgfältige **individuelle und situative Beurteilung** der Selbstbestimmungsfähigkeit – denn weder eine Diagnose noch deren Abwesenheit allein erlaubt verlässliche Rückschlüsse auf die Entscheidungsfähigkeit einer Person.

D. Was ist Demenz?

Demenz ist ein medizinischer Sammelbegriff für eine Vielzahl neurodegenerativer Erkrankungen, die insbesondere im höheren Lebensalter auftreten. Unter diesem Begriff werden gegenwärtig rund 50 unterschiedliche Krankheitsbilder zusammengefasst, die eines gemeinsam haben: den fortschreitenden Verlust kognitiver Fähigkeiten, welcher das Alltagsleben der Betroffenen zunehmend beeinträchtigt (Haberstroh et al., 2016).

Demenz betrifft nicht ausschließlich das Gedächtnis. Neben kognitiven Beeinträchtigungen wie Störungen der örtlichen und zeitlichen Orientierung, der sprachlichen Fähigkeiten, des Denk- und Urteilsvermögens oder der Konzentration treten häufig auch nicht-kognitive Symptome auf. Dazu zählen beispielsweise Wahrnehmungsveränderungen wie Halluzinationen oder Wahnvorstellungen, affektive Störungen wie Depressionen, Angst oder manische Symptome, Persönlichkeitsveränderungen wie Apathie, Reizbarkeit, Enthemmung oder aggressives Verhalten sowie neurovegetative Auffälligkeiten wie Schlafstörungen und Veränderungen des Appetits oder Essverhaltens. Demenz ist damit ein komplexes Krankheitsbild mit vielschichtigen Auswirkungen (Haberstroh et al., 2016).

Bei unterschiedlichen Formen der Demenz stehen unterschiedliche Symptome im Vordergrund. Die medizinische Klassifikation unterscheidet zunächst zwischen primären und sekundären Demenzformen. Primäre Demenzen entstehen infolge irreversibler Veränderungen im Gehirn selbst. Zu den häufigsten Ausprägungen zählen:

- die **Alzheimer-Demenz** als die weltweit bekannteste und am häufigsten diagnostizierte Demenzform,
- die **vaskuläre Demenz**, die durch Durchblutungsstörungen des Gehirns verursacht wird,
- sowie die **frontotemporale Demenz**, die insbesondere in früheren Lebensphasen auftritt und mit Veränderungen in Persönlichkeit und Verhalten einhergehen kann (Haberstroh et al., 2016).

Sekundäre Demenzen hingegen stellen Folgeerscheinungen anderer Grunderkrankungen dar, die potenziell reversibel oder behandelbar sind. Hierzu zählen u.a. entzündliche Erkrankungen des zentralen Nervensystems, Stoffwechselstörungen (etwa infolge von Leber- oder Niereninsuffizienz), endokrine Dysfunktionen sowie

Mangelzustände, beispielsweise ein ausgeprägter Vitamin-B12-Mangel (Haberstroh et al., 2016).

Diese Unterscheidung zwischen primären und sekundären Demenzen hat erhebliche Bedeutung für die rechtliche Beurteilung der Selbstbestimmungsfähigkeit. Denn bevor Einschränkungen der Geschäftsfähigkeit, Einwilligungsfähigkeit oder Testierfähigkeit in Erwägung gezogen oder gar rechtlich festgestellt werden, ist eine umfassende medizinische Diagnostik unerlässlich. Nur so kann ausgeschlossen werden, dass es sich um eine sekundäre, potenziell behandelbare Ursache handelt.

Weiterführende und vertiefende Informationen zum Umgang mit Menschen mit Demenz in der Praxis finden sich im Buch „Kommunikation bei Demenz: Ein Ratgeber für Angehörige und Pflegende“ von Haberstroh, Neumeyer & Pantel (2016).¹

E. Wie beeinflusst Demenz die Selbstbestimmungsfähigkeit?

Auch im Zusammenhang mit Demenz gilt: Eine Diagnose lässt keine pauschalen Aussagen über die Selbstbestimmungsfähigkeit zu. Forschungsergebnisse zeigen, dass viele Personen mit einer leichten Demenz weiterhin in der Lage sind, selbstbestimmt zu entscheiden. Selbst bei mittelschwerer Demenz kann die Entscheidungsfähigkeit in bestimmten Fällen erhalten bleiben. Es ist außerdem möglich, dass Menschen mit zunächst eingeschränkter Selbstbestimmungsfähigkeit durch geeignete Entscheidungsassistenz zu eigenständigen Entscheidungen befähigt werden (DGGG, DGPPN & DGN, 2020; Poth et al., 2023). Eine Demenzdiagnose allein reicht daher nicht aus, um die Selbstbestimmungsfähigkeit einer Person abschließend zu beurteilen.

Selbstbestimmungsfähigkeit ist kein statischer oder pauschal feststellbarer Zustand, sondern stets entscheidungs- und situationsbezogen zu beurteilen. Eine Person kann in bestimmten Lebensbereichen oder bei weniger komplexen Entscheidungen durchaus selbstbestimmt handeln, während sie in anderen, für sie besonders anspruchsvollen Situationen Unterstützung benötigt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Komplexität einer Entscheidung individuell unterschiedlich wahrgenommen wird: Eine und dieselbe Entscheidung kann für eine Person aufgrund ihrer Erfahrungen, Vorkenntnisse oder emotionalen Belastung komplex erscheinen, während sie für eine andere Person als einfach und überschaubar gilt.

Zudem ist Selbstbestimmungsfähigkeit kein dauerhaft stabiler Zustand. Bei demenziellen Erkrankungen kann die kognitive Leistungsfähigkeit erheblichen Schwankungen unterliegen – sowohl im Tagesverlauf als auch phasenweise. So kann es vorkommen, dass eine betroffene Person etwa am Vormittag in der Lage ist, die Trag-

1 Die dritte Auflage wird voraussichtlich 2026 erscheinen.

weite medizinischer Maßnahmen zu erfassen, während ihr dies im weiteren Tagesverlauf nicht mehr möglich ist.

Jede Beurteilung der Selbstbestimmungsfähigkeit muss daher an den konkreten Entscheidungszeitpunkt und die jeweilige Entscheidungssituation gebunden sein (vgl. Grisso & Appelbaum, 1998; DGGG, DGPPN & DGN, 2020). In der Praxis unterliegt diese Beurteilung zahlreichen Einflussfaktoren. Neben der klinischen Erfahrung des Beurteilenden spielen auch sein disziplinärer Hintergrund und individueller Wissensstand eine Rolle. Je nach Profession – etwa medizinisch, psychologisch oder juristisch – werden unterschiedliche Kriterien herangezogen oder vorhandene Maßstäbe unterschiedlich interpretiert. Dies führt insbesondere in diagnostischen Graubereichen, wie etwa bei einer leichten Demenz, häufig zu einer geringen Übereinstimmung zwischen verschiedenen Beurteilenden (Haberstroh & Müller, 2017; Marson et al., 1997; Vollmann, 2008).

Vor allem in der juristischen Praxis, in der über weitreichende Eingriffe in Grundrechte entschieden wird, müssen solche Unsicherheiten sorgfältig berücksichtigt werden.

Zur Beurteilung der Selbstbestimmungsfähigkeit müssen je nach Entscheidung spezifische Kriterien beurteilt werden. Einschränkungen in der Selbstbestimmungsfähigkeit von Menschen mit Demenz zeigen sich vor allem in den Kriterien Informationsverständnis und Urteilsfähigkeit (Müller et al., 2015). Mögliche Hinweise auf Selbstbestimmungsunfähigkeit bei Demenz können mithilfe folgender Fragen ermittelt werden (für eine ausführlichere Erklärung siehe DGGG, DGPPN & DGN, 2020):

Informationsverständnis

- Können Sie bitte mit eigenen Worten wiedergeben, was Sie verstanden haben?

Urteilsfähigkeit

- Was glauben Sie, ist die beste Entscheidung für Sie?
- Können Sie Konsequenzen der Entscheidung benennen?
- Welche Auswirkungen hätte diese Entscheidung auf Ihren Alltag?

Fragen Sie sich bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit:

- Stimmt die Entscheidung mit Werten und Überzeugungen der Person überein?

Wichtig:

Die Entscheidung darf *unvernünftig* sein, die Überzeugungen dürfen falsch sein. Ausschlaggebend für die Beurteilung der Urteilsfähigkeit ist nicht das Ergebnis der Entscheidung, sondern der Prozess der Entscheidungsfindung. Zur Urteilsfähigkeit gehört:

- Verständnis der Folgen der Entscheidung (Nutzen, Risiken)
- Selbstständiges Ableiten von Folgen für den eigenen Lebensalltag
- Vergleich und Bewertung
- Logische Konsistenz (DGGG, DGPPN & DGN, 2020).

Folgende Regeln sollten gemäß ABA & APA (2021) bei der Beurteilung der Selbstbestimmungsfähigkeit befolgt werden:

- Zunächst von Selbstbestimmungsfähigkeit ausgehen
- Eine Diagnose darf nicht mit Selbstbestimmungsunfähigkeit gleichgesetzt werden
- Selbstbestimmungsfähigkeit ist aufgaben- und situationsspezifisch
- Gegen ärztlichen oder sonstigen professionellen Rat zu handeln ist nicht mit Selbstbestimmungsunfähigkeit gleichzusetzen
- Entscheidend ist der Prozess, wie die Entscheidung zustande gekommen ist, nicht das Ergebnis
- Maximale Unterstützung zur Verfügung stellen, bevor Rechte abgesprochen werden.

Wird festgestellt, dass keine Selbstbestimmungsfähigkeit vorliegt, stellt sich die Frage nach geeigneten Maßnahmen, um dennoch das Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Person bestmöglich zu wahren. An dieser Stelle kommt die Entscheidungsassistenz ins Spiel.

F. Was ist Entscheidungsassistenz?

Die Reform des Betreuungsrechts von 2023 stärkt das Selbstbestimmungsrecht und rückt die unterstützende Begleitung anstelle der stellvertretenden Entscheidung in den Mittelpunkt – ein Schritt zur Umsetzung der Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention (für weitere Einordnungen siehe Scholten & Haberstroh, 2024).

Eine zentrale Maßnahme zur Realisierung der im Betreuungsrecht geforderten Unterstützung ist die **Entscheidungsassistenz**. Diese kann dazu dienen, die Selbstbestimmung von Patient:innen zu fördern, die infolge innerer oder äußerer Umstände in der Ausübung ihres Rechts auf Selbstbestimmung eingeschränkt sind.

Der Prozess der Entscheidungsassistenz folgt einem strukturierten Ablauf mit dem Ziel, die Selbstbestimmungsfähigkeit einer Person gezielt zu fördern und möglichst zu erhalten. Ausgangspunkt ist die sorgfältige Analyse bestehender Beeinträchtigungen sowie die Planung einer passgenauen Unterstützungsstrategie. Einige wesentliche Strategien und Grundhaltungen der Entscheidungsassistenz werden im Folgenden skizziert:

Für Menschen mit Demenz ist eine personenzentrierte Haltung der assistierenden Person von zentraler Bedeutung. Diese begegnet dem Betroffenen als unabhängigen und gleichberechtigtem Partner im Entscheidungsprozess, achtet dessen Wünsche und beantwortet Fragen mit Sorgfalt. Zugleich wird das Umfeld so gestaltet, dass störende Reize möglichst reduziert werden – etwa durch einen ruhigen, vertrauten Raum ohne ablenkende Einflüsse.

Die Assistenzplanung erfolgt ökonomisch und maßgeschneidert: Es wird **nicht** nach dem Prinzip „viel hilft viel“ vorgegangen, sondern es wird individuell ermittelt, wie

viel Zeit zur Verfügung steht, welche Ursachen die Beeinträchtigungen haben und in welchem Umfang diese durch personelle oder Umwelthanpassungen kompensiert werden können. So können beispielsweise unterstützende Bezugspersonen einbezogen oder der Entscheidungsort nach den Präferenzen des Menschen mit Demenz gewählt werden.

Konkrete Maßnahmen der Entscheidungsassistenz umfassen unter anderem eine klar strukturierte Gesprächsführung mit schrittweiser Informationsvermittlung sowie die Verwendung einer für die jeweilige Person klaren Sprache. Unterstützend können zudem Gedächtnishilfen wie Stichwortlisten eingesetzt werden. Bei Unsicherheiten oder ambivalenten Entscheidungen hat sich auch die Methode der „Entscheidung auf Probe“ bewährt: Dabei trifft die betroffene Person zunächst eine vorläufige Wahl, die zu einem späteren Zeitpunkt gemeinsam reflektiert und bei Bedarf angepasst wird.

Es gilt das Prinzip: „So viel Assistenz wie nötig, so wenig wie möglich.“ Die Unterstützung orientiert sich dabei an den individuellen Stärken und Schwächen von Menschen mit Demenz und vermeidet übermäßige Vereinfachungen, die das Gefühl hervorrufen könnten, nicht ernst genommen zu werden.

Weiterführende und vertiefende Informationen zum Prozess und den praktischen Maßnahmen der Entscheidungsassistenz finden sich umfassend dargestellt im Buch „Entscheidungsassistenz und Einwilligungsfähigkeit bei Demenz: Ein Manual für die klinische Praxis und Forschung“ von Scholten & Haberstroh (2024).

G. Fazit

Eine Demenz oder andere Diagnosen erlauben keinen automatischen Rückschluss auf die Selbstbestimmungsunfähigkeit einer Person. Vielmehr ist die Selbstbestimmungsfähigkeit stets zeit- und aufgabenspezifisch zu beurteilen. Entscheidungsassistenz kann dabei einen wichtigen Beitrag zur Förderung der Selbstbestimmung leisten, führt jedoch nicht in jedem Fall zur Selbstbestimmungsfähigkeit.

Quellen

American Bar Association Commission on Law and Aging, & American Psychological Association. (2021). *Assessment of older adults with diminished capacities*.

DGGG, DGPPN, & DGN (Hrsg.). (2020). *Einwilligung von Menschen mit Demenz in medizinische Maßnahmen: Interdisziplinäre S2k-Leitlinie für die medizinische Praxis*. Kohlhammer.

Grisso, T., Appelbaum, P.S. (1998). *MacArthur Competence Assessment Tool for Treatment (MacCAT-T)*. Professional Resource Press.

Haberstroh, J. (2022). Erinnerungen als Risiko und Chance für die Selbstbestimmung von Menschen mit Alzheimer Demenz. *Diagonal*, 45, 43–53.

- Haberstroh, J., Neumeyer, K., & Pantel, J. (2016). *Kommunikation bei Demenz: Ein Ratgeber für Angehörige und Pflegende* (2. Aufl.). Springer Medizin Verlag.
- Haberstroh, J., & Müller, T. (2017). Einwilligungsfähigkeit bei Demenz: Interdisziplinäre Perspektiven. *Zeitschrift für Gerontologie und Geriatrie*, 50(4), 298–303.
- Marson, D.-C., McInturff, B., Hawkins, L., Bartolucci, A., & Harrell, L.E. (1997). Consistency of physician judgments of capacity to consent in mild Alzheimer's disease. *Journal of the American Geriatrics Society*, 45(4), 453–457.
- Müller, T., Haberstroh, J., Knebel, M., Oswald, F., Weygandt, M., Schröder, J, Markwort, S., & Pantel, J. (2015). Comparison of three different assessments of capacity to consent in dementia patients. *GeroPsych*, 28(1), 21–29.
- Okai, D., Owen, G., McGuire, H., Singh, S., Churchill, R., & Hotopf, M. (2007). Mental capacity in psychiatric patients: Systematic review. *The British Journal of Psychiatry*, 191(4), 291–297.
- Poth, A., Penger, S., Knebel, M., Müller, T., Pantel, J., Oswald, F., & Haberstroh, J. (2023). Empowering patients with dementia to make legally effective decisions: A randomized controlled trial on enhancing capacity to consent to treatment. *Aging & Mental Health*, 27(2), 292–300.
- Raymont, V., Bingley, W., Buchanan, A., David, A. S., Hayward, P., Wessely, S., & Hotopf, M. (2004). Prevalence of mental incapacity in medical inpatients and associated risk factors: Cross-sectional study. *The Lancet*, 364 (9443), 1421–1427.
- Scholten, M., & Haberstroh, J. (2024). *Entscheidungsassistenz und Einwilligungsfähigkeit bei Demenz: Ein Manual für die klinische Praxis und Forschung*. Kohlhammer.
- Vollmann, J. (2008). *Patientenselbstbestimmung und Selbstbestimmungsfähigkeit: Beiträge zur klinischen Ethik*. Kohlhammer.

Konfliktmanagement in der Testamentsgestaltung – Pflichtteil, Bindungswirkung und Anfechtung

von Rechtsanwältin und Notarin Sarah Patatukos-Klein

A. Einleitung

Die Testamentsgestaltung ist in der notariellen und anwaltlichen Praxis von besonderer Bedeutung, da sie häufig die Grundlage für spätere erbrechtliche Auseinandersetzungen bildet. Selbst bei formal einwandfreier Gestaltung treten in der Nachbetrachtung regelmäßig Probleme auf – sei es aufgrund unklarer Formulierungen, mangelnder Auslegungssicherheit oder unerwarteter Pflichtteilsansprüche. Als Fachanwältin für Erbrecht habe ich einen ex-post Blick auf die Gestaltung und versuche so, die Testamentsgestaltung als Notarin zu optimieren. Dieser Fachbeitrag stellt die wesentlichen Konfliktfelder vor und zeigt Gestaltungsmöglichkeiten zur rechtssicheren und konfliktvermeidenden Gestaltung auf.

Bereits vor der eigentlichen Gestaltung des Testaments können durch präventive Maßnahmen wie Generationengespräche oder eine Präambel Streit vermieden werden und sachgerechte Ergebnisse erzielt werden.

B. Problemfeld Bindungswirkung und Pflichtteil

I. Testamentarische Gestaltungslösungen

Oft möchten Ehegatten gemeinsam testieren, um dem Überlebenden die größtmögliche Flexibilität im Umgang mit dem „gemeinsamen Vermögen“ gewähren zu können.

Bei gemeinschaftlichen Testamenten bestehen grundsätzlich zwei Gestaltungsmöglichkeiten. Zum einen die Einheitslösung, bei der der Längstlebende zunächst Alleinerbe des Erstversterbenden wird. Der Nachlass des Erstversterbenden und das Eigenvermögen des Längstlebenden wird eine Vermögensmasse. Diese Vermögensmasse wird nach dem Tod des Längstlebenden auf die Schlusserben aufgeteilt. Zum anderen gibt es die Trennungslösung, bei der der Längstlebende nur Vorerbe des Erstversterbenden wird. Die Vermögensmassen, nämlich das ererbte Vermögen und das eigene Vermögen des Längstlebenden bleiben getrennt. Die vererbte Vermögensmasse geht bei dem Tod des Längstlebenden auf einen Nacherben über. Das Eigenvermögen des Längstlebenden ist davon grds. nicht betroffen.

Im Rahmen der Trennungslösung sollte die Notarin / der Notar stets bedenken, die Nacherben und auch die Ersatz-Nacherben, soweit dies möglich ist, zu benennen. Andernfalls müsste für Verfügungen im Zeitraum des Vorerbfalls eine Ergänzungspflegschaft für die unbekanntenen Nacherben angeordnet werden und gegebenenfalls ein Erbschein beantragt werden, der bei ausdrücklicher Benennung der Nacherben

im Testament nicht notwendig wäre. Hier kann man sich großen Aufwand und auch Kosten sparen, wenn alle Namen bereits bekannt sind. Sind die Namen noch nicht bekannt, sollte man auf jeden Fall darauf hinwirken, dass ein Nacherben-Testamentsvollstrecker eingesetzt wird, der die Interessen der Nacherben wahrnehmen kann. Auch so kann die Ergänzungspflegschaft vermieden werden.

Wird im Rahmen einer Trennungslösung die Schlusserbfolge nicht geregelt, sondern lediglich angeordnet, dass der überlebende Ehegatte Vorerbe und die Kinder Nacherben sein sollen, ist nur ein Erbfall geregelt. Hier kann und wird zwar durch Auslegung sicherlich das richtige Ergebnis gefunden werden. Es ist jedoch empfehlenswert, auch ausdrücklich die Schlusserbfolge zu regeln.

Innerhalb der Trennungslösung ist es möglich, den Vorerben von den Beschränkungen, die das Gesetz für ihn vorsieht, zu befreien. Eine Befreiung von allen gesetzlichen Beschränkungen ist jedoch nicht möglich. Erfahrungsgemäß werden die Vorerben durch beurkundende Notarinnen/Notare oft nicht ausführlich genug (oder gar nicht) darüber belehrt, welchen Beschränkungen sie weiterhin unterliegen:

Hierbei handelt es sich um die Beschränkungen gemäß den

- § 2113 Abs. 2 BGB (Verfügungsbeschränkung hinsichtlich unentgeltlicher Verfügungen),
- § 2115 BGB (Beschränkung der Zwangsverfügungen im Rahmen der Zwangsvollstreckung),
- § 2111 BGB (dingliche Surrogation),
- 2121 BGB (Nachlassverzeichnis), § 2122 BGB (Hinzuziehung eines Sachverständigen bei Feststellung des Zustandes eines Nachlassgegenstandes),
- § 2113 Abs. 2 BGB (Schadensersatzleistung bei Verstoß gegen Verfügungsgebot), Schadensersatz bei Minderung der Erbschaft in Benachteiligungsabsicht.

All diese Beschränkungen gelten auch bei einer vollständig befreiten Vorerbschaft. Das kann durchaus zu Problemen führen, wenn die Nacherben vielleicht nicht die Abkömmlinge des Vorerben sind und bereits beim Eintritt der Vorerbschaft ein Interesse daran haben, den Vorerben mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln zu „beschäftigen“. Das Grundbuchamt wird bspw. bei einer Veräußerung stets die Nacherben zum Wert der zu veräußernden Immobilie hören, um eine verbotenen (Teil-)Schenkung auszuschließen. Im Zweifel muss dann der Vorerbe durch Gutachten nachweisen, dass es sich um einen angemessenen Kaufpreis handelt. Das ist durchaus ein zeitlicher und finanzieller Mehraufwand, der dem befreiten Vorerben regelmäßig nicht bekannt ist.

II. Bindungswirkung gemeinschaftlicher Verfügungen

Die Bindungswirkung ergibt sich entweder ausdrücklich aus dem Testament oder durch Auslegung (§§ 2270, 2271 BGB). Leider erfolgt häufig keine klare Regelung

im Testament, sodass später Streitigkeiten durch unterschiedliche Auslegungen entstehen können.

Bindungswirkung entsteht, wenn die Erblasser wechselbezügliche Verfügungen anordnen. Sie beschränken die Testierfreiheit des Überlebenden und führen dazu, dass einseitige, neue Verfügungen unwirksam sind, wenn sie von den ursprünglichen Regelungen zu Ungunsten der Schlusserben abweichen. Wechselbezügliche Verfügungen sind solche, bei denen eine Verfügung von der anderen abhängt, wenn man also davon ausgehen kann, dass der Testierende die Verfügung nicht vorgenommen hätte, wenn nicht auch der andere Testierende zugunsten eines Dritten verfügt hätte. Dies wird in § 2270 Abs. 1 BGB geregelt. Der Grund dafür ist das gegenseitige Vertrauen der Eheleute bzw. Lebenspartner auf die Wirksamkeit der getroffenen letztwilligen Verfügung. Man möchte, wenn man seinen Ehepartner oder Lebenspartner als Alleinerben einsetzt, auch sicher sein, dass das Vermögen zum Schluss bei demjenigen ankommt und verbleibt, den man in einer gemeinschaftlichen Verfügung benannt hat.

Die Wechselbezüglichkeit muss für jede einzelne Verfügung des Testamentes (bestenfalls) angeordnet bzw. (im Nachhinein) geprüft werden, wobei wechselbezüglich nur Erbinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen angeordnet werden können.

Trotzdem ist jede Schlechterstellung der Schlusserben, etwa die einseitige Anordnung einer Testamentsvollstreckung, unwirksam. Es empfiehlt sich, bei jeder Verfügung, die in dem Testament enthalten ist, klarzustellen, ob Bindungswirkung gewollt ist oder nicht. Anderenfalls muss dies durch Auslegung ermittelt werden. Ein wichtiges Indiz bei der Auslegung kann eine Pflichtteilklausel sein. „Wenn der überlebende Ehegatte nach der dort getroffenen Regelung im Falle, dass eines der beiden Kinder seinen Pflichtteil geltend machen sollte, „weder rechtlich noch moralisch verpflichtet“ sein sollte, den Nachlass diesem Kind zukommen zu lassen, setzt dies notwendig voraus, dass der überlebende Ehegatte umgekehrt hinsichtlich der Verfügung über seinen Nachlass gebunden sein sollte, falls von den gemeinsamen Kindern bei Ableben des vorverstorbenen Elternteils von der Geltendmachung des Pflichtteils Abstand genommen worden war.“¹ Weitere Indizien können sich aus weiteren letztwilligen Verfügungen aber auch aus dem Verhalten der Erblasser oder anderen Umständen zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung ergeben.

Hinsichtlich der Auslegung nach § 2270 Abs. 1 BGB und § 2069 BGB besteht ein Kumulationsverbot dieser Auslegungsregel.² Fällt also der in einem Ehegattentestament eingesetzte Schlusserbe weg, ist § 2070 Abs. 2 auf Ersatzerben nur dann anwendbar, wenn sich Anhaltspunkte für einen auf deren Einsetzung gerichteten Willen der Eheleute feststellen lassen, die Ersatzerbaineinsetzung also nicht allein auf der Auslegung nach § 2069 BGB beruht.

1 OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.10.2023 – 21 W 69/23, Rn. 37.

2 BGH, Beschluss vom 16.1.2002 – IV ZB 20/01.

Ist eine Verfügung wechselbezüglich, folgt aus ihrem Widerruf die Nichtigkeit der anderen Verfügung. Der Widerruf ist nur durch notariell beurkundete Erklärung dem anderen gegenüber möglich und wirksam erst nach Zugang der Ausfertigung. Der Überlebende kann nach dem Tod des Erstversterbenden seine Verfügung grundsätzlich nicht mehr widerrufen. Neue letztwillige Verfügungen sind dann unwirksam, wenn sie im Widerspruch zu einer wechselbezüglichen Verfügung stehen und die Rechte der Bedachten oder auch nur die wirtschaftliche Bedeutung einer wechselbezüglichen Verfügung beeinträchtigen. Eine Besserstellung der bedachten Schlusserven ist hingegen möglich.

Was oft nicht bedacht wird, ist, dass aus einem gemeinschaftlichen Testament von Ehegatten mit wechselbezüglichen Verfügungen auch die Anwendung der §§ 2287, 2288 BGB analog folgt. Das bedeutet, dass die Erblasser den Vertrags- (oder Schluss-)erven beeinträchtigende Schenkungen zwar vornehmen können, diese aber nach Eintritt des Erbfalls zurückzugewähren sind und zwar an die Erben und nicht an den Nachlass.

Die hierfür erforderliche Beeinträchtigungsabsicht ist keine Absicht im Sinne eines Dolus directus ersten Grades, sondern immer schon dann gegeben, wenn die Schenkung ohne lebzeitiges Eigeninteresse vollzogen wurde. Lebzeitiges Eigeninteresse liegt vor, „wenn nach dem Urteil eines objektiven Beobachters die Schenkung in Anbetracht der gegebenen Umstände auch unter Berücksichtigung der erbvertraglichen Bindung billigenswert und gerechtfertigt erscheint.“ Dabei sind sämtliche Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen und gegeneinander abzuwägen. Wie diese Formulierung schon vermuten lässt, ist der Ausgang eines solchen Prozesses regelmäßig sehr schwer absehbar.

Eine Schenkung ist aber in jedem Fall dann nicht gerechtfertigt, wenn der Erblasser allein wegen eines auf Korrektur des Erbvertrages gerichteten Sinneswandels ohne Veränderung der beim Abschluss des Erbvertrages vorhandenen Umstände anstelle der bedachten Person einem anderen wesentliche Vermögenswerte ohne entsprechende Gegenleistung zuwendet, nur weil er ihm genehmer ist.“³

Es gibt jedoch Möglichkeiten, eine unerwünscht eingetretene Bindungswirkung zu revidieren:

- Die Ausschlagung des testamentarischen Erbes nach dem Erstversterbenden,
- ein Zuwendungsverzichtsvertrag mit den Endbedachten des bindenden Testamentes,
- eine Aufhebung wegen einer Verfehlung des Bedachten,
- die Anfechtung nach § 2078 BGB – durch die wirksame Anfechtung der eigenen Verfügung wird die Verfügung des anderen Ehegatten/Lebenspartners ebenfalls unwirksam.

3 So z.B. OLG OLG Hamm, Urteil vom 29.12.2008 – 10 U 30/09.

III. Pflichtteilsrecht

Das Pflichtteilsrecht garantiert eine Mindestbeteiligung naher Angehöriger am Nachlass. Es ist verfassungsrechtlich geschützt: „Die grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige Mindestbeteiligung der Kinder am Nachlass (...) wird als tragendes Strukturprinzip des geltenden Pflichtteilsrechts durch die Erbrechts-garantie des Art. 14 Abs. 1 S.1 GG geschützt.“⁴ Es betrifft Abkömmlinge, Ehegatten und Eltern.

Der Pflichtteil steht Abkömmlingen, Eltern und Ehegatten zu, die von der Erbfolge ausgeschlossen wurden, nicht jedoch bei Ausschlagung. Es gibt die Ausnahmen der §§ 2306 und 2307 Abs. 1 BGB, wonach ein mit einem beschwerten Erbteil oder einem Vermächtnis Bedachter ausschlagen und den Pflichtteil geltend machen kann.

Bei einer Erbeinsetzung unter der Pflichtteilsquote hat der Bedachte die Möglichkeit, den Zusatzpflichtteil nach § 2305 BGB oder, bei der Aussetzung eines Vermächtnisses unter der Pflichtteilsquote, den Zusatzpflichtteil nach § 2307 Abs. 2 BGB geltend zu machen.

Bereits vor dem Tod des Erblassers kann durch notariellen Vertrag auf den Pflichtteil verzichtet werden, nach dem Tod des Erblassers kann auf den Pflichtteilsanspruch durch einen formlosen Erlassvertrag verzichtet werden.

Hier muss jedoch darauf geachtet werden, dass es sich erbschaftsteuerlich um eine Schenkung des Pflichtteilsberechtigten an den Erben handelt.

Der Pflichtteilsanspruch verjährt innerhalb der Regelverjährung, also nach Ablauf von 3 Jahren ab dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

Die Verjährungsfrist beginnt also mit der Kenntnis oder der fahrlässigen Unkenntnis des Erbfalls und der Kenntnis der Berufung als Erbe mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist.

Um die Geltendmachung des Pflichtteils zu verhindern, können Pflichtteilklauseln genutzt werden. Sie bergen aber auch Risiken, etwa hinsichtlich der Nachweisführung gegenüber Behörden oder der steuerlichen Bewertung.

Pflichtteilklauseln sind nur bei gewollter Bindungswirkung eines gemeinschaftlichen Testaments überhaupt nötig und daher gleichzeitig ein Indiz für eine Bindungswirkung im Rahmen der Auslegung.

Klassischerweise wird folgende Formulierung verwendet, die die automatische Enterbung auch nach dem Längstlebenden vorsieht: „Macht ein Abkömmling oder sein Erbe nach dem Tod des Erstversterbenden von uns gegen den Willen des Längstlebenden von uns in verzugsbegründender Weise seinen Pflichtteilsanspruch

4 BVerfG, Beschluss vom 19.4.2005 – 1 BvR 1644/00.

geltend, so ist der Anspruchsteller einschließlich seiner Abkömmlinge auch nach dem Längstlebenden von uns enterbt und erhält nur seinen Pflichtteil, soweit er hierauf einen gesetzlichen Anspruch hat.“

Mit der Formulierung „gegen den Willen“ wird die Ausnutzung des Pflichtteils zur Optimierung der Erbschaftsteuerbelastung ermöglicht. Mit der Formulierung „in verzugsbegründender Weise“ wird die Geltendmachung von Auskunftsansprüchen ermöglicht, um den belasteten Erbeil und den Pflichtteil vergleichen und über die Geltendmachung des Pflichtteils entscheiden zu können.

Aus anwaltlicher Sicht ist immer an die unbezifferte Inverzugsetzung zu denken. Andernfalls kann es zu einer Haftung kommen.

Bei der Verwendung einer solchen Formulierungen ist stets zu bedenken, dass die Gestaltung zum Zwecke der Erbschaftsteuerminimierung nicht möglich ist. Hinzu kommt, dass eine zusätzliche eidesstattliche Versicherung oder ein Erbschein nötig werden können, da insbesondere das Grundbuchamt der letztwilligen Verfügung nebst Eröffnungsprotokoll nicht entnehmen kann, ob und von wem der Pflichtteil nach dem Erstversterbenden geltend gemacht wurde und wie die Erbfolge nach dem Längstlebenden ist. Es ist daher in den meisten Konstellationen wohl sachgerechter, dem überlebenden Ehegatten die Möglichkeit der abweichenden Testierung zu geben, wenn der Pflichtteil geltend gemacht wird.

Dafür kann folgende Formulierung verwendet werden:

„Macht einer der vorstehenden eingesetzten Schluss- oder Ersatzschlusserven nach dem Tod des Erstversterbenden Pflichtteils- oder Pflichtteilsergänzungsansprüche in verzugsbegründender Weise geltend, ist der Längstlebende berechtigt, die Schlusserbeneinsetzung durch Verfügung von Todes wegen in der Weise zu ändern, dass der betreffende Pflichtteilsberechtigte sowie sein gesamter Stamm von der Erbfolge nach dem Längstlebenden einschließlich aller angeordneten Vermächtnisse und Auflagen ausgeschlossen werden kann.

Das jenem Zukommende kann der Längstlebende nach freiem Ermessen einem oder mehreren Personen aus dem Kreis der gemeinschaftlichen Abkömmlinge oder – falls auch diese ihren Pflichtteil nach dem Tod des Erstversterbenden in Verzug begründenderweise geltend gemacht haben – auch Familienfremden von Todes wegen zuwenden.“

Einen Spezialfall der Pflichtteilklauseln stellt die Jastrow'sche Klausel dar. Sinnvoll anzuwenden ist sie nur bei Wahl der Einheitslösung. Sie verhindert, dass der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteil nach dem Erstversterbenden doppelt erhält, indem sie den Abkömmlingen, die den Pflichtteil nicht geltend machen, ein Vermächtnis aus dem Nachlass des Erstversterbenden in Höhe des Wertes des gesetzlichen Erbteils, jedoch begrenzt auf den beim Schlusserbfall vorhandenen Nachlass, zukommen lässt. Dadurch wird der Nachlass des Letztversterbenden deutlich geschmälert.

„In diesem Fall erhält jeder Abkömmling, der Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche nicht in verzugsbegründender Weise geltend gemacht hat, aus dem Nachlass des Erstversterbenden von uns ein Geldvermächtnis in Höhe des Wertes seines gesetzlichen Erbteils, jedoch begrenzt auf den beim Schlusserbfall vorhandenen Nachlass.

Das Vermächtnis fällt mit dem Tod des Erstversterbenden an, wird jedoch erst mit dem Tode des Längstlebenden von uns fällig. Bis dahin ist es mit 2,5 % jährlich zu verzinsen, wobei die Zinsen am Ende eines jeden Jahres nachträglich zu zahlen sind. Der Vermächtnisanspruch ist nur an Abkömmlinge übertragbar und vererblich. Machen alle unsere Abkömmlinge ihre vorgenannten Ansprüche verzugsbegründend geltend, erhält ein Vermächtnis in entsprechender Höhe. Auch die sonstigen vorstehenden Anordnungen gelten hierfür entsprechend.“

Aus steuerlicher Sicht ist allerdings eine Verzinsung des betagten Vermächtnisses notwendig. Dabei wird eine fiktive Verzinsung von 5 % gemäß § 12 Abs. 3 BewG analog zugrunde gelegt.

Ein weiterer Nachteil der Jastrow'schen Klausel ist, dass das Eigenvermögen und das vererbte Vermögen, um eine ordnungsgemäße Durchführung zu gewährleisten, separiert werden müssten. Dies bedeutet wieder Einschränkungen des Längstlebenden hinsichtlich der Verwendung des ererbten Vermögens. Außerdem nutzen die Abkömmlinge ausschließlich den Freibetrag nach dem längstlebenden Elternteil, da die Fälligkeit mit dem Tod des Längstlebenden eintritt (§ 6 Abs. 2 S. 4 ErbStG).

Wenn man seine Abkömmlinge oder andere abstrakt Pflichtteilsberechtigte lediglich mit dem Pflichtteil bedenken möchte, ist es daher sinnvoll, ein Pflichtteilsvermächtnis auszusetzen. Ein solches Vermächtnis kann durch den Bedachten einfach ausgeschlagen werden, dies ist schenkungsteuerlich keine Schenkung an den Erben. Eine bindende Anordnung ist möglich. Der Erblasser kann außerdem mit dem Vermächtnis beschweren, wen er möchte und diese Last somit besser steuern. Pflichtteilsschuldner ist bekanntlich immer die Erbengemeinschaft bzw. der Erbe. Ein weiterer Vorteil eines solchen Pflichtteilsvermächtnisses ist, dass auch eine Sache Gegenstand des Vermächtnisses sein kann.

Um von vorherein auszuschließen, dass der Pflichtteil geltend gemacht werden kann, kann ein Pflichtteilsverzicht oder ein Erbverzicht abgegeben werden.

Bei der Belehrung über Pflichtteilsrechte von Angehörigen darf die Notarin/der Notar nicht vergessen, auch Pflichtteilsergänzungsansprüche zu erwähnen. Übertragungen zu Lebzeiten unter Ehegatten führen immer zu Pflichtteilsergänzungsansprüchen und zwar ohne Abschmelzung gemäß § 2325 Abs. 3 BGB.

Übertragungen auf Dritte führen bei einem Vorbehalt von Nießbrauchsrechten ebenso zu Pflichtteilsergänzungsansprüchen, und zwar ebenfalls ohne Abschmelzung gemäß § 2324 Abs. 3 BGB.

Übertragungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge führen stets zur Ausgleichung oder Anrechnung im Erbfall oder zu einer Kumulation von beidem.

Wenn man bei der Testamentsgestaltung mit den Mandanten über Einschränkungen der Erblasser und insbesondere des Längstlebenden spricht, sollte dies bedacht werden.

C. Anfechtung letztwilliger Verfügungen

I. Grundlagen und Anfechtungsgründe

Letztwillige Verfügungen können bei Vorliegen bestimmter Irrtümer oder bei Bedrohung des Erblassers / der Erblasserin angefochten werden (§§ 2078, 2079 BGB). Erfasst sind insbesondere der Inhalts- und Erklärungsirrtum sowie die irrige Vorstellung über künftiges Verhalten (Motivirrtum). Auch die unbewusste Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten stellt einen Anfechtungsgrund dar.

Hiervon zu unterscheiden sind jedoch nichtige Testamente. Ist das Testament bereits gemäß § 116 Abs. 1 BGB, § 118 BGB, § 134 BGB oder § 138 BGB nichtig, bedarf es keiner Anfechtung mehr.

Ein Spezialfall eines anfechtbaren Testaments lässt sich § 14 HeimG entnehmen. Demnach sind Testamente, in denen sich der Träger des Heims oder dessen Leiter, Beschäftigten oder sonstigen Mitarbeitern von einem Heimbewohner eine Beteiligung am Nachlass versprechen lassen, anfechtbar. Ob dies auch für Testamente, die ohne Wissen des Heimträgers erstellt werden, gilt, ist umstritten. Gemäß § 14 Abs. 6 HeimG sind Ausnahmen jedoch zulässig.

Im Übrigen gilt der Grundsatz Auslegung vor Anfechtung, sodass zur Wirksamkeit eines Testaments zunächst einmal auch die ergänzende Auslegung angewandt werden soll. Nach der Andeutungstheorie muss die Auslegung des Erblasserwillens jedoch zumindest in der letztwilligen Verfügung angedeutet sein.

Aus § 2078 ergeben sich folgende Anfechtungsgründe, die ebenfalls im allgemeinen Teil des BGB zu finden sind: Der Erklärungsirrtum (identisch zu § 119 Abs. 1 Var. 2 BGB), bei dem sich der Erblasser verspricht bzw. verschreibt und den Inhaltsirrtum (identisch § 119 Abs. 1 Var. 1 BGB), bei dem der Erblasser über die Bedeutung der Verfügung irren müsste. Hier dürfte wegen der Auslegung, die sich ausschließlich nach dem Erblasserwillen zu richten hat, eigentlich kein Raum zur Anwendung sein.

Weiterhin ist die Anfechtung wegen einer widerrechtlichen Drohung gemäß § 2078 BGB möglich. Die Drohung muss von den Bedachten oder einem Dritten ausgehen und der Erblasser muss zusätzlich den Eindruck haben, dass der Eintritt des in Aussicht gestellten Übels vom Willen des Drohenden abhängt. Ein solcher Anfechtungsgrund ist nicht gegeben bei lediglich aufdringlichem Verhalten („Erbschleicher“). Möglicherweise ist er aber gegeben, wenn ein Dritter die Wil-

lensschwäche des Verfügenden ausnutzt oder bei der Ausnutzung einer Zwangslage des Verfügenden.

Anders als im Allgemeinen Teil des BGB ist auch ein Motivirrtum im Rahmen der Anfechtung einer letztwilligen Verfügung beachtlich. Es gibt nämlich kein schutzwürdiges Verkehrsinteresse, das die Willensfreiheit des Erblassers einschränken könnte. Wenn der Erblasser also in der irrigen Annahme eines Umstandes in der Vergangenheit oder Gegenwart oder von der in irriger Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Zustandes in der Zukunft war, ist die Anfechtung der letztwilligen Verfügung möglich.

Dabei ist insbesondere unklar, was „zukünftige Erwartungen“ sind. Es soll sich dabei um bewusste, aber auch unbewusste Vorstellungen handeln, nämlich auch solche Vorstellungen, die der Erblasser sich jederzeit in das Bewusstsein holen kann, ohne dass er sich vorher konkrete Gedanken darüber macht.

Diese Formulierung kann schnell zu einem Ausufern der Anfechtbarkeit führen. Daher ist nach der Rechtsprechung stets zu prüfen, ob der Irrtum für die Verfügung erheblich war und ob der Erblasser mit Sicherheit anders testiert hätte, wenn er den Irrtum gekannt hätte.

Beispiele für solche Umstände sind bei

- die Erwartung, eine Ehe werde halten,
- die Erwartung künftigen Wohlverhalten gegenüber dem Erblasser
- die Erwartung, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse sich nicht erheblich ändern und ähnliches.

Hierbei ist umstritten, ob auch postmortale Veränderungen einen Irrtum über eine zukünftige Erwartung herbeiführen können. Nach herrschender Meinung und Rechtsprechung sind auch postmortale Veränderungen für einen solchen Irrtum und damit eine Anfechtung des Testaments ausreichend.

Für die Erheblichkeit des Irrtums ist es ausreichend, wenn sicher ist, dass der Erblasser bei Kenntnis des Irrtums anders testiert hätte.

Einen weiteren Anfechtungsgrund stellt die Anfechtung nach § 2079 BGB wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten dar. Hierzu bedarf es der Existenz eines Pflichtteilsberechtigten zum Zeitpunkt des Erbfalles, den der Erblasser unbewusst nicht bedacht hat.

Dieses nicht der Fall,

- wenn etwas zugewendet wurde,
- wenn eine Ersatzberechtigung besteht, auch über § 2069 BGB,
- wenn der Pflichtteilsberechtigte enterbt ist,
- wenn § 2088 BGB (gesetzliche Erbfolge auf den Rest) eintritt.

Hat der Erblasser bei Errichtung der Verfügung die Existenz des Pflichtteilsberechtigten nicht gekannt hat oder wurde der Pflichtteilsberechtigte erst nach der Errichtung der Verfügung geboren, ist der Anwendungsbereich eröffnet. Die Erheblich-

keit des Irrtums ist hier nicht Voraussetzung des Anfechtungsgrundes, sondern deren Fehlen ist ein Ausschlussgrund. Das bedeutet, dass derjenige, der sich gegen die Anfechtung wendet, die Erheblichkeit zu widerlegen hat.

II. Verfahren und Fristen

Die Anfechtung muss von einer berechtigten Person ausgehen (§ 2080 BGB).

Bei nicht bindenden Verfügungen ist der Erblasser nicht berechtigt, eine Anfechtung vorzunehmen. Berechtigt sind im Rahmen von nicht bindenden Verfügungen ausschließlich Dritte, nämlich der- oder diejenige, dem die Aufhebung der Verfügung unmittelbar zustattenkommt. Im Rahmen des § 2078 BGB ist nur die Person berechtigt, auf die sich der Irrtum bezieht, § 2080 Abs. 2 BGB.

Im Rahmen von 2079 BGB ist nur der Pflichtteilsberechtigte anfechtungsberechtigt, § 2080 Abs. 3 BGB.

Bei bindenden Verfügungen ist der Erblasser selbst berechtigt (sog. Selbstanfechtung), anzufechten, so z.B. beim Erbvertrag und beim gemeinschaftlichen Testament.

Die Berechtigung besteht aber erst nach dem Tod des anderen Ehegatten.

Auch Dritte (sog. Fremdanfechtung) sind berechtigt, eine bindende Verfügung nach dem Tod des Erblassers, wenn das Anfechtungsrecht des Erblassers nicht bereits erloschen ist, anzufechten.

Bei gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen ist die notarielle Beurkundung der Anfechtung zwingend (§ 2282 Abs. 3 BGB). Es handelt sich um eine empfangsbedürftige bzw. amtsempfangsbedürftige Willenserklärung. Die Ausfertigung muss also zugestellt werden, die Zustellung muss durch die Notarin / den Notar überwacht werden.

Die Drittanfechtung ist formlos möglich, nämlich gegenüber dem Nachlassgericht, wenn es um die Anfechtung einer Erbeinsetzung oder einer Anordnung der Testamentsvollstreckung, anderenfalls erfolgt die Anfechtung dem in der Verfügung Begünstigten gegenüber.

Die Frist zur Anfechtung beträgt ein Jahr ab Kenntnis des Anfechtungsgrundes (§ 2082 BGB). Eine absolute Ausschlussfrist besteht nach 30 Jahren (§ 2082 Abs. 3 BGB).

Der Fristbeginn tritt im Falle der Anfechtung des Erblassers wegen Drohung erst beim Wegfall der Zwangslage, § 2283 Abs. 2 S. 1 1. Alt. BGB, ein.

In allen übrigen Fällen tritt er bei Kenntniserlangung über den Anfechtungsgrund (§§ 2082 Abs. 2 S. 1, 2283 Abs. 2 S. 1 2. Alt. BGB), das bedeutet bei Vorliegen der Kenntnis des Erbfalls, der Kenntnis des Vorhandenseins einer Verfügung von Todes wegen und der Kenntnis des benachteiligenden Irrtums und der Kenntnis der Kausalität, ein.

Eine Unterbrechung der Frist nach § 208 BGB ist ausgeschlossen. Eine Hemmung der Frist nach § 206 BGB ist möglich, beispielsweise bei einer unrichtiger notarieller Belehrung oder Erteilung eines unrichtigen Erbscheins.

Der richtige Adressat für die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung, durch die ein Erbe eingesetzt, ein gesetzlicher Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen, ein Testamentsvollstrecker ernannt oder eine Verfügung solcher Art aufgehoben wird, ist grundsätzlich das Nachlassgericht (§ 2081 BGB). Das Nachlassgericht prüft jedoch nicht, ob die Anfechtung begründet ist. Für alle anderen Fälle ist der richtige Adressat der in der Verfügung Begünstigte. Bei Anfechtung von Verfügungen, die sowohl § 2081 Abs. 1, Abs. 3 unterfallen, muss eine Doppelanfechtung vorgenommen werden.

Für die notarielle Gestaltung ist es wichtig, dass der Erblasser selbst auf künftige Anfechtungsrechte in seinem Testament verzichten kann. Verzichtet er auf Anfechtungen nach § 2079 BGB, erklärt der Erblasser damit, dass er die Verfügung auch in Kenntnis der Sachlage getroffen hätte, dass es also an der Erheblichkeit des Irrtums fehlt. Bei einem Verzicht, der sich hier auf eine bindende Verfügung bezieht, schließt der Erblasser damit gleichzeitig die Anfechtungsrechte Dritter aus, da diese gemäß § 2085 BGB von der Anfechtungsberechtigung des Erblassers abhängig ist und zudem auch die Erheblichkeit des Irrtums ausgeschlossen ist.

Erklärt er, auf Anfechtungen nach § 2078 BGB zu verzichten, erklärt der Erblasser damit, dass ein etwaiger Irrtum nicht erheblich ist und dass er die Erklärung auch in Kenntnis der Sachlage abgegeben hätte. Dies ist nur hinsichtlich solcher Umstände möglich, die der Erblasser bei der Errichtung der Verfügung vorhersehen konnte. Darüberhinausgehende, generelle Verzichte dürften grundsätzlich unwirksam sein. Besser ist es, konkrete Irrtümer zu benennen. Stets ist zu prüfen, ob und in welchem Umfang der Anfechtungsverzicht tatsächlich dem Erblasserwillen entspricht.

Folge der Anfechtung einer einzelnen Verfügung nach § 2078 BGB ist, dass diese ex tunc nichtig ist. Bei teilbaren Verfügungen kann dies auch nur den Teil einer Verfügung betreffen, so etwa die Befreiung des Vorerben, eine Quotenregelung, die Berufung bestimmter Person zu Nacherben oder die Anordnung einer Testamentsvollstreckung. Wird eine Anfechtung nach § 2079 BGB durch Dritte oder vom Erblasser vorgenommen worden, ist der gesamte Erbvertrag bzw. das Testament unwirksam und es tritt die gesetzliche Erbfolge ein (so die herrschende Meinung).

D. Fazit

Die Konfliktvermeidung in der Testamentsgestaltung erfordert eine vorausschauende rechtliche Planung und präzise und ausführliche erbrechtliche Anordnungen. Besondere Aufmerksamkeit verdienen dabei die Bindungswirkung bei gemeinschaftlichen Verfügungen, der Umgang mit Pflichtteilsrechten sowie die potenziellen Anfechtungsgründe. Nur durch eine individuell abgestimmte, klar formulierte

und dokumentierte Regelung lässt sich der Wille des Erblassers nachhaltig sichern und die Wahrscheinlichkeit nachträglicher Streitigkeiten minimieren.

Die GmbH – von der Wiege bis zur Bahre

von Dr. Dr. Christian Schulte

A. Zielsetzung des Vortrags

Zielsetzung des Vortrags auf der Herbsttagung der Arbeitsgemeinschaft Anwaltsnotariat 2024 sollte es sein, in der zur Verfügung stehenden Zeit von 90 Minuten einen kurzen Überblick über typische punktuelle Problematiken im „Leben“ einer GmbH aus der Sicht der Handelsregisterverfahrens sowie des gesellschaftsrechtlichen Notariats zu geben. Bei der nachfolgenden Darstellung wurde bewusst auf einen wissenschaftlichen Nachweisapparat verzichtet, da die Erfahrungen der Praxis mit den geschilderten Problemfeldern im Mittelpunkt stehen sollten.

B. Gründungsvorbereitung

Gegenstand der Betrachtung des ersten Abschnitts sollen die Problemfelder in Zusammenhang mit der Gründung von GmbH's und der Aufgabe der „notariellen Gründungsbegleitung“ sein.

I. Lebensphasen der GmbH

Die Lebensphasen der GmbH gliedern sich in das Stadium der Vorgründungsgesellschaft, der Vor-GmbH, der „vollwertigen“ GmbH sowie der GmbH i.L., also der Gesellschaft im Abwicklungsstadium. Die Vorgründungsgesellschaft wird im Regelfall eine nicht-eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein; diese Lebensphase der GmbH ist allerdings aus Sicht des gesellschaftsrechtlichen Notariats von geringem Interesse. Die Vor-GmbH (oder „Vorgesellschaft“) beginnt mit Abschluss der notariellen Beurkundung der Gründungsverhandlung und endet mit der Eintragung im Handelsregister; zu diesem Zeitpunkt entsteht die Gesellschaft als „vollwertige“ GmbH. Obwohl die Rechtsform der Vor-GmbH umstritten ist, ist sie in ihrer Rechtsnatur der durch die Handelsregistereintragung entstandenen GmbH angenähert und wird zumindest als teilrechtsfähig angesehen.¹ Die Regeln der Vor-GmbH gelten auch für eine Einpersonengesellschaft.² Im Rahmen der notariellen Aufklärungs- und Belehrungspflichten sollte regelmäßig ein Hinweis auf die Handelndenhaftung gemäß § 11 Abs. 2 GmbHG erfolgen. Sollen der /die Geschäftsführer bereits vor Eintragung der GmbH solche Geschäfte tätigen, welche über die reinen Gründungsgeschäfte hinausgehen, bedarf es einer besonderen Ermächtigung

1 Münchener Kommentar GmbHG/Merkt, 4. Auflage 2022, § 11 GmbHG Rz. 10 mit weiteren Nachweisen.

2 Vgl. z.B. Wicke in: Wicke, GmbHG, 5. Auflage 2024, § 11 GmbHG Rz 16.

durch die Gesellschafter („Erweiterung der Vertretungsmacht“).³ Im Rahmen der notariellen Verfahrensbegleitung wird man rein vorsorglich empfehlen, eine solche Ermächtigung seitens der Gesellschafter in die Gründungsverhandlung aufzunehmen. Mit Eintragung in das Handelsregister wird die Gesellschaft zur „werbenden“ Gesellschaft, die dann mit Eintritt eines Auflösungsstatbestandes⁴ in das Abwicklungs- oder Liquidationsverfahren übergeht.

II. Vorbereitende Maßnahmen in Zusammenhang mit GmbH-Gründungen

Zur Vorbereitung der notariellen Gründungsverhandlung werden regelmäßig verschiedene Fragen mit den Beteiligten im Vorfeld zu klären sein. Dies betrifft vor allem die Wahl einer zulässigen Firma und die Wahl des Unternehmensgegenstandes. Bezüglich des Unternehmensgegenstandes werden oftmals auch Fragen der Genehmigungspflichtigkeit und hier insbesondere auch die Frage zu klären sein, ob eine entsprechende behördliche Bescheinigung für das Handelsregisterverfahren erforderlich werden wird.

Im Gegensatz zur Rechtslage vor der „großen“ GmbHG-Reform 2008 findet im Handelsregisterverfahren keine regelmäßige Beteiligung der IHK im Verhältnis zum Registergericht mehr statt. Eine Beteiligung der IHK durch das Registergericht erfolgt gemäß § 380 FamFG nur noch dann, wenn ein Zweifelsfall vorliegt.⁵ Dies ist in der Praxis weniger bei Fragen des § 18 Abs. 1 HGB (Kennzeichnung- und Unterscheidungskraft der Firma) als bei Fragen des § 18 Abs. 2 HGB (wesentliche Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise) der Fall. Bei der Frage, ob im Einzelfall eine firmenrechtliche Kollision gemäß § 30 HGB vorliegen kann, kommt ebenfalls eine Beteiligung der IHK in Betracht, da diese auf Grund ihrer lokalen bzw. regionalen Expertise oftmals sehr viel besser als das zuständige Registergericht beurteilen kann, ob sich die von den Beteiligten gewünschte Firma hinreichend von den anderen eingetragenen Firmen in derselben politischen Gemeinde⁶ des Satzungs- oder Vertragssitzes unterscheidet. Bestehen bezüglich der Firma bereits im Stadium der notariellen Gründungsvorbereitung Bedenken bezüglich einer Vereinbarkeit mit § 18 Abs. 1, Abs. 2 oder § 30 HGB, kann es sich anbieten, dass die Betei-

3 Vgl. hierzu etwa Münchener Kommentar/*Merkt*, 4. Auflage 2022, § 11 GmbHG Rz. 71.

4 Auflösung durch Gesellschafterbeschluss (§ 60 Abs. 1 Satz 2 GmbHG) oder durch Eintritt eines gesetzlichen Auflösungsstatbestandes (§§ 60–62 GmbHG).

5 § 380 Abs. 2 FamFG: „Das Gericht kann in zweifelhaften Fällen die berufsständischen Organe anhören, soweit dies zur Vornahme der gesetzlich vorgeschriebenen Eintragungen sowie zur Vermeidung unrichtiger Eintragungen in das Register erforderlich ist.“

6 Entgegen der oft bestehenden Ansicht bezieht sich § 30 HGB nicht auf den Bezirk des Registergerichts des Satzungs- oder Vertragssitzes, sondern auf die „politische Gemeinde“ des Sitzes, so dass es z.B. in den Flächenstaaten mit größeren Registergerichtsbezirken durchaus möglich ist, dass eine Firma bei demselben Registergericht zweimal eingetragen wird.

ligten bereits von sich aus mit der Gründerberatung bzw. Handelsregisterabteilung der jeweiligen IHK Kontakt aufnehmen, um die gewünschte Firma abzustimmen. Ist dies mit positivem Ergebnis erfolgt, sollte dies allerdings im (späteren) Handelsregisterverfahren nicht nur in Zusammenhang mit der Handelsregisteranmeldung vorgetragen werden, sondern es sollte auch eine entsprechende „Dokumentation“, etwa eine E-Mail-Kopie o.ä. dieser Abstimmung beigelegt werden, um eine weitere direkte Anfrage des Registergerichts bei der IHK und die damit einhergehende Zeitverzögerung im Registerverfahren zu vermeiden.

Zu empfehlen sind aus Sicht der Gründer/innen fünf Praxis-Schritte der Beteiligten zur Klärung der Zulässigkeit einer „Wunschfirma“, um spätere Verzögerungen im Registerverfahren und marken- oder wettbewerbsrechtliche Probleme zu vermeiden

- Regeln zur Firmenbildung beachten
- den Namen im Internet recherchieren
- den Namen im Unternehmensregister suchen
- beim Deutschen Patent- und Markenamt recherchieren
- den Unternehmensgegenstand richtig formulieren (vgl. auch § 18 Abs. 2 HGB)

Neben der Firma spielt die zielführende Fassung des Unternehmensgegenstandes im Vorfeld der Gründungsbeurkundung aber auch bei späteren Veränderungen eine wichtige Rolle. Trotz „Abkoppelung“ des Handelsregisterverfahrens von öffentlichen Konzessionspflichten gibt es eine Ausnahme bei Tätigkeiten, die unter §§ 32, 43 KWG fallen. Sofern nach § 32 KWG Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen einer Erlaubnis bedürfen, darf eine Eintragung in das Handelsregister nur vorgenommen werden, wenn im Handelsregisterverfahren die Erteilung der Erlaubnis nachgewiesen wird oder eine entsprechende Vorabbescheinigung vorgelegt wird. Weiterhin besteht ein bei der Firmenbildung zu beachtender Bezeichnungsschutz nach § 3 Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB). Die Bezeichnungen „Kapitalverwaltungsgesellschaft“, „Investmentvermögen“, „Investmentfonds“ oder „Investmentgesellschaft“ oder eine Bezeichnung, in der diese Begriffe enthalten sind, darf in der Firma, als Zusatz zur Firma, zur Bezeichnung des Geschäftszwecks oder zu Werbezwecken nur von Verwaltungsgesellschaften im Sinne des KAGB geführt werden.

Ein weiteres Thema in Zusammenhang mit der Vorbereitung der GmbH-Gründungsverhandlung ist die Frage der Gründungsvollmacht für nicht persönlich erscheinende Gründer/innen. Gründungsvollmachten bedürfen der notariellen Beglaubigung, wie sich aus § 2 Abs. 2 GmbHG ergibt. Bei der „mehrgliedrigen“ Gründung kann auch die vollmachtlose oder nicht gemäß § 2 Abs. 2 GmbHG formgerechte Vertretung in der Gründungsverhandlung formgerecht nachgenehmigt werden. Bei der eingliedrigen GmbH („Einpersonen-GmbH“) ist eine vollmachtlose Vertretung in der Gründungsverhandlung wegen § 180 BGB unzulässig. Erfolgt dies, tritt als Rechtsfolge die Nichtigkeit des Gründungsaktes ein. Zur Ver-

meidung der Rechtsfolgen des § 180 BGB muss bei Beginn der Beurkundung der Gründungsverhandlung eine Vollmacht in der erforderlichen Form erteilt worden sein („*forma legalis, forma essentialis*“). Anders verhält sich dies bezüglich einer Vollmacht zur Satzungsänderung bei einer bestehenden GmbH/UG, da es sich insoweit nicht um ein Rechtsgeschäft, sondern die Stimmrechtsausübung in der Gesellschafterversammlung handelt.⁷

Eine Alternative zur Vollmachterteilung ist die Vornahme einer Videobeurkundung nach §§ 16 a ff. BeurkG; diese kann das Erfordernis einer Vertretung in der Gründungsverhandlung unter Einsatz einer Vollmacht überflüssig machen.

C. Firmenrechtliche Problemfelder

Hinsichtlich der firmenrechtlichen Anforderungen, sei es bei der Gründung einer GmbH/UG oder bei späteren Firmenänderungen, sind die Anforderungen der §§ 18 Abs. 1, 18 Abs. 2 HGB und § 30 HGB zu beachten. Die Begriffe der „Kennzeichnungskraft“ und der „Unterscheidungskraft“ in § 18 Abs. 1 HGB sind z.T. überlappend und nicht immer deutlich voneinander abgrenzbar. Die Kennzeichnungskraft beschreibt die Namensfunktion der Firma, die Firma muss demnach zur Kennzeichnung des Kaufmanns bzw. des Unternehmens geeignet sein und damit unmittelbar oder auch mittelbar auf den Unternehmensträger hinweisen. Die Unterscheidungskraft schaut im Gegensatz dazu auf die individualisierende Identifikation des Unternehmens, wobei die Firma geeignet sein muss, den Unternehmensträger von anderen zu unterscheiden und damit im Rechtsverkehr eine Verbindung zu einem bestimmten Unternehmen herzustellen.⁸ Das Erfordernis der „Kennzeichnungskraft“ gemäß § 18 Abs. 1 HGB erfordert neben der Verwendung des lateinischen Alphabets auch eine Aussprechbarkeit von Buchstabenkombinationen. In diesem Zusammenhang gelten alleinstehende Nummern nicht als firmentauglich. Bildzeichen erfüllen dieses Kriterium nur, wenn diese aussprechbar sind (z.B. @=„at“); Buchstabenkombinationen haben Kennzeichnungskraft, wenn diese aussprechbar sind. Die Unterscheidungskraft i.S.d. § 18 Abs. 1 HGB erfordert das Erfüllen der Namensfunktion; unzulässig sind danach reine Tätigkeits- oder Gattungsbeschreibungen. Bei ausländischen Zweigniederlassungen ist grundsätzlich inländisches Firmenrecht anwendbar, eine andere Bewertung ergibt sich auch nicht aus der unionsrechtlichen Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften (Art. 49, 54 AEUV), da die Unterstellung einer ausländischen Zweigniederlassung unter dieselben handels- und gesellschaftsrechtlichen Vorschriften wie eine vergleichbare inländische Gesellschaft keine nicht-gerechtfertigte Diskriminierung darstellen kann. Eine Täuschungseignung nach § 18 Abs. 2 HGB erfordert zunächst eine „Wesentlichkeit“ der Irreführung für die angesprochenen Verkehrskreise. Darunter

⁷ Vgl. hierzu etwa OLG München GmbHR 2011, 91.

⁸ Münchener Kommentar zum HGB/Heidinger, 5. Auflage 2021, § 18 HGB Rz 9 f.

fallen z.B. eine irreführende Gebietsangabe, ein falscher Rechtsformzusatz (etwa § 11 PartGG), eine irreführende Tätigkeitsangabe, eine irreführende Personenangabe oder der Eindruck einer führenden Marktposition, ohne dass diese Aufzählung den Anspruch erheben würde, abschließend zu sein. Bei Verwendung einer Ortsangabe ist eine großzügige Auslegung des § 18 Abs. 2 HGB geboten, eine führende oder besondere Stellung in dem bezeichneten Ort ist nicht zwingend.⁹ Die Nutzung eines fremden Familiennamens ist dann nicht irreführend gemäß § 18 Abs. 2 HGB, wenn z.B. der Name eines/r Geschäftsführer/in, eines/r Gesellschafters/in bzw. eines/r Prokurist/in verwendet wird oder ein entsprechender Lizenzvertrag vorliegt. Zu berücksichtigen ist aber die Zulässigkeit der Verwendung fiktiver Personennamen,¹⁰ sofern damit im Rechtsverkehr keine besondere Vorstellung verbunden ist (*Goethe*: „Name ist Schall und Rauch“).¹¹ Es besteht kein Anspruch auf die Handelsregistereintragung eines bestimmten Schriftbildes.¹² Bei der firmenrechtlichen Beratung sollte unbedingt das Haftungsrisiko gemäß § 25 Abs. 1 HGB beachtet werden. Eine Hinweispflicht der Notare/innen hierauf und auf die Möglichkeit eines Haftungsausschlusses nach § 25 Abs. 2 HGB besteht für diese auch dann, wenn nur eine Anmeldung zum Handelsregister beglaubigt wird.¹³

D. Gründungssatzung der GmbH / UG (haftungsbeschränkt)

Nachfolgend sollen ausgewählte Problemfelder aus dem Bereich der inhaltlichen Gestaltung der Gründungssatzung dargestellt werden.

I. Gemeinnützige Gesellschaft

Die Errichtung einer gemeinnützigen GmbH bzw. UG (haftungsbeschränkt) erfordert einige Besonderheiten bei der Ausgestaltung der Gründungssatzung.

Nach § 1 GmbHG („*Gesellschaften mit beschränkter Haftung können nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Gesetzes zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck durch eine oder mehrere Personen errichtet werden.*“) ist die Errichtung von Gesellschaften mit einem gemeinnützigen Gesellschaftszweck unproblematisch möglich, wobei nach § 4 Satz 2 GmbHG die Firma mit dem Rechtsformzusatz „gGmbH“ geführt werden darf. Dies gilt infolge der allgemeinen Verweisung in § 5 a GmbHG auch für die UG (haftungsbeschränkt) und den entsprechenden Rechtsformzusatz „gUG (haftungsbeschränkt)“. Zur Vermeidung von Täuschungen i.S.d. § 18 Abs. 2 HGB durch eine missbräuchliche Verwendung von Rechtsformzusätzen wird das

9 OLG München notar 2010, 304.

10 OLG Jena GmbHR 2010, 1094; OLG Karlsruhe notar 2010, 303.

11 Faust Erster Teil, Johann Wolfgang von Goethe, Vers 3457.

12 Vgl. OLG München GmbHR 2010, 1155.

13 Vgl. BGH MittBayNot 2005, 168.

Registergericht in diesen Fällen im Registerverfahren die Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung der zuständigen Steuerbehörde bezüglich einer Anerkennung des steuerrechtlichen Status der Gemeinnützigkeit verlangen.

II. Besonderheiten der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

Bezüglich der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) sind die Besonderheiten des § 5 a GmbHG zu beachten. Es handelt sich im Verhältnis zur GmbH um keine eigenständige Rechtsform, sondern um eine GmbH, die den einschränkenden Regelungen des § 5 a GmbHG unterfällt. So ist eine Volleinzahlung des Stammkapitals bei der UG (haftungsbeschränkt) Voraussetzung für die Anmeldung zum Handelsregister. Sacheinlagen sind unzulässig, was auch für Kapitalerhöhungen „im Spektrum“ der Unternehmergesellschaft gilt und im Rahmen einer teleologischen Reduktion des § 5 a GmbHG erst dann entfällt, wenn die Sacheinlage im Rahmen einer Kapitalerhöhung dazu dient, das Stammkapital einer regulären GmbH, demnach 25.000 EUR, zu erreichen.

Eine Neugründung der UG (haftungsbeschränkt) im Wege der Abspaltung zur Neugründung ist nicht zulässig,¹⁴ da das Umwandlungsrecht den dadurch entstehenden neuen Rechtsträger als durch Sachgründung entstanden ansieht.¹⁵ Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) kann ebenso wie die „vollwertige“ GmbH an einem Verschmelzungsvorgang beteiligt sein. Dies ist in der Rolle als übertragender Rechtsträger völlig unproblematisch; soll die UG (haftungsbeschränkt) jedoch übernehmender Rechtsträger sein und eine Kapitalerhöhung zum Zwecke der Verschmelzung erfolgen, ist dies wiederum nur dann zulässig, wenn durch die Kapitalerhöhung zugleich das Mindeststammkapital der „vollwertigen“ GmbH erreicht wird. Eine Verwendung der UG (haftungsbeschränkt) als Komplementärin einer „UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG“ ist möglich, die in § 5 a GmbHG normierte Thesaurierungspflicht steht dieser Konstruktion auch dann nicht entgegen, wenn die UG nur als „Haftungssubjekt“ verwendet werden soll, weil sich aus der Thesaurierungspflicht für die UG keine grundsätzliche Pflicht, überhaupt Gewinne zu erzielen, ableiten lässt.

Für die Gründung der UG (haftungsbeschränkt) ist es nicht zwingend, dass das gesetzliche Musterprotokoll nach § 2 Abs. 1 a GmbH verwendet wird, obwohl dies in der Praxis tatsächlich sehr oft der Fall ist und die Gründung einer UG (haftungsbeschränkt) im Rahmen einer Regelbeurkundung erfahrungsgemäß eher die Ausnahme bildet. Dies ist offensichtlich der Kostenprivilegierung des gesetzlichen Musterprotokolls nach § 105 GNotKG geschuldet.

¹⁴ BGH GmbHR 2011, 701.

¹⁵ Vgl. hierzu etwa § 58 UmwG (Sachgründungsbericht).

Bei Verwendung des gesetzlichen Musterprotokolls gemäß § 2 Abs. 1 a i.V.m. Anlage 1 GmbHG stellt der Beschluss bezüglich der Bestellung des ersten Geschäftsführers (§ 6 Abs. 3 GmbHG) einen „unechten Satzungsbestandteil“ dar. Das Musterprotokoll nach § 2 Abs. 1 a i.V.m. Anlage 1 GmbHG beinhaltet die Fiktion einer Gesellschafterliste i.S.d. § 8 Abs. 1 Ziffer 3 GmbHG. Allerdings ist es zulässig, unabhängig von der Fiktionswirkung auch eine „vollwertige“ Gesellschafterliste nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG einzureichen. Bei „unerlaubter“ Abänderung des Musterprotokolls, insbesondere bei Vornahme solcher Änderungen, die nach dem „festen“ Text des Musterprotokolls unabänderlich sind, ist die separate Einreichung einer „vollwertigen“ Gesellschafterliste nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG erforderlich, da dann die Fiktionswirkung des Musterprotokolls insoweit entfällt.

Für die abstrakte Vertretungsregelung des Musterprotokolls gilt die gesetzliche Regelung des § 35 GmbH mit der Folge, dass bei Vorhandensein weiterer Geschäftsführer diese die Gesellschaft stets gemeinschaftlich vertreten. Alleinvertretungsbefugnis kann auf dieser Grundlage nicht durch einen Beschluss der Gesellschafterversammlung erteilt werden. Die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB gilt nur für den ursprünglich bestellten Geschäftsführer; weiter bestellten Geschäftsführern/innen kann diese mangels einer Satzungsgrundlage nicht erteilt werden, es fehlt insoweit an einer „Öffnungsklausel“.¹⁶

Wird bei einem Ersatz des gesetzlichen Musterprotokolls durch eine normale Satzung eine abstrakte Vertretungsregelung in den Gesellschaftsvertrag eingeführt (Öffnungsklausel), entfällt entgegen der ursprünglich in der obergerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Ansicht¹⁷ nicht die Befreiung des ersten „Musterprotokoll“-Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB, sofern im Gesellschaftsvertrag eine generelle Befreiungsmöglichkeit von den Beschränkungen des § 181 BGB im neuen Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist.

III. Stückelung der Geschäftsanteile

Bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages stellt sich die Frage nach der dort vorzusehenden¹⁸ Stückelung der Geschäftsanteile. Es spricht dabei grundsätzlich nichts dagegen, das Stammkapital in auf den gesetzlichen Mindestnennbetrag von einem EUR¹⁹ lautende Geschäftsanteile zerfallen zu lassen. Damit erübrigen sich spätere Teilungsproblematiken bei Folgeabtretungen. Ebenso stellt sich die Frage, ob die Gründungssatzung der GmbH eine Vinkulierung von Geschäftsanteilen gemäß § 19 Abs. 5 GmbHG bzw. ein Vorkaufsrecht bei einer Geschäftsanteilsabtre-

16 Vgl. hierzu etwa OLG Stuttgart GmbHR 2009, 827.

17 So offensichtlich relativ kurz nach Inkrafttreten der „großen“ GmbH-Novelle 2008 vom OLG Stuttgart vertreten, vgl. OLG Stuttgart GmbHR 2009, 827.

18 Vgl. § 3 Abs. 1 Ziffer 4 GmbHG.

19 § 5 Abs. 2 Satz 1 GmbHG.

tung vorsehen soll. Da bei der Gründungsverhandlung immer eine „Einstimmigkeit“ zwischen den Gesellschaftern besteht, ist die initiale Schaffung einer Satzungsgrundlage für Vinkulierungen regelmäßig unproblematisch. Eine spätere Einführung derartiger Klauseln, welche die Geschäftsanteile der Gesellschafter in ihrem „dinglichen Bestand“ betreffen, bedarf stets der Zustimmung aller davon betroffenen Gesellschafter und ist daher aus den Erfahrungen der Praxis heraus schwieriger durchsetzbar als im Gründungsstadium.

IV. Sitz/Geschäftsanschrift der GmbH

Bei der GmbH-Gründung sollten der Sitzungssitz,²⁰ der Verwaltungssitz, die inländische Geschäftsanschrift²¹ und die so genannte „Lage der Geschäftsräume“ nach § 24 HRV unterschieden werden. Der satzungsmäßige Sitz begründet die örtliche Zuständigkeit des Registergerichts; dieser muss im Inland, nicht jedoch am Ort der Geschäftsleitung, der Verwaltung oder des Betriebes sein. Infolge der Sitztrennung (§ 4 a GmbHG) kann der effektive Verwaltungssitz auch im Ausland liegen, immer ist aber eine inländische Geschäftsanschrift gemäß § 10 Abs. 1 GmbHG erforderlich. Neben dieser kann fakultativ eine „empfangsberechtigte Person“ nach § 10 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden, dies werden oftmals auch Berater/innen mit Dauermandat sein, gerade wenn es sich um ausländische Unternehmen handelt, bei denen infolge einer niedrigen Postfrequenz mit Zustellungsproblemen unter deren inländischer Geschäftsanschrift gerechnet werden muss. Dabei sollten die Berater/innen jedoch darauf achten, dass sie sich von Beginn an in der Form des § 12 HGB zur Vornahme einer die Beendigung dieser Funktion beinhaltenden Anmeldung bevollmächtigen lassen, da sie sonst ohne die Mitwirkung der Geschäftsführung eine solche Anmeldung nicht mehr vornehmen können.

V. Versicherung bezüglich Einlageleistung

Im Rahmen der Handelsregisteranmeldung der GmbH-Gründung ist von sämtlichen Geschäftsführern/innen die Versicherung bezüglich einer Einzahlung der Stammeinlagen abzugeben (§§ 7 Abs. 1, 8 Abs. 2, 78 GmbHG). Eine Stellvertretung hierbei ist unzulässig. Es müssen dabei konkrete Angabe zur Tilgung gemacht werden, demnach muss die Anmeldung die Angabe enthalten, welcher Betrag jeweils auf welchen Geschäftsanteil eingezahlt worden ist.²² Bestehen zum Zeitpunkt der Anmeldung Vorbelastungen des Stammkapitals, müssen diese im Hinblick auf die Differenzhaftung²³ der Gründer offengelegt werden, im Rahmen der notariellen

²⁰ § 3 Abs. 1 Satz 1 GmbHG.

²¹ § 10 Abs. 1 Satz 1 GmbHG.

²² OLG Hamm GmbHR 2011, 652.

²³ BGHZ 80, 129 ff.

Aufklärungs- und Belehrungspflichten sollte die Problematik der Differenzhaftung offengelegt werden. Bei der Gründung von Unternehmergesellschaften (haftungsbeschränkt) gilt das Gebot der Bar-Volleinzahlung nach § 5 a GmbHG.

VI. Gründungsaufwand

Bei der Gründungsgestaltung sowie der späteren Handelsregisteranmeldung der Gesellschaft spielt derjenige Gründungsaufwand, welcher zu Lasten des Haftungsfonds von der Gesellschaft zu tragen ist, eine große Rolle.

Ohne die Details der mannigfaltigen hierzu in den letzten Jahren ergangenen obergerichtlichen Rechtsprechung²⁴ darstellen zu wollen, kann als „Faustregel“ von einer oberen Zulässigkeitsgrenze von 10 % des Haftungsfonds ausgegangen werden. Dies setzt das Bestehen einer „vollwertigen“ GmbH voraus, bei der UG (haftungsbeschränkt) können die von der Gesellschaft zu tragenden Gründungskosten zwar nach dem Rechtsgedanken des gesetzlichen Musterprotokolls nach § 2 Abs. 1 a GmbHG bis zum Betrag ihres Stammkapitals reichen, jedoch dürfen diese maximal 2.500 EUR betragen, da die UG (haftungsbeschränkt) insoweit nicht bessergestellt werden soll als eine reguläre GmbH.²⁵

Einige Oberlandesgerichte verlangen hinsichtlich der Gründungskosten die Angabe konkreter Betrags- und Zweckangaben.²⁶ Es müssen jeweils konkrete Beträge genannt werden, die aber auch geschätzt werden können, rein prozentuale Angaben reichen nicht aus.²⁷

E. Sachgründung der GmbH

Sachgründungen von Kapitalgesellschaften stellen regelmäßig eine besondere Herausforderung dar. Zwar unterliegt die Sachgründung einer GmbH nicht den hohen Anforderungen einer Sachgründung der Aktiengesellschaft, allerdings sind auch hier einige Problemfelder von Bedeutung.

Es muss eine Bezeichnung der Sacheinlage in einer dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz entsprechenden Weise im Gesellschaftsvertrag (§ 5 Abs. 4 S. 1 GmbHG) erfolgen,²⁸ wobei auf eine Anlage zum Gesellschaftsvertrag verwiesen werden kann. Darüber hinaus muss auch der Betrag des für die Sacheinlage jeweils

24 Vgl. hierzu z.B. OLG Zweibrücken GmbHR 2014; BGH, 20.2.1989 – II ZB 10/88, DNotZ 1990, 124; BGH NJW 1998, 233; OLG München, 6.10.2010 – 31 Wx 143/10, MittBayNot 2011, 162 und OLG Frankfurt RNotZ 2010, 481.

25 KG NJW 2015, 317.

26 Etwa OLG Celle, 11.2.2016 – 9 W 10/16, GmbHR 2016, 650; strenger sogar OLG Schleswig DNotZ 2023, 708 = NZG 2023, 470, welches sogar die Nennung der Einzelpositionen mit jeweiligen Beträgen in der entsprechenden Satzungsregelung verlangt.

27 OLG Zweibrücken GmbHR 2014.

28 vgl. BGHZ 45, 338 ff.

übernommenen Geschäftsanteils im Gesellschaftsvertrag genannt werden (§ 5 Abs. 4 S. 1 GmbHG). Dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz kann bei Sachgesamtheiten etwa durch die Mitbeurkundung eines tabellarischen Inventars als Anlage zum Gesellschaftsvertrag oder bei Einbringung einzelkaufmännischer Unternehmen als Sacheinlage durch die Mitbeurkundung einer Bilanz dieses Unternehmens als Anlage zum Gesellschaftsvertrag genügt werden.

Wie bei der Handelsregisteranmeldung zu versichern ist, muss die jeweilige Sacheinlage endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführung stehen und vor der Anmeldung bewirkt sein (§ 7 Abs. 3 GmbHG). „Bewirkt“ bedeutet hierbei²⁹ die erfolgte Abtretung von Forderungen (§ 398 BGB) oder die Übereignung beweglicher Sachen; bei Grundstücken reichen Auflassung und Vormerkung nicht aus, wobei eine Vormerkung aber von § 7 Abs. 3 GmbHG auch nicht gefordert wird;³⁰ erforderlich ist bei Grundstücken vielmehr die Auflassung, die Eintragungsbewilligung und die Stellung des grundbuchrechtlich erforderlichen Antrags,³¹ demnach eine einseitig unzerstörbare Rechtsposition.³²

F. Geschäftsführer/innen und Vertretungsbefugnis

Es sollte regelmäßig in der Gründungssatzung der GmbH eine abstrakte Vertretungsregelung enthalten sein, zu der spätere, von der Gesellschafterversammlung gewünschte konkrete Vertretungsregelungen kongruent sein müssen. Die weit verbreitete allgemeine Vertretungsregelung „...ist ein Geschäftsführer bestellt, vertritt dieser die Gesellschaft allein, sind mehrere Geschäftsführer bestellt, vertreten diese die Gesellschaft gemeinschaftlich oder ein Geschäftsführer zusammen mit einem Prokuristen...“ ist z.B. nicht kompatibel mit dem Wunsch der Gesellschafterversammlung, unter den bestellten Geschäftsführern/innen konkrete Vertreterpaare zu bestellen. In diesem Fall müsste eine weiterreichende „Öffnungsklausel“ bezüglich der abstrakten Vertretungsregelung im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden, etwa „Die Gesellschafterversammlung kann die konkrete Vertretungsbefugnis abweichend regeln.“

Bei der Handelsregisteranmeldung entweder in Zusammenhang mit der GmbH-Gründung, aber auch bei einer späteren Geschäftsführerbestellung haben der oder die Geschäftsführer die sogenannte Versicherung des Fehlens von Inhabilitätsgründen gemäß § 6 GmbHG abzugeben („weiße Weste“-Versicherung). Dies gilt grund-

29 Vgl. die Darstellung bei *Altmeppen*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 11. Aufl. 2023, § 7 GmbHG Rz 40 ff.

30 *Altmeppen*, a.a.O. § 7 GmbHG Rz 40.

31 arg: § 17 GBO, *Altmeppen*, a.a.O., § 7 GmbHG Rz 41, h.M.

32 a.A. in der Lit.: Vollendung des Rechtserwerbs erforderlich, z.B. *Scholz/Veil*, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 7 GmbHG Rz 43 sowie in der Rechtsprechung wohl OLG Naumburg, Beschluss vom 17.1.2018 – 5 Wx 12/17, GWR 2019, 126, in der Praxis kaum praktikabel.

sätzlich auch für Liquidatoren im Abwicklungsstadium der GmbH. Die gegenüber dem Registergericht abzugebende Versicherung des Liquidators oder Geschäftsführers einer GmbH in Bezug auf die Ausschlussgründe nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3, Satz 3 GmbHG darf nicht durch bloße Wiedergabe des jeweiligen Wortlautes von §§ 8 Abs. 3 Satz 1, 39 Abs. 3 Satz 1, 67 Abs. 3 Satz 1 GmbH erfolgen.³³ Der/die Liquidator/in oder Geschäftsführer/in muss eine Versicherung abgeben, in der das Vorliegen konkreter Tatsachen verneint wird, die seiner/ihrer Bestellung entgegenstehen würden. Der Verweis auf einzelne gesetzliche Vorschriften reicht insoweit nicht aus, wohl aber – sofern dies zutrifft – die Versicherung, der/die Anmeldende sei „... *noch niemals, weder im Inland noch im Ausland...*“ strafrechtlich verurteilt worden.

G. GmbH-Geschäftsanteil

Nach § 16 Abs. 1 GmbHG gilt im Verhältnis zur Gesellschaft nur derjenige als (Rechts-)Inhaber des Geschäftsanteils, der in der Gesellschafterliste eingetragen ist, die in den Registerordner des Handelsregisters aufgenommen worden ist. Dies ist vor allem für die Ausübung des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung von Bedeutung. Nach der „Fiktionswirkung“ des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG gelten Rechtshandlungen des Erwerbers als von Anfang an wirksam, wenn die Gesellschafterliste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung, also etwa einer Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung, in den Registerordner aufgenommen wird. Mit „Rechtshandlung“ ist in diesem Zusammenhang nicht die Abtretung des jeweiligen Geschäftsanteils gemeint, so dass die Fiktionswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG auch noch lange Zeit danach eintreten kann. Ein Widerspruch gegen die Gesellschafterliste hindert nach § 16 Abs. 3 GmbHG nicht das Stimmrecht, sondern kann nur einen gutgläubigen Erwerb des Geschäftsanteils vom Listengesellschafter verhindern.

H. Einziehung Geschäftsanteil

Erfolgt eine Einziehung des Geschäftsanteils durch Beschluss der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 4 GmbHG), geht der Geschäftsanteil unter;³⁴ die Einziehung wird mit der Bekanntgabe des Beschlusses an den betroffenen Gesellschafter wirksam, sofern der Beschluss nicht nichtig ist.³⁵

Eine unwirksame Einziehung liegt vor, wenn bereits bei Beschlussfassung feststeht, dass das Einziehungsentgelt nicht aus freiem, die Stammkapitalziffer nicht beein-

33 OLG Schleswig, 3.6.2014 – 2 W 36/14, GmbHR 2014, 1095.

34 Vgl. OLG Dresden GmbHR 2016, 56.

35 BGH GmbHR 2012, 387 = DNotZ 2012, 464 = BGHZ 192, 236.

trächtigendem Vermögen der Gesellschaft gezahlt werden kann;³⁶ die Wirkung der Einziehung ist allerdings nicht abhängig von einer Zahlung der Abfindung. Die Einziehung kann kombiniert werden mit einer Kapitalherabsetzung, aber nicht unter 25.000 EUR Stammkapital (Mindest-Kapitalziffer), mit einer Kapitalerhöhung durch Schaffung eines oder mehrerer neuer Anteile (reale Einzahlung erforderlich) oder einer Aufstockung der übrigen Anteile.

Eine Klausel, nach der bei grober Pflichtverletzung der Betroffene keine Abfindung erhalten soll, ist sittenwidrig.³⁷

I. GmbH – Gesellschafterliste/Formalia der Gesellschafterlisten

Das GmbHG sieht drei verschiedene Arten von Gesellschafterlisten vor. Einerseits die durch alle Geschäftsführer zu erstellende Gründungsliste nach § 8 Abs. 1 Ziffer 3 GmbHG, bei der bestehenden GmbH nach § 40 Abs. 1 GmbHG die „Geschäftsführerliste“ bei allen Veränderungen, an denen kein/e Notar/in mitgewirkt hat. § 40 Abs. 2 GmbHG sieht die notarielle Gesellschafterliste für solche Änderungen vor, denen eine notarielle Mitwirkung vorausgegangen ist. Ein Problem stellt hier die lediglich mittelbare notarielle Mitwirkung, etwa hinsichtlich des Übergangs von GmbH-Geschäftsanteilen in den Fällen der Verschmelzung und Spaltung, dar.

Einzelne Fallgruppen stellen sich bezüglich der Abgrenzung der Geschäftsführerliste (GF) nach § 40 Abs. 1 GmbHG zur notariellen Liste (Notar) nach § 40 Abs. 2 GmbHG wie folgt dar:

- Erbfall (GF); Auseinandersetzung (Notar)
- Teilung, Zusammenlegung, Einziehung von Anteilen (GF, da Beurkundung nicht erforderlich)
- GF bei Veränderungen in der Person, z.B. Namen oder Wohnort
- Notar-Liste bei unmittelbarer Mitwirkung durch Abtretung (§ 15 GmbHG)
- Beurkundung durch ausländische/n Notar/in: Wenn Abtretung wirksam, dann ist er/sie auch berechtigt (aber nicht verpflichtet), die Gesellschafterliste einzureichen und die Wirksamkeit zu bescheinigen³⁸

Bei der Frage, wann jeweils eine neue Gesellschafterliste erforderlich ist, muss jeder Rechtsakt einzeln betrachtet werden, z.B. bei einem Zwischenerwerb von Geschäftsanteilen.³⁹ Bei einer mehrfachen Übertragung eines Geschäftsanteils ist jeweils eine gesonderte Liste erforderlich, bei der Übertragung mehrerer Geschäfts-

³⁶ BGH NZG 2018, 1069.

³⁷ BGH GmbHR 2014, 811.

³⁸ Vgl. etwa OLG Düsseldorf GmbHR 2011, 417 (Notar aus Basel); BGH NJW 2014, 2026.

³⁹ Vgl. etwa LG München GmbHR 2010, 151; ausführlich DNotI-Report 2011, 25.

anteile, die gleichzeitig wirksam wird, reicht eine Gesellschafterliste aus. Vor dem Hintergrund, dass eine Kapitalmaßnahme erst mit der Eintragung in das Handelsregister nach § 54 Abs. 3 GmbHG wirksam wird, stellt sich die Frage nach dem möglichen Zeitpunkt für die Einreichung der neuen Gesellschafterliste. Eine „verfrüht“ erstellte und eingereichte Liste ist dann unschädlich, wenn die Liste dem Sachstand am Tag der Einreichung entspricht.⁴⁰ Dafür ist es erforderlich, dass in der Bescheinigung der notariellen Liste ein Hinweis dahingehend erfolgt, dass die Änderung bei den Anteilen (neue Anteile oder Aufstockung alter Anteile) erst mit der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister wirksam wird.

Die Wirkungen der in den elektronischen Registerordner aufgenommenen Gesellschafterliste sind nach § 16 Abs. 1 GmbHG das Stimmrecht zu Gunsten des/der jeweiligen Listengeschafters/in. § 16 Abs. 3 GmbHG regelt den gutgläubigen Erwerb vom Listengeschafter bzw. die Möglichkeit, einen solchen durch die Zuordnung eines Widerspruchs gegen die Gesellschafterliste zu verhindern. Dieser Widerspruch hindert allerdings nur einen gutgläubigen Erwerb des/der davon betroffenen Geschäftsanteils/e, er blockiert nicht das Stimmrecht nach § 16 Abs. 1 GmbHG.

Der formelle Inhalt der Gesellschafterliste richtet sich nach der auf der Grundlage des § 40 Abs. 4 GmbHG ergangenen GesellschafterlistenVO (GesLV). Diese schreibt für alle Formen der Gesellschafterliste die Verwendung arabischer Ziffern bzw. dezimaler Abschnittsziffern nach Maßgabe der Verordnung vor. Die Gliederung der Liste kann nach Geschäftsanteilen oder Gesellschaftern erfolgen, jedoch muss sich die Nummerierung an den Geschäftsanteilen, nicht an den Gesellschaftern orientieren. Es besteht das Erfordernis der Nummerierungskontinuität mit Ausnahme des § 1 Abs. 4 GesLV bezüglich einer „Bereinigungsliste“; dies muss dann in die Veränderungsspalte eingetragen werden. Bei der Vergabe neuer Einzelnummern ist die nächste freie arabische Zahl zu nehmen. Bei der Teilung von Geschäftsanteilen ist auch die Verwendung von Abschnittsnummern zulässig. Die Veränderungsspalte ist obligatorisch bei Veränderungen nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG erfordert zunächst eine Prozentangabe bezogen auf den Nennbetrag des jeweiligen Geschäftsanteils. Die Rundung auf eine Dezimalstelle ist ebenso zulässig wie das Weglassen der Nachkommastellen nach der ersten Dezimalstelle. Eine Abrundung auf 0%, 25%, 50% ist unzulässig. Neben der auf den einzelnen Geschäftsanteil entfallenden Prozentangabe ist nach § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG auch die Prozentangabe bezüglich der Gesamtbeteiligung eines Gesellschafters erforderlich. Hier ist zunächst die Errechnung der Prozentangabe des Gesamtumfangs der Beteiligung erforderlich, dann erfolgt die Rundung auf eine Dezimalstelle oder das Weglassen der Nachkommastellen nach der ersten Dezimalstelle. Bei Angaben unter 1 Prozent genügt die Angabe: „< 1%“; die Prozentanga-

40 OLG Jena ZIP 2010, 1795 (bei Einreichung nach Eintragung).

ben werden in separaten Spalten angegeben, der Gesamtumfang bezogen auf die jeweiligen Gesellschafter kann alternativ in einer separaten Zeile erfolgen.

Bei der Aufnahme von Listen nach § 40 Abs. 1 oder Abs. 2 GmbHG in den elektronischen Registerordner besteht ein formelles Prüfungsrecht des Registergerichts, jedoch kein materielles Prüfungsrecht⁴¹ mit der Ausnahme des Bestehens einer „sicheren Kenntnis“ von der materiellen Unrichtigkeit, dies allerdings beschränkt auf eklatante „Ausnahmefälle“. Da kein förmliches „Aufnahmeverfahren“ hinsichtlich der Gesellschafterliste besteht, existiert auch keine Befugnis des Registergerichts zur Aussetzung der Listenaufnahme.⁴² Eine Zurückweisung der Gesellschafterliste kann ungeachtet dessen bei formellen Mängeln der Liste erfolgen.

J. Themenbereich: Satzungsänderung (Versammlungsleiter/in)

Die Änderung des GmbH-Gesellschaftsvertrages („Satzungsänderung“) erfordert neben einem Gesellschafterbeschluss mit der qualifizierten Mehrheit des § 53 Abs. 2 GmbHG die notarielle Beurkundung nach § 53 Abs. 3 GmbHG. Nach § 47 Abs. 3 GmbHG reicht für einfache Stimmrechtsvollmachten die Textform aus. Die notarielle Beurkundung kann entweder nach §§ 8 ff. BeurkG nach den für die Beurkundung von Willenserklärungen geltenden Regelungen oder in Form eines Tatsachenprotokolls nach § 36 BeurkG erfolgen. Wird die letztere Möglichkeit gewählt, besteht eine gewisse inhaltliche Nähe zu der für Aktiengesellschaften obligatorischen Regelung des § 130 AktG. In diesem Fall obliegt die Durchführung der Gesellschafterversammlung nebst den jeweiligen Beschlussfeststellungen einem Versammlungsleiter. Der in einer GmbH-Gesellschafterversammlung bestimmte Versammlungsleiter kann die Befugnis zur wirksamen Feststellung der Beschlussfassung haben, mit der Folge, dass der jeweilige Beschluss zunächst als wirksam gefasst anzusehen ist und dessen Wirksamkeit nur durch eine spätere erfolgreiche Klage gegen den Beschluss beseitigt werden kann. Ein *ad hoc* in der Gesellschafterversammlung bestellter Versammlungsleiter hat diese mit den genannten Wirkungen versehene Befugnis zur wirksamen Beschlussfeststellung nur dann, wenn ihm diese Befugnis durch die Gesellschafter entweder ausdrücklich oder jedenfalls stillschweigend erteilt worden ist.⁴³ Der auf diese Weise durch die Versammlungsleitung festgestellte Beschluss hat eine vorläufige Bestandskraft, soweit er nicht analog § 241 AktG nichtig ist. Eine Zuweisung der Zuständigkeit und Funktion eines/r Versammlungsleiters/in setzt entweder eine Grundlage im Gesellschaftsvertrag (mit Beschlussfeststellungskompetenz) oder spontan eine *ad hoc*-Wahl einer anwesen-

41 Vgl. Begr. RegE, BT-Drs. 16/6140, 38 sowie etwa *Heidinger* in: Münchener Kommentar GmbHG4. Auflage 2023, § 40 GmbHG Rz 356 ff.

42 OLG Hamburg NZG 2015,72.

43 KG, 12.10.2015 – 22 W 74/15, GmbHR 2016, 58 = NJW-RR 2016, 483.

den Person zum/r Versammlungsleiter/in voraus, wobei ausdrücklich oder zumindest stillschweigend das Bewusstsein vorhanden sein muss, dass die Versammlungsleitung gerade auch die Zuständigkeit zur Beschlussfeststellung umfassen soll. Um spätere Beurkundungen der GmbH-Gesellschafterversammlungen mittels eines „Tatsachenprotokolls“ nach § 36 BeurkG rechtssicher unter Amtieren eines/r Versammlungsleiters/in durchführen zu können, sollten Regelungen zu den Befugnissen eines/r Versammlungsleiters/in zumindest prophylaktisch in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden, insbesondere dessen Befugnis, Beschlussfassungen in einer Gesellschafterversammlung verbindlich feststellen zu können.

Bezüglich der Handelsregisteranmeldung kompletter Neufassungen des Gesellschaftsvertrages sollte bezüglich der vorgenommenen Änderungen die Regelung des § 10 GmbHG gewissermaßen als „Checkliste“ beachtet werden. Alle Veränderungen solcher Tatsachen, die in die Handelsregistereintragung aufzunehmen sind, müssen in der Anmeldung schlagwortartig bezeichnet werden, ein pauschaler Verweis auf die beschlossene Neufassung „gemäß Anlage“ reicht insoweit nicht aus und führt in der Praxis im Handelsregisterverfahren regelmäßig zu Beanstandungen.

K. Antragsrecht der Notare/innen nach § 378 FamFG

Ein oftmals in der Praxis übersehenes und zu selten eingesetztes Instrument ist das notarielle Antragsrecht gemäß § 378 FamFG, welches die obergerichtliche Rechtsprechung im Laufe der Zeit zu einer vermuteten Vollmacht zu Gunsten des/der in der Sache tätig werdenden Notars/in, auch namens der Beteiligten Handelsregisteranmeldungen vornehmen zu können, ausgeweitet hat.⁴⁴ Diese Vollmachtsvermutung für eine/n im konkreten Fall amtierende/n Notar/in greift nach § 378 FamFG allerdings nur insoweit ein, als der/die Notar/in im Namen der an der Urkunde beteiligten Gesellschaften auch tatsächlich Anmeldungen vornehmen kann.⁴⁵ Das ist regelmäßig nicht der Fall, wenn im Rahmen der Anmeldungen Versicherungen bezüglich des Vorliegens bestimmter Tatsachen oder Erklärungen aus dem Wissen heraus (etwa § 16 Abs. 2 UmwG) abgegeben werden müssen, denn in diesen Fällen hat die Vornahme der Anmeldung „höchstpersönlich“ ohne Inanspruchnahme rechtsgeschäftlicher Vertreter zu erfolgen.

Im Rahmen des „reinen“ Antragsrechts des § 378 FamFG möglich ist etwa die Disposition über den Vollzugszeitpunkt einer Handelsregisteranmeldung, die (auch teilweise) Rücknahme einer Anmeldung oder die erneute Antragstellung bei vorheriger Rücknahme der Anmeldung. § 378 FamFG greift nicht ein, sofern die Einreichung einer Handelsregisteranmeldung durch den/die Notar/in lediglich „als Bote“ für die Beteiligten erfolgt.

44 Für das Recht aus § 378 FamFG, die Anmeldung selbst beurkundeter Satzungsänderungen bei der GmbH im Wege einer Eigenurkunde vornehmen zu dürfen etwa OLG Oldenburg NotBz 2012, 62.

45 OLG München GmbHR 2015, 488.

Außerhalb der Regelung des § 378 FamFG können sich die Beteiligten für Erklärungen gegenüber dem Registergericht, die zu der Eintragung erforderlich sind und in öffentlich beglaubigter Form abgegeben werden, auch durch Personen vertreten lassen, die nicht nach § 10 Abs. 2 FamFG vertretungsberechtigt sind. Dies gilt auch für die Entgegennahme von Eintragungsmitteilungen und Verfügungen des Registergerichts.

L. Themenbereich Kapitalerhöhung

Im GmbH-Recht erfolgt – im Gegensatz zum Aktienrecht – die Kapitalerhöhung „einaktig“ in Form eines Erhöhungsbeschlusses mit Satzungsänderung, für welche die Eintragung in das Handelsregister nach § 54 Abs. 3 GmbHG konstitutiv ist. Bei der effektiven Kapitalerhöhung gegen Bar- oder Sacheinlagen erfolgt nach dem notariell beurkundeten Gesellschafterbeschluss gemäß § 53 Abs. 2 GmbHG⁴⁶ die Übernahme neuer Geschäftsanteile oder im Falle der Aufstockung die Übernahme bestehender Geschäftsanteile im neuen Nennwert durch notariell beglaubigte Übernahmeerklärung gemäß § 55 Abs. 1 GmbHG; Vollmachten, die zur Abgabe einer Übernahmeerklärung bevollmächtigen, bedürfen analog § 2 Abs. 2 GmbHG der öffentlichen Beglaubigung. Bei der Leistung auf die Einlageverpflichtung sollte seitens der Beteiligten eine Vor-Einzahlung vor Beschlussfassung und Übernahmeerklärung unbedingt vermieden werden, da sonst die Leistung gegenüber der Gesellschaft ohne rechtlichen Grund i.S.d. §§ 812 ff. BGB erfolgt ist und – abgesehen von den von der Rechtsprechung zugelassenen Ausnahmen⁴⁷ – im anderen Fall nur noch der Kondiktionsanspruch als Sacheinlage „erneut“ eingebracht werden könnte. Die Anmeldung nach § 57 GmbHG muss höchstpersönlich wegen der Notwendigkeit einer Versicherung durch alle Geschäftsführer (78 GmbHG) erfolgen; eine Stellvertretung ist ausgeschlossen. Eine gesonderte Übernehmerliste ist nach § 57 Abs. 3 Nr. 2 GmbHG erforderlich, diese hat jedoch nicht die Rechtswirkungen einer Gesellschafterliste, die wegen der zwingenden notariellen Mitwirkung eine solche nach § 40 Abs. 2 GmbHG sein muss. Das Gebot der Vierteileinzahlung auf den Erhöhungsbetrag gilt nicht nur bei der Bildung neuer Geschäftsanteile, sondern auch bei der Kapitalerhöhung durch Aufstockung vorhandener Geschäftsanteile.⁴⁸ Nach obergerichtlicher Rechtsprechung besteht im Rahmen der notariellen Beurkundung von Kapitalerhöhungsbeschlüssen die notarielle Pflicht zur eindringlichen Aufklärung über den Begriff der Bareinlage und die Abgrenzung zur verdeckten Sacheinlage, weil möglicherweise bei den Beteiligten Fehlvorstellungen über die Er-

46 Die Beurkundung kann entweder nach den Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen (§§ 8 ff. BeurkG) oder als Tatsachenprotokoll einer unter Mitwirkung eines/r Versammlungsleiters/in abgehaltenen Gesellschafterversammlung nach § 36 BeurkG erfolgen.

47 Vgl. hierzu etwa *Altmeppen* in: *Altmeppen, GmbHG*, 11. Auflage 2023, § 56 a GmbHG Rz 16 ff.

48 BGH NZG 2013, 865 ff.

füllungsmöglichkeiten existieren.⁴⁹ Sollen Sacheinlagen geleistet werden, muss eine wesentliche Überbewertung der Sacheinlagen vermieden werden.⁵⁰ Zudem ist stets im Rahmen der notariellen Aufklärungs- und Hinweispflichten auf das Erfordernis der Offenlegung einer „wirtschaftlichen Neugründung“⁵¹ hinzuweisen, sofern Anhaltspunkte dafür gegeben sind.

M. Vertretung der Gesellschaft in Auflösung und Liquidation

Die Liquidation der GmbH, demnach der Übergang vom werbenden Stadium in das Abwicklungsstadium (§§ 60 ff. GmbHG), führt zur Beendigung des Amtes der Geschäftsführer/innen im Zeitpunkt des Eintritts des Auflösungsstatbestandes. Liquidatoren sind nach § 66 Abs. 1 GmbHG (außer im Insolvenzverfahren) die bisherigen Geschäftsführer als „geborene“ Liquidatoren oder die durch Gesellschafterbeschluss bestellten Personen als so genannte „gekorene“ Liquidatoren. Auch die Bestellung einer juristischen Person ist möglich, wie sich aus der fehlenden Verweisung in § 66 Abs. 4 GmbHG auf § 6 Abs. 2 Satz 1 GmbHG ergibt. Die gesetzliche Vertretungsbefugnis der GmbH im Liquidationsverfahren sieht vor, dass ein Liquidator allein vertritt, solange nur ein Liquidator bestellt wurde, im anderen Fall vertreten die Liquidatoren nach § 68 Abs. 1 S. 2 GmbHG gemeinsam. Möglich ist aber eine (auch initial) bestehende ausdrückliche Regelung im Gesellschaftsvertrag, welche bereits vorsorglich für den Liquidationsfall eine abstrakte Vertretungsregelung für die Liquidatoren vorsieht. Üblich ist insoweit auch eine Klausel im Gesellschaftsvertrag, welche die für die Geschäftsführer geltende abstrakte Vertretungsregelung auf die Liquidatoren überträgt. Ein Beschluss der durch Satzung ermächtigten Gesellschafterversammlung bezogen auf die konkrete Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer gilt nicht „automatisch“ weiter für die Liquidatoren.⁵² Insbesondere gilt auch die satzungsmäßige Befreiung der Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht weiter für die späteren Liquidatoren/innen.⁵³ Nach Abschluss des regulären Liquidationsverfahrens mit Bekanntmachung inkl. Gläubigeraufruf im Bundesanzeiger und Einhaltung der gesetzlichen Sperrfrist von einem Jahr kann die Anmeldung der Beendigung der Liquidation erfolgen (vgl. §§ 73, 74 GmbHG).

Außerhalb des regulären Liquidationsverfahrens kommt eine Löschung der GmbH wegen Vermögenslosigkeit gemäß § 394 FamFG in Betracht (etwas humorvoll auch als „Staatsbegräbnis“ bezeichnet). Dieses ist allerdings subsidiär gegenüber dem regulären Liquidationsverfahren, welches immer dann, wenn keine „absolute“ Ver-

49 OLG Naumburg GmbHR 2010, 533 bezogen auf ein Darlehen.

50 Siehe § 57a, 9c Abs. 1 S. 2 GmbHG.

51 Vgl. hierzu *Herrler* in: Münchener Kommentar GmbHG, 4. Auflage 2022, § 8 GmbHG Rz 69 mwN.

52 BayObLG ZIP 1996, 2110.

53 BayObLG GmbHR 1985, 392.

mögenslosigkeit der Gesellschaft i.S.d. § 394 FamFG vorliegt, gegenüber dem Amtslöschungsverfahren vorrangig ist.

Die verweigerte Löschungsbewilligung – ein notarieller Alptraum!

von Rechtsanwalt und Notar Dr. Hans Christian Schüller

A. Der Ausgangsfall

I. Ein Fall aus der notariellen Praxis, der scheinbar harmlos anfang.

Sohn S, geschieden, alleinerziehend, bewohnt mit seiner minderjährigen Tochter T die ihm und seiner geschiedenen Frau G zu gleichen Teilen gehörende Immobilie I, eingetragen im Grundbuch des AG Grevenbroich.

S ist im Zusammenhang mit einer gescheiterten gewerblichen Tätigkeit in finanziellen Schwierigkeiten. Seine Eltern E möchten ihm die I abkaufen, um ihrer Enkelin T den drohenden Auszug aus der Immobilie zu ersparen. Aus dem Kaufpreis sollen die Verbindlichkeiten des S abgelöst werden.

Notar N beurkundet am **23.03.2021** den Kaufvertrag. In Abt. III lfd. Nr. **6** ist zu diesem Zeitpunkt lediglich eine Grundschuld für die Sparkasse D eingetragen, die problemlos aus dem Kaufpreis abgelöst werden kann.

II. Erste Komplikationen stellen sich ein.

Bei der Protokollierung trat S für die Miteigentümerin G bei der Beurkundung aufgrund formlos erteilter Vollmacht, eine Vollmachtsbestätigung in grundbuchmäßiger Form nachzureichen versprechend, auf. Nachdem diese bei N eingegangen ist, kann dieser nicht vor dem 07.04.2021 den Antrag auf Eintragung der Auflassungsvormerkung stellen, den das Grundbuchamt am **22.04.2021** vollzieht. Am 21.05.2021 bestellen die E die Finanzierungsgrundschuld, welche am 02.06.2021 in Abt. III unter lfd. Nr. **8** im Grundbuch eingetragen wird.

III. Denn unter lfd. Nr. 7 war in Abt. III unter dem 06.04.2021 bereits folgendes Recht eingetragen worden:

- *Alarm*: Zwangssicherungshypothek und Zwangsversteigerungsvermerk! -

„Betrag: 7.329,68 EUR, lastend auf dem Anteil des S (Abt. I Nr. 4.1: (...)) Zwangssicherungshypothek für die XY KG, Duisburg, – Amtsgericht Duisburg, HRA - Im Wege der Zwangsvollstreckung auf Grund der Vollstreckungsbescheide des Amtsgerichts Hagen vom ... 2018 und ... 019, Az. ..., eingetragen am 06.04.2021.“

Im Rang unmittelbar nach der Auflassungsvormerkung wurde sieben Monate später ferner in Abt. II lfd. Nr. 5 eingetragen:

„Die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft ist angeordnet (Amtsgericht Grevenbroich, Az. 017 K 009/21). Eingetragen am 05.11.2021.“

IV. Doch zunächst der Reihe nach:

Die XY KG, vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter Rechtsanwalt Z, hatte mit Eingang beim AG Grevenbroich am 25.03.2021 unter Vorlage rechtskräftiger Vollstreckungsbescheide aus den Jahren 2018 und 2019 im Wesentlichen dreierlei beantragt:

„1. Der Anspruch auf Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft am Eigentum des Hauses ...T-Str. ..., ... (sic!), eingetragen im Grundbuch von ..., wird gepfändet und der Gläubigerin zur Einziehung überwiesen.

2. Auf dem Anteil des Herrn S wird sofort eine Zwangssicherungshypothek wegen der Forderungen gem. der anliegenden Forderungsaufstellung eingetragen.

3. Sodann wird der Antrag auf Auseinandersetzungsversteigerung gestellt.“

V. Die Lage spitzt sich zu: Die Sicherungshypothekengläubigerin reagiert atypisch.

Nach Bekanntwerden der in Abt. III unter lfd. Nr. 7 eingetragenen Sicherungshypothek schrieb N die XY KG umgehend an und teilte mit, dass er einen Grundstückskaufvertrag über das belastete Objekt beurkundet habe, die Hypothek aus dem Kaufpreis abgelöst werden solle und um Übersendung der formgerechten **Löschungsbewilligung** sowie **Mitteilung des Ablösebetrags** nebst **Treuhandauftrag** gebeten werde – mithin das allgemein übliche und altbewährte Verfahren.

Erst auf das zweite Erinnerungsschreiben des N reagierte die XY KG: Unter anderem müssten die „Restschulden des S noch geklärt werden“, einstweilen werde ein „Zurückbehaltungsrecht wegen der löschungsfähigen Quittung ausgeübt“, „dem Käufer stehe es frei, die diesseitigen Ansprüche zu befriedigen“.

VI. Das „Pingpongspiel“ zwischen Notar und Gläubigerin nimmt seinen Lauf.

N antwortet, indem er das übliche notarielle Vorgehen zur Ablösung nicht übernommener Rechte in Abt. III aus dem Kaufpreis nach Abschluss eines Kaufvertrags eingehend erläutert und die Bereitschaft der Käufer zur Zahlung des in Betracht kommenden Ablösebetrags im Zuge der Abwicklung des notariellen Kauf-

vertrages bekräftigt; eine **ungesicherte Vorleistung** käme insoweit im Übrigen nicht in Frage.

Die XY KG, vertreten durch ihren Komplementär Rechtsanwalt Z, erwidert, indem sie N eine „aktuelle“ **Forderungsaufstellung** über insgesamt **12.914,25 €** übersendet, die sich aus **23 Einzelposten** zusammensetzt, von denen die wenigsten aus sich heraus mit der abzulösenden Zwangssicherungshypothek in Verbindung zu bringen sind, z.T. enthält sie sogar angebliche, neue, nicht titulierte Forderungen gegen den S. Das Schreiben endet mit den Worten: „Gegen Überweisung des Endbetrages an die XY KG wäre diesseits der

Gesamtvorgang erledigt.“

VII. **Ausweg Notaranderkonto? – Fehlanzeige!**

Nach Absprache mit der den Kaufpreis finanzierenden Sparkasse **hinterlegten die Beteiligten daraufhin den im Grundbuch eingetragenen Nominalbetrag der Zwangssicherungshypothek von 7.329,68 €** auf dem eigens hierzu eingerichteten Notaranderkonto des N, der die XY KG hierüber unter Hinweis darauf, dass nicht titulierte Forderungen gem. Hinterlegungsanweisung in den Vorgang nicht einbezogen werden könnten, informierte und erneut ersuchte, die erbetene Löschungsbewilligung nunmehr zur Verfügung zu stellen.

Die XY KG übersandte eine reduzierte Forderungsaufstellung über insgesamt **8.205,08 €** mit der Anmerkung, die „Mandantschaft“ des N „möge sich überlegen, das auszugleichen“. Belehrungen des N seien im Übrigen „entbehrlich“. Außerdem stünden die Zwangsversteigerung und damit verbundene Kosten an. Ihn, N, gedenke man nicht aufzusuchen. „Ggf.“ werde ein anderer Notar die „löschungsfähige Quittung“ erstellen.

Wenig später wurde dem N dann ein **Pfändungs- und Überweisungsbeschluss** des AG Grevembroich zugestellt, mit dem der „Anspruch des Schuldners S gegenüber dem Drittschuldner N auf Abrechnung und Auskehr gem. dem für den Schuldner geführten Anderkonto“ wegen einer Forderungsaufstellung i.H.v. insgesamt 8.307,49 € gepfändet wurde.

VIII. **„Gegenoffensive“ der Urkundsbeteiligten: Klage auf Erteilung der Löschungsbewilligung**

N gab in seiner **Drittschuldnerklärung** an, er werde den gepfändeten Anspruch bis auf weiteres nicht bedienen, da er an eine Treuhandaufgabe gebunden sei, die nicht erfüllt sei.

Unterdessen beauftragten die Vertragsparteien einen externen Rechtsanwalt, der eine **Vollstreckungsabwehrklage** verbunden mit einer Klage **auf Erteilung der Löschungsbewilligung** in grundbuchmäßiger Form **Zug um Zug** gegen Zahlung von

7.329,68 € gegen die XY KG erhob. Zudem wurde beantragt **festzustellen**, dass sich die XY KG im Hinblick auf die Zug um Zug zu erbringende Gegenleistung im **Annahmeverzug** befinde. Ferner wurde die Verurteilung der XY KG, der **Löschung des Zwangsversteigerungsvermerks** im Grundbuch zuzustimmen, sowie die **einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung** aus den der Eintragung der streitbefangenen Zwangssicherungshypothek zugrunde liegenden Vollstreckungsbescheiden beantragt. Die Dringlichkeit einer einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung folge daraus, dass das Vollstreckungsgericht angekündigt habe, ein kostspieliges Verkehrswertgutachten im Zwangsversteigerungsverfahren einzuholen.

IX. Intermezzo vor dem Landgericht Wuppertal

Die Zuständigkeit des LG Wuppertal wurde auf die §§ 794 Abs. 1 Nr. 4, 795, 767, 796 Abs. 3 i. V. m §§ 12, 13 und 17 ff. ZPO gestützt (d.h. im Ergebnis das im ursprünglichen Mahnbescheid bezeichnete Streitgericht angerufen).

Das LG Wuppertal **stellte** mit Beschluss vom **04.08.2022 die Zwangsvollstreckung** aus den streitbefangenen Vollstreckungsbescheiden **gegen Sicherheitsleistung** in Höhe von 12.000,00 € **einstweilen ein**, „bis über die Vollstreckungsabwehrklage in dieser Instanz entschieden“ sei. Wenig später fand ein **Gütetermin** statt, in dem die Kläger zu gerichtlichem Protokoll – vergeblich – einen Abfindungsbetrag in Höhe von 11.000,00 € anboten. Der persönlich geladene Komplementär der XY KG fehlte unentschuldigt, was folgenlos blieb. Nach dem Scheitern der Vergleichsverhandlungen erklärte sich das LG Wuppertal z.T. für sachlich unzuständig, z.T. für örtlich unzuständig. Es verwies den Rechtsstreit nach Abtrennung einzelner Klageansprüche teils unter Hinweis auf § 24 ZPO an das LG Mönchengladbach, teils wegen § 23 Nr. 2 lit. a) GVG an das AG Duisburg, bei dessen Hinterlegungsstelle die Kläger die o.g. **Sicherheitsleistung am 16.01.2023 bar hinterlegten**.

X. LG Mönchengladbach: Der Vergleich (und doch noch lange kein Ende)

Das LG Mönchengladbach hatte nach den Wuppertaler Verweisungen nur über den Zug-um-Zug-Anspruch auf Erteilung der Löschungsbewilligungen, das AG Duisburg über den Vollstreckungsabwehr-Teil der Klage als solchen zu entscheiden. Bevor das Amtsgericht abgesehen von der Mitteilung seines Aktenzeichens überhaupt tätig wurde, fand am **12.05.2023** Termin vor dem LG Mönchengladbach statt. Auf starken richterlichen Druck hin **verglichen** sich die Parteien wie folgt:

- Die beklagte XY KG erklärte die begehrte Löschungsbewilligung (im Grundbuchverfahren verwertbar formuliert) zu gerichtlichem Protokoll.
- Übereinstimmend wurde die Hinterlegungsstelle des AG Duisburg angewiesen, den hinterlegten Betrag i.H.v. 11.000,00 € an die Beklagte und in Höhe von

1.000,00 € an die Kläger zu Händen der jeweiligen Prozessbevollmächtigten aus-zuzahlen.

- Die Kläger nahmen die beim AG Duisburg anhängigen Anträge zurück, trugen die diesbezüglichen Verfahrenskosten, die Beklagte verpflichtete sich, insoweit keinen Kostenantrag zu stellen.
- Die Beklagte erklärte ferner, die „Vollstreckungsmaßnahmen bezüglich des Notaranderkontos des N nicht aufrechtzuerhalten“.
- Über die Kosten des Rechtsstreits vor dem LG Mönchengladbach sollte das Gericht nach § 91a ZPO entscheiden.

Die Entscheidung darüber führt zu einem **weitgehend unbekanntem Streitstand**:

Folgt aus den §§ 242, 875 Abs. 2, 1142, 1144 und 1185 Abs. 2 BGB ein Anspruch auf Erteilung der Löschungsbewilligung Zug um Zug gegen oder erst nach Befriedigung des Gläubigers?

Die wichtigsten Nachweise hierzu sind RGZ 111, 397 ff.; OLG Köln, MDR 1983, 668 f.; BGH NJW 1994, 1475; sowie **OLG Rostock, Ur. v. 10.06.2010, 3 U 154/09, Juris**; OLG Düsseldorf DNotZ 2017, 600 ff.; grundlegend abweichend: LG Düsseldorf, Ur. v. 28.06.2011, 9 O 381/10, Rn. 34, Juris; OLG Düsseldorf, Ur. v. 29.11.2012, I-12 U 122/11, Rn. 49, Juris, sowie aus der – spärlichen – Literatur: **Weber, NotBZ 2017, 441, 444; Kessler, RNotZ 2015, 432, 434.**

XI. Die Kostenentscheidung des Landgerichts Mönchengladbach vom 03.08.2023

Das LG Mönchengladbach – 11 O 30/23 – legte den vier Klägern die Kosten des Rechtsstreits unter dem 03.08.2023 zu je einem Viertel auf und hob die Kosten des Vergleichs gegeneinander auf, Begründung:

- Die Beklagte habe sich **nicht treuwidrig** verhalten, indem sie die Löschung ihrer Sicherungsrechte an dem Grundstück Zug um Zug gegen Zahlung von € 7.329,68 **abgelehnt habe**. Denn die Zwangssicherungshypothek und der Zwangsversteigerungsvermerk hätten nicht lediglich die in den Vollstreckungsbescheiden titulierten Hauptforderungen gesichert, sondern auch **Zinsen und Zwangsvollstreckungskosten, §§ 867 Abs. 1 S. 3, 1118 BGB**. Das Grundstück hafte auch für die dem Schuldner nach § 788 ZPO zur Last fallenden **Kosten der Eintragung der Zwangssicherungshypothek** und nach § 1118 BGB kraft der Hypothek für die **gesetzlichen Zinsen** der Forderung und der die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden **Rechtsverfolgung**.
- Per 08.05.2023 hätten die Kläger danach der Beklagten nicht nur 7.329,68 €, sondern 11.170,79 € (wie sich dieser Betrag im Einzelnen zusammensetze, blieb völlig offen) geschuldet, letzteren Betrag hätten sie ihr aber niemals **zur Zahlung angeboten**. Die Klageanträge zu 3. bis 5. seien nach alledem „von Anfang an unbegründet“ gewesen. (Auf den Umstand, dass die Klägerseite der Beklagten im Termin vor dem LG Wuppertal am 17.01.2023 zu Protokoll ausdrücklich

einen Betrag von 11.000,00 € angeboten hatte, ging das LG Mönchengladbach mit keinem Wort ein).

Dagegen legten die Kläger unter dem 23.08.2023 **sofortige Beschwerde** ein. Sie verwiesen darin insbesondere auf die aus dem vorzitierten Urteil des OLG Rostock vom 10.06.2010 herzuleitenden Rechtsgrundsätze, die das LG Mönchengladbach außeracht gelassen habe; seine Entscheidung stelle das langjährig bewährte und **allgemein übliche Verfahren** zur Ablösung dinglicher Rechte bei Kaufverträgen über Immobilien aus dem Kaufpreis **insgesamt in Frage**.

XII. Der Beschluss des OLG Düsseldorf vom 12.03.2024

Nachdem schon das LG Mönchengladbach mit Beschluss v. 04.09.2023 der sofortigen Beschwerde der Kläger nicht abgeholfen hatte, wies sie auch das OLG Düsseldorf – I-9 W 45/23 – mit Beschluss vom 12.03.2024 auf deren Kosten zurück (beide bisher unveröffentlicht).

Das Beschwerdegericht wiederholte darin im Wesentlichen die Argumentation der Vorinstanz. Es fügte hinzu, dass das Vergleichsangebot i.H.v. 11.000,00 € „nicht auf vollständige Befriedigung einer zugestandenen Forderung gerichtet“ gewesen sei, sondern „bloß (*sic!*) ein Vergleichsangebot“, es sei daher irrelevant. Soweit die Kläger damit argumentiert hätten, das LG hätte bei Bestehen von Gegenforderungen „dann eben“ (*sic!*) eine Zug-um-Zug-Verurteilung aussprechen müssen, die einen höheren als den von ihnen zuerkannten Zahlbetrag vorsehe, sei auch das nicht richtig. Denn das würde voraussetzen, dass die Kläger – wie in dem vom OLG Rostock entschiedenen Fall – einen Anspruch auf Bewilligung der Löschung hatten, was hier nicht der Fall gewesen sei.

Kritik:

- LG und OLG ignorieren gleichermaßen sowohl § 274 Abs. 1 BGB als auch die bisherige einschlägige herrschende Rechtsprechung, insbesondere den Leitsatz des OLG Rostock (a.a.O.), der wie folgt lautet: „Der Klage auf Abgabe der Löschungsbewilligung Zug um Zug gegen Befriedigung der gesicherten Forderung steht nicht entgegen, dass eine vollständige Befriedigung der Gläubigerin noch nicht erfolgt ist.“
- Nach § 274 Abs. 1 BGB hat die Geltendmachung eines **Zurückbehaltungsrechts** nur zur Folge, dass der Schuldner **zur Erfüllung Zug um Zug** zu verurteilen ist. Eine Klageabweisung darf nicht erfolgen, es sei denn, dass die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts in eine Aufrechnungserklärung umzudeuten ist. Mit der Verurteilung Zug-um-Zug wird dem Klageantrag nicht voll entsprochen, so dass die Klage (**nur in diesem Umfang, BGHZ 117, 1, 3**) „im Übrigen“ abzuweisen ist und eine Kostenquotelung erfolgt. Selbst bei einer Teilleistung oder in einem Teilurteil kann auf Teilleistung **Zug um Zug gegen Erbringung der gesamten Gegenleistung erkannt werden**; auf einen Annahme-

verzug hinsichtlich der Gegenforderung kommt es nicht an, dieser Umstand gewinnt erst in der Zwangsvollstreckung Bedeutung (vgl. Kerwer, in: JurisPK-BGB, 10. Aufl., Stand 29.03.2023, § 274 BGB Rn. 4 mwNachw.). § 308 Abs. 1 ZPO steht dem nicht entgegen: Wenn das Gericht statt der beantragten unbeschränkten Verurteilung nur Zug um Zug zuspricht, liegt ein zulässiges „qualitatives Weniger“ vor (Kern, in Kern/Diem, ZPO 2. Aufl., § 308 Rn. 4). Erst recht muss dies freilich gelten, wenn die Zug-um-Zug-Gegenleistung im Klageantrag im Ergebnis lediglich „zu niedrig“ beziffert gewesen wäre.

XIII. Und die Moral von der Geschichte?

Man verlasse sich auf „altbewährte“ Abwicklungsgepflogenheiten alleine besser nicht!

Theoretisch und – wie der Ausgangsfall zeigt – auch praktisch ist im Zweifel nämlich immer – wenn auch in seltenen Fällen – damit zu rechnen, dass ein Gläubiger sich **grundsätzlich weigert, freiwillig** eine Löschungsbewilligung gegen Treuhandauftrag zu erteilen (wenn die Entscheidungen des LG Düsseldorf v. 28.06.2011 und des OLG Düsseldorf v. 29.11.2012, a.a.O., in den betreffenden Kreisen bekannter wären, würde dies vermutlich sogar häufiger vorkommen), **bevor** er wegen Hauptforderung, Zinsen und sämtlicher Nebenforderungen vollständig und unstrittig (!) befriedigt worden ist. Auf dieses oftmals **verkannte Risiko** sollten die Beteiligten bei jedem Grundstückskaufvertrag **ausdrücklich hingewiesen** werden. Mit den allgegenwärtig notariell zu beachtenden Grundsätzen **zur Verhinderung ungesicherter Vorleistungen** ist dieses Dilemma naturgemäß schwerlich in Einklang zu bringen.

XIV. Vorschlag für einen Textbaustein:

„Der Notar wird allseits bevollmächtigt, die Unterlagen zur Lastenfreistellung anzufordern, für alle am Vertrag und der Kaufpreisfinanzierung Beteiligten auch gem. § 875 Abs. 2 BGB entgegenzunehmen sowie davon Gebrauch zu machen. Soweit eingetragene Gläubiger für die Lastenfreistellung Ablösebeträge verlangen oder erforderliche Genehmigungen mit den Verkäufer treffenden Zahlungsaufgaben versehen sind, soll der Notar diese dem Verkäufer unverzüglich mitteilen. Etwaige Einwendungen gegen die Höhe der geforderten Ablösebeträge hat der Verkäufer nach Erhalt binnen fünf Werktagen beim Notar eingehend mitzuteilen; Notar und Käufer sind zur Überprüfung der geforderten Beträge hinsichtlich deren Grund und Höhe weder berechtigt noch verpflichtet.“ (insoweit leicht abgewandelt nach Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 10. Aufl., Rn. 2652).

Ferner wies der Notar Verkäufer und Käufer auf die Möglichkeit hin, dass ein Gläubiger nicht bereit ist, dem Notar die notwendige Löschungsbewilligung gegen Treuhandauftrag zur Verfügung zu stellen, vielmehr erklärt, er werde eine Lösungs-

bewilligung in grundbuchmäßiger Form erst erteilen, wenn zuvor der gesamte von ihm geforderte Ablösebetrag einschl. Nebenforderungen beglichen sei, oder gar die Lastenfreistellung willkürlich verweigert.

In diesem Falle muss der Notar verhindern, dass aus dem Kaufpreis eine ungesicherte Vorleistung erbracht wird, was zwangsläufig der weiteren Abwicklung des Vertrages ganz oder zumindest auf unbestimmte Zeit entgegensteht. Tritt eine solche Konstellation ein, ist es nicht Aufgabe des Notars, sondern allein Sache des Verkäufers, ggf. mit externer anwaltlicher Hilfe eine gerichtliche Klärung gegenüber dem kooperationsunwilligen Gläubiger herbeizuführen, die regelmäßig für den Verkäufer mit einem ernstzunehmenden Kosten- und für alle Beteiligten mit einem ganz erheblichen Verzögerungsrisiko, schlimmstenfalls mit einem dauerhaften Abwicklungshindernis, verbunden ist.

XV. Epilog: Zwangsversteigerungsfahren und weiterer Fortgang des Ausgangsfalls

Das LG Wuppertal hatte die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung (vgl. oben Ziff. IX) einstweilen eingestellt. Sein Beschluss sowie die Quittung der Zahlstelle des AG Duisburg über die bare Einzahlung der

Sicherheitsleistung wurden dem AG Grevenbroich jeweils in beglaubigter Abschrift von N übermittelt. Dass Einstellung der Zwangsvollstreckung

Verfahrensstillstand bewirkt – die Pfändung bleibt bestehen, jedoch findet die Versteigerung nicht statt – (vgl. Zöller/Geimer, § 775 ZPO Rn. 5; LAG Köln v. 19.11.2003, 7 Sa 646/03, Rn. 29, Juris) hielt das AG Grevenbroich – 017 K 009/21 – **nicht (!)** davon ab, am 18.01.2023 einen Versteigerungstermin abzuhalten, bei dem jedoch – glücklicherweise – keine Gebote abgegeben wurden, so dass das Zwangsversteigerungsverfahren noch am gleichen Tage gem. §§ 180 Abs. 1, 77 Abs. 1 ZVG einstweilen eingestellt wurde.

Die gleichen Unterlagen wurden von N auch dem Grundbuchamt Grevenbroich in beglaubigter Abschrift unter Hinweis auf § **868 Abs. 2 ZPO** übermittelt. Es lehnte jedoch sowohl die Löschung der Zwangssicherungshypothek als auch des Zwangsversteigerungsvermerks ab, da nicht auch die „Aufhebung der erfolgten

Vollstreckungsmaßregeln“ im o.g. Beschluss des LG Wuppertal vom 04.08.2022 enthalten sei; das OLG Düsseldorf, I-3 Wx 49/23, bestätigte unter dem 02.06.2023 diese Rechtsansicht. Das LG Mönchengladbach bearbeitete einen insoweit nachgeschobenen anwaltlichen Ergänzungsantrag zunächst nicht und hielt ihn schließlich durch den Prozessvergleich für erledigt.

N reichte schließlich eine **Ausfertigung** (hierzu OLG München v.

13.12.2021, 34 Wx 408/21, Juris) des Protokolls des LG Mönchengladbach vom 12.05.2023 unter Hinweis auf §§ 29 GBO i.V.m. § 160 ZPO i.V.m. § 127a BGB (vgl.

hierzu Schöner/Stöber, GrundbuchR, 16. Aufl., Rn. 161) ein, woraufhin die in Abt. III lfd. Nr. 7 eingetragene Zwangssicherungshypothek schließlich am **22.06.2023**, d.h. 27 Monate (!) nach Beurkundung des Grundstückskaufvertrages, gelöscht wurde. Unter dem gleichen Datum erfolgte die Eigentumsumschreibung auf die Käufer. Unter dem 05.07.2023 teilte dann das AG Grevenbroich – 017 K 009/21 – dem N auf Anfrage indes völlig überraschend mit, die Eigentumsumschreibung „behindere“ das Teilungsversteigerungsverfahren nicht (!). Der N sei im Übrigen nicht Verfahrensbeteiligter i.S.d. § 9 ZVG.

Aufgrund der Einstellung des Verfahrens am 18.01.2023 gem. §§§ 180 Abs. 1, 77 Abs. 1 ZVG könne der Antragsteller die Fortsetzung nur innerhalb einer Frist von sechs Monaten beantragen. Erst nach Ablauf der Frist werde das Verfahren gem. §§ 180 Abs. 1, 31 ZVG aufgehoben.

Anschließend wies N das AG Grevenbroich auf § 378 Abs. 2 FamFG hin sowie darauf, dass die Beschlagnahme des Grundstücks nach Eintragung der vorrangigen Erwerbsvormerkung der jetzigen neuen Eigentümer des Grundstücks erfolgt und daher diesen gegenüber unwirksam sei; § 883 Abs. 2 S. 2 BGB spreche in diesem Zusammenhang eine unmissverständliche Sprache. **Würden die im Rang gegenüber dem Beschlagnahmevermerk vorrangigen Vormerkungsberechtigten – wie hier – vor Zuschlag als Eigentümer eingetragen, sei das Verfahren aufzuheben, § 28 Abs. 1 S. 1 ZVG**, vgl. LG Frankenthal, Beschl. v. 30.05.1985, 1 T 138/85, Juris; LG Trier, Rpfleger 2000, 286; Schöner/Stöber, a.a.O., Rn. 1532; Böttcher, ZfIR 2010, 521, 524, mwNachw. in Fn. 9; die Wirkung der Vormerkung halte im Übrigen nach wie vor an, weil sie im Zuge der Eigentumsumschreibung auf die Vormerkungsberechtigten bisher wohlweislich nicht gelöscht worden sei.

Doch erst mit Beschluss vom 27.09.2023 hob das AG Grevenbroich schließlich das Zwangsversteigerungsverfahren auf, ohne auf die vorstehende Begründung des N auch nur mit einem Wort einzugehen. Denn die alleinige Antragstellerin, die XY KG, habe den **Zwangsversteigerungsantrag** „in der Form **zurückgenommen**, dass sie dem Gericht mitgeteilt habe, dass das Verfahren diesseits beendet“ sei.

B. Wichtige Merkposten:

- Bei Eintragung der Finanzierungsgrundschuld die vom Kreditinstitut angestrebte, **ordnungsgemäße Rangstelle** bitte stets sorgfältig prüfen, denn es kann sein, dass das Grundbuchamt den Notar über die zwischenzeitliche Eintragung einer Zwangssicherungshypothek **nicht** „automatisch“ informiert.
- Bitte darauf achten, dass ein externer Rechtsanwalt ggf. einen korrekten bzw. vollständigen Antrag unter Beachtung des § 868 Abs. 2 ZPO (einschl. „**Aufhebung sämtlicher erfolgter Vollstreckungsmaßnahmen**“, vgl. hierzu BGHZ 25, 60) stellt.

- Überdies bitte kontrollieren, ob im Rahmen der Klage auf Erteilung der Löschungsbeurteilung der **ausschließliche dingliche Gerichtsstand** des § 24 ZPO beachtet worden ist.
- Solange der Zwangsversteigerungsvermerk noch im Grundbuch steht, darf die Erwerbsvormerkung des Käufers **auf keinen Fall** gelöscht werden.