

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

8/1996 · April 1996

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

MaBV; VOB/B - Vereinbarung der VOB/B im Ganzen im Rahmen eines Bauträgervertrages

GmbHG §§ 14, 47 - Schaffung unterschiedlicher GmbH-Geschäftsanteile bei der Ein-Mann-Gründung

Rechtsprechung

BeurkG § 17 Abs. 1; BNotO § 24 Abs. 1 S. 1; BGB §§ 1204, 1205 Abs. 2; AnlG § 1 Abs. 1 - Belehrungspflichten des Notars bei Urkundsentwurf

SachRBerG § 78 - Verfügungsverbot nach dem SachRBerG

GmbHG §§ 5 Abs. 4, 16 Abs. 3, 19 Abs. 5 - Konkretisierung der Grundsätze der verdeckten Sacheinlage im GmbH-Recht

GmbHG §§ 19 Abs. 5, 53, 54, 56 Abs. 2 - Heilung verdeckter Sacheinlagen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

MaBV; VOB/B

Vereinbarung der VOB/B im Ganzen im Rahmen eines Bauträgervertrages

I. Frage

Kann die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) im Bauträgervertrag im Ganzen vereinbart werden?

II. Rechtslage

1. Beurkundungstechnischer Aspekt

a) Nach einer Entscheidung des OLG Düsseldorf (DNotZ 1985, 626 ff.) kann auf die VOB in einer notariellen Urkunde verwiesen bzw. Bezug genommen werden, ohne daß deren Text der Urkunde beigelegt wird. Vor der Entscheidung des OLG Düsseldorf war zweifelhaft, ob auf die VOB - wie dies bei Gesetzen und Rechtsverordnungen möglich ist - verwiesen werden kann, ohne den Text der Urkunde beizufügen.

Den Begriff der *Bezugnahme* kennt das Beurkundungsgesetz nicht. Die §§ 9, 13, 13a und 14 BeurkG verwenden ausschließlich den Begriff "Verweisung". Bezugnahme kann daher nur dort vorliegen, wo in der notariellen Niederschrift auf Erklärungen, Rechtsverhältnisse oder tatsächliche Umstände hingewiesen wird, die nicht zum beurkundungsbedürftigen Inhalt des Rechtsgeschäftes gehören, also auch nicht beurkundet werden, sondern lediglich zur Verdeutlichung und Erläuterung des beurkundeten Inhalts bestimmt sind (Huhn/v. Schuckmann, BeurkG, 3. Aufl. 1995, § 9 Rz. 24).

Für die „Verweisung“ auf gesetzliche Vorschriften ist die Bezugnahme unstrittig zulässig; das gleiche soll auch für Regelungen gelten, die zwar nicht Rechtsvorschriften im techni-

schen Sinne, aber doch allgemein bekannte und in zugänglicher Form publizierte Regelungswerke sind (so Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, Teil B, BeurkG, 12. Aufl. 1986, § 9 Rz. 79; Huhn/v. Schuckmann, a.a.O., § 9 Rz. 29; Fischer, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 1992, F Rz. 190).

Nach den Ausführungen des OLG Düsseldorf soll der Schutzzweck des § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG gewährleisten, daß der Inhalt eines notariell beurkundeten Vertrages jederzeit zuverlässig festgestellt werden kann. Dies träfe bei der Verweisung auf förmliche Gesetze zu, auf sie könne stets Bezug genommen werden. Die VOB sei zwar weder Gesetz noch Rechtsverordnung; sie sei eher mit allgemeinen Geschäftsbedingungen vergleichbar. Sie unterscheide sich von gewöhnlichen AGBs jedoch dadurch, daß Neufassungen und Änderungen im Bundesanzeiger bekanntgegeben werden. Mit der Bekanntgabe liege ihr Inhalt eindeutig und jederzeit feststellbar fest. **Es erscheine daher gerechtfertigt, bei einem Normensystem wie der VOB, das in amtlichen, jedermann zugänglichen Verkündungsblättern in gesetzesähnlicher Form veröffentlicht werde, ebenso wie bei Gesetzen die bloße Bezugnahme genügen zu lassen.**

b) Eine notarielle Beurkundung der VOB hat bisher nur *Bartsch* (Bartsch, Die korrekte Vereinbarung der VOB/B, BB 1982, 1699) gefordert. Er geht darin aber auf die Unterscheidung zwischen förmlicher Verweisung und Bezugnahme nicht ein (vgl. zur Kritik Schmidt, Zur Anwendung der VOB, DNotZ 1983, 462 ff., 473).

c) *Huhn/v. Schuckmann* (a.a.O., § 9 Rz. 29) führen aus, daß die Bezugnahme auf die Gewährleistungsregelungen von § 13 VOB zwar zulässig sei, aber nicht den Interessen der Beteiligten genüge. Der Notar müsse es hier mit seiner Belehrungspflicht sehr genau nehmen, oftmals würde trotz der Zulässigkeit der Bezugnahme die Aufnahme des wesentlichen Inhalts dieser

Vorschriften in die Niederschrift zweckmäßig sein. Auch *Lichtenberger* (Muß die VOB öffentlich beurkundet werden?, NJW 1984, 159) geht von der Zulässigkeit der Bezugnahme auf die VOB aus, verweist aber auf die gesteigerten Amtspflichten des Notars, wenn er ein derartiges Verfahren wählt.

d) Fraglich erscheint allerdings, ob insbesondere die dargestellte Auffassung des OLG Düsseldorf mit der neueren **Rechtsprechung des BGH** in Einklang zu bringen ist. Denn nach dem Urteil des BGH (WM 1991, 1138 ff.) scheitert die Einbeziehung der VOB/B regelmäßig bereits an § 2 Abs. 1 AGBG. Sofern der Verwender seinen im Baubereich nicht bewanderten Vertragspartner im wesentlichen nur über ihn belastende Bestimmungen der VOB/B informiere, während für ihn günstige Regelungen lediglich mit einer Verweisung auf die VOB/B "eingeführt" werden sollen, erfüllt dies nach Auffassung des BGH nicht die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 AGBG. Vielmehr ist nach dieser Bestimmung Gelegenheit zur Kenntnis des vollen Textes erforderlich. Mit einer derartigen einseitigen Unterrichtung kommt der Verwender nach Auffassung des BGH seiner Informationspflicht gemäß § 2 Abs. 1 AGBG nicht hinreichend nach, weil der Vertragspartner auf diese Weise eben nicht über seine in der VOB/B verankerten Rechte informiert werde.

2. Vereinbarung der VOB im Bauträgervertrag

Fraglich erscheint, ob die Geltung der VOB/B für Bauleistungen des Bauträgers überhaupt oder beschränkt (z. B. ohne die §§ 7 bis 9 und 14 bis 16) in einem Bauträger-Erwerber-Vertrag wirksam vereinbart werden kann.

a) Rechtsprechung

Der BGH hat dies zunächst offengelassen (BGH NJW 1984, 725); zwischenzeitlich hat er jedoch festgestellt, **daß die Gewährleistungsregelung der VOB in einem Bau- oder Bauträgervertrag formularmäßig "isoliert" zumindest insoweit nicht vereinbart werden könne, als damit die Gewährleistungsfrist des § 638 BGB verkürzt werde** (BGH BB 1986, 24 ff.). "Vertragsgrundlage" sei die Verdingungsordnung für Bauleistungen nur, **wenn sie ohne ins Gewicht fallende Einschränkungen übernommen worden sei**. Die bloße Übernahme der Gewährleistungsregelung reicht nach Auffassung des BGH dafür nicht aus. Die VOB/B enthalte nur im Ganzen einen auf die Besonderheiten des Bauvertragsrechts einigermaßen ausgewogenen Ausgleich der Beteiligteninteressen. In Fortführung zu dieser Entscheidung stellte der BGH in seinem Urteil vom 07.05.1987 (DNotZ 1987, 684, 685) fest, daß auch die in einem einzelnen Bau- oder Bauträgervertrag enthaltene "isolierte" Vereinbarung der Gewährleistungsregelung der Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil B unwirksam sei, wenn sie auf eine vom Unternehmer/Auftragnehmer/Bauträger gestellte Vertragsbedingung zurückgehe. Eine vom Unternehmer/Auftragnehmer/Bauträger gestellte Vertragsbedingung, in der lediglich auf § 13 VOB/B verwiesen werde, verstoße gegen § 11 Nr. 10 f AGBG und sei daher unwirksam. Anders sei es nur dann, wenn die VOB/B ohne ins Gewicht fallende Einschränkungen *im Ganzen* zur Vertragsgrundlage gemacht werde und werden könne (§ 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG) oder wenn die "isolierte" Vereinbarung des § 13 VOB/B auf eine vom Besteller/Auftraggeber gestellte Vertragsbedingung zurückgehe.

In einem späteren Urteil (NJW 1988, 142, 143) nahm **der BGH zur Frage der Reichweite der VOB-Einbeziehung bei einem Generalunternehmervertrag Stellung**: Werde in einem Generalunternehmervertrag auf Veranlassung des Unternehmers die VOB/B "als Ganzes" einbezogen, so gelte sie gleichwohl nur für die vom Unternehmer geschuldeten Bauleistungen, nicht aber für die von ihm daneben übernommenen selbständigen Architekten- und Ingenieurleistungen. In dieser Entscheidung ging der BGH davon aus, daß einem Vertrag über Architektenleistungen nicht die VOB/B zugrunde gelegt werden könne und die Ausnahmeregelung des § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG deshalb nicht eingreife. Bereits in früheren Entscheidungen hatte der Senat ausgeführt, bei Bauträgerverträgen sei zumindest zu vermuten, daß verschiedene Bestimmungen der VOB/B - auch wenn deren Geltung uneingeschränkt "vereinbart" worden sei - ausgeschlossen sein sollten (BGH NJW 1986, 925; NJW 1983, 453, 454). Entsprechendes gelte für die in einem Generalunternehmervertrag vereinbarten Architekten- und Ingenieurleistungen.

Der BGH hat mit Urteil vom 21.06.1990 (WM 1990, 1559) diese Rechtsprechung bestätigt, indem er feststellte, daß § 16 Nr. 6 Satz 1 VOB/B einer "isolierten" Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGBG nicht standhalte, sofern die VOB nicht als Ganzes vereinbart worden sei. In seinem Urteil vom 14.01.1991 brauchte der BGH zu der hier interessierenden Fragestellung, ob die VOB/B im Ganzen vereinbart werden könne, keine Stellung zu beziehen. In dem zuvor dargestellten Urteil (WM 1991, 1138 ff.) scheiterte die Einbeziehung der VOB/B bereits an § 2 Abs. 1 AGBG, ohne daß es auf die weiteren aufgeworfenen Fragen noch ankam.

Nach einem **Urteil des OLG Celle** (DNotI-Report 12/1994, 5 = NJW-RR 1994, 475 ff.) **ist jedenfalls dann, wenn in einem Bauträgervertrag von den Bestimmungen der §§ 16 Nr. 1 und Nr. 5 Abs. 2, 12 Nr. 5 VOB/B abgewichen wird und die Schlußzahlungsregelung des § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B ausgeschlossen ist, die VOB/B nicht mehr als im Ganzen Vertragsgegenstand geworden**. Eine Verkürzung der Verjährungsfrist gemäß § 13 Nr. 4 VOB/B konnte daher nicht eintreten. Das OLG Celle konnte es dahingestellt sein lassen, ob die VOB/B "im Ganzen" zur Vertragsgrundlage gemacht werden kann, da die meisten Vorschriften auf diesen Vertragstypus von vornherein nicht "passen". Wird in einem Bauträgervertrag allgemein auf die VOB verwiesen und hinsichtlich des Vergütungsanspruches nicht zwischen Bauleistung und anderen Leistungen unterschieden, ist entweder § 16 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B nicht wirksam für die gesamte Bauträgervergütung vereinbart oder es ist nach Auffassung des OLG Celle davon auszugehen, daß die Unwirksamkeit aus der Unklarheit der getroffenen Regelung folgt.

Demgegenüber geht das OLG Frankfurt (NJW-RR 1991, 665) davon aus, daß gegen die Vereinbarung der Geltung der VOB/B als Ganzes keine durchgreifenden Wirksamkeitsbedenken bestünden, selbst wenn man der Regelung Formularcharakter im Sinne von § 1 Abs. 1 AGBG beimesse. Da sich das OLG Frankfurt mit der in der Literatur umstrittenen Frage, ob auf die VOB/B im Ganzen Bezug genommen werden kann, überhaupt nicht auseinandersetze, erscheint es fraglich, ob diesem Urteil eine über die Einzelfallentscheidung hinausgehende Bedeutung zukommen kann.

b) Literatur

In der Literatur ist die Frage, ob eine Gewährleistungsverkürzung im Bauträgervertrag nicht dadurch erreicht werden kann, daß auf die VOB/B im Ganzen Bezug genommen wird, lebhaft umstritten (vgl. die Nachweise bei Basty, Der Bauträgervertrag, 2. Aufl. 1995, Rz. 398).

α) Nach der ganz **überwiegenden Literaturmeinung** (vgl. z. B. Kutter, Beck'sches Notar-Handbuch, 1992, A II Rz. 74; Kanzleiter DNotZ 1987, 651; Landesnotarkammer Bayern, Rundschreiben vom 28.01.1986 und Bauträgermerkblatt (Stand 01.08.1991); Reithmann, in: Reithmann/Meichssner/von Heymann, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, B Rz. 43 ff.; Brych/Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 2. Aufl. 1996, Rz. 201 ff.; Schmidt DNotZ 1983, 473; ders., Ende der VOB/B im Bauträgervertrag, ZfBR 1986, 53 ff.; Brych, VOB-Gewährleistung im Bauträgervertrag, NJW 1986, 302 ff.) **kann eine Gewährleistungsverkürzung im Bauträgervertrag nicht dadurch erreicht werden, daß auf die VOB/B im Ganzen Bezug genommen wird.** Begründet wird dies damit, daß die meisten Vorschriften der VOB/B für den Bauträgervertrag nicht passen. Die Rechte, die die VOB/B dem Auftraggeber einräumt, würden regelmäßig durch die übrigen Vereinbarungen im Bauträgervertrag abgedungen. Die Landesnotarkammer Bayern weist in ihrem Rundschreiben vom 28.01.1986 (zitiert von Wolfsteiner, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 20. Aufl. 1994, § 37 Rn. 386) insbesondere auf folgende Bestimmungen der VOB/B hin: § 1 Nr. 3; § 3 Nr. 3; § 4 Nr. 1, (2), (3); § 5 Nr. 4; § 6 Nr. 6, 7; § 7; § 8 Nr. 1. Diese Regelungen entsprechen nicht dem typischen Inhalt eines Bauträgervertrages. Sie sind teilweise dem Erwerber oder dem Bauträger kaum zumutbar. Einzelbestimmungen als "nicht passend" für unanwendbar zu erklären, wird bereits als - die Anwendung von § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG hindernde - eingeschränkte Übernahme der VOB anzusehen sein.

β) Ein Teil der Literatur ist der Auffassung, daß die VOB/B im Ganzen in einem Bau- oder Bauträgervertrag formularmäßig vereinbart werden könne (vgl. z. B. Usinger, Kann die Geltung der VOB/B im Bauträgervertrag vereinbart werden?, NJW 1984, 153; Ingenstau/Korbion, VOB, 12. Aufl. 1993, A § 1 Rn. 31). Dabei seien Leistungen eines Bauträgers nur insoweit Bauleistungen und damit den Regeln der VOB zugänglich, wie sie die eigentliche Bauherstellung betreffen und die Bestimmungen des Teils B mit der besonderen Natur der Bauträgerschaft vereinbar seien. Das bedinge unbedingt eine klare Trennung der als Bauarbeiten anzusprechenden Teilleistungen von den übrigen, falls die VOB im zulässigen Rahmen Vertragsinhalt werden solle, um keinen Zweifel an der Wirksamkeit der Absprache wegen Unklarheit aufkommen zu lassen (Ingenstau/Korbion, a.a.O., A § 1 Rn. 31). Aus der Natur des Bauträgervertrages folge keineswegs, daß von vornherein wesentliche Bestimmungen der VOB/B als für ihn generell unanwendbar oder konkludent ausgeschlossen anzusehen seien (Usinger, a.a.O., 156). Allerdings werde jeder Bauträgervertrag im Einzelfall daraufhin zu überprüfen sein, ob er Bestimmungen enthalte, die den Inhalt der VOB/B abänderten (ebenda).

c) **Zusammenfassend** kann davon ausgegangen werden, daß nach h. M. **eine Gewährleistungsverkürzung im Bauträger-**

vertrag nicht dadurch erreicht werden kann, daß auf die VOB/B im Ganzen Bezug genommen wird.

GmbHG §§ 14, 47

Schaffung unterschiedlicher GmbH-Geschäftsanteile bei der Ein-Mann-Gründung

I. Sachverhalt

Eine GmbH gründet eine Hotelbetriebs-GmbH mit einem Stammkapital von 100.000,- DM. Weiter errichtet sie als Bauträger 25 Hotelappartements. In der Satzung der neuen GmbH wird vorgesehen, **daß von der Stammeinlage der Gründungsgesellschafterin zukünftig Teilgeschäftsanteile in Höhe von 1.000,- DM abgeteilt werden sollen und auf die Erwerber der 45 Hotelappartements jeweils übertragen werden sollen.** Angestrebt wird somit, daß die Erwerber der 45 Hotelappartements insgesamt mit 45 % am Stammkapital der Gesellschaft beteiligt sind und die Gründungsgesellschaft mit 55 %. Der Gesellschaftsvertrag sieht ferner vor, **daß die zukünftigen Teilgeschäftsanteile** der Apartmentinhaber und der Geschäftsanteil der Gründungsgesellschaft **mit unterschiedlichen Rechten und Pflichten ausgestattet sein sollen.** Dies betrifft vor allem folgende Regelungen:

Nach § 6 des Gesellschaftsvertrages kann jeder Gesellschafter seinen Geschäftsanteil ganz oder teilweise übertragen, jedoch nur an solche dritte Personen, die gleichzeitig ein oder mehrere Hotelappartements von ihm erwerben und jeweils nur in Höhe von jeweils 1.000,- DM je Apartment. Jede sonstige Verfügung über Geschäftsanteile bedarf der Zustimmung der Gesellschaft, wobei im Innenverhältnis jedoch eine Mehrheit von 75 % der Stimmen erforderlich ist. Nach § 7 des Gesellschaftsvertrages sind die Gesellschafter der zukünftigen Teilgeschäftsanteile in Höhe von 1.000,- DM verpflichtet, ihre Apartments der Gesellschaft oder einem von ihr zu bestimmenden Dritten entgeltlich zur Nutzung zu überlassen. Ferner sind diese Gesellschafter verpflichtet, für den Fall, daß sie ihr Hotelapartment an Dritte veräußern, an diese auch ihren Geschäftsanteil zu übertragen. § 8 Abs. 7 des Gesellschaftsvertrages sieht schließlich vor, daß für bestimmte Beschlüsse die Gründungsgesellschafterin trotz ihrer angestrebten Beteiligung von 55.000,- DM nur ein Stimmrecht in Höhe von 50 % aller vertretenen Stimmen hat. Für den Fall, daß bei diesen Beschlüssen kein Gesellschafterbeschuß zustande kommt, sieht der Gesellschaftsvertrag vor, daß auf Antrag eines Gesellschafters eine von der zuständigen Industrie- und Handelskammer zu benennende Person eine Entscheidung zu treffen hat. Hierzu wird diese Person von allen Gesellschaftern bevollmächtigt.

II. Frage

1. Ist es bei einer Ein-Personen-GmbH-Gründung mit nur einer Stammeinlage zulässig, Satzungsregelungen für durch künftige Abtretung entstehende Geschäftsanteile mit unterschiedlichen Rechten und Pflichten zu treffen?
2. Kann für Pattsituationen das Stimmrecht der Gesellschafter in der Satzung auf einen von der IHK zu bestimmenden Dritten (= Nichtgesellschafter) übertragen werden?

III. Rechtslage

Besondere Rechte und Pflichten von Gesellschaftern können im Gesellschaftervertrag weitgehend frei gestaltet werden (BGH NJW 1969, 31; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl., 1992, § 3 Rn. 14 f.; Baumbach/Hueck, GmbHG, 16. Aufl. 1996, § 3 Rn. 46, 32). Nebenleistungspflichten können danach sowohl als Pflichten aller Gesellschafter als auch als Sonderpflichten einzelner Gesellschafter gem. § 3 Abs. 2 GmbHG im weiten Umfang begründet werden (Baumbach/Hueck, a.a.O., § 3 Rn. 32). Dies setzt zwingend die Aufnahme entsprechender Sonderrechte und -pflichten im Gesellschaftsvertrag voraus (BGH NJW 1969, 131; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 3 Rn. 38; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 3 Rn. 72). Dies kann durch Aufnahme entsprechender Rechte und Pflichten bei der Gründung im Gesellschaftsvertrag geschehen oder durch spätere Satzungsänderung. Letzteres setzt jedoch gem. § 35 BGB voraus, daß die jeweils benachteiligten Gesellschafter der Einführung von Sonderrechten bzw. Sonderpflichten zustimmen (Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 14 Rn. 21, 51; Scholz/Winter, GmbHG, 8. Aufl. 1993, § 14 Rn. 20, 29). Ferner ist erforderlich, daß die Regelungen der Sonderpflichten und Sonderrechte hinreichend bestimmt in dem Gesellschaftsvertrag ausgestaltet werden (Baumbach/Hueck, a.a.O., § 3 Rn. 39; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 3 Rn. 87). Bezüglich der Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes bestehen u. E. im vorliegenden Fall keine Bedenken.

1. Bei der Ausgestaltung von Nebenleistungspflichten bei der GmbH besteht weitgehend Gestaltungsfreiheit; es können Nebenleistungspflichten aller Art geschaffen werden (Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 3 Rn. 76).

a) Verpflichtung der Appartementinhaber zur Überlassung ihrer Appartements an die Gesellschaft bzw. einen von ihr zu benennenden Dritten

Es ist allgemein anerkannt, daß eine Nebenleistungspflicht des Inhalts begründet werden kann, daß die Gesellschafter zur Überlassung von Gegenständen an die Gesellschaft verpflichtet sind (vgl. Baumbach/Hueck, a.a.O., § 3 Rn. 33, 41; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 3 Rn. 79; Rowedder/Rittner, GmbHG, 2. Aufl. 1990, § 3 Rn. 37).

b) Verpflichtung zur Übertragung des Geschäftsanteils an Erwerber von Appartements

Ebenso ist anerkannt, daß im Gesellschaftsvertrag eine Verpflichtung von Gesellschaftern begründet werden kann, ihren Geschäftsanteil an bestimmte von der Gesellschaft zu benennende Dritte zu übertragen (Baumbach/Hueck, a.a.O., § 3 Rn. 42; Scholz/Emmerich, a.a.O., § 3 Rn. 52; BayObLG DB 1989, 214, 215 f.; BGH NJW 1969, 131). Dementsprechend ist u. E. die Regelung im Gesellschaftsvertrag zulässig, daß die zukünftigen Appartementinhaber verpflichtet sind, ihre Geschäftsanteile zusammen mit ihrem Appartement auf einen etwaigen Erwerber zu übertragen.

c) Regelung der Abtretung der Geschäftsanteile in § 6

Gem. § 15 Abs. 5 GmbHG kann die Abtretung von Geschäftsanteilen an weitere Voraussetzungen geknüpft werden. Es ist sogar zulässig, die Abtretung völlig auszuschließen (vgl. Baumbach/Hueck, a.a.O., § 15 Rn. 2; Hachenburg/Zutt, a.a.O., § 15 Rn. 95). Daher kann die Übertragung von Geschäftsanteilen in dem Gesellschaftsvertrag von beliebigen Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Auch wird es allgemein als

zulässig angesehen, daß unterschiedliche Beschränkungen der Abtretung von Geschäftsanteilen für bestimmte Geschäftsanteile oder bestimmte Gattungen von Geschäftsanteilen im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden (Hachenburg/Zutt, a.a.O., § 15 Rn. 99; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Aufl. 1995, § 15 Rn. 23). Danach dürfte die Regelung des § 6 des Gesellschaftsvertrages zulässig sein, der unterschiedliche Voraussetzungen für die Abtretung der Geschäftsanteile der Appartementinhaber und die Abtretung der sonstigen Geschäftsanteile vorsieht. Auch die Voraussetzungen, die für die Abtretung in § 6 des Gesellschaftsvertrages vorgesehen werden, sind u. E. nicht bedenklich. Die Einschränkung, daß die Appartementinhaber ihren Geschäftsanteil nur auf Dritte übertragen dürfen, die gleichzeitig ein oder mehrere Hotelappartements übernehmen, dürfte aus der Sicht des GmbH-Rechts nicht zu beanstanden sein. So ist allgemein anerkannt, daß der Gesellschaftsvertrag Beschränkungen der Abtretung in bezug auf Eigenschaften der Person und des Erwerbers vorsehen kann (vgl. Hachenburg/Zutt, a.a.O., § 17 Rn. 125; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 Rn. 86). Als eine solche Einschränkung ist die hier vorgesehene Regelung u. E. zu verstehen.

Die Beschränkung, daß die Abtretung der sonstigen Geschäftsanteile der Zustimmung der Gesellschaft bedarf, entspricht der Regelung des § 15 Abs. 5 GmbHG. Bedenken gegen ihre Zulässigkeit bestehen daher nicht.

d) Beschränkung des Stimmrechts sowie Übertragung der Stimmrechte in Pattsituationen auf einen Nichtgesellschafter

§ 8 Abs. 7 des Gesellschaftsvertrages beschränkt das Stimmrecht der Gründungsgesellschafterin für bestimmte Beschlüsse auf 50 % aller vertretenen Stimmen. Ein sog. Höchststimmrecht ist zulässig (vgl. Rowedder/Koppensteiner, a.a.O., § 47 Rn. 14; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 47 Rn. 43; Scholz/K. Schmidt, a.a.O., § 47 Rn. 11). Ein solches Höchststimmrecht kann auch für besondere Beschlüsse und für einzelne Geschäftsanteile geschaffen werden.

Problematisch erscheint die Regelung, daß für Pattsituationen das Stimmrecht der Gesellschafter in der Satzung auf einen von der IHK zu bestimmenden Dritten (Nichtgesellschafter) übertragen werden soll. Hierzu sieht die Satzung vor, daß diese Person von allen Gesellschaftern zur Ausübung ihres Stimmrechts bevollmächtigt wird. Es ist dabei davon auszugehen, daß es sich hierbei um eine unwiderrufliche Vollmacht handeln soll. Letztere ist unter dem Gesichtspunkt der Abspaltung von Gesellschaftsrechten bedenklich. Die Stimmrechtsabspaltung, auch in der Form einer unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht, wird von der Rechtsprechung und der h. M. im Schrifttum für unwirksam gehalten (Scholz/Schmidt, a.a.O., § 47 Rn. 20; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 14 Rn. 19, § 47 Rn. 28; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 Rn. 6; Reuter, Stimmrechtsvereinbarung bei treuhänderischer Abtretung eines GmbH-Anteils, ZGR 1978, S. 633 f.; BGHZ 43, 267; BGH NJW 1968, 396, 397; BayObLG ZIP 1986, 303; OLG Hamburg ZIP 1989, 298, 300). Lediglich eine Mindermeinung (Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 47 Rn. 2; Rowedder/Koppensteiner, a.a.O., § 47 Rn. 22) will eine Stimmrechtsabspaltung unter engen Voraussetzungen zulassen. Die isolierte Abtretung des Stimmrechts soll danach zwischen Gesellschaftern zulässig sein sowie in denjenigen Fällen, in denen sie einen vorübergehen-

den Charakter hat und entsprechend sichergestellt ist, daß das Stimmrecht von dem Dritten im Gesellschaftsinteresse ausgeübt wird. U. E. ist das Abspaltungsverbot streng zu handhaben. Das Stimmrecht ist unselbständiger Bestandteil der Mitgliedschaft des Geschäftsanteils. Es kann daher nicht isoliert übertragen werden. Auch verstößt eine isolierte Übertragung des Stimmrechts gegen die Funktion desselben. Das Stimmrecht ist ein Steuerungs- und Legitimationsmittel im Mitgliedschaftsinteresse. Zuletzt führt die Mindermeinung dazu, daß im Einzelfall die Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger Stimmrechtsabspaltung sehr schwierig wird. Wegen der ungeklärten Rechtslage, ob eine Stimmrechtsabspaltung zulässig ist, sollte im Gesellschaftsvertrag nicht die Übertragung des Stimmrechts auf einen Dritten vorgesehen werden.

Als Alternative zu einer derartigen Regelung bietet sich an, daß die Entscheidung über die Beschlußfassung in derartigen Pattsituationen auf einen von der zuständigen Industrie- und Handelskammer zu benennenden Dritten zu übertragen sei. Bei einer derartigen Vertragsklausel ist anerkannt, daß der Dritte als fakultatives Gesellschaftsorgan tätig wird. Er nimmt eigene Organisationskompetenzen damit wahr. Er ist nicht als Schlichter im Sinne der §§ 1025 f. ZPO anzusehen (BGHZ 43, 261; Scholz/Schmidt, a.a.O., § 45 Rn. 14; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 45 Rn. 14). Auch ergeben sich bei einer derartigen Vertragsgestaltung keinerlei Probleme im Hinblick auf das Abspaltungsgebot von Gesellschafterrechten.

2. Festlegung von Geschäftsanteilen unterschiedlicher Gattung bei der Ein-Mann-GmbH-Gründung

Die Frage, ob bei der Ein-Mann-GmbH-Gründung bereits im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden kann, daß durch zukünftige Abtretung von Teilgeschäftsanteilen Geschäftsanteile unterschiedlicher Gattung mit verschiedenen Rechten und Pflichten gebildet werden sollen, ist bislang - soweit ersichtlich - weder Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung noch einer wissenschaftlichen Abhandlung gewesen. U. E. ist ein derartiges Vorgehen im Hinblick auf folgende Gesichtspunkte problematisch.

Gem. § 5 Abs. 2 GmbH ist die Übernahme mehrerer Geschäftsanteile bei der Gründung einer GmbH durch einen Gesellschafter unzulässig. Hierdurch soll verhindert werden, daß der Gesellschafter von vornherein auf den Handel mit Geschäftsanteilen ausgeht. Zulässig ist dagegen, daß ein Gesellschafter seinen bei der Gründung übernommenen Geschäftsanteil nach der Gründung teilt und weiterveräußert (vgl. hierzu Scholz/Winter, a.a.O., § 5 Rn. 25; Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 5 Rn. 15). Letzteres Vorgehen ist nach der Sachverhaltschilderung im vorliegenden Fall geplant. Formal ist ein derartiges Vorgehen daher nicht zu beanstanden. Ferner ist anerkannt, daß bei einer rechnerischen Zerlegung einer Stammeinlage im Gesellschaftsvertrag durch Auslegung zu ermitteln ist, ob der Wille der Parteien dahin gegangen ist, daß mehrere Beteiligungen geschaffen werden sollten oder nur eine rechnerische Aufteilung vorgenommen worden ist. Dabei vermutet die Rechtsprechung, daß es sich bei einer derartigen Aufteilung nur um eine rechnerische Aufteilung handele (RGZ 83, 256, 263; Baumbach/Hueck, a.a.O., § 5 Rn. 10; Scholz/Winter, a.a.O., § 5 Rn. 27). Auch wenn der vorliegende Gesellschaftsvertrag von einer Aufteilung der Stammeinlage des Gründungsgesell-

schafters ausgeht, ist somit im Zweifel anzunehmen, daß es sich hierbei bloß um eine rechnerische Zerlegung handelt. Nicht dagegen dürfte u. E. davon ausgegangen werden, daß der Gesellschaftsvertrag dahin gehend ausgelegt werden kann, daß entgegen der Regelung des § 5 Abs. 2 GmbHG bereits mit Gründung mehrerer Geschäftsanteile begründet werden sollen.

Wie bereits zuvor ausgeführt, ist für die Begründung von Sonderrechten und -pflichten erforderlich, daß diese im Gesellschaftsvertrag hinreichend bestimmt geregelt werden (BGH NJW 1969, 131; Scholz/Winter, a.a.O., § 14 Rn. 20, 29). Dies kann entweder durch Aufnahme einer entsprechenden Regelung bei Gründung der Gesellschaft geschehen oder durch spätere Satzungsänderung. Sollen besondere Gesellschaftsrechte oder -pflichten durch spätere Satzungsänderung geschaffen werden, ist dabei jedoch gem. § 35 BGB bzw. in umgekehrter Anwendung des § 35 BGB die Zustimmung der jeweils benachteiligten Gesellschafter erforderlich (s. o.). Formal werden hier im vorliegenden Fall die Anforderungen für die Begründung von Sonderrechten und -pflichten eingehalten. Der Gesellschaftsvertrag enthält nämlich insoweit alle erforderlichen Angaben. Dennoch ist u. E. ein derartiges Vorgehen bedenklich. Die Aufnahme von Sonderrechten und Sonderpflichten in den Gesellschaftsvertrag beruht auf zweierlei Erwägungen. Zum einen soll durch die Satzungsregelung gegenüber außenstehenden Dritten hinreichend bestimmt werden, welche Rechte und Pflichten der betreffende Geschäftsanteil seinem Inhaber gewährt. Des weiteren stellt die Aufnahme der besonderen Rechte und Pflichten eine Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung der Gesellschafter dar. Die unterschiedliche Ausstattung der Geschäftsanteile mit Rechten und Pflichten verstößt nämlich dann nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn die jeweils benachteiligten Gesellschafter entweder durch ihre Mitwirkung bei der Gründung der Gesellschaft oder aber bei einer Satzungsänderung der unterschiedlichen Ausgestaltung der Geschäftsanteile zustimmen. Gerade unter diesem Gesichtspunkt ist die hier angeschnittene Vorgehensweise u. E. problematisch. Die Geschäftsanteile besonderer Gattung werden hier erst mit der Teilung und Übertragung der Geschäftsanteile auf die Appartementbesitzer geschaffen. Eine Einflußnahme auf die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages ist ihnen zu diesem Zeitpunkt nicht möglich. Vielmehr werden ihnen die sie benachteiligenden Regelungen von dem Gründungsgesellschafter vorgegeben. Eine echte Zustimmung zu den ihnen auferlegten Sonderpflichten bzw. den Sonderrechten des Gründungsgesellschafters durch die Appartementbesitzer erfolgt nicht.

Um diese Problematik zu umgehen, schlagen wir folgende Vorgehensweise vor. Es könnte zunächst eine ganz normale Ein-Mann-GmbH-Gründung durchgeführt werden. Im Anschluß daran könnten die Teilgeschäftsanteile auf die Appartementerwerber übertragen werden, und zuletzt ist eine Satzungsänderung mit Zustimmung der Erwerber durchzuführen.

Wenn dies nicht durchführbar sein sollte, sollte man wenigstens sicherstellen, daß die Appartementerwerber bei dem Erwerb ihres Teilgeschäftsanteils in Höhe von 1.000,- DM der sie benachteiligenden unterschiedlichen Ausgestaltung der Geschäftsanteile ausdrücklich zustimmen.

Rechtsprechung

BeurkG § 17 Abs. 1; BNotO § 24 Abs. 1 S. 1; BGB §§ 1204, 1205 Abs. 2; AnlG § 1 Abs. 1
Belehrungspflichten des Notars bei Urkundsentwurf

Die Verpfändung von Schuldbuchforderungen richtet sich nach den Vorschriften über die Verpfändung beweglicher Sachen; daher bedarf es der Anzeige an die Depotbank.

Erteilt jemand dem Notar den Auftrag, eine Urkunde für ein beabsichtigtes Rechtsgeschäft zu entwerfen, muß der Notar ihn darüber belehren, welche Rechtshandlungen zu dessen Wirksamkeit erforderlich sind; dies gilt auch dann, wenn er lediglich die Unterschrift eines anderen Beteiligten unter der entworfenen Erklärung zu beglaubigen hat.

BGH, Urt. v. 18.01.1996 - IX ZR 81/95
Kz.: L III 3 - § 17 BeurkG

Problem

Einer der Beteiligten vermietete im vorliegenden Fall im März 1990 Gewerberäume an die D-Handels-GmbH. Die Mieterin hatte eine Sicherheitsverpfändung von Bundesanleihen zu leisten. Der Notar wurde beauftragt, eine entsprechende Verpfändungserklärung zu entwerfen. Absprachegemäß erschienen die Vertreter der GmbH in der Kanzlei des Beklagten und unterzeichneten die Urkunde. Der Notar beglaubigte ihre Unterschriften. Der Sparkasse B als Depotbank wurde die Verpfändung nicht angezeigt. Als der Vermieter nach Konkurs der GmbH auf die verpfändeten Rechte zurückgreifen wollte, erhielt er die Mitteilung, diese seien bereits 1991 verkauft worden. Es war nun fraglich, ob der Notar eine Amtspflichtverletzung begangen hatte, obwohl er hier die Unterschrift eines Dritten beglaubigte.

Lösung

Der BGH weist zunächst darauf hin, daß auch der Anwaltsnotar, der einen Mandanten über den Abschluß eines Rechtsgeschäfts berät, das er anschließend beurkundet, die Pflichten eines Notars hat (BGH NJW 1973, 2747). Der Schwerpunkt der vorliegenden Tätigkeit, also die Fertigung eines Urkundsentwurfes, wird von § 24 BNotO erfaßt. Die Verpfändung war vorliegend deshalb nicht wirksam, da gem. § 1 Abs. 1 AnlG vom 29.03.1951 (BGBl I, 218) i.V.m. den Verordnungen vom 31.12.1940 und vom 18.04.1942 die Rechtssätze über bewegliche Sachen auf Schuldurkunden der Bundesrepublik Deutschland entsprechend Anwendung finden. Die Verpfändung vollzieht sich daher nach den Vorschriften der §§ 1204 ff. BGB (Canaris, Bankvertragsrecht, 2. Bearbeitung, Rn. 2053; LG Konstanz WM 1988, 1124). Der Miteigentumsanteil am Gesamtbestand der Anleihen wird wie eine bewegliche Sache behandelt. Der Gläubiger ist mittelbarer, die Wertpapiersammelbank unmittelbarer Besitzer. **Dieser hätte daher die Verpfändung anzeigen müssen** (§ 1205 Abs. 2 BGB). Der BGH weist darauf hin, daß, wenn der Notar die Urkunde, deren Unterzeichnung er beglaubigen soll, selbst entworfen hat, ihn auch die Belehrungspflicht aus § 17 BeurkG trifft (BGH

DNotZ 1955, 396; VersR 1984, 946). Der Notar hätte daher den Pfandgläubiger auf die Bedeutung des § 1205 Abs. 2 BGB hinweisen müssen.

SachRBERG § 78

Verfügungsverbot nach dem SachRBERG

Das Verfügungsverbot des § 78 Abs. 1 SachRBERG ist nur dann anzuwenden, wenn das Grundstück aufgrund eines Vertrages, der nach Inkrafttreten des SachRBERG am 01.10.1994 geschlossen wurde, zum Gebäudeeigentum hinzuerworben wurde.

LG Potsdam, Beschl. v. 25.01.1996 - 5 T 665/95
Kz.: L VI 18 - § 78 SachRBERG

Problem

Nach der bisher h. M. enthält § 78 Abs. 1 SachRBERG ein absolut wirkendes gesetzliches Verfügungsverbot, wenn sich Grundstücks- und Gebäudeeigentum in den neuen Bundesländern in einer Person vereinigen. Eine Veräußerung oder Belastung allein des Gebäudes oder des Grundstücks ohne das Gebäude ist nach der bisher h. M. nicht mehr zulässig (vgl. Nachweise im DNotI-Report 23/1994, S. 3). Wie bereits verschiedentlich dargelegt, bereitet die Anwendung des § 78 Abs. 1 SachRBERG in der Praxis immer wieder Probleme (vgl. OLG Dresden DNotI-Report 24/1995, 225; LG Potsdam DNotI-Report 1996, 32). Im vorliegenden Fall, der wiederum vom LG Potsdam zu entscheiden war, waren die Beteiligten seit 1977 Eigentümer eines auf einem ehemals volkseigenen Grundstück errichteten Eigenheims. Für das Gebäudeeigentum wurde ein Grundbuchblatt angelegt. Mit notariellem Vertrag vom 23.05.1990 erwarben die Beteiligten das Grundstück hinzu. Das Grundbuchamt forderte die Beteiligten auf, das Gebäudeeigentum gem. § 78 SachRBERG aufzugeben.

Lösung

Das LG Potsdam ist der Auffassung, daß die vom Grundbuchamt herangezogene Vorschrift des § 78 Abs. 1 SachRBERG die Aufforderung nicht rechtfertige. Die Vorschrift sei nur dann anzuwenden, wenn das Grundstück aufgrund eines Vertrages, der nach Inkrafttreten des SachRBERG am 01.10.1994 geschlossen worden sei, zum Gebäudeeigentum hinzuerworben worden sei (vgl. LG Dresden, Beschl. v. 17.03.1995 - 2 T 52/95). Dies folge schon aus der Stellung dieser Vorschrift im SachRBERG. Dieses stehe in Kapitel 2 Abschnitt 3 Unterabschnitt 4, der ausdrücklich „Folgen des Ankaufs“ zum Gegenstand habe und dessen übrige Vorschriften nach ihrem Regelungsgehalt nur eingreifen würden, wenn es zu einem Ankauf nach den §§ 61 ff. SachRBERG gekommen sei. Auch eine entsprechende Anwendung der Vorschrift auf Fälle wie den vorliegenden sei nicht möglich. Wie diese Vorschrift zeigt, neigen die Gerichte entgegen der bisherigen Auffassung in der Literatur zu einer eher restriktiven Interpretation des § 78 SachRBERG (so auch OLG Dresden, a.a.O.; ähnlich auch die Erwägungen von Frenz, in: Czub/Schmidt-Räntsch/Frenz, SachRBERG, § 78 Rz. 9 ff.).

GmbHG §§ 5 Abs. 4, 16 Abs. 3, 19 Abs. 5

Konkretisierung der Grundsätze der verdeckten Sacheinlage im GmbH-Recht

Tritt ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil an einer GmbH, aus dem die Resteinlage noch nicht fällig gestellt ist, an eine andere GmbH ab, an der er ebenfalls beteiligt ist und an die er die Mindesteinlage geleistet hat, greifen die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage ein, wenn die zweite GmbH die auf sie übergegangene, nunmehr fällig gestellte Resteinlageverpflichtung mit dem Mindesteinlagebetrag erfüllt.

Die Umgehung der auf Publizität und Wertdeckungskontrolle zielenden Vorschriften über die Leistung von Sacheinlagen setzt eine - wenn auch unwirksame - Abrede des Einlageschuldners mit den Mitgesellschaftern (anlässlich der Gründung oder Kapitalerhöhung) oder dem Geschäftsführer (im Hinblick auf die Erfüllung der Einlagepflicht) voraus, die den wirtschaftlichen Erfolg einer Sacheinlage umfaßt. Liegt ein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang zwischen Leistung der Einlage und Erfüllung des zwischen Gesellschafter und Gesellschaft vereinbarten Rechtsgeschäfts vor, begründet das eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer derartigen Abrede (Ergänzung zu BGHZ 110, 47 und BGHZ 125, 141).

BGH, Urt. v. 04.03.1996 - II ZR 89/95
Kz.: L V 2 - § 19 GmbHG

Problem

Die Rechtsprechung zur **verdeckten Sacheinlage** spielt in der notariellen Praxis eine erhebliche Rolle. Gegenstand der verdeckten Sacheinlage ist meist eine Bargründung, die anschließend mit einem Verkehrsgeschäft verknüpft wird (vgl. DNotI-Report 1995, 164; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Aufl., § 5 Rz. 36 ff.). Im vorliegenden Fall hatte der Beklagte eine GmbH gegründet und hierbei eine Bareinlage übernommen. **Es war von vornherein geplant, daß die GmbH Anteile des Beklagten an einer anderen GmbH übernehmen sollte.** In der Satzung wurde dies nicht zum Ausdruck gebracht. Der Beklagte zahlte den fälligen Betrag am 18.02.1991 in bar ein. Die Anteilsübertragung auf die am 12.04.1991 in das Handelsregister eingetragene GmbH erfolgte durch notariellen Vertrag vom 06.12.1993. Der für den Geschäftsanteil des Beklagten vereinbarte, dem Nominalwert entsprechende Kaufpreis ist in Höhe von 15.000,- DM mit dem Einlageanspruch der GmbH verrechnet worden. Später hatte der Beklagte diesen Betrag an den Kläger auf dessen Aufforderung hin gezahlt. Der Kläger verlangt die Zahlung der Stammeinlage unter dem Gesichtspunkt der verdeckten Sacheinlage.

Lösung

Der BGH ist der Auffassung, daß der Beklagte hier seiner Einlageverpflichtung wegen Verstoßes gegen die Grundsätze der verdeckten Sacheinlage nicht nachgekommen sei. Der BGH weist darauf hin, daß von einem Umgehungstatbestand der Vorschriften über die Sachgründung dann auszugehen sei, wenn zwar formell eine Bareinlage geleistet werde, der Einlagebetrag materiell jedoch nur der Vergütung einer Sachleistung diene und im Ergebnis wirtschaftlich der Gesellschaft letztlich nicht als Barleistung zufließe. Darunter falle insbesondere die

Leistung auf eine Forderung aus der Veräußerung sacheinlagefähiger Gegenstände durch das sog. „Hin- und Herzahlen“, aber auch jedes andere Leistungsverhalten, das dem Normzweck des § 19 Abs. 5 GmbHG zuwiderlaufe, die auf Publizität und Wertdeckungskontrolle zielenden Sacheinlageregeln gegen Umgehungen abzusichern. **Die Kriterien zur Abgrenzung eines zulässigen Verkehrsgeschäfts von einer unzulässigen verdeckten Sacheinlage sind noch ungeklärt.** Die Literatur ging bisher davon aus, daß ein sachlicher und ein zeitlicher Zusammenhang erforderlich sei. Darüber hinaus war fraglich, ob subjektive Vorstellungen bzw. Abreden unter den Gesellschaftern erforderlich waren. Der BGH konnte diese Frage bisher ausdrücklich offenlassen. Im vorliegenden Fall werden diese Kriterien vom BGH teilweise konkretisiert. In der Literatur wurde z. T. die Auffassung vertreten, daß jedenfalls mangels Vorliegen eines zeitlichen Zusammenhangs eine **verdeckte Sacheinlage dann nicht mehr vorliege, wenn zwischen der Gründung und dem Verkehrsgeschäft ein Zeitraum von mindestens sechs Monaten liege** (Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 5 Rz. 40, 43; Baumbach/Huck, GmbHG, 15. Aufl., § 19 Rz. 30, § 5 Rz. 19). Für den hier zu entscheidenden Fall, daß es an einem zeitlichen Zusammenhang zwischen der Erfüllung der Einlageverpflichtung und dem Verkehrsgeschäft fehlt, schließt sich der BGH nunmehr der Ansicht an, die für das Eingreifen des Umgehungsverbotes **eine Abrede zwischen Einlageschuldner und Mitgesellschafter verlangt.** Da im vorliegenden Fall diese hier gegeben war, **bejaht der BGH die verdeckte Sacheinlage.** Für diesen Fall ist also ein zeitlicher Zusammenhang nicht erforderlich. Der BGH läßt offen, ob für die Fälle, bei denen ein zeitlicher Zusammenhang vorliegt, auf die Abrede verzichtet werden kann.

GmbHG §§ 19 Abs. 5, 53, 54, 56 Abs. 2 Heilung verdeckter Sacheinlagen

Das in § 19 Abs. 5 Alt. 2 GmbHG geregelte Umgehungsverbot erfaßt auch eine nach der Kapitalerhöhung entstandene Forderung auf Auszahlung von Gewinn, wenn ihre Verrechnung mit der (Rest-)Einlageforderung bei der Kapitalerhöhung unter den Beteiligten vorabgesprochen worden ist (Ergänzung zu BGHZ 125, 141).

Zur Heilung einer verdeckten Sacheinlage kann die im Rahmen eines Kapitalerhöhungsbeschlusses festgesetzte (Rest-)Bareinlage auch nach Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister durch satzungsändernden Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter im Wege der Änderung der Einlagendeckung in eine Sacheinlage umgewandelt werden.

Problem

Auch die vorliegende Entscheidung befaßt sich mit der Definition der verdeckten Sacheinlage und weiter mit den Möglichkeiten der Heilung einer solchen (vgl. DNotI-Report 1995, 164; Vollhardt ZGR 1995, 286). Gegenstand des Verfahrens war ein Barkapitalerhöhungsbeschluß, auf den die Gesellschafter lediglich die Mindesteinlage zahlten. Der Restbetrag wurde drei Jahre später mit einem Gewinnauszahlungsanspruch verrechnet.

Lösung

Ähnlich wie in der Entscheidung vom 04.03.1996 läßt es der BGH offen, ob eine verdeckte Sacheinlage bereits dann anzunehmen ist, wenn zwischen Entstehung und Verrechnung der Gewinnauszahlungsforderung ein unmittelbarer zeitlicher und sachlicher Zusammenhang mit dem Kapitalerhöhungsvorgang besteht. Eine **verdeckte Sacheinlage** liegt nach Auffassung des BGH **jedenfalls dann vor, wenn die Beteiligten bei der Kapitalerhöhung eine entsprechende Vorabsprache im Hinblick auf die Verrechnung der künftig entstehenden Forderung getroffen haben** (vgl. auch bereits BGH WM 1978, 1271 zur Frage der Verrechnung einer Gehaltsforderung eines Geschäftsführers). Fehlt es an einer Vorabsprache und ist kein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang gegeben, dann ist eine Verrechnung zulässig, wenn die Resteinlageforderung fälliggestellt und die Gegenforderung im Zeitpunkt der Verrechnung vollwertig, fällig und liquide ist.

Die bisher höchst umstrittene Frage, **auf welche Weise eine verdeckte Sacheinlage geheilt werden kann, klärt der BGH mit vorliegendem Urteil**. In der Literatur wurden unterschiedlichste Lösungsgrundsätze vorgeschlagen (vgl. Breiken, Die verdeckte Sacheinlage und ihre Heilung,

MittRhNotK 1994, 269 ff.). Der BGH folgt in der vorliegenden Entscheidung der Literatuffassung, die die Heilung dadurch vorschlägt, daß die **Bareinlage durch satzungsändernden Gesellschafterbeschluß im Wege der Änderung der Einlagendeckung in eine Sacheinlage umgewandelt wird** (sog. Umwidmung, vgl. Priester DB 1990, 1753, 1758 ff.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Aufl., § 56 Rz. 19; Vollhardt ZGR 1995, 287, 292 ff.; vgl. **ein Musterformular** bei Werner WIB 1995, 406). Erforderlich ist ein mit satzungsändernder Mehrheit gefaßter Gesellschafterbeschluß; Einstimmigkeit bedarf es nicht. Inhaltlich muß der Beschluß festlegen, daß die im einzelnen aufzuführenden Gesellschafter die von ihnen übernommenen Einlagen statt in Geld durch Einbringung der konkret zu bezeichnenden Alt- bzw. einer vor Absprache unterstellten Neuforderung leisten. Zu erstatten ist ein Bericht über die Änderung der Einlagendeckung von der Bar- zur Sacheinlage. Dieser Bericht muß von allen Geschäftsführern und von den von der Änderung betroffenen Gesellschaftern erstattet und unterzeichnet werden (vgl. zur Erstattung eines Sachkapitalerhöhungsberichtes Scholz/Priester, a.a.O., § 56 Rz. 81 ff.). Die Vollwertigkeit der einzubringenden Forderung ist - auch bezogen auf den Zeitpunkt der Prüfung, der unmittelbar vor der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister zu liegen hat - durch eine von einem Wirtschaftsprüfer testierte Bilanz nachzuweisen. Der Gesellschafterbeschluß ist unter Vorlage des Berichts der Gesellschafter, der testierten Bilanz und der Verträge, die der einzubringenden Forderung zugrunde liegen, zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Geschäftsführer haben die Versicherung abzugeben, daß die eingebrachte Forderung werthaltig und der Gesellschaft von den Gesellschaftern übertragen bzw. ihr erlassen worden ist (vgl. im einzelnen zum Heilungsverfahren auch Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl., § 19 Rz. 117; Scholz/Priester, a.a.O., § 56 Rz. 39; LG Bremen GmbHR 1995, 122).

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -
97070 Würzburg, Kaiserstraße 23
Telefon: 09 31/3 55 76-0 - Telefax: 09 31/3 55 76-225

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Dr. Peter Limmer, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden.
Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 300,- DM, Einzelheft 13,- DM, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Druck:

Max Schimmel Verlag GmbH + Co KG, Postfach 6560, 97015 Würzburg,
Tel.: 09 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333