

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

20. Jahrgang
August 2012
ISSN 1434-3460

15/2012

Inhaltsübersicht

Aktuelles

Überblick über die Europäische Erbrechtsverordnung
Gleich lautende Ländererlasse zu § 6a GrEStG

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

UmwG §§ 2, 4, 20, 190, 202 – Kettenumwandlung; aufschiebend bedingter Formwechsel vor nachfolgender Verschmelzung; anwendbares Recht; organschaftliche Vertretung bei Abschluss des Verschmelzungsvertrages

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

WEG § 10 Abs. 3 – Zuordnung eines Sondernutzungsrechts zu einem Miteigentumsanteil an einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit; Eintragung im Grundbuchblatt des Sondereigentums

AktG § 112; BGB § 181 – Keine Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats bei Bestellung des Vorstands einer AG zum Geschäftsführer der Tochter-GmbH; In-sich-Geschäft bei „Selbstbestellung“ des Vorstands

Literaturhinweise

Aktuelles

Überblick über die Europäische Erbrechtsverordnung

Die Europäische Erbrechtsverordnung (Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses – kurz: EU-ErbVO) wurde am 13.3.2012 vom Europäischen Parlament und am 7.6.2012 vom Rat angenommen und mittlerweile auch **im Amtsblatt** der Europäischen Union **veröffentlicht** (*ABl. EG L 201 vom 27.7.2012*). Gem. Art. 84 Abs. 1 EU-ErbVO **tritt sie am 20. Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt in Kraft**. Bis zur Anwendbarkeit der Vorschriften ist allerdings ein **Übergangszeitraum bis zum 17.8.2015** vorgesehen (näher Art. 84 Abs. 2 EU-ErbVO). Die Verordnung wird im Bereich der gesamten EU mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks Anwendung finden (vgl. Erwägungsgründe 82 und 83).

1. Anknüpfung des Erbstatuts an gewöhnlichen Aufenthalt (Art. 21 EU-ErbVO)

Die für die notarielle Gestaltungspraxis wohl bedeutendste Änderung durch das Inkrafttreten der EU-ErbVO ergibt sich daraus, dass die **Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit** durch eine **Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt** des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes (**Art. 21 EU-ErbVO**) **ersetzt** wird. Ausschlaggebend für diese Änderung waren wohl weniger kollisionsrechtliche als europarechtliche Aspekte.

Auf die strukturellen Schwächen der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt im Rahmen des Erbrechts ist während des Gesetzgebungsprozesses wiederholt hingewiesen worden (so z. B. Kanzleiter, FS Stefan Zimmermann, 2010, S. 165; Süß, Workshop on the Proposal for a Regulation on Succession des Europäischen Parlaments am 22.3.2010, Notes, S. 13 ff. [nachfolgend: Notes]). Das Europäische Parlament hat auf diese Kritik reagiert. Zwar ist die grundsätzliche Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt beibehalten worden. Nr. 23 der Erwägungsgründe zur EU-ErbVO bestimmt aber nun, dass die mit der Erbsache befasste Behörde bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts eine **Gesamtbeurteilung der Lebensumstände des Erblassers** in den Jahren vor seinem Tod und im Zeitpunkt seines Todes vornehmen und dabei alle relevanten Tatsachen berücksichtigen soll, insbesondere im Hinblick auf die Dauer und Regelmäßigkeit des Aufenthalts des Erblassers im betreffenden Staat sowie die damit zusammenhängenden Umstände und Gründe. Der so bestimmte gewöhnliche Aufenthalt sollte unter Berücksichtigung der spezifischen Ziele der Verordnung eine besonders enge und feste Bindung zu dem betreffenden Staat erkennen lassen. Daraus ergibt sich u. E. das **Erfordernis einer besonderen Stabilität** für den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts im Sinne der Vorschriften der EU-ErbVO, so

dass auf die bislang ergangene Rechtsprechung des EuGH (insbesondere EuGH, Urt. v. 2.4.2009 – C-523/07, FamRZ 2009, 843) und der deutschen Gerichte (z. B. BGH, Beschl. v. 9.2.2011 – XII ZB 182/08, NJW 2011, 855) zur Interpretation des gewöhnlichen Aufenthalts, die ausschließlich den gewöhnlichen Aufenthalt von Minderjährigen betraf, nur mit Vorbehalt zurückgegriffen werden kann. Im Rahmen einer Ausweichklausel (Art. 21 Abs. 2 EU-ErbVO) kann darüber hinaus bei offensichtlich engerer Verbindung zu einem anderen Staat als dem Aufenthaltsstaat das Recht dieses anderen Staates angewandt werden.

Bei den Verweisungen der Verordnung handelt es sich gem. **Art. 20 EU-ErbVO** um **universell geltende Kollisionsnormen**. Die Verweisungen gelten daher auch im Verhältnis zu den durch die Verordnung nicht gebundenen EU-Mitgliedsstaaten (Vereinigtes Königreich, Irland und Dänemark) und Drittstaaten uneingeschränkt.

Der Entwurf der Kommission (vgl. DNotI-Report 2009, 186) sah vor, dass bei Verweisung auf das Recht eines Drittstaates Rück- und Weiterverweisungen des ausländischen Erbkollisionsrechts unbeachtet bleiben. Auch insoweit ist in Reaktion auf Kritik (z. B. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *RabelsZ* 74 [2010] 522, 657 Rn. 232; Notes, S. 17) eine Regelung aufgenommen worden, wonach eine **Rückverweisung** auf das Recht eines der EU-Mitgliedsstaaten **zu beachten** ist, **Art. 34 EU-ErbVO**.

2. Rechtswahl (Art. 22 EU-ErbVO)

Eine weitere Möglichkeit, die mit der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt verbundenen Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, ergibt sich aus **Art. 22 EU-ErbVO**. Danach kann eine Person durch **Rechtswahl** die Erbfolge dem Recht eines der Staaten unterstellen, denen sie im Zeitpunkt der Ausübung der Rechtswahl oder im Zeitpunkt ihres Todes angehört. Die Rechtswahl muss **in Form einer Verfügung von Todes wegen** erfolgen. Sie muss nicht ausdrücklich getroffen werden, sondern soll sich ebenfalls (konkludent) aus den Bestimmungen einer Verfügung von Todes wegen ergeben können. Gem. **Art. 83 Abs. 2 EU-ErbVO** ist eine solche Rechtswahl auch anzuerkennen, wenn sie schon vor dem Zeitpunkt der Anwendbarkeit der Verordnung getroffen wurde.

Ein in Deutschland lebender ausländischer Staatsangehöriger bzw. ein im Ausland lebender deutscher Staatsangehöriger kann durch (idealiter ausdrückliche) Rechtswahl zugunsten seines Heimatrechts also **schon jetzt sicherstellen, dass er auch nach dem Stichtag für die Anwendbarkeit der EU-ErbVO weiterhin nach seinem Heimatrecht beerbt wird**, und ausschließen, dass es zur Geltung des Aufenthaltsrechts kommt. Die sich aus der gesetzlich anerkannten Möglichkeit einer „konkludenten“ Rechtswahl ergebende Gefahr, dass ein Gericht eine solche ebenfalls dann unterstellt, wenn der Erblasser nach seinem Aufenthaltsrecht beerbt werden möchte, dürfte in Zukunft wohl dazu führen, dass die Rechtswahl zugunsten oder gegen das Heimatrecht bei allen grenzüberschreitenden Konstellationen zum Standardrepertoire des Testaments gehören wird.

Eine auf einzelne in Deutschland belegene Grundstücke oder auf das gesamte inländische Grundvermögen bezogene **gegenständlich beschränkte Rechtswahl** i. S. v. Art. 25 Abs. 2 EGBGB ist nach der EU-ErbVO **nicht mehr zulässig**. Gesetzliche Anknüpfung und Rechtswahlmöglichkeit beruhen insoweit streng auf dem **Grundsatz der**

Nachlasseneinheit. Eine noch vor dem Anwendungsstichtag (17.8.2015) getroffene, zu einer Nachlassspaltung führende Rechtswahl bleibt aber gem. Art. 83 Abs. 2 EU-ErbVO wirksam, wenn der Erblasser im Zeitpunkt der Rechtswahl seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte. Kein entsprechender Bestandsschutz ergibt sich jedoch in den Fällen, in denen der Erblasser bei Ausübung der gegenständlich beschränkten Rechtswahl keinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte. Sollte sich hier nicht schon aus einer Rückverweisung des ausländischen IPR auf das deutsche Recht die Geltung deutschen Erbrechts ergeben, könnten sich aus einer ausschließlich am deutschem Erbrecht konzipierten Verfügung beim Eintritt des Erbfalls nach Anwendbarkeit der Verordnung Probleme ergeben.

3. Materielle Wirksamkeit von Verfügungen von Todes wegen (Art. 24 EU-ErbVO)

Die materielle Wirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen unterliegt dem **Recht, das nach den Umständen zum Zeitpunkt der Errichtung Erbstatut wäre**, Art. 24 Abs. 1 EU-ErbVO. Der Verfügende kann allerdings die Wirksamkeit der Verfügung durch Rechtswahl einem seiner Heimatrechte unterstellen. Insoweit ist also bei testamentarischer Rechtswahl **stets klarzustellen**, ob diese sich auf die Erbfolge, auf die Wirksamkeit der Verfügung oder auf beides beziehen soll.

In gleicher Weise gilt für die Wirksamkeit eines **Erbvertrages** das Recht, nach dem die vertragsmäßig verfügende Partei bei Abschluss des Vertrags beerbt werden würde, Art. 25 Abs. 1 EU-ErbVO. Ein mehrseitig verfügender Erbvertrag ist nur wirksam, wenn er nach jedem der Rechte zulässig ist, nach dem die vertragsmäßig verfügenden Parteien bei Abschluss des Vertrags beerbt werden würden, Art. 25 Abs. 2 EU-ErbVO (kumulative Anwendung). Allerdings können die Vertragsparteien durch **Rechtswahl** die Wirksamkeit und Bindungswirkung des Erbvertrags dem **Recht eines Staates unterstellen, dem irgendeiner von ihnen angehört** (Art. 25 Abs. 3 EU-ErbVO). Die Wahl des Rechts des Staates, in dem einer von ihnen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, ist dagegen nicht möglich.

Anders als der Entwurf der Kommission enthält die EU-ErbVO nun auch eine Vorschrift zur **Formwirksamkeit** von Testamenten. Für die Mitgliedsstaaten, die dem Haager Testamentsformübereinkommen vom 5.10.1961 beigetreten sind, wird die vorrangige Anwendbarkeit dieses Abkommens bekräftigt, Art. 75 Abs. 1 EU-ErbVO. Für die übrigen Mitgliedsstaaten sind die einschlägigen Kollisionsnormen des Haager Übereinkommens in Art. 27 EU-ErbVO inkorporiert worden, so dass diese als EU-Verordnungsrecht anzuwenden sind.

Eine ausdrückliche Vorschrift für das auf die Zulässigkeit der **gemeinschaftlichen Testamenterrichtung** anwendbare Recht enthält die EU-ErbVO hingegen nicht. Da das gemeinschaftliche Testament laut Definition in Art. 3 EU-ErbVO „Verfügung von Todes wegen“, aber kein Erbvertrag ist, bleibt offen, ob insoweit das auf die materielle Wirksamkeit der Testamente anwendbare Recht (Art. 24 Abs. 1 EU-ErbVO) oder das Formstatut (Art. 27 EU-ErbVO) gilt. Auch ist noch nicht gesichert, dass sich in diesen Fällen die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments aus dem in Art. 24 EU-ErbVO definierten Errichtungsstatut ergibt. Bis zu einer abschließenden Klärung dieser Fragen mag es sich daher ggf. empfehlen, auf den ausdrücklich geregelten Erbvertrag auszuweichen.

4. Europäisches Nachlasszeugnis (Art. 62 ff. EU-ErbVO)

Die Art. 62 ff. EU-ErbVO führen ein Europäisches Nachlasszeugnis ein. Dieses ist seinen Wirkungen nach weitgehend dem Erbschein des deutschen Rechts vergleichbar. Das - im Regelfall als öffentliche Urkunde ausgestaltete - Europäische Nachlasszeugnis **entfaltet seine Wirkungen in allen Mitgliedsstaaten**, ohne dass es eines besonderen Anerkennungsverfahrens oder der Legalisation bzw. Anbringung einer Apostille bedarf (Art. 74 EU-ErbVO). Es hat Gutgläubenswirkung und stellt auch eine wirksame Grundlage für die Eintragung der Erben in das einschlägige Register eines Mitgliedsstaates dar.

Allerdings stellt ein ausdrücklicher Vorbehalt in Art. 69 Abs. 5, Art. 1 Abs. 2 lit. k und l, Art. 31 EU-ErbVO klar, dass die Art der dinglichen Rechte und die Eintragung von Rechten an beweglichen oder unbeweglichen Vermögensgegenständen in einem Register (einschließlich der Voraussetzungen für die Eintragung sowie der Wirkungen der Eintragung) **der *lex rei sitae* vorbehalten** sind. Selbst wenn nach der auf die Erbfolge anwendbaren Rechtsordnung ein Vermächtnis dingliche Wirkungen hätte, wäre also z. B. bei einem Stückvermächtnis bzgl. eines in Deutschland belegenen Grundstücks oder eines Anteils an einer GmbH mit Sitz in Deutschland zum Erwerb durch den Vermächtnisnehmer die Auflassung vor einem deutschen Notar und die Eintragung in das Grundbuch bzw. die Beurkundung einer Abtretungserklärung erforderlich. Gleiches gilt entsprechend für die in manchen Mitgliedstaaten dinglich wirkende Teilungsanordnung des Erblassers

Die Verwendung des Nachlasszeugnisses ist gem. Art. 62 Abs. 2 EU-ErbVO nicht verpflichtend. Es kann also in den Mitgliedsstaaten, die das schon bisher zugelassen haben, weiterhin aufgrund nationaler Nachfolgezeugnisse oder öffentlich beurkundeter Testamente vorgegangen werden. Dies gilt umso mehr, als aufgrund der einheitlichen Kollisionsnormen eine einheitliche Rechtsanwendung gewährleistet ist und gem. Art. 59 ff. EU-ErbVO der in einem Mitgliedsstaat errichteten öffentlichen Urkunde in allen anderen Mitgliedsstaaten die gleiche formelle Beweiskraft wie im Ursprungsmitgliedstaat zukommt. Zur Erleichterung der grenzüberschreitenden Verwendung sollen einheitliche Formblätter über den Umfang der formellen Beweiskraft entworfen werden, Art. 59 Abs. 1 S. 2, Art. 80 EU-ErbVO.

5. Übergangsvorschriften (Art. 83 EU-ErbVO)

Die EU-ErbVO gilt für die Erbfolge nach Personen, die ab dem 17. August 2015 verstorben sind, Art. 83 Abs. 1 EU-ErbVO. Wurde eine Verfügung von Todes wegen vor diesem Stichtag nach einem bestimmten Recht errichtet und hätte der Erblasser nach den Regeln der EU-ErbVO dieses wählen können, so **gilt dieses Recht als gewählt, Art. 83 Abs. 4 EU-ErbVO**. Die Verfügung von Todes wegen ist im Übrigen wirksam, wenn sie nach den Verweisungsnormen der EU-ErbVO wirksam ist oder den Vorschriften des Internationalen Privatrechts in dem Staat entsprach, in dem der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte oder dessen Staatsangehörigkeit er besaß. Ein in Deutschland nach den Vorschriften des deutschen Rechts errichteter Erbvertrag oder errichtetes gemeinschaftliches Testament von ausländischen Staatsangehörigen, deren Heimatrecht diese Verfügungen für unwirksam erklärt, wird mithin mit Anwendbarkeit der Verordnung geheilt.

6. Vorbehalt bilateraler Abkommen

Die universelle Anwendbarkeit der Kollisionsnormen der Verordnung wird gem. Art. 75 Abs. 1 EU-ErbVO durch einen Vorbehalt zugunsten bilateraler Abkommen durchbrochen. Insoweit gilt für die Bundesrepublik Deutschland im Verhältnis zur Türkei also weiterhin das Nachlassabkommen vom 28.5.1929 (Geltung des Heimatrechts für bewegliches und der *lex rei sitae* für unbewegliches Vermögen), im Verhältnis zum Iran das Deutsch-Persische Niederlassungsabkommen vom 17.2.1929 (Geltung des Heimatrechts für die Erbfolge) und im Verhältnis zu den Nachfolgestaaten der Sowjetunion der Deutsch-Sowjetische Konsularvertrag vom 25.4.1958 (Geltung der *lex rei sitae* für Immobilien - Nachweise für alle Abkommen z. B. bei Bamberger/Roth/St. Lorenz, BGB, 3. Aufl. 2012, Art. 25 EGBGB Rn. 5 ff. und Staudinger/Dörner, BGB, Neubearb. 2007, vor Art. 25 EGBGB Rn. 149).

7. Weiterführende Literatur

M. Buschbaum/M. Kohler, Vereinheitlichung des Erbkollisionsrechts in Europa, GPR 2010, 106;
DNotI, Bevorstehende Änderungen im internationalen Erbrecht aufgrund der Europäischen Erbrechtsverordnung, DNotI-Report 2009, 186;
H. Dörner, Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht, ZEV 2010, 221;
K. W. Lange, Das geplante Europäische Nachlasszeugnis, DNotZ 2012, 168;
K. W. Lange, Das Erbkollisionsrecht im neuen Entwurf einer EU-ErbVO, ZErB 2012, 160;
J. Remde, Die Europäische Erbrechtsverordnung nach dem Vorschlag der Kommission vom 14. Oktober 2009, RNotZ 2012, 65;
U. Simon/ M. Buschbaum, Die neue EU-Erbrechtsverordnung, NJW 2012, 2393;
R. Süß, Der Vorschlag der EG-Kommission zu einer Erbrechtsverordnung (Rom IV-Verordnung) vom 14. Oktober 2009, ZErB 2009, 342;
R. Wagner, Der Kommissionsvorschlag vom 14.10.2009 zum internationalen Erbrecht, DNotZ 2010, 506;
Workshop on the Proposal for a Regulation on Succession des Europäischen Parlaments am 22.3.2010, Notes stehen unter: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/divers/juri/2010/419629/IPOL-JURI_DV\(2010\)419629_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/divers/juri/2010/419629/IPOL-JURI_DV(2010)419629_EN.pdf) zum Download bereit.

Gleich lautende Ländererlasse zu § 6a GrEStG

In den gleich lautenden Erlassen der obersten Finanzbehörden der Länder zur Anwendung des § 6a GrEStG vom 19.6.2012 (abrufbar unter www.dnoti.de) hat die Finanzverwaltung die gleich lautenden Ländererlasse vom 1.12.2010 und vom 22.6.2011 überarbeitet und u. a. ausführlich und mit Beispielsfällen zur Frage Stellung genommen, **wer Beteiligter des Umwandlungsvorgangs sein muss**, damit die Vergünstigung des § 6a GrEStG gewährt wird (Ziff. 2.1), und **wer „herrschender Unternehmer“ ist** (Ziff. 2.2). Auch die Ausführungen zu den **begünstigungsfähigen Erwerbsvorgängen** (Ziff. 3), den **Vorbehaltensfristen** (Ziff. 4) und den **Nachbehaltensfristen** (Ziff. 5) wurden ergänzt und mit Beispielsfällen unterlegt.

In Ziff. 7 wurde neu aufgenommen, dass die **Steuervergünstigungen der §§ 5,6 und 6a GrEStG gleichrangig**

nebeneinander bestehen und – soweit die Voraussetzungen für eine Steuervergünstigung nicht vorliegen oder später entfallen – eine andere Steuervergünstigung von Amts wegen gewährt werden kann, sofern deren Voraussetzungen vorliegen. Der neue Erlass vom 19.6.2012 tritt an die Stelle der gleich lautenden Ländererlasse vom 1.12.2010 sowie vom 22.6.2011 und ist **in allen noch offenen Fällen anzuwenden**. Es wird jedoch nicht beanstandet, wenn sich der Steuerpflichtige für Rechtsvorgänge, die nach dem 31.12.2009 und vor dem 13.7.2012 verwirklicht wurden, auf die bisherige Verwaltungsauffassung beruft.

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

UmwG §§ 2, 4, 20, 190, 202

Kettenumwandlung; aufschiebend bedingter Formwechsel vor nachfolgender Verschmelzung; anwendbares Recht; organische Vertretung bei Abschluss des Verschmelzungsvertrages

I. Sachverhalt

1. Schritt: Die A-AG, deren alleiniger Gesellschafter die B-AG ist, soll auf die B-AG verschmolzen werden. Stichtag soll der 1.1.2012 sein.

2. Schritt: Die B-AG, deren alleiniger Aktionär und Komplementär die C-GmbH ist, soll in eine B-GmbH formgewechselt werden; alleinige Gesellschafterin ist dann die C-GmbH. Der Formwechsel soll aufschiebend bedingt auf die Rechtswirksamkeit der Verschmelzung gemäß dem 1. Schritt erfolgen.

3. Schritt: Die B-GmbH soll sodann auf ihre alleinige Gesellschafterin, die C-GmbH, verschmolzen werden. Stichtag dieser Verschmelzung soll der 1.1.2013 (also ein zukünftiger Stichtag) sein, aufschiebende Bedingung die Rechtswirksamkeit des Formwechsels gemäß dem 2. Schritt.

II. Fragen

Kann der Verschmelzungsvertrag für den 3. Schritt bereits jetzt geschlossen, d. h. in der gleichen Urkunde wie die Schritte 1 und 2 protokolliert werden, oder bestehen dagegen Bedenken, weil der letzte Verschmelzungsvertrag (3. Schritt) von der B-AG und nicht von der in diesem Rechtskleid noch gar nicht existenten B-GmbH abgeschlossen wird?

III. Zur Rechtslage

1. Anerkennung der Kettenumwandlung

Die Möglichkeit einer sog. **Kettenumwandlung**, bei der mehrere Umwandlungsvorgänge aufeinanderfolgend gestaffelt werden, ist mittlerweile in Rechtsprechung und Literatur grundsätzlich **anerkannt** (OLG Hamm DNotZ 2006, 378; Mayer, in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: Juli 2009, § 5 UmwG Rn. 235.4 ff.; Heckschen/Simon, Umwandlungsrecht, 2002, § 5 Rn. 137 ff.; KölnKommUmwG/Simon, 2009, § 2 Rn. 205 ff.; Stoye-Benk/Cutura, Handbuch Umwandlungsrecht, 3. Aufl. 2012, Kap. 2, Rn. 26; Happ/Richter, Konzern- und Umwandlungsrecht, 2012, Muster 7.06, Rn. 1.3 ff.; Sagasser/Luke, in: Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, 4. Aufl. 2011, § 9 Rn. 379 ff.; Schlösser, in: Sagasser/Bula/Brünger, § 11

Rn. 35 ff.; Kallmeyer/Zimmermann, UmwG, 4. Aufl. 2010, § 13 Rn. 4, 8; Heidinger, in: Fachanwaltshandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2010, Teil 2, Kap. 6, § 1 Rn. 155; Ulrich/Böhle, GmbHR 2006, 644).

Dabei ist allerdings **zwischen** dem Zeitpunkt des **Vertragsschlusses** bzw. der Fassung der erforderlichen (Zustimmungs-)Beschlüsse **und** dem (dinglichen) **Vollzug** durch die jeweilige Eintragung in das Handelsregister **zu unterscheiden**. So können zwar mehrere hintereinander geschaltete Umwandlungen schuldrechtlich am gleichen Tag vereinbart und die erforderlichen Beschlüsse gleichzeitig gefasst werden. Dagegen hat der (dingliche) Vollzug, d. h. die **Eintragung in das Handelsregister, in genau der Reihenfolge** zu erfolgen, die das Konzept der Kettenumwandlung vorsieht. Daher muss im vorliegenden Fall zunächst die Verschmelzung der A-AG auf die B-AG eingetragen und wirksam werden (§ 20 Abs. 1 UmwG), anschließend der Formwechsel von der B-AG in die B-GmbH (§ 202 Abs. 1 UmwG) und zuletzt die Verschmelzung der B-GmbH auf ihren Alleingesellschafter, die C-GmbH. Diese Reihenfolge ist im vorliegenden Fall durch die Verknüpfung der verschiedenen Umwandlungsmaßnahmen mittels Bedingungen gesichert.

2. Anwendbares Recht für Zustimmungsbeschlüsse und für materiell-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen

Bei einer Kettenumwandlung stellt sich die Frage, welches Recht auf die einzelnen Umwandlungsvorgänge anwendbar ist. Dabei muss grundsätzlich **jeder Vorgang gesondert betrachtet** und dem jeweiligen Recht des betreffenden Umwandlungsvorgangs und des beteiligten Rechtsträgers unterstellt werden. Allerdings wird in der Literatur diesbezüglich **differenziert** zwischen den **materiell-rechtlichen Anforderungen an den jeweiligen Umwandlungsvorgang** und den **Anforderungen an die Beschlussfassung**.

a) Anforderungen an ordnungsgemäße Beschlussfassung

So kommt es nach allgemeiner Meinung für die Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit der gefassten Beschlüsse hinsichtlich der **zu beteiligten Anteilshaber** allein auf diejenigen Anteilshaber an, die der Gesellschaft im **Zeitpunkt der Beschlussfassung** angehören (Stoye-Benk/Cutura, Kap. 2, Rn. 26; Heckschen/Simon, § 5 Rn. 104; Happ/Richter, Muster 7.06, Rn. 1.12). Gleiches gilt im Hinblick auf die **formellen Anforderungen an die Beschlussfassung** (Form und Frist der Ladung, Bekanntmachungspflichten, Erfordernis der Beschlussfeststellung u.Ä., vgl. Stoye-Benk/Cutura, Kap. 2, Rn. 26; Heckschen/Simon, § 5 Rn. 103; KölnKommUmwG/Simon, § 2 Rn. 212; Mayer, § 5 UmwG Rn. 235.4; Happ/Richter, Muster 7.06, Rn. 1.12 mit Verweis auf Muster 7.04, Rn. 1.8).

Dies ist vorliegend insbesondere wegen des geplanten **Formwechsels innerhalb der Kette** relevant, da sich hierdurch die Rechtsform eines der beteiligten Rechtsträger ändert (von AG zur GmbH). Für die nachgelagerte Verschmelzung der B-GmbH auf die C-GmbH sind daher noch die für die AG geltenden Anforderungen an die ordnungsgemäße Beschlussfassung zu beachten (§§ 60 ff. UmwG, §§ 121 ff. AktG), wenn die nachgelagerte Verschmelzung (Schritt 3) – wie geplant – zusammen mit den beiden vorgelagerten Umwandlungsvorgängen beschlossen wird.

b) Materiell-rechtliche Voraussetzungen

Demgegenüber kommt es im Hinblick auf die **materiell-rechtlichen Voraussetzungen** der nachgelagerten Umwandlungsvorgänge (Vorliegen einer Konzernkonstellation, Erfordernis von Sonderbeschlüssen bei mehreren Aktiegattungen gem. § 65 Abs. 2 UmwG, Möglichkeit des Verzichts auf die Gewährung von Geschäftsanteilen/ Aktien §§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG etc.) auf den **Zeitpunkt des Wirksamwerdens der betreffenden vorgelagerten Umwandlung** durch ihre Eintragung in das Handelsregister an. Denn eine Kettenumwandlung zeichnet sich gerade dadurch aus, dass durch Vereinbarung von aufschiebenden Bedingungen oder durch rein tatsächliche Steuerung der Handelsregistereintragungen sichergestellt wird, dass die vorgelagerte Umwandlung vor der nachgelagerten Umwandlungsvorgängen wirksam wird (Mayer, § 5 UmwG Rn. 235.4; Stoye-Benk/Cutura, Kap. 2, Rn. 26; Heckschen/Simon, § 5 Rn. 86 f.; KölnKommUmwG/Simon, § 2 Rn. 210).

Im konkreten Fall folgt daraus die Anknüpfung an das Recht des Zielrechtsträgers beim vorgelagerten Formwechsel, d. h. für die materiell-rechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Verschmelzung der B-GmbH auf die C-GmbH (Schritt 3) sind von vornherein diejenigen Vorschriften anzuwenden, die für eine GmbH als übertragenden Rechtsträger gelten.

3. Abschluss des Verschmelzungsvertrags durch (so) noch nicht existente B-GmbH?

Angesichts dessen, dass die B-GmbH derzeit noch nicht existiert, könnte man daran zweifeln, ob der Vertrag betreffend die Verschmelzung der B-GmbH auf die C-GmbH bereits jetzt wirksam abgeschlossen werden kann. Denn die eine **Vertragspartei, die B-GmbH, existiert zur Zeit jedenfalls nicht in der der späteren Verschmelzung zugrunde liegenden Rechtsform.**

a) Exkurs: Verschmelzung eines (noch) nicht existenten Rechtsträgers

aa) Schlussbilanz i. S. v. § 17 Abs. 2 UmwG

Noch problematischer gestaltet sich eine Kettenumwandlung dann, wenn der übertragende Rechtsträger eines nachgelagerten Umwandlungsvorgangs derzeit überhaupt noch nicht existiert, sondern erst aus einer **vorangehenden Umwandlung hervorgehen soll (Verschmelzung oder Spaltung zur Neugründung)**. In diesem Zusammenhang ist insbesondere fraglich, ob für den übertragenden Rechtsträger nach handelsbilanziellen Vorgaben eine **Schlussbilanz** (§ 17 Abs. 2 UmwG) auf einen Zeitpunkt erstellt werden kann, zu dem er als Rechtsträger noch überhaupt nicht existiert. Teilweise wird dies verneint, da der zum Stichtag noch nicht existente Rechtsträger nicht buchführungsfähig sei (KölnKommUmwG/Simon, § 2 Rn. 224). Demgegenüber halten *Stoye-Benk/Cutura* (Kap. 2, Rn. 26) und *Mayer* (§ 5 UmwG Rn. 235.8.1) dies unter Hinweis darauf für möglich, dass die Erstellung einer „technischen“ Schlussbilanz ausreichend sei, in welcher der Vermögensübergang auf den noch gar nicht existenten Rechtsträger bereits berücksichtigt ist.

bb) Handeln eines noch gar nicht existenten Rechtsträgers?

Das vorliegend relevante Problem der **Vertretung der noch gar nicht existenten Gesellschaft** bei Abschluss des nachfolgenden Verschmelzungsvertrages wird insoweit aber nicht erörtert. Die Vertretungsfrage stellt sich bei einer vo-

rangehenden Verschmelzung oder Spaltung zur Neugründung in verschärfter Form. Denn in diesem Fall handeln bei Abschluss des nachgelagerten Verschmelzungsvertrages nicht nur die alten organschaftlichen Vertreter des bereits (wenn auch in anderem Rechtskleid) bestehenden Rechtsträgers. Vor dem Wirksamwerden der Verschmelzung oder Abspaltung zur Neugründung müssten vielmehr die organschaftlichen Vertreter des beim ersten Verschmelzungsvorgang übertragenden Rechtsträgers handeln, der nicht mit dem erst später entstehenden übertragenden Rechtsträger des nachfolgenden Umwandlungsvorgangs identisch ist. Auch insoweit kommt es demnach auf den **für die Vertretungsverhältnisse maßgeblichen Zeitpunkt** an.

Der wirksame Abschluss des Verschmelzungsvertrages selbst stellt eine materiell-rechtliche Voraussetzung der nachgelagerten Umwandlung dar (vgl. Ziff. 2. b)). Dies gilt aber in gleicher Weise für den etwa erforderlichen Verschmelzungsbeschluss. Gleichwohl soll es im Hinblick auf die Anforderungen für einen wirksamen Beschluss allein auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung ankommen. Unter dieser Prämisse liegt es u. E. nahe, auch die **Vertretungsverhältnisse als formelle Voraussetzungen** in diesem Sinne anzusehen und daher auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen. Das würde bedeuten, dass noch die **Organe der „alten“ Gesellschaft**, also die des ursprünglich übertragenden Rechtsträgers, den **Vertrag** für die Verschmelzung der neuen, erst entstehenden aufnehmenden Gesellschaft **abschließen** können. Eine Zurechnung des Verschmelzungsvertrages zur neuen Gesellschaft ließe sich darüber hinaus damit rechtfertigen, dass diese (partieller) Gesamtrechtsnachfolger der ursprünglich übertragenden Gesellschaft ist bzw. wird (§§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG).

Alternativ ließe sich erwägen, ob bereits die im Verschmelzungsbeschluss **aufschiebend bedingt bestellten Geschäftsführer der neuen Gesellschaft** (vgl. BGH DNotZ 2006, 214; Schumacher, GmbHR 2006, 924; Michalski/Tebben, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 6 Rn. 42; vgl. auch Gutachten DNotI-Report 2009, 113) den Verschmelzungsvertrag abschließen können, da dieser unter der aufschiebenden Bedingung des Wirksamwerdens des vorgelagerten Formwechsels, d. h. dessen Eintragung in das Handelsregister (§ 202 Abs. 1 UmwG), geschlossen wurde. Denn in dem Zeitpunkt, in welchem der Verschmelzungsvertrag Wirkungen entfaltet, verfügen die Geschäftsführer der dann existierenden Gesellschaft über die erforderliche Vertretungsmacht. Lehnt man dies ab, würden die künftigen Geschäftsführer der künftig zur Entstehung gelangenden Gesellschaft bei Vertragsschluss als Vertreter ohne Vertretungsmacht handeln (§§ 177 ff. BGB) und könnten den Vertrag umgehend nach Bedingungseintritt namens der neuen Gesellschaft genehmigen.

Keine Vertretungsprobleme stellen sich allerdings dann, wenn der nachfolgende Verschmelzungsvertrag erst nach Eintragung der vorangehenden Ausgliederung zur Neugründung in das Handelsregister abgeschlossen und lediglich ein in der Vergangenheit liegender Verschmelzungsstichtag vereinbart wird, da die beteiligten Rechtsträger zum Zeitpunkt des jeweiligen rechtsgeschäftlichen Umwandlungsvorgangs (Vertragsschluss, Umwandlungsbeschluss, Registeranmeldung etc.) bereits als verschmelzungsfähige Rechtsträger i. S. d. § 3 UmwG vorhanden sind und die handelnden Organe über entsprechende Vertretungsmacht verfügen (vgl. Beispiel bei Mayer, § 5

UmwG Rn. 235.8.1 a. E.; so auch Ulrich/Böhle, GmbHR 2006, 644; Limmer, Handbuch der Unternehmensumwandlung, 3. Aufl. 2007, Rn. 243 a. E.).

b) Vorliegender Sachverhalt

Im vorliegenden Fall **schließt die B-AG als bereits bestehender** und auch nach dem Formwechsel lediglich in anderer Rechtsform fortexistierender (identischer) **Rechtsträger den Verschmelzungsvertrag ab**. Nur das Rechtskleid des übertragenden Rechtsträgers und damit eventuell seine organschaftlichen Vertreter ändern sich durch den Formwechsel in die B-GmbH. Angesichts der Identität stellen sich u. E. die oben beschriebenen Probleme vorliegend nicht.

Da der Umwandlungsstichtag bei der letzten Verschmelzung auf den 1.1.2013, also einen zukünftigen Zeitpunkt gelegt wurde, kann der vorangehende Formwechsel ggf. sogar schon vorher durch Eintragung wirksam sein. Dann könnte nach § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG die Schlussbilanz der übertragenden B-GmbH zum 31.12.2012 der Anmeldung der letzten Verschmelzung beigelegt werden, der unter Ziff. 3. a) aa) dargestellte Meinungsstreit wäre folglich irrelevant.

4. Ergebnis

Wenngleich uns zur aufgeworfenen Frage keine Rechtsprechung bekannt ist und die Problematik in der Literatur nicht ausdrücklich erörtert wird, lässt sich u. E. die oben dargestellte **Differenzierung** der Literatur **zwischen den formellen Anforderungen** an die Beschlussfassung **und den materiell-rechtlichen Voraussetzungen** für den jeweiligen Umwandlungsvorgang auch vorliegend fruchtbar machen. Danach ist entscheidend, dass materiell-rechtlich die letzte beabsichtigte Verschmelzung der B-GmbH auf die C-GmbH zulässig ist und die hierfür geltenden materiell-rechtlichen Regelungen des UmwG eingehalten werden. Bei der **organschaftlichen Vertretung** beim Abschluss des Verschmelzungsvertrags dürfte es sich u. E. – ebenso wie bei der Frage nach den „Spielregeln“ für die Beschlussfassung – nur um eine **Frage der formell korrekten Vorgehensweise** handeln. Daher ist hierfür auf den **Zeitpunkt des Vertragsschlusses** abzustellen. Der noch durch die Vertreter der AG abgeschlossene Verschmelzungsvertrag behält seine Wirkung auch für die bei Vertragsschluss wirksam vertretene, nach dem Formwechsel als GmbH fortbestehende Gesellschaft. Daher können u. E. die organschaftlichen Vertreter der derzeit noch existierenden B-AG den nachfolgenden Verschmelzungsvertrag abschließen. Will man diesbezüglich jegliche Ungewissheit beseitigen, könnte der Verschmelzungsvertrag nach Wirksamwerden des Formwechsels durch dessen Eintragung in das Handelsregister (§ 202 Abs. 1 UmwG) durch den übertragenden Rechtsträger der Verschmelzung B-GmbH auf C-GmbH (Schritt 3), vertreten durch seine organschaftlichen Vertreter, bestätigt bzw. genehmigt werden, was u. E. allerdings nicht erforderlich scheint. Wird die Kettenumwandlung wie vorliegend geplant durchgeführt und in allen ihren drei Teilen **in das Handelsregister eingetragen**, erlangen alle Vorgänge entweder nach § 202 Abs. 2 UmwG (Formwechsel) oder § 20 Abs. 2 UmwG (Verschmelzung) jedenfalls **Bestandskraft**.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

BGB §§ 1093, 158; GBO §§ 22, 29

Erlöschen eines Wohnungsrechts bei dauerhafter Nichtnutzung durch den Berechtigten; Probleme beim Unrichtigkeitsnachweis; eidesstattliche Versicherung als Nachweis im Grundbuchverfahren

Abruf-Nr.: **116641**

BGB §§ 2113, 2114

Löschung einer Grundschuld durch den nicht befreiten Vorerben; Notwendigkeit einer Zustimmung der Nacherben

Abruf-Nr.: **118447**

InsO §§ 35, 80, 81, 96 Abs. 1 Nr. 4; BGB §§ 346, 404, 406, 412

Abschluss eines Kaufvertrags mit dem Insolvenzschuldner nach Verfahrenseröffnung; Neuerwerb der Masse; Stellung des Neugläubigers; Wirksamkeit vertraglicher Einreden/Einwendungen gegenüber dem Insolvenzverwalter

Abruf-Nr.: **115106**

EUInsVO Art. 3

England: Vertretungsnachweis für den Insolvenzverwalter

Abruf-Nr.: **118674**

Rechtsprechung

WEG § 10 Abs. 3

Zuordnung eines Sondernutzungsrechts zu einem Miteigentumsanteil an einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit; Eintragung im Grundbuchblatt des Sondereigentums

Ein Sondernutzungsrecht kann auch einem Miteigentumsanteil an einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit zugeordnet werden.

BGH, Beschl. v. 10.5.2012 – V ZB 279/11

Abruf-Nr.: **11042R**

Problem

Die Beteiligte zu 1 ist Eigentümerin der Wohnung Nr. 44 in einer Wohnungs- und Teileigentumsanlage. Mit ihrem Wohnungseigentum war das Sondernutzungsrecht an einem Tiefgaragenstellplatz und einem Abstellraum verbunden. Außerdem existierte eine aus zwei Miteigentumsanteilen bestehende Teileigentumseinheit (Duplexgarage), bei der kraft Miteigentümervereinbarung einer der Miteigentümer zur Nutzung des oberen Stellplatzes berechtigt war. Die

Eigentümerin der Wohnung Nr. 44 **veräußerte** das **Sondernutzungsrecht** an dem bisher der Wohnung Nr. 44 zugeordneten Tiefgaragenstellplatz **an einen der Miteigentümer der Teileigentumseinheit** (Beteiligte zu 2). Zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Sondernutzungsrechts wurde eine Vormerkung zur Eintragung im Grundbuch beantragt. Grundbuchamt und Beschwerdegericht (OLG München) hielten diese Vormerkung für nicht eintragungsfähig, weil ein Sondernutzungsrecht lediglich dem Alleineigentümer bzw. sämtlichen Eigentümern einer Teileigentumseinheit, nicht aber nur einem Miteigentümer einer Teileigentumseinheit übertragen werden könne (OLG München ZWE 2012, 92 = RNotZ 2012, 126 = NotBZ 2012, 55).

In **Rechtsprechung und Literatur** wurde diese Frage **bislang unterschiedlich** beurteilt. Während das KG Berlin (DNotI-Report 2004, 122) sie in einem Beschluss vom 30.12.2003 verneinte, sprach sich das OLG Nürnberg (DNotZ 2012, 144) vor kurzem für eine Zuordnungsmöglichkeit aus.

Entscheidung

Der V. Zivilsenat des **BGH** entschied nunmehr im Sinne der letztgenannten Ansicht und **bejahte** ebenfalls die **Möglichkeit der Zuordnung eines Sondernutzungsrechts zugunsten eines Miteigentumsanteils an einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit**. **Miteigentümer** in einer Wohnungseigentumsanlage **seien Alleineigentümern gleichwertig** und gehörten genauso zum Kreis der Wohnungs- und Teileigentümer wie Alleineigentümer. Ihnen stehe das Recht zur Benutzung des gemeinschaftlichen Eigentums und zur Teilnahme an der Eigentümerversammlung zu. § 25 Abs. 2 S. 2 WEG setze mit dem Gebot der einheitlichen Stimmrechtsausübung voraus, dass ihnen ein Stimmrecht gebühre. § 10 Abs. 3 WEG schließe die Verbindung eines Sondernutzungsrechts mit einem Miteigentumsanteil einer Einheit nicht aus. Die **aus dem Wortlaut des § 10 Abs. 3 WEG**, seinem Sinn und Zweck bzw. seiner Entstehungsgeschichte **abgeleiteten gegenteiligen Bedenken** seien **nicht stichhaltig**.

Für die Zuordnungsmöglichkeit bestehe zudem ein **praktisches Bedürfnis**, weil ansonsten beide Miteigentümer an einem Erwerb mitwirken und anschließend eine Benutzungsregelung hinsichtlich des Sondernutzungsrechts treffen müssten. Unerheblich sei, dass für den Miteigentumsanteil an einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit kein gesondertes Grundbuchblatt existiere. Denn die Reichweite materieller Rechtspositionen könne wegen der **dienenden Funktion des Grundbuchrechts** nicht von grundbuchtechnischen Schwierigkeiten bei der Buchung abhängig sein.

Der **BGH** **schafft** mit seinem Beschluss **Rechtsklarheit**: Obwohl neben dem KG Berlin auch Stimmen in der Literatur die Zuordnung zu einem Miteigentumsanteil wegen Verstoßes gegen § 10 Abs. 3 WEG für unzulässig hielten, ist in der Gestaltungspraxis mit dem BGH nun davon auszugehen, dass ein Sondernutzungsrecht mit einem Miteigentumsanteil an einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit verbunden werden kann.

AktG § 112; BGB § 181

Keine Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats bei Bestellung des Vorstands einer AG zum Geschäftsführer der Tochter-GmbH; In-sich-Geschäft bei „Selbstbestellung“ des Vorstands

Bestellt sich der Vorstand einer Aktiengesellschaft zum Geschäftsführer einer GmbH, deren alleinige Gesellschafterin die Aktiengesellschaft ist, so liegt darin kein Verstoß gegen § 112 AktG.

OLG München, Beschl. v. 8.5.2012 – 31 Wx 69/12
Abruf-Nr.: **11044R**

Problem

Gem. § 112 AktG vertritt der Aufsichtsrat die Aktiengesellschaft den Vorstandsmitgliedern gegenüber. Die Norm will die unbefangene Wahrung der Gesellschaftsbelange sicherstellen, soweit es um Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen zwischen der Gesellschaft und den eigentlich zur Vertretung berufenen Vorstandsmitgliedern geht (s. nur Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 112 Rn. 1 m. w. N.). Die **Vertretungszuständigkeit des Aufsichtsrats** in solchen Fällen ist **zwingend** und ausschließlich, sie besteht insbesondere **unabhängig von einer Personenidentität** der auf beiden Seiten agierenden Vorstände (vgl. Gutachten DNotI-Report 2004, 75, 76).

Umstritten ist gleichwohl, **ob § 112 AktG auch auf die Bestellung des Vorstands zum Vertretungsorgan einer Tochtergesellschaft anwendbar** ist. Bejaht hat dies etwa das **LG Berlin** (NJW-RR 1997, 1534): Es erkannte in der „Selbstbestellung“ zum Geschäftsführer der Tochter-GmbH zunächst einen (auch im Rahmen eines Gesellschafterbeschlusses relevanten) Verstoß gegen das Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 1. Var. BGB). Mit Verweis auf die identischen Normzwecke in § 181 1. Var. BGB und § 112 AktG hielt das LG sodann den durch die Selbstbestellung ausgelösten Interessenkonflikt auch im Hinblick auf § 112 AktG für beachtlich. Keinen Raum für § 112 AktG sah dagegen das **OLG Frankfurt** (ZIP 2006, 1904 = AG 2007, 127) im Fall eines zwischen dem Vorstandsmitglied und einer GmbH & Co. KG geschlossenen Geschäftsführungsvertrags; die AG war dabei an der KG unmittelbar lediglich als Kommanditistin und mittelbar als Alleingesellschafterin der Komplementär-GmbH beteiligt, das Vorstandsmitglied war zugleich alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Komplementär-GmbH. Das OLG lehnte auch eine analoge Anwendung des § 112 AktG ab: Die Vorschrift sehe keine Allzuständigkeit des Aufsichtsrats in sämtlichen Fällen vor, in denen es zwischen Vorstandsmitglied und AG zu einer Interessenkollision kommen könne. Auch das **LG Nürnberg-Fürth** verneinte die Anwendbarkeit von § 112 AktG auf die Bestellung eines Vorstandsmitglieds der AG zum Geschäftsführer ihrer Tochter-GmbH, da insoweit ausschließlich Rechtsbeziehungen zwischen der GmbH und dem berufenen Geschäftsführer begründet werden (AG 2001, 152).

Die **h. M. in der Literatur** **verneint** eine **Anwendung des § 112 AktG** auf die Bestellung von Vorstandsmitgliedern zu Organmitgliedern der Tochtergesellschaft (MünchKommAktG/Habersack, 3. Aufl. 2008, § 112 Rn. 7; GroßkommAktG/Hopt/Roth, 4. Aufl., Stand: 1.10.2005, § 112 Rn. 67; Hölters/Hambloch-Gesinn/Gesinn, AktG, 2011, § 112 Rn. 8; Schemmann, NZG 2008, 89, 92; Cramer, NZG 2012, 765, 766 f.). Die Gesellschaft werde insoweit nämlich nicht

Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

gegenüber dem zum Organmitglied bestellten Vorstandsmitglied vertreten, sondern gegenüber der abhängigen Gesellschaft (MünchKommAktG/Habersack, a. a. O.).

In dem vom **OLG München** entschiedenen Fall hatten die beiden Vorstände einer AG einen von ihnen zum Geschäftsführer einer 100-prozentigen Tochter-GmbH bestellt. Das bestellte Vorstandsmitglied war „von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit“. Das Handelsregister lehnte die Eintragung der Geschäftsführungsänderung gleichwohl ab. Der gegen die Ablehnung eingelegten Beschwerde wurde mit Blick auf § 112 AktG nicht abgeholfen.

Entscheidung

Das OLG München hielt die Beschwerde für begründet und **schloß sich** damit der **h. M. in der Literatur an**. Der vom LG Berlin gezogene Schluss, dass die Grundsätze des § 181 BGB vollständig auf § 112 AktG anzuwenden seien, überzeuge bereits angesichts des nicht deckungsgleichen Wortlauts der beiden Vorschriften nicht. Die Anwendung auf Rechtsgeschäfte zwischen Vorstand und Beteiligungsgesellschaft würde den Anwendungsbereich des § 112 AktG zu weit ausdehnen. Eine Vertretung durch den Aufsichtsrat in allen Fällen des § 181 BGB entspreche nicht dem Regelungszweck des § 112 AktG (Tz. 11).

Auf eine Interessenkollision i. S. d. § 181 BGB kam es im Übrigen wegen der gegebenen Befreiung nicht an (Tz. 12). Das OLG musste sich daher nicht zu der Frage äußern, **ob § 181 BGB bei einem auf Geschäftsführerbestellung gerichteten Gesellschafterbeschluss** überhaupt **beachtlich** ist (vgl. hierzu Cramer, NZG 2012, 765, 767 ff., auch zur Frage eines etwaigen Stimmverbots nach § 47 Abs. 4 S. 2 GmbHG). Das **BayObLG** hatte diese Frage in einer Entscheidung aus dem Jahre 2000 (DNotZ 2001, 887 = DNotI-

Report 2001, 7) **bejaht**. Die Literatur empfiehlt vor diesem Hintergrund ein Handeln der nicht selbst betroffenen Vorstandsmitglieder, hält aber auch eine Gestattung des In-sich-Geschäfts durch den Aufsichtsrat für möglich (Großkomm-AktG/Hopt/Roth, § 112 Rn. 69; Hüffer, § 112 Rn. 3a).

Literaturhinweise

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter www.dnoti.de.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: www.dnoti.de

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. Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 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 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

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, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg