

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

17/1996 · September 1996

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1098 Abs. 1, 504 - Vorkaufsrecht bei Veräußerung an einen Mitberechtigten

GmbHG § 15; BGB § 139 - Beurkundung eines Kaufvertrages über Gesellschaftsanteile an einer GmbH & Co. KG und der Komplementär-GmbH

Rechtsprechung

BNotO § 19; BGB § 249 - Belehrungspflichten bei ungesicherten Vorleistungen

BGB § 313 - Ausübung eines Ankaufsrechts

BGB § 313; BeurkG § 9 - Umfang des Beurkundungserfordernisses im Hinblick auf Bedingungen des Kaufvertrages

UmwG §§ 234, 213, 35 - Formwechsel einer AG in eine GmbH & Co. KG

Aktuelles

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften (Handelsrechtsreformgesetz)

Literatur

Sehr geehrte Frau Kollegin, sehr geehrter Herr Kollege,

wir freuen uns, Ihnen mitteilen zu können, daß das DNotI eine neue Serviceleistung anbieten kann: den automatischen **Fax-Abfrage-Dienst**. Dieser ermöglicht den Abruf der im DNotI-Report besprochenen Urteile im Volltext sowie der sonstigen im DNotI-Report angezeigten Informationen (Gesetzesentwürfe, Rundschreiben etc.). Darüber hinaus stellt das DNotI eine Datenbank zur Verfügung, in der weitere Dokumente, insbesondere Gutachten zu Spezialfragen, veröffentlicht sind. Arbeitsweise und Inhalt des automatischen Fax-Abfrage-Dienstes sind in diesem Heft ausführlich erläutert.

Mit freundlichen kollegialen Grüßen
Notar a. D. Dr. Peter Limmer

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1098 Abs. 1, 504

Vorkaufsrecht bei Veräußerung an einen Mitberechtigten

I. Sachverhalt

A, B und C sind Mitberechtigte zu je 1/3 an einem Erbbaurecht, das ihnen von ihrer zwischenzeitlich verstorbenen Mutter im Wege der vorweggenommenen Erbfolge überlassen worden ist. Nach dem Tod der Mutter wollen sich A, B und C hinsichtlich des Erbbaurechtes in der Weise auseinandersetzen, daß A und B ihren Miteigentumsanteil an C verkaufen. Das Erbbaurecht ist belastet mit einem Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle zugunsten des Grundstückseigentümers.

II. Frage

Kann der Grundstückseigentümer bei Verkauf der 1/3-Miteigentumsanteile an einen Mitberechtigten das Vorkaufsrecht ausüben?

III. Rechtslage

Nach § 1098 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 504 BGB kann der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausüben, wenn der Verpflichtete den mit dem Vorkaufsrecht belasteten Gegenstand an einen "Dritten" verkauft. Fraglich ist, ob im Fall des Verkaufs eines Miteigentumsanteils an einen anderen Miteigentümer dieser "**Dritter**" im Sinne von § 504 BGB ist.

1. Der **BGH** vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, daß ein Kaufvertrag mit einem "Dritten" im Sinne des § 504 BGB nicht vorliege, wenn ein ideeller Bruchteil eines gemeinschaftlichen Gegenstandes an einen oder mehrere der übrigen Gemeinschaftler käuflich veräußert werde (BGHZ 13, 133 ff. = NJW 54, 1036; BGH WM 57, 1162; BGHZ 48, 1; BGH WM 70, 321 = DNotZ 70, 423). Dieser Auffassung des BGH hat sich das BayObLG angeschlossen (JurBüro 81, 752).

In seinem Urteil vom 23.04.1954 (BGHZ 13, 133) hat der BGH ausgeführt, daß ein Hinweis auf Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über Gemeinschaftsverhältnisse zeige, daß das Gesetz zwischen dem Mitberechtigten innerhalb der Gemeinschaft und einem "Dritten" unterscheide: So regeln §§ 714, 715 BGB die Befugnis des einzelnen Gesellschafters, die anderen Gesellschafter "Dritten" gegenüber zu vertreten. Die Bestimmungen über die Gemeinschaft nach Bruchteilen

verwenden in §§ 742 ff. BGB den Begriff der "Teilhaber" unter erkennbarer Abgrenzung zu dem des "Dritten". Sodann spricht § 1011 BGB wieder von "Dritten" in ausdrücklichem Gegensatz zu den "Miteigentümern" der im Eigentum mehrerer nach Bruchteilen stehenden Sache. Ebenso stellt § 2034 BGB dem Miterben den "Dritten" gegenüber. Allein diese Hinweise lassen nach Auffassung des BGH (vgl. BGHZ 13, 138) erkennen, daß der Gesetzgeber von einer engen Verbundenheit der einzelnen gemeinschaftlich Berechtigten ausgehe und in dem "Dritten" nur den Personenkreis erblicke, der an der Gemeinschaft nicht beteiligt sei. Der im Gesetz zum Ausdruck gekommene Wille des Gesetzgebers gehe nach alledem dahin, den Kreis der Mitberechtigten gegen das Eintreten einer fremden Person, eines "Dritten" im Sinne der angeführten Bestimmungen, möglichst zu schützen, wenn er dies auch nicht völlig ausschließt. So erlaube das Gesetz dem an einer Bruchteilsgemeinschaft Beteiligten, über seinen ideellen Anteil am gemeinschaftlichen Gegenstand ohne Mitwirkung der anderen Teilhaber zu verfügen (§ 747 BGB). Diese Bewegungsfreiheit der Gemeinschaftler nach Bruchteilen führe aber nicht dazu, die Belange der Beteiligten völlig zurücktreten zu lassen und die Teilhaber untereinander "dritten" Personen gleichzustellen. Der Vorkaufsfall sei daher nicht gegeben, wenn ein ideeller Bruchteil eines gemeinschaftlichen Gegenstandes an einen oder mehrere der übrigen Gemeinschaftler käuflich veräußert werde, da kein Kaufvertrag mit einem "Dritten" i.S.v. § 504 BGB vorliege (BGHZ 13, 139).

Etwas anderes ergebe sich auch nicht daraus, daß das Vorkaufsrecht "für alle Verkaufsfälle" bestellt sei. Ohne diese Bestimmung würde das Recht sich nach § 1097 BGB nur auf den ersten Verkaufsfall beschränken. Diese Bestimmung ließe aber die Bestellung auch für mehrere oder für alle Verkaufsfälle zu. Mit der Bestellung des Vorkaufsrechts für alle Verkaufsfälle hätten die Beteiligten lediglich von dieser gesetzlichen Befugnis Gebrauch gemacht. In der Verwendung des gesetzestechnischen Ausdrucks liege keine qualitative Veränderung des Inhalts des Vorkaufsrechts, sondern nur eine quantitative Bestimmung der Verkaufsfälle (BGHZ 13, 139/140).

Die in diesem Urteil geäußerte Rechtsauffassung hat der BGH in seinen Urteilen vom 15.06.1957 (WM 57, 1162), vom 28.04.1967 (BGHZ 48, 1) und vom 14.11.1969 (WM 70, 321) ausdrücklich bestätigt.

2. Der Rechtsprechung des BGH hat sich die **Literatur** weitestgehend angeschlossen (s. Palandt/Putzo, 55. Aufl. 1996, § 504 Rz. 6; Erman/Küchenhoff, 9. Aufl. 1993, § 1097 Rz. 2; Soergel/Huber, 12. Aufl. 1991, § 504 Rz. 15; Soergel/Stürmer, 12. Aufl. 1989, § 1095 Rz. 2 und § 1097 Rz. 3; Staudinger/Mader, 13. Aufl. 1995, § 504 Rz. 33, 34; Staudinger/Mayer-Maly/Mader, 13. Aufl. 1994, § 1095 Rz. 7).

3. Die an der Rechtsprechung des BGH geübte **Kritik** ist vereinzelt geblieben: Als bedenklich bezeichnet diese Rechtsprechung *Bassenge* (in: Palandt, a.a.O., § 1097 Rz. 2) - ohne diese Bedenken allerdings zu präzisieren. Ausdrücklich abgelehnt wird die Rechtsprechung des BGH von *Schurig* (Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, 1975, S. 165 ff.), dem sich

- soweit ersichtlich - nur *Waldner* (in: MDR 86, 110) und *Grünewald* (in: Erman, a.a.O., § 504 Rz. 9) angeschlossen haben.

Schurig sieht in der Begründung des BGH eine "Scheinbegründung", einen "begriffsjuristischen Trick". Der Begriff des "Dritten" sei relativ und nur aus dem jeweiligen Zusammenhang zu verstehen. Wer "Dritter" sei, sei für den Vorkaufsberechtigten anders zu sehen als für die untereinander eine Regelung treffenden Mitberechtigten. Nur weil ein Miteigentümer bei den Regeln der Gemeinschaft nicht "Dritter" sei, folge daraus nicht, daß er es auch im ganz anderen Zusammenhang des Vorkaufsrechtes nicht sei.

Mader (in: Staudinger, a.a.O.) ist der von *Schurig* geäußerten Kritik ausführlich entgegengetreten: Daß die Frage, wer Dritter sei, aus der Sicht des Vorkaufsberechtigten zu beurteilen sei, leuchte nicht ohne weiteres ein. Dafür, einer Betrachtung vom Standpunkt der Mitberechtigten her den Vorzug zu geben, sprächen gute Gründe, denn den Miteigentümern seien Umschichtungen innerhalb der Rechtsgemeinschaft zu ermöglichen, ohne Vorkaufsfälle zu setzen. Die Wertung einer besonderen Verbundenheit der gemeinschaftlich Berechtigten und des Schutzes der Bruchteilsgemeinschaft sei dem Gesetz durchaus zu entnehmen. Außerdem gebiete eine - von *Schurig* selbst geforderte - wirtschaftliche Betrachtungsweise, die Übertragung von Anteilen zwischen Mitberechtigten nicht als Verkäufe an Dritte einzustufen.

4. Gegen das Vorliegen eines Vorkaufsfalles i.S.v. § 504 BGB in dem zur Begutachtung vorgelegten Sachverhalt spricht möglicherweise auch die in Rechtsprechung und Literatur einhellig vertretene Auffassung, daß "Dritter" i.S.v. § 504 BGB nicht der **Miterbe** im Fall der **Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft** ist. Überträgt ein Miterbe seinen Anteil an einen anderen Miterben, so liegt unstreitig kein Vorkaufsfall vor (vgl. hierzu die oben zitierte Rechtsprechung, insbes. BGH WM 57, 1162, sowie die zitierte Kommentarliteratur).

Der vorliegende Sachverhalt ist dem Fall der Auseinandersetzung unter Miterben insoweit vergleichbar, als hier die fragliche Mitberechtigung durch eine vorweggenommene Erbfolge entstanden ist und nun in der gleichen Situation wie in einem Erbfall, nämlich nach dem Tod der Überlasserin, das Vermögen auseinandergesetzt werden soll. Insoweit kann der Fall der durch vorweggenommene Erbfolge entstandenen Miteigentümergeinschaft wohl nicht anders beurteilt werden als die durch einen Erbfall entstandene Erbengemeinschaft.

GmbHG § 15; BGB § 139 Beurkundung eines Kaufvertrages über Gesellschaftsanteile an einer GmbH & Co. KG und der Komplementär-GmbH

I. Sachverhalt

Ein Notar hat bisher immer Kaufverträge, durch die Gesellschafter ihre Kommanditanteile an einer GmbH & Co. KG und gleichzeitig ihre Geschäftsanteile an der Komplementär-GmbH verkauft und abgetreten haben, notariell beurkundet. Mit Rücksicht darauf, daß in einem konkret zum Abschluß

anstehenden Fall die vereinbarte Gegenleistung minimal, die von den Erwerbern zu übernehmenden Einzahlungsverpflichtungen aber erheblich sind (mehrere Millionen DM), wird von den Beteiligten die Frage gestellt, ob denn tatsächlich die notarielle Beurkundung des Kaufvertrages, soweit er die Kommanditanteile betrifft, notwendig ist. Der anwaltliche Berater der Erwerber verweist auf die wohl weithin geübte Praxis, den Abtretungsvertrag für die GmbH-Geschäftsanteile gesondert zu beurkunden und dadurch den möglichen Formmangel des Kaufvertrages über die Kommanditanteile zu heilen.

II. Frage

1. Bedarf der Kaufvertrag über die Kommanditanteile bei einer GmbH & Co. KG der notariellen Beurkundung?

2. Wird ein etwaiger Formmangel durch Übertragung der GmbH-Geschäftsanteile geheilt?

III. Rechtslage

1. § 15 Abs. 4 GmbHG bestimmt, daß eine Vereinbarung, durch die die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils begründet wird, der notariellen Form bedarf. Der Zweck des Formerfordernisses nach § 15 Abs. 4 GmbHG besteht darin, den unkontrollierten Handel mit Geschäftsanteilen auszuschließen. Die Anteilsrechte einer GmbH sollen nicht zum Gegenstand des freien Handelsverkehrs, insbesondere auch im Börsenverkehr, werden. Da der Geschäftsanteil in der Regel nicht in Gestalt eines Anteilsscheines verbrieft wird, dient die Beurkundung im Hinblick auf § 16 GmbHG darüber hinaus auch der Beweiserleichterung, wenn die Rechtsübertragung dem Formzwang unterstellt ist (vgl. zu diesen Gesetzeszwecken Scholz/Winter, GmbHG, 8. Aufl., § 15 Rz. 38; BGHZ 13, 49, 51; BGHZ 75, 352, 353; Steindorff ZHR 1967, 21, 26; OLG Hamm GmbHR 1984, 317, 318; BGH NJW 1994, 3227).

Die Reichweite des Formerfordernisses wird in der Literatur teilweise unterschiedlich gesehen. Eine Mindermeinung war der Auffassung, daß lediglich die Verpflichtung zur Abtretung als solche der notariellen Beurkundung bedürfe (so Schlüter, FS Bartholomeyczik, 1973, 359 ff.). **Die herrschende Meinung in der Literatur orientiert sich bei der Auslegung des § 15 Abs. 4 UmwG an der Rechtsprechung zu § 313 BGB und verlangt, daß dem Formzwang alle Vereinbarungen unterliegen, die nach der Vorstellung der Parteien zu dem schuldrechtlichen Veräußerungsgeschäft gehören sollen. Der Formzwang bezieht sich daher inhaltlich auf alle Abreden, die Bestandteil des Abtretungsvertrages sind; auch Nebenabreden der Abtretung sollen vom Beurkundungszwang erfaßt werden** (so Scholz/Winter, a.a.O., § 15 Rn. 40; Wiesner NJW 1984, 95, 97; Piehler, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2, Kommanditgesellschaft, 1991, S. 642; Tiedau NJW 1984, 1447; Sieveking MDR 1984, 989; Koch NJW 1986, 1651, 1654; Frenz MittRhNotK, 1988, 1, 8; Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf, 2. Aufl. 1991, S. 69; Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 1992, S. 121; Henze, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Recht der GmbH, S. 217).

Dieser Rechtsgedanke der rechtlichen Einheit ist in Anlehnung an § 313 BGB dann erfüllt, wenn die Vereinbarungen nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängig sind, daß sie miteinander stehen und fallen sollen (vgl. BGHZ 101, 396; BGH NJW 1987, 1069 zu § 313 BGB). Auch wenn nur einer der Vertragspartner einen solchen Einheitswillen erkennen läßt und der andere Partner ihn erkennt oder ihn zumindest hinnimmt, kann ein einheitlicher Vertrag vorliegen.

Auf der Grundlage der herrschenden Meinung besteht daher auch weitgehend Einigkeit, **daß das Formerfordernis des § 15 Abs. 4 GmbHG auch die Verpflichtung zur Übertragung des Anteils an der Kommanditgesellschaft erfaßt** (so ausdrücklich Binz/Sorg, a.a.O.; Sieveking, a.a.O.; Beisel/Klumpp, a.a.O.; Wiesner NJW 1984, 97).

Der BGH hat im Grundsatz dies im Urteil v. 14.04.1986 bestätigt (NJW 1986, 2642 = DNotZ 1986, 689 mit Anm. Tiedau). Der BGH hat in dieser Entscheidung festgestellt, daß nach § 15 Abs. 4 GmbHG nicht nur die Übertragungsverpflichtung als solche, sondern die gesamte Vereinbarung, durch die die Übertragungsverpflichtung begründet wird, unter Einschluß aller mit ihr verbundenen Abreden, insbesondere derjenigen über die Gegenleistung, formbedürftig sei. Auch in dieser Entscheidung ging es um die Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteiles und eines Kommanditanteiles. Allerdings hat der BGH unter Hinweis auf § 139 BGB diesen Grundsatz dahingehend eingeschränkt, daß die Übertragung des Kommanditanteils trotz des gegebenen Formmangels wirksam wäre, wenn anzunehmen wäre, daß die Beteiligten die Übertragung auch ohne die Verpflichtung zur Übertragung des Geschäftsanteils an der GmbH vorgenommen hätten. Da diese Ausnahme aber in der Regel bei einem Kaufvertrag über Geschäftsanteile an einer GmbH & Co. KG und der Komplementär-GmbH wohl kaum vorliegen wird, muß man davon ausgehen, daß grundsätzlich das Fehlen der Beurkundung des schuldrechtlichen Kaufvertrages über die Kommanditanteile gem. § 125 S. 1 BGB zur Nichtigkeit der gesamten Vereinbarung führt.

2. **Umstritten ist in der Literatur die Frage, ob dieses nichtige Kausalverhältnis gem. § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG durch wirksame Beurkundung des GmbH-Geschäftsanteilsabtretungsvertrages geheilt wird.** Voraussetzung für die Heilung ist ein formgültiger dinglicher Abtretungsvertrag nach § 15 Abs. 3 GmbHG bezüglich des GmbH-Geschäftsanteils. Die überwiegende Meinung geht dabei davon aus, daß der Abtretungsvertrag dem obligatorischen Vertrag nachfolgen oder einheitlich mit ihm beurkundet sein oder ihm auch vorausgehen kann. Die heilende Wirkung tritt in jedem dieser drei Fälle ein (so BGH NJW 1983, 1843; GmbHR 1989, 194, 195; Scholz/Winter, § 15 Rn. 74; Hachenburg/Zutt, 8. Aufl., § 15 Rn. 65). Ebenfalls entspricht es der herrschenden Meinung, daß der Heilungswirkung nicht entgegensteht, daß Kaufvertrag und Abtretung in derselben notariellen Urkunde enthalten sind (so BGH NJW 1994, 3227; BGH WM 1992, 670, 671; BGH WM 1978, 793; Hachenburg/Zutt, a.a.O., Rn. 65).

Im Grundsatz besteht auch Einigkeit, daß sich die Heilung auf den gesamten obligatorischen Vertrag erstreckt (vgl. Hachen-

burg/Zutt, a.a.O., § 15 Rn. 69; Scholz/Winter, a.a.O., § 15 Rn. 76). So hat der BGH entschieden (BGH NJW-RR 1987; vgl. auch BGH NJW 1983, 1843), daß durch den Abschluß des notariellen Vertrages auch der Formmangel einer privatschriftlichen Vereinbarung vom selben Tage geheilt werde. Die Heilungswirkung des § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG erstrecke sich auch auf die nur in dem privatschriftlichen Verpflichtungsgeschäft enthaltenen Nebenabreden.

Dennoch ist in der Literatur umstritten, ob die wirksame Übertragung des GmbH-Anteils auch die formunwirksame Übertragung des Kommanditanteils heilt. In der Literatur wird zum Teil die Heilung des nichtigen Rechtsgeschäftes bzgl. des Kommanditanteils abgelehnt (so Kempermann NJW 1991, 685; Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf, S. 20; wohl auch Frenz MittRhNotK 1988, 8; zweifelnd auch Piehler, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, S. 642; Mayer DNotZ 1990, 134). Zum Teil wird auf § 139 BGB hingewiesen (so Kempermann, a.a.O.), zum Teil wird die Auffassung vertreten, daß die formgerechte Abtretung des GmbH-Geschäftsanteiles allein nicht ausreiche, weil die Veräußerung sich auf das Unternehmen beziehe und die Übertragung der Anteile an der GmbH und KG zusammen als einheitliches Rechtsgeschäft gewollt sei.

Ein anderer - wohl überwiegender - Teil der Literatur hingegen bejaht die Heilungswirkung auch für die Übertragung der Kommanditbeteiligung (so Wiesner NJW 1984, 97; Schultze NJW 1991, 1936; Binz/Sorg, Die GmbH & Co, S. 121 f.; Sieveking MDR 1984, 989 f.; Hachenburg/Zutt, § 15 Rn. 69; Scholz/Winter, § 15 Rz. 76).

Der BGH hatte in einem Nichtannahmebeschluß v. 29.01.1992 der letzteren Auffassung zugestimmt (NJW-RR 1992, 991). Er wies darauf hin, daß sich das Berufungsurteil im Ergebnis als zutreffend erweise, denn der Formfehler sei durch wirksame Übertragung des GmbH-Anteils gem. § 15 Abs. 4 GmbHG geheilt worden. Dabei könne unterstellt werden, daß die Veräußerung beider Gesellschaftsanteile rechtlich untrennbar sei, mithin auch der den Kommanditeil betreffende Kaufvertrag notarieller Beurkundung bedürfe. Das gesamte formnichtige Verpflichtungsgeschäft werde nämlich gültig, wenn nur die Abtretung des mitverkauften GmbH-Anteils gem. § 15 Abs. 3 GmbHG ordnungsgemäß notariell beurkundet sei. Erstaunlicherweise setzt sich der BGH dabei aber nicht mit der Gegenansicht auseinander. Da es sich bei dieser Entscheidung nur um einen Beschluß zur Begründung der Nichtannahme einer Revision handelte, verwundert die knappe Begründung nicht. Offen bleibt aber, ob der BGH damit diese umstrittene Rechtsfrage geklärt hat.

3. Das Verfahren der Abtretung durch Heilung bleibt aber in der Praxis problematisch. Zum einen ist anerkannt, daß die **Heilung keine Rückwirkung** hat, sondern erst zum Zeitpunkt der formgerechten Abtretung wirkt. Außerdem setzt die Heilungswirkung des wirksamen Verfügungsgeschäftes voraus, **daß die Willensübereinstimmung der Parteien hinsichtlich des Kausalgeschäftes bis zum Zeitpunkt des Erfüllungsgeschäftes gegeben war.** Denn die Parteien sind grundsätzlich bis zur Erfüllung an das formunwirksame schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft nicht gebunden und können die tatsächlich getroffene Einigung jederzeit widerrufen (BGH WM

1967, 935; BGH NJW 1994, 3227; Hachenburg/Zutt, § 15 Rn. 66).

4. Darüber hinaus kann die Formunwirksamkeit auch sonstige Nachteile für die Beteiligten mit sich bringen. Zum einen besteht die Gefahr einer **inhaltlichen Divergenz zwischen den beiden Anteilsübertragungsverträgen** (vgl. Frenz MittRhNotK, 1988, 9). Ferner ist es ganz herrschende Meinung, **daß die heilende Wirkung durch wirksame Übertragung des GmbH-Geschäftsanteils nur eintritt, wenn die Abtretung selbst wirksam ist** (so Hachenburg/Zutt, § 15 Rz. 67; Scholz/Winter, § 15 Rn. 77). Fehlen daher etwa noch Bedingungen oder Genehmigungen, so tritt bis zur Wirksamkeit der Abtretung auch keine Heilung ein. Allerdings genügt es nach Auffassung des BGH bei einem bedingten Anteilsübertragungsvertrag, daß die Willensübereinstimmung der Parteien nur bis zur Beurkundung des dinglichen Verfügungsgeschäftes bestehen muß, bei Bedingungseintritt muß die Willensübereinstimmung nicht mehr gegeben sein (BGH NJW 1994, 3227).

Rechtsprechung

**BNotO § 19;
BGB § 249
Belehrungspflichten bei ungesicherten Vorleistungen**

Die Vermutung beratungsgerechten Verhaltens gilt auch bei Verträgen zwischen Familienangehörigen. Sie ist erst erschüttert, wenn tatsächliche Umstände festgestellt sind, aus denen sich die ernsthafte Möglichkeit ergibt, daß die Vertragsteile sich bei Vereinbarung der konkret nachteiligen Klausel wesentlich auch von verwandtschaftlicher Rücksichtnahme haben leiten lassen.

Die Aussicht, daß aus einer Konkursmasse irgendwann nach Erhebung der Regreßklage gegen den Notar eine Quote von ungewisser Höhe gezahlt werden kann, stellt regelmäßig keine anderweitige Ersatzmöglichkeit dar.

BGH, Urt. v. 02.07.1996 - IX ZR 299/95

Kz.: L/III/1 - § 19 BNotO

Dokumentennr. Fax-Abruf: 501

Problem

Der beklagte Notar beurkundete einen Erbauseinandersetzungsvertrag, durch den die Mutter und zwei ihrer Söhne Miteigentumsanteile an verschiedenen Eigentumswohnungen an einen dritten Sohn übertragen. Die Veräußerer erklärten die Auflassung ihrer Eigentumsanteile und bewilligten die Umschreibung im Grundbuch, als Gegenleistung sollten bestimmte Zahlungen geleistet werden. Die Bewilligung einer Auflassungsvormerkung enthielt die Urkunde nicht. Der Notar hatte auch auf die Möglichkeit einer grundbuchlichen Sicherung nicht hingewiesen. Vor Kaufpreiszahlung ließ der Er-

werber eine Grundschuld zugunsten einer Bank eintragen. Nachdem er mit der Zahlung der Kaufpreisrate in Rückstand geraten war, fiel er in Konkurs. Es war nun fraglich, ob der Notar die Beteiligten über die Möglichkeit der dinglichen Sicherung hätte belehren müssen.

Lösung

Der BGH hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, **daß der Notar seine Belehrungspflichten verletze, wenn eine ungesicherte Vorleistung, die als solche nicht ohne weiteres erkennbar sei, vereinbart werde und der Notar die Beteiligten nicht gem. § 17 Abs. 1 BeurkG über die Folgen belehrt** habe, die im Falle der Leistungsunfähigkeit des durch die Vorleistung Begünstigten eintreten würden. Darüber hinaus muß der Notar Wege aufzeigen, wie dieses Risiko vermieden werden kann (zuletzt BGH NJW 1995, 330 = DNotI-Report 1/95, 4). In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH nun fest, daß dies auch bei den üblichen entgeltlichen Verkehrsgeschäften zwischen nahen Familienangehörigen gelte. Ohne besondere Umstände habe der Notar keinen Anlaß für die Annahme, Angehörige wollten einen Vertrag allein wegen ihrer Verwandtschaft unter Abweichungen von den normalen Sicherungsvorkehrungen beurkunden lassen.

BGB § 313

Ausübung eines Ankaufsrechts

Die Ausübung des in einem aufschiebend bedingten Grundstückskaufvertrag vereinbarten Ankaufsrechts ist formfrei möglich.

BGH, Urt. v. 28.06.1996 - V ZR 136/95

Kz.: L I / 1 - § 313 BGB

Dokumentennr. Fax-Abruf: 502

Problem

Mit notariellem Vertrag räumte der Beklagte dem Kläger ein „Kaufanwartschaftsrecht“ an einem Grundstück ein. Dieses machten die Kläger innerhalb der vereinbarten Frist schriftlich gegenüber der Beklagten geltend. Es war fraglich, ob diese schriftliche Geltendmachung ausreichend war.

Lösung

Der BGH stimmt der Auslegung des Berufungsgerichts zu, daß es sich hier um einen aufschiebend bedingten Kaufvertrag handle. Der Vertragsschluß unter der aufschiebenden Bedingung, daß der Berechtigte durch spätere Ausübungserklärung von seinem Recht Gebrauch mache, begegne keinen Bedenken. Solche Potestativbedingungen seien zulässig, weil die Vertragsschließenden die Absicht hätten, ungeachtet der Bedingungen schon eine Bindung einzugehen. Der Verkäufer binde sich endgültig, und der Käufer lege sich bereits auf den Inhalt des möglichen Vertrages fest. **Bei dem bedingten Kaufvertrag könnte nach herrschender Meinung die Ausübung des Ankaufsrechts formlos erklärt werden** (BGH NJW 1991, 2698). Der gegenteiligen Auffassung in der Literatur (Wufka DNotZ 1990, 353; Staudinger/Wufka, § 313 BGB, Rn. 78; MünchKomm-Kramer, 3. Aufl., Vor § 145 Rn. 45) schließt sich der BGH ausdrücklich nicht an. § 313 S. 1 BGB solle dem Beteiligten Schutz vor unüberlegten Grundstücksgeschäften und sachkundige Beratung durch die Urkundsperson ge-

währleisten sowie allgemein für Klarheit und Sicherheit im Rechtsverkehr sorgen. Diesem Anliegen sei Rechnung getragen, weil auch der an eine Potestativbedingung geknüpfte Vertrag der Form des § 313 BGB unterliege. Damit sei der Notar verpflichtet, die Beteiligten auch über die rechtliche Bedeutung einer späteren Ausübungserklärung und deren grundsätzliche Formfreiheit zu belehren. Auch die Neufassung des § 313 S. 1 BGB v. 1973 habe hieran nichts geändert. Denn bei der Neufassung seien die Regelungen ähnlicher Sachverhalte in den §§ 505 Abs. 1 S. 2, 1098 Abs. 1 S. 2, 497 Abs. 1 S. 2 BGB unberührt geblieben. Daß dies auf einem Versehen des Gesetzgebers beruhen könnte, erscheine fernliegend. Es ist anzumerken, daß die Argumentation des BGH nicht für die sog. gesetzlichen Vorkaufsrechte (z. B. § 570 b BGB) gilt. Hier kann der Vorkaufsberechtigte durch mündliche Erklärung einen an sich formbedürftigen Vertrag zustande bringen. Es bleibt abzuwarten, ob die vorliegende Rechtsprechung uneingeschränkt auch auf gesetzliche Vorkaufsrechte auszuweiten ist.

BGB § 313;

BeurkG § 9

Umfang des Beurkundungserfordernisses im Hinblick auf Bedingungen des Kaufvertrages

Der Form des § 313 S. 1 BGB kann genügt sein, wenn die notarielle Urkunde die Bedingung eines Kaufs allgemein bezeichnet (behördliche Genehmigung des Gewerbebetriebs des Käufers), zum näher Vereinbarten (Genehmigung einer Autowaschanlage nach einer Plan-skizze des Käufers) aber schweigt (im Anschluß an BGHZ 69, 266).

BGH, Urt. v. 12.07.1996 - V ZR 202/95

Kz.: L I 1 - § 313 BGB

Dokumentennr. Fax-Abruf: 503

Problem

In der notariellen Praxis spielt die Frage häufig eine bedeutende Rolle, inwieweit außerhalb des eigentlichen Kaufvertrages liegende Umstände und Tatsachen in den Kaufvertrag aufgenommen werden müssen (vgl. zur Frage des Umfangs der Beurkundungsbedürftigkeit eines Eintritts in einen anderen Vertrag, z. B. Mietvertrag durch den Käufer, DNotI-Report 7/1995, S. 59). Im folgenden Fall wurde ein Kaufvertrag über ein Gewerbegrundstück geschlossen. Der Vertrag wurde unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen, daß der Käufer eine baurechtliche Genehmigung für seinen Gewerbebetrieb oder einen positiven Bauvoranfragebescheid erhält. Bei den Notarverhandlungen legte der Käufer eine von seinem Architekten gefertigte Handskizze vor, in der die Errichtung einer Waschanlage vorgesehen war. Auf die Skizze wurde in der notariellen Urkunde nicht verwiesen, sie war dieser auch nicht beigelegt. Fälle wie der vorliegende sind häufig, so daß die Frage besteht, wie weit der Formzwang des § 313 BGB reicht, insbesondere ob im vorliegenden Fall die Skizze zum Inhalt der Urkunde hätte gemacht werden müssen.

Lösung

Der BGH weist darauf hin, daß die Skizze nicht mit beurkundet worden sei. **Zur Beurkundung wäre nach § 9 Abs. 1 S. 2**

BeurkG erforderlich gewesen, daß die Niederschrift eine Verweisung auf die Skizze enthalten hätte und diese ihr beigelegt worden wäre. Der BGH ist dennoch der Auffassung, daß der Vertrag gerade noch dem Formerfordernis des § 313 S. 1 BGB genüge. Das Beurkundete, d. h. die aufschiebende Bedingung des Vertrages mit dem genannten Inhalt, reiche aus, um dem sachlich-rechtlichen Kriterium, wie weit das Vereinbarte im Urkundstext zum Ausdruck kommen müsse, zu genügen. Der BGH folgt hier der sog. **Andeutungstheorie**, nach der eine Beurkundung dann noch wirksam ist, wenn sich der vertragliche Inhalt zumindest andeutungsweise aus der Urkunde ergibt. Der Hinweis auf den Gewerbebetrieb des Käufers erfasse das Vereinbarte, nämlich die Genehmigungsfähigkeit einer Waschanlage. Zwar sei der Urkundstext wegen seiner allgemeinen Fassung unvollkommen, die Besonderheit des Vereinbarten komme aber in dem gewählten Oberbegriff „Gewerbebetrieb“ in einer den Zwecken des § 313 BGB genügenden Weise zum Ausdruck. Trotz dieser relativ großzügigen Rechtsprechung in diesem einen Fall (vgl. zur wesentlich strengerem Rechtsprechung des BGH beim Verkauf noch zu errichtender Häuser oder Eigentumswohnungen BGHZ 69, 266; BGH NJW 1977, 2072; NJW 1979, 1495) **empfiehlt es sich, in diesen Fällen die zugrundeliegenden Pläne zum Inhalt der Urkunde zu machen** (vgl. auch Grziwotz, Bauhandelschließung, S. 242 f. zur Formulierung der Zusicherung der Bebaubarkeit eines Grundstücks).

UmwG §§ 234, 213, 35

Formwechsel einer AG in eine GmbH & Co. KG

1. Wird eine börsennotierte AG formwechselnd in eine GmbH & Co. KG umgewandelt, sind im Umwandlungsbeschluß die Aktionäre, die zu Kommanditisten werden, soweit als möglich namentlich zu bezeichnen. Deshalb wird die AG bereits in ihrer Einladung zur beschlußfassenden Hauptversammlung ihre Aktionäre aufzufordern haben, ihren Aktienbesitz unter Namensnennung der Gesellschaft anzuzeigen.

2. Soweit Aktionäre unbekannt bleiben, sind die auf sie entfallenden Aktienurkunden festzustellen und diese Aktionäre durch die Angabe ihrer Aktienurkunden als Kommanditisten in den Umwandlungsbeschluß aufzunehmen.

3. Fehlt einem Umwandlungsbeschluß der gesetzlich vorgeschriebene und damit zwingende Inhalt (hier nach §§ 194, 234 UmwG), ist der Beschluß unwirksam und darf in das Handelsregister nicht eingetragen werden.

BayObLG, Beschl. v. 05.07.1996 - 3Z BR 114/96

Kz.: L V 5 - § 234 UmwG

Dokumentennr. Fax-Abwurf: 101

Problem

Die vorliegende Entscheidung ist die erste obergerichtliche Entscheidung, die sich eingehend mit den neuen Vorschriften des Umwandlungsgesetzes befaßt. Gegenstand des Verfahrens war ein **Formwechselbeschluß einer Aktiengesellschaft in eine GmbH & Co. KG**. Besonders problematisch war im

vorliegenden Fall folgende Klausel des Umwandlungsbeschlusses: „Komplementärin der künftigen KG ist die A-Verwaltungs- und Beteiligungs-GmbH mit Sitz in Z. Die Komplementärin ist mit einem Kapitalanteil von DM 1,- an der KG beteiligt. Im übrigen ist als Kommanditistin die B-GmbH & Co. KG in Z mit einer Kommanditeinlage von DM 607.388,- sowie alle namentlich nicht bekannten Aktionäre mit einer Kommanditeinlage von je DM 1,- für jede von ihnen gehaltene Aktie im Nennwert von DM 50,- an der Gesellschaft beteiligt. Das gesamte Kapital der Gesellschaft beträgt DM 640.000,-“. Das Amtsgericht hatte die Anmeldung dieses Beschlusses zurückgewiesen, weil die Eintragung unbekannter Kommanditisten gegen tragende Grundsätze des Rechts der KG verstoße. Das Landgericht hatte die Beschwerde hiergegen als unbegründet zurückgewiesen (vgl. ZIP 1996, 1011).

Lösung

Auch das BayObLG ist der Auffassung, daß der Umwandlungsbeschluß nicht eintragungsfähig sei. Es meint, daß der zur Eintragung angemeldete Umwandlungsbeschluß unwirksam sei, weil die Angabe der Kommanditisten zwingenden Vorschriften widerspreche. Die zwingende Mindestanforderung, die ein Umwandlungsbeschluß erfüllen müsse, ergebe sich aus § 194 Abs. 1 UmwG, der durch § 234 UmwG ergänzt werde. Nach dessen Nr. 2 **müssen bei einem Formwechsel in eine KG im Beschluß die Angabe der Kommanditisten sowie des Betrages der Einlage eines jeden von ihnen enthalten sein**. Daran fehle es hier. Die namentliche Bezeichnung der Kommanditisten sei unproblematisch, wenn die Aktionäre namentlich bekannt seien. Dies sei regelmäßig nur der Fall, wenn Namensaktien ausgegeben seien. Sind aber wie hier Inhaberaktien ausgegeben, dann sind der Gesellschaft in der Regel nicht alle Aktionäre bekannt. Da nach § 197 S. 1 UmwG auf den Formwechsel die für die neue Rechtsform geltenden Gründungsvorschriften anzuwenden sind, sind die Kommanditisten grundsätzlich entsprechend §§ 162, 106 Abs. 2 HGB namentlich aufzuführen. Deshalb habe die Gesellschaft vor Fassung des Umwandlungsbeschlusses den Personenkreis ihrer Aktionäre zu ermitteln, soweit dies nicht mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden sei. So könne die Gesellschaft in ihrer im Bundesanzeiger zu veröffentlichenden Einladung zur Hauptversammlung ihre Aktionäre auffordern, der Gesellschaft die entsprechenden Beteiligungen unter Angabe von Namen, Vornamen, Stand und Wohnort sowie der Nummern ihrer Aktienurkunde mitzuteilen. **Für den Fall der unbekanntem Aktionäre seien allerdings §§ 213, 35 UmwG anwendbar**. Wollte man in jedem Fall verlangen, daß sämtliche Kommanditisten im Umwandlungsbeschluß namentlich zu bezeichnen sind, kämen für eine Umwandlung regelmäßig nur noch Aktiengesellschaften in Betracht, bei denen sämtliche Aktionäre der Gesellschaft namentlich bekannt sind. Damit würde aber von vornherein die Umwandlung einer börsennotierten AG in eine KG praktisch nicht durchführbar sein. Nach der Gesetzesintention sei aber davon auszugehen, daß die Umwandlung erleichtert, nicht aber erschwert werden solle. Für unbekannt oder unbekannt gebliebene Aktionäre verweist die für einen Formwechsel allgemein geltende Vorschrift des § 213 UmwG auf die entsprechende Anwendung von § 35 UmwG. Dementsprechend sind im Umwandlungsbeschluß die unbekanntem Aktionäre

durch Angabe ihrer Aktienurkunden als Kommanditisten zu bezeichnen. Die Gesellschaft muß nicht im einzelnen darlegen, welche Ermittlungsbemühungen sie unternommen hat und daß diese ernsthaften Bemühungen erfolglos geblieben sind. Zu fordern sei aber, daß sie ihr bekannte Aktionäre im Umwandlungsbeschluß als Kommanditisten aufführe.

Einschränkungen bestehen nicht mehr. Mit dieser Regelung steht daher allen Einzutragenden frei, ob sie sich für eine Personen- oder eine Sachfirma entscheiden wollen. Auch die Wahl einer reinen „Phantasiefirma“ wird zulässig werden.

Hinweis: Der Entwurf kann beim DNotI im Fax-Abfrage-Dienst bestellt werden. **Dokumentennr. Fax-Abruf: 102**

Aktuelles

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften (Handelsrechtsreformgesetz)

Das BMJ hat eine grundlegende Neuregelung des Handelsrechts, insbesondere des Kaufmanns- und Firmenrechts vorgelegt. Besonders bemerkenswert ist die Aufgabe der Differenzierung in Muß-, Soll- und Minderkaufmann. Als Handelsgewerbe gilt in Zukunft jedes gewerbliche Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Auch die strengen firmenrechtlichen Vorschriften des HGB werden erheblich erleichtert. In Zukunft muß eine Firma zur Kennzeichnung eines Kaufmanns geeignet sein und Unterscheidungskraft besitzen. Sie darf keine Angaben enthalten, die geeignet sind, über geschäftliche Verhältnisse, die für die angesprochenen Verkehrskreise wesentlich sind, irrezuführen. Weitergehende

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.

Literaturhinweise

Kümpel, Bank- und Kapitalmarktrecht, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 1995

Das Buch enthält eine systematische Gesamtdarstellung des Bank- und Kapitalmarktrechts unter Berücksichtigung der Rechtsprechung und der bankgeschäftlichen Formularpraxis. Eine Vielzahl von Spezialfragen des Bankgeschäftes haben sicherlich für die notarielle Praxis wenig Bedeutung. Das Werk behandelt allerdings auch eine Reihe von Fragen, die auch für den Notar von großem Interesse sind: z. B. die Frage des Widerrufsrechtes nach dem VerbrKrG bei drittfinanzierten Geschäften, die erbrechtliche Zuwendung bzw. Einrichtung eines Kontos auf den Todesfall, Probleme der Grundpfandrechte als Mittel der Kreditsicherung (Gläubigerbenachteiligung, Haftung wegen Vermögensübernahme, Sittenwidrigkeit der Sicherheitenbestellung, abstraktes Schuldversprechen und AGBG etc.).

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

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