

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

7. Jahrgang
Februar 1999
ISSN 1434-3460

4/1999

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 313 S. 1 - Vorhand: Verhandlungsvorhand, Angebotsvorhand; Beurkundungsbedürftigkeit

Gutachten im Fax-Abwurf

Rechtsprechung

BGB §§ 157, 182 - Kaufpreisfälligkeit bei fehlender Genehmigung

BGB §§ 1376, 738 - Abfindungsklausel im Gesellschaftsvertrag und Zugewinnausgleich

ErbStG § 3 Abs. 1 Nr. 1 - Grundstücksübertragung zur Abgeltung eines Pflichtteilsanspruchs

BauGB § 11; AGBG § 9 - Zustimmungserfordernis zur Vermietung bei Einheimischenmodell

Aktuelles

Noch einmal: GmbH und Einführung des Euro

Ausgleichsleistungsgesetz; Verstoß von Flächenerwerb im sog. Flächenerwerbsprogramm gegen Art. 93 EGV

Grunderwerbsteuer für durchschnittliches Einfamilienhaus

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 313 S. 1

Vorhand: Verhandlungsvorhand, Angebotsvorhand; Beurkundungsbedürftigkeit

I. Sachverhalt

In einem privatschriftlichen Mietvertrag über gewerbliche Räume findet sich unter dem Abschnitt "Standortsicherung" folgende Vereinbarung:

"3. Verkauf des Grundstücks:

Falls der Vermieter das Grundstück, auf welchem sich der Mietgegenstand befindet, zu verkaufen beabsichtigt, so hat er die Pflicht, dem Mieter rechtzeitig Gelegenheit zu geben, ein eigenes Angebot abzugeben."

In einem anderen Mietvertrag findet sich eine ähnliche Klausel:

"3. Verkauf des Grundstücks:

Falls der Vermieter das Grundstück, auf welchem sich der Mietgegenstand befindet, zu verkaufen beabsichtigt, so hat er den Mieter rechtzeitig hiervon zu unterrichten und ihm ausreichend Gelegenheit zu geben, ein eigenes Angebot

abzugeben. Versäumt er dies, so macht er sich dem Mieter gegenüber schadensersatzpflichtig, wenn der neue Eigentümer mit ihm keinen Anschlußvertrag abschließt und dadurch der Standort für den Mieter verlorengeht. Vorstehende Regelung gilt für den Zeitraum ab Überlassung des Mietgegenstandes. Vor Überlassung des Mietgegenstandes hat der Vermieter im Falle eines Verkaufs des Grundstücks die Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß der neue Eigentümer das Mietverhältnis mit allen Rechten und Pflichten übernimmt."

II. Frage

Sind die beiden Klauseln beurkundungsbedürftig?

III. Rechtslage

1. Gem. § 313 S. 1 BGB bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung. Voraussetzung einer Beurkundungsbedürftigkeit ist damit die Eingehung einer Übertragungs- oder Erwerbsverpflichtung. Eine **unmittelbare Verpflichtung des Vermieters, das Grundstück an den Mieter zu verkaufen, wird durch die Klauseln nicht begründet**. Auch eine vorvertragliche Vereinbarung, die ihrerseits beurkundungsbedürftig wäre (RGZ 169, 65, 71 f.; Wolf, DNotZ 1995, 179, 182 ff.; Soergel/Wolf, BGB, 12. Aufl. 1990, § 313 BGB Rn. 28; Staudinger/Wufka, BGB, 13. Aufl. 1995, § 313 BGB

Rn. 80) ist in den mitgeteilten Vertragsklauseln wohl nicht zu sehen. Denn ein Vorvertrag begründet die Verpflichtung zum Abschluß eines Hauptvertrages. Vorliegend jedoch wird als **primäre Leistungspflicht** lediglich vereinbart, daß der Vermieter den Mieter von seiner Verkaufsabsicht zu unterrichten und ihm Gelegenheit einzuräumen hat, ein eigenes Angebot abzugeben.

2. Bei den mitgeteilten Vertragsklauseln handelt es sich wohl um sog. Vorhandvereinbarungen. Dabei wird zwischen der Angebotsvorhand und der Verhandlungsvorhand unterschieden.

Bei der **Angebotsvorhand** wird durch Vertrag die Verpflichtung begründet, einen Gegenstand, bevor der Vorhandverpflichtete ihn an einen anderen veräußert, dem Vorhandberechtigten anzubieten (vgl. Wolf, DNotZ 1995, 179, 192; Larenz, Schuldrecht BT, 1. Halbbd., 13. Aufl. 1986, S. 156 f.). Die Angebotsvorhand verpflichtet zur Abgabe eines Angebots und ist damit als aufschiebend bedingter Vorvertrag anzusehen, woraus sich die **Beurkundungsbedürftigkeit** der Angebotsvorhand ergibt (vgl. Larenz, a. a. O., der auf RGZ 169, 65 verweist; Wolf, DNotZ 1995, 179, 193; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl. 1991, vor § 504 BGB Rn. 14; Allerkamp, MittRhNotK 1981, 55, 62).

Demgegenüber reichen die durch die **Verhandlungsvorhand** begründeten Verpflichtungen weniger weit. Sie begründet für den Vorhandberechtigten lediglich den Anspruch, vom Vorhandverpflichteten über dessen Veräußerungsabsicht informiert zu werden, daß ihm etwaige Angebote anderer Interessenten mitgeteilt werden und mit ihm über die Veräußerung verhandelt wird, insbesondere ihm Gelegenheit gegeben wird, selbst ein Angebot zu unterbreiten (Wolf, DNotZ 1995, 179, 192; Palandt/Heinrichs, BGB, 58. Aufl. 1999, Einf. vor § 145 BGB Rn. 24; Allerkamp, a. a. O.; Soergel/Huber, a. a. O.). Die Verhandlungsvorhand unterliegt **nicht dem notariellen Beurkundungserfordernis** nach § 313 BGB, da sie lediglich eine Verhandlungspflicht, nicht jedoch eine Veräußerungspflicht zum Gegenstand hat (OLG Hamburg NJW-RR 1992, 20, 21; Palandt/Heinrichs, a. a. O.; Allerkamp, a. a. O.; Soergel/Huber, a. a. O.; allg. für die Beurkundungsbedürftigkeit der Vorhand: MünchKomm-Kanzleiter, BGB, 3. Aufl. 1994, § 313 BGB Rn. 33).

3. Welche Bindung der Vertragsparteien gewollt ist, ist gem. §§ 133, 157, 242 BGB unter Berücksichtigung sämtlicher konkreter Umstände des Einzelfalls zu ermitteln. Da diese nur z. T. bekannt sind, stehen die nachfolgenden Ausführungen unter diesem Vorbehalt. Nach dem Wortlaut beider Klauseln ist der Vermieter auch bei Eintritt bestimmter Umstände nicht verpflichtet, das Grundstück an den Mieter zu verkaufen. Vielmehr begründen **beide Klauseln lediglich die Pflicht, ihm Gelegenheit zu geben, ein Kaufangebot zu machen**. Demnach wird eine Veräußerungsbindung des Vermieters nicht eingegangen. Deshalb kann wohl – vorbehaltlich abweichender Umstände in den konkreten Fällen – davon ausgegangen werden, daß lediglich eine Verhandlungsvorhand gewollt war und demzufolge die Klauseln nicht zur Beurkundungsbedürftigkeit der Verträge geführt haben.

Zu einem anderen Ergebnis führt auch nicht die gefestigte

Rspr. des BGH, daß die **Beurkundungsbedürftigkeit sich auch aus einem mittelbaren Zwang zur Veräußerung oder zum Erwerb des Grundstücks** ergeben kann, wenn die vertraglichen Vereinbarungen keine unmittelbare Grundstücksveräußerungsverpflichtung enthalten (zu dieser Rspr. vgl. BGHZ 76, 43, 46 f.; BGH NJW 1990, 390; 1970, 1915; OLG Hamm DNotZ 1992, 423, 425; BGH NJW 1980, 1622; 1988, 1617). Insbesondere bei Makleralleinaufträgen, die für den Fall des Nichtabschlusses des angestrebten Grundstückskaufvertrages eine Aufwandsentschädigung vorsehen, wird von einer Beurkundungsbedürftigkeit des Maklervertrages wegen des durch ihn entstehenden **wirtschaftlichen Druckes** in Richtung eines Grundstücksverkaufs jedenfalls dann ausgegangen, wenn die Entschädigung 10% der erwarteten üblichen Käuferprovision übersteigt (so jüngst OLG Dresden BB 1997, 2342). Mitunter stellt die Rspr. jedoch auch darauf ab, ob der effektiv zu zahlende Betrag wegen seiner absoluten Höhe objektiv dazu geeignet ist, Druck in Richtung eines Vertragsabschlusses auszuüben. Das OLG Frankfurt sah die Grenze bei einem Betrag von DM 10.000,- jedenfalls als überschritten an, unabhängig davon, ob dieser Betrag im Verhältnis zur vereinbarten Provision relativ gering ist (OLG Frankfurt NJW-RR 1986, 597). Fraglich ist, ob die in der einen Vertragsklausel vorgesehene **Schadensersatzpflicht** des Vermieters einen derartigen mittelbaren Verkaufsdruck erzeugen kann. Dagegen spricht jedoch, daß die Schadensersatzpflicht nicht für den Fall vereinbart ist, daß es nicht zu einem Kaufvertragsabschluß zwischen Mieter und Vermieter kommt, sondern lediglich darauf abgestellt wird, ob der Vermieter seiner Verhandlungspflicht nachkommt. Auch die vereinbarte Schadensersatzpflicht begründet deshalb wohl keinen mittelbaren Druck zur Veräußerung an den Mieter.

Gutachten im Faxabruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon 0931/355 76 43 - Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2/1997). Ein Inhaltsverzeichnis findet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

BGB §§ 436, 448

Auslegung des Begriffs "Katasterfortführungsgebühr" im Zusammenhang mit den Kosten der Gebäudeeinmessung
Fax-Abruf-Nr.: 11033

WEG § 7 Abs. 4 Nr. 1

Aufteilungsplan, wenn sich mehrere selbständige Gebäude auf dem aufzuteilenden Grundstück befinden, aber nur einzelne Gebäude in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt werden, während die übrigen Gebäude vollständig im Gemeinschaftseigentum verbleiben
Fax-Abruf-Nr.: 11034

VZOG § 8; EinigV Art. 21, 22; 4. DVO/TreuhG § 1; BGB §§ 883, 888, 892; BeurkG §§ 54 a ff.

Auswirkungen eines Vermögenszuordnungs- und Aufhebungsbescheides nach VZOB auf die Abwicklung eines Grundstückskaufvertrages, insbesondere auf die Eigentumssituation und die Notaranderkontoabwicklung; Zuordnung des

ehemaligen MfS-Vermögens; Rechtsschutz gegen einen Vermögenszuordnungs- und Aufhebungsbescheid
Fax-Abruf-Nr.: 1615

GmbHG §§ 86, 5, 7
Euro-Umstellung; Gründung 1998 bei Anmeldung 1999; Wirksamkeit der Anmeldung
Fax-Abruf-Nr.: 1333

Marokko; Erbstatut; gesetzliche Erbfolge
Tod eines marokkanischen Staatsbürgers in der Bundesrepublik Deutschland; Anwendung des marokkanischen Erbrechts; Verwendung eines marokkanischen Erbscheins im Inland
Fax-Abruf-Nr.: 1456

Rechtsprechung

BGB §§ 157, 182 Kaufpreisfälligkeit bei fehlender Genehmigung

Haben die Parteien eines Grundstückskaufvertrages in Kenntnis der Genehmigungsbedürftigkeit (hier: nach der Grundstücksverkehrsordnung) für die Hinterlegung des Kaufpreises nicht die Erteilung der Genehmigung, sondern eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt schon darin deutlich zum Ausdruck, daß die Fälligkeit der Hinterlegung nicht von der Erteilung der Genehmigung abhängen, sondern gegebenenfalls schon während des Schwebezustandes eintreten sollte.

BGH, Urt. v. 20.11.1998 - V ZR 17/98
Kz.: L I 1 - § 182 BGB
Fax-Abruf-Nr.: 776

Problem

Häufig sind Grundstückskaufverträge noch von öffentlich-rechtlichen Genehmigungen abhängig, so daß das Rechtsgeschäft **schwebend unwirksam** ist. Insbesondere bei der GVO-Genehmigung in den neuen Bundesländern, deren Erteilung häufig lange Zeit in Anspruch nimmt, stellt sich dann die Frage, ob dennoch schuldrechtliche Pflichten begründet werden können, deren Verletzung etwa Ansprüche wegen Verzugs begründet. Im vorliegenden Fall war die GVO-Genehmigung erforderlich. Im Kaufvertrag war vereinbart, daß der Kaufpreis bis zum 30. Juni 1993 auf das Notaranderkonto zu zahlen war. Die GVO-Genehmigung wurde erst im Mai 1994 erteilt. Erst danach zahlte der Käufer den Kaufpreis auf das Notaranderkonto ein. Es war nun fraglich, ob er Verzugszinsen schuldet.

Entscheidung

Der BGH weist zunächst darauf hin, daß aufgrund eines schwebend unwirksamen Vertrages während des Schwebezustandes der Kaufpreis nicht gefordert und der Käufer mit seinen Zahlungen nicht in Verzug geraten kann (BGH NJW 1976, 104; BGH WM 1979, 74). Der BGH weist allerdings weiterhin darauf hin, daß die Genehmigungsbedürftigkeit des Kaufvertrages und der mit ihr bis zur Erteilung oder Versagung der Genehmigung verbundene Schwebezustand es nicht ausschließt, daß **die Vertragsparteien für die Dauer des Schwebezustandes**

Leistungspflichten vereinbaren. Insbesondere können sie vereinbaren, daß der Kaufpreis schon vor Erteilung der erforderlichen Genehmigung zu hinterlegen und/oder zu verzinsen ist, weil hierdurch die endgültige Erfüllung der Pflicht zur Grundstücksübertragung und zur Zahlung des Kaufpreises nicht vorweggenommen werde. Der BGH ist der Auffassung, daß eine derartige Regelung dann angenommen werden kann, wenn die Parteien in Kenntnis der Genehmigungsbedürftigkeit für die Fälligkeit bzw. Hinterlegung des Kaufpreises nicht den Zeitpunkt der Genehmigungserteilung, sondern eine Zeit nach dem Kalender bestimmen.

BGB §§ 1376, 738 Abfindungsklausel im Gesellschaftsvertrag und Zugewinnausgleich

Auch wenn der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft (Steuerberatungspraxis) eine Abfindungsklausel für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters vorsieht, nach der der Abfindungsanspruch entweder beschränkt oder ausgeschlossen wird, so ist für die Zugewinnausgleichsberechnung dennoch der wirkliche Wert des Anteils entscheidend, es sei denn, die Gesellschaft wurde bereits gekündigt. (Leitsatz des Bearbeiters)

BGH, Urt. v. 25.11.1998 - XII ZR 84/97
Kz.: L I 1 - § 1376 BGB
Fax-Abruf-Nr.: 777

Problem

In der Praxis ist seit längerem unklar, inwieweit gesellschaftsrechtliche Abfindungsklauseln, die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters einer Personengesellschaft den Abfindungsanspruch einschränken oder ganz ausschließen, sich auf das **Pflichtteilsrecht** oder auch auf Zugewinnausgleichsansprüche auswirken (vgl. zum Pflichtteilsrecht Reimann, DNotZ 1992, 484). Beim Zugewinnausgleich hatte der BGH früher entschieden, daß bei einer Unternehmensbeteiligung grundsätzlich für die Zugewinnausgleichsberechnung der wirkliche Wert entscheidend ist, und zwar auch dann, wenn der Gesellschaftsvertrag für den Fall des Ausscheidens des Gesellschafters eine Bestimmung enthält, wonach der Abfindungsanspruch entweder beschränkt oder gänzlich ausgeschlossen wird (BGH NJW 1980, 2229; BGH NJW 1987, 321). Im vorliegenden Fall ging es um die Bewertung eines Anteils an einer Steuerberatungspraxis, die in Form einer Personengesellschaft geführt wurde, im Zugewinnausgleich. Der Gesellschaftsvertrag enthielt eine Klausel, die den Abfindungsanspruch im Fall der Kündigung einschränkte.

Entscheidung

Der BGH bestätigt seine früheren Entscheidungen, wonach bei der Bewertung einer gesellschaftsrechtlichen Unternehmensbeteiligung grundsätzlich **der objektive Verkehrswert maßgebend ist.** Dies gilt nach Auffassung des BGH auch dann, wenn der Gesellschaftsvertrag für den Fall des Ausscheidens eine Abfindungsklausel enthält. Etwas anderes gelte nur, wenn die Kündigung am für die

Zugewinnausgleichsberechnung maßgebenden Stichtag bereits erfolgt sei. Denn nur in diesem Fall habe sich die Abfindungsklausel in Folge der ausgesprochenen Kündigung aktualisiert. Nur dann sei der Wert der Beteiligung an dem Unternehmen nach dem Betrag des Abfindungsanspruchs zu messen. In allen anderen Fällen bestimme die weiterbestehende Nutzungsmöglichkeit auch weiterhin maßgeblich den Wert der Unternehmensbeteiligung. Die Abfindungsklausel könne allenfalls bei der Ermittlung des Verkehrswerts wertmindernd berücksichtigt werden (BGHZ 75, 195). Der BGH dehnt diese Grundsätze ausdrücklich auch auf Gesellschaften zwischen Freiberuflern aus, und zwar auch dann, wenn die Abfindungsklausel vorsieht, daß der good will bei der Bewertung des Anteils außer Betracht bleiben muß (vgl. auch BGH FamRZ 1991, 43: ärztliche Gemeinschaftspraxis).

ErbStG § 3 Abs. 1 Nr. 1 Grundstücksübertragung zur Abgeltung eines Pflichtteilsanspruchs

Die geltend gemachte Pflichtteilsverbindlichkeit ist beim Erben abweichend von der Rechtsauffassung im Urteil v. 17. Februar 1982 II R 160/80 (BFHE 135, 336, BStBl II 1982, 350) auch dann mit dem Nennwert als Nachlaßverbindlichkeit abzuziehen, wenn sie durch Übertragung eines Nachlaßgrundstücks an Erfüllungs Statt erfüllt wird.

BFH, Urt. v. 07.10.1998 – II R 52/96
Kz.: L IX 3 - § 3 ErbStG
Fax-Abruf-Nr.: 774

Problem

Der BFH (Urt. v. 17.02.1982, BStBl. II 1982, 350) hatte zunächst entschieden, daß bei der Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen durch Grundstücksübertragung der Berechnung der Erbschaftsteuer die Einheitswerte der an Erfüllungs Statt übertragenen Grundstücke zugrunde zu legen sind. Die Übertragung von Grundstücken zur Abfindung von geltend gemachten Pflichtteilsansprüchen gehört deshalb zum kautelarjuristischen Handwerkszeug (Graf zu Castell, in: Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen-, Handels- und Wirtschaftsrecht, 7. Aufl. 1998, Formular VI. 40). Für die Übertragung von Grundstücken zur Abgeltung eines Geldvermächtnisses hat der BFH mit Urt. v. 25.10.1995 (BStBl II 1996, 97 = DNotI-Report 1996, 23) dagegen entschieden, daß hier der Erbschaftsteuerfestsetzung der Nominalbetrag der Geldforderung und nicht der Einheitswert zugrunde zu legen ist. In dieser Entscheidung ließ der BFH ausdrücklich offen, ob er an seinem zum Pflichtteilsanspruch ergangenen Urteil von 1982 weiterhin festhält.

Entscheidung

Nach Ansicht des BFH ist die geltend gemachte Pflichtteilsverbindlichkeit vom Erben mit dem Nennwert als Nachlaßverbindlichkeit abzuziehen, auch wenn sie durch Übertragung eines Nachlaßgrundstückes an Erfüllungs Statt erfüllt wird. Der Geldanspruch bleibe unabhängig davon Erwerbsgegenstand, wie und durch welche Leistung der Anspruch zum Erlöschen gebracht werde. Erfüllungsabreden, die nach der Entstehung des Steueranspruchs zwischen dem Erben und dem Pflichtteilsberechtigten getroffen werden, könnten den

einmal entstandenen Steueranspruch weder aufheben noch verändern. Insoweit gelte dasselbe wie für den Anspruch aus einem Geldvermächtnis. Ausdrücklich führt der Senat in den Entscheidungsgründen auf, **daß er an dem Urteil vom 17.02.1982 zu Grundstücksübertragungen an Erfüllungs Statt im Zusammenhang mit Pflichtteilsansprüchen nicht mehr festhält.**

Somit wird künftig der Erwerb beim Pflichtteilsberechtigten auch mit dem Nominalbetrag und nicht mit den steuerlichen Grundstückswerten der Erbschaftsteuer unterworfen sein (vgl. dazu auch Daragan, ZEV 1999, 35 f.).

BauGB § 11; AGBG § 9 Zustimmungserfordernis zur Vermietung bei Einheimischenmodell

1. Die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit von Beschränkungen der Erwerber im Rahmen eines Einheimischenmodells bestimmen sich nach § 11 Abs. 2 BauGB 1998. Vieles spricht dafür, daß § 11 BauGB eine spezialgesetzliche Vorschrift ist, die die Anwendung des AGBG ausschließt. Jedenfalls ist aber der Begriff der "Angemessenheit" nach § 9 AGBG bei Verträgen im Rahmen eines Einheimischenmodells nicht anders auszulegen als der Begriff der "Angemessenheit" in § 11 Abs. 3 BauGB.

2. Durch ein Einheimischenmodell subventioniert die Gemeinde eine bestimmte Zielgruppe aus öffentlichem Interesse, indem sie Grundstücke unter dem objektiven Verkehrswert verkauft. Aus kommunalrechtlichen Gründen ist die Gemeinde verpflichtet, die entsprechende Zweckverwirklichung sicherzustellen. Daher sind solche vertraglichen Bindungen gerechtfertigt, die den Erwerber an der vorzeitigen Realisierung des Planungsgewinns hindern und dadurch die Durchführung des Einheimischenmodells sichern.

3. Bei der Vergabe von Gewerbegrundstücken im Rahmen eines Einheimischenmodells ist es daher zulässig, ein Zustimmungserfordernis der Gemeinde zur Vermietung auf die Dauer von 20 Jahren zu begründen. Bei der Entscheidung über die Zustimmung muß die Gemeinde darauf abstellen, ob bei der beabsichtigten Vermietung noch der mit dem Einheimischenmodell konkret verfolgte Zweck erreicht werden kann. Außerdem sind der Gleichheitsgrundsatz und das Verhältnismäßigkeitsgebot zu beachten. (Leitsätze des Bearbeiters)

BayVGH, Urt. v. 22.12.1998 – I B 94.3288
Kz.: L VII 1 - § 11 Abs. 1 Nr. 2 BauGB
Fax-Abruf-Nr.: 775

Problem

Eine Gemeinde hatte Gewerbegrundstücke unter deren Verkehrswert an örtliche Betriebe veräußert. Im Vertrag verpflichtete sich der Erwerber zur Errichtung eines Betriebsgebäudes für ein bestimmtes Gewerbe und zur Beibehaltung dieser Nutzung für 20 Jahre ab Vertragsschluß. Zur Veräußerung, Belastung sowie zum Abschluß von Mietverträgen etc. wurde ein

Zustimmungserfordernis der Gemeinde vereinbart. Als die Gemeinde nach Fertigstellung des Gebäudes die Zustimmung zur Vermietung verweigerte, klagte der Eigentümer auf Schadensersatz. Zugleich beantragte er Feststellung, daß er zur Vermietung keiner Zustimmung bedürfte, hilfsweise, daß die Zustimmung zu Unrecht verweigert wurde. Das angerufene Landgericht sah sich lediglich für den geltend gemachten Schadensersatzanspruch als zuständig an. Hinsichtlich des Feststellungsantrages verwies es die Klage auf den Verwaltungsrechtsweg.

Entscheidung

Die Rechtswegverweisung zu den Verwaltungsgerichten war nach § 17 a Abs. 2 S. 1 u. 3 GVG bindend. Der BayVGH hielt allerdings eigentlich die Zivilgerichte für zuständig und prüfte deshalb die Zulässigkeit der Feststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO und nicht nach § 43 VwGO.

Der BayVGH hielt das Zustimmungserfordernis zur Vermietung für wirksam. Die Zulässigkeit von Einheimischenmodellen zum Wohnungsbau ergebe sich aus § 6 Abs. 2 S. 1 BauGB-Maßnahmegesetz bzw. dessen jetziger Nachfolgernorm in § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BauGB (vgl. das Ur. des BVerwG zum Weilheimer Modell, BVerwGE 92, 56 = DNotZ 1994, 63 = NJW 1993, 2695). Dieselben Grundsätze gelten auch für die vergünstigte Bereitstellung von Gewerbeflächen an ortsansässige Betriebe (§ 1 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 BauGB). Derartige Einheimischenmodelle verstießen insbesondere nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot.

Im übrigen sei die Rechtmäßigkeit von Einheimischenmodellen an **§ 11 Abs. 2 BauGB 1998** zu messen – unabhängig davon, ob der jeweilige Vertrag als öffentlich-rechtlicher oder zivilrechtlicher Vertrag ausgestaltet sei. Dabei spreche vieles dafür, daß § 11 BauGB eine spezialgesetzliche Vorschrift sei, die die Anwendung des AGBG ausschließe. Im Gegensatz zur typischen Interessenlage bei Verträgen nach dem AGBG handele die Gemeinde ohne Gewinnerzielungsabsicht, wolle ihre eigene Rechts- und Geschäftsposition nicht verbessern und verfolge keine unmittelbaren wirtschaftlichen Ziele. Jedenfalls sei aber der Begriff der **“Angemessenheit”** nach § 9 AGBG im Zusammenhang mit Verträgen im Rahmen eines Einheimischenmodells nicht anders auszulegen als der Begriff der **“Angemessenheit”** in § 11 BauGB.

Durch Einheimischenmodelle stellten die Gemeinden den Erwerbern Grundstücke zu einem Preis unter dem objektiven Verkehrswert zur Verfügung. Aus kommunalrechtlichen Gründen dürfen Gemeinden Grundstücke grundsätzlich nur zum Verkehrswert verkaufen. Eine mit der Durchführung eines Einheimischenmodells verbundene **Subventionierung** könne nur dann zulässig sein, wenn der **“Subventionszweck”** durch entsprechende Bindungen zumindest für einen bestimmten Zeitraum durchgesetzt werde. Letztlich solle dem Erwerber die Möglichkeit genommen werden, den durch die Baulandausweisung ausgelösten (in der Regel nicht unbeträchtlichen) Planungsgewinn vorzeitig, d. h. vor Ablauf der vertraglich vereinbarten Fristen, zu realisieren.

Zur Durchsetzung des mit dem Einheimischenmodell verfolgten Zwecks seien daher (nur) solche vertraglichen

Bindungen gerechtfertigt, die den **Erwerber an der vorzeitigen Realisierung des Planungsgewinns hinderten** und dadurch die Durchführung des Einheimischenmodells sicherten. Sie seien aber nicht (mehr) gerechtfertigt und damit ungültig, wenn und soweit sie zur Durchsetzung des genannten Zieles nicht **“angemessen”** seien, den Erwerber unverhältnismäßig belasteten. In Ausnahmesituationen mögen freilich zur Vermeidung unbilliger Härten unter Abwägung des Zwecks der Vereinbarung und der schutzwürdigen Belange des Erwerbers Abweichungen denkbar sein.

Das Zustimmungserfordernis zur Vermietung verhindere, daß der Erwerber durch eine Vermietung auf indirekte Weise den Planungsgewinn vorzeitig abschöpfe, indem er die Flächen zu dem für nicht verbilligte Grundstücke üblichen Preis vermiete. Das Zustimmungserfordernis als solches beschränke den Erwerber auch nicht unverhältnismäßig. So sei es weniger einschränkend als ein generelles Verbot der Vermietung. Zulässig sei auch eine **Bindungsdauer von 20 Jahren**, da nur eine Bindung von einer gewissen Dauer ihren Zweck überhaupt erfüllen könne.

Die Anforderungen an die Zustimmung müßten nicht im Vertrag selbst geregelt werden; die nachträgliche Erstellung von Richtlinien durch die Gemeinde erachtete der BayVGH als genügend. Bei der **Entscheidung über die Zustimmung** müsse maßgebender Gesichtspunkt sein, ob bei der beabsichtigten Vermietung noch der mit dem Einheimischenmodell konkret verfolgte Zweck erreicht werden könne und ob ggf. die besonderen Umstände eine Abweichung rechtfertigt. Dabei müsse die Gemeinde den Gleichheitsgrundsatz beachten. Nach dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** müsse ein angemessener Ausgleich zwischen dem mit dem Einheimischenmodell verfolgten Zweck einerseits und den betroffenen Belangen der Erwerber andererseits gefunden werden, der auch Ausnahmesituationen, wie Tod des Erwerbers, Ehescheidung, Konkurse etc. berücksichtigt. Weiter sei die bereits verstrichene Bindungsfrist zu berücksichtigen, weil mit dem Lauf der Bindungsfrist die Anwartschaft auf uneingeschränkte Verfügungsbefugnis wachse. Schließlich dürfe der Umfang der Subvention nicht völlig außer acht bleiben.

Anmerkung

Der BayVGH ließ die Revision zum BVerwG nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zu. Die sorgfältig begründete Entscheidung grenzt sich deutlich von der bisherigen zivilgerichtlichen Rechtsprechung zur Anwendung des AGBG auf Verträge im Rahmen von Einheimischenmodellen ab (vgl. insbesondere **OLG Hamm** DNotZ 1996, 541 = NJW 1996, 2104; vgl. auch die Rechtsprechungs- und Literaturhinweise im DNotI-Report 1998, 218, 219 sowie die Anmerkung von *Busse* zu LG Karlsruhe DNotZ 1998, 486).

Noch einmal: GmbH und Einführung des Euro

Am 1.1.1999 ist mit der dritten Stufe der europäischen Wirtschafts- und Währungsunion der Euro als neue einheitliche Währung eingeführt worden. Gleichzeitig ist das Gesetz zur Einführung des Euro (Euro-Einführungsgesetz - EuroEG) vom 9.6.1998 (BGBl. I S. 1242) mit zahlreichen Änderungen auch im GmbH-Recht in Kraft getreten, deren wichtigste Folgen für die notarielle Praxis nachstehend noch einmal anhand der nun festgelegten Umrechnungskurse dargestellt werden sollen

(vgl. bereits BNotK-Intern 2/98, Sonderheft Wegweiser zum Euro).

1. Einführung des Euro als einzige und einheitliche Währung

Gemäß Art. 2 Verordnung (EG) Nr. 974/98 vom 3.5.1998 (ABIEG Nr. L 139/1 vom 11.5.1998) wurden zum 1.1.1999 die Währungen in den teilnehmenden Mitgliedstaaten durch die einheitliche Währung "Euro" ersetzt. Die **bisherigen Währungseinheiten, so auch die DM**, bleiben daneben in dem Übergangszeitraum bis 31.12.2001 **als andere Bezeichnung der Währung Euro** erhalten (Art. 6 Verordnung (EG) Nr. 974/98). Durch Verordnung (EG) Nr. 2866/98 vom 31.12.1998 (ABIEG Nr. L 359/1 vom 31.12.1998) wurden die offiziellen Umrechnungskurse festgelegt, wobei für die DM ein **Verhältnis von 1 Euro = 1,95583 DM** gilt. Die Umrechnung zwischen Euro und DM darf ausschließlich durch Multiplikation oder Division mit dem Umrechnungsfaktor 1,95583 erfolgen. Die Verwendung eines gerundeten oder eines inversen Umrechnungskurses ist unzulässig (Art. 4 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 1103/97 vom 17.6.1997, ABIEG Nr. L 162/1 vom 19.6.1997).

2. GmbH-Gründungen nach dem Euro-Einführungsgesetz

Gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG i. d. F. des EuroEG muß das Stammkapital einer GmbH mindestens 25.000 Euro (bisher 50.000 DM) und die Stammeinlage jedes Gesellschafters mindestens 100 Euro (bisher 500 DM) betragen. Der Betrag der Stammeinlage für die einzelnen Gesellschafter muß nunmehr durch 50 Euro (bisher 100 DM) teilbar sein (§ 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG n. F.). Da die DM lediglich eine andere Bezeichnung ein- und derselben Währung (Euro) ist, können die neuen Beträge in § 5 GmbHG - nach entsprechender Umrechnung - auch in DM gelesen werden (48.895,75 DM Mindest-Stammkapital; 195,583 DM Mindest-Stammeinlage; Teilbarkeit durch 97,7915 DM). Der durch das EuroEG neu eingefügte § 86 GmbHG enthält Überleitungsvorschriften für Altgesellschaften, wobei nach dem Zeitpunkt von Anmeldung und Eintragung unterschieden wird.

a) Gesellschaften, die vor dem 1.1.1999 eingetragen oder angemeldet worden sind

Gesellschaften, die vor dem 1.1.1999 in das Handelsregister eingetragen worden sind, dürfen gemäß § 86 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ihr auf DM lautendes Stammkapital beibehalten. Für sie bleiben hinsichtlich Mindestbetrag und Teilbarkeit von Kapital, Einlagen und Geschäftsanteilen die bisherigen Beträge des § 5 GmbHG a. F. weiter maßgeblich (§ 86 Abs. 1 Satz 2 GmbHG), und zwar auch für spätere Teilungen von Anteilen oder für Kapitalmaßnahmen. Dies gilt auch bei einer nominellen Umstellung des Kapitals auf Euro gemäß § 86 Abs. 3 GmbHG. Erst wenn **nach dem 31.12.2001** eine **Änderung des Stammkapitals** erfolgt, muß eine Umstellung des Kapitals auf Euro samt Anpassung der Geschäftsanteile an die neuen Mindest- und Teilbarkeitsbeträge vorgenommen werden, wobei in

diesem Fall lediglich ein Mindestnennbetrag von 50 Euro je Geschäftsanteil bei einer Teilbarkeit durch 10 vorgeschrieben ist (§ 86 Abs. 1 Satz 4 GmbHG). Den am 1.1.1999 eingetragenen Gesellschaften werden gemäß § 86 Abs. 1 Satz 1 2. Hs. GmbHG diejenigen Gesellschaften gleichgestellt, die vor dem 1.1.1999 zur Eintragung angemeldet worden sind, aber erst danach, allerdings spätestens zum 31.12.2001, eingetragen werden.

b) Gesellschaften, die zwischen dem 1.1.1999 und dem 31.12.2001 angemeldet und eingetragen werden

Eine solche Gesellschaft muß gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG n. F. ein **Mindestkapital von 25.000 Euro** haben und auch die übrigen neuen, **in Euro festgelegten Mindest- und Teilbarkeitsbeträge einhalten**. Zwar dürfen Stammkapital und Stammeinlagen gemäß § 86 Abs. 2 Satz 1 GmbHG weiterhin auch auf DM lauten. Jedoch gelten bei der Verwendung der DM-Denomination für Mindestbetrag und Teilbarkeit von Kapital, Einlagen und Geschäftsanteilen sowie für den Umfang des Stimmrechts die in DM umgerechneten neuen Beträge gemäß dem EuroEG.

Die **Gründung, Anmeldung und Eintragung einer GmbH etwa mit einem Stammkapital von 50.000 DM ist danach seit dem 1.1.1999 nicht mehr zulässig** (vgl. Heidinger, DNotI-Report 1999, 24). Umgerechnet würde dieses Kapital (gerundet) 25.564,59 Euro betragen, was zwar über dem Mindestbetrag von 25.000 Euro liegt, jedoch dem Erfordernis einer **Teilbarkeit durch 50 Euro** (= 97,7915 DM) widerspricht. Bei einer GmbH mit Mindeststammkapital (25.000 Euro) ist bei DM-Denomination also ein Stammkapital von 48.895,75 DM (25.000 x 1,95583) festzulegen. Es ist gedanklich von den Euro-Werten und den neuen Beträgen des § 5 GmbHG hinsichtlich Mindestbetrag und Teilbarkeit auszugehen. Erst dann darf in DM umgerechnet werden.

c) Empfehlung für die Praxis

Bei einer Gründung in DM nach dem 31.12.1998 können sich Probleme vor allem aufgrund der Anfälligkeit für Rechenfehler und der Unhandlichkeit **krummer Beträge** ergeben. In der Praxis empfiehlt es sich daher, **GmbHs ab sofort nur noch in Euro** zu gründen. Dies gilt auch im Hinblick auf das Ende der Übergangsfrist mit Ablauf des 31.12.2001. Ab diesem Zeitpunkt können keine auf DM lautenden Gesellschaften mehr eingetragen werden, weil die Währungsbezeichnung DM ab dem 1.1.2002 nicht mehr existiert. Da eine entsprechende Übergangsregelung fehlt, wird dies auch für Gesellschaften gelten, die vor dem 1.1.2002 gegründet und zur Eintragung beim Handelsregister angemeldet, jedoch erst nach dem 31.12.2001 eingetragen werden.

Zur Vermeidung von Unklarheiten sei darauf hingewiesen, daß auch bei einer Gründung in Euro die nominell in Euro übernommene Bareinlage durch Barzahlung oder Überweisung in DM erbracht werden kann, sofern der DM-Betrag umgerechnet dem Euro-Betrag der Einlage entspricht. Währungsrechtlich existiert nur der Euro als einzige Währung. Die DM ist lediglich eine andere Bezeichnungsform des Euro.

3. Umstellung auf Euro

Für die Umstellung der satzungsmäßigen Betragsangaben von DM auf Euro enthält § 86 Abs. 3 GmbHG Sonderbestimmungen. Eine solche Umstellung ist durch **Gesellschafterbeschuß mit einfacher Mehrheit** möglich, der ausdrücklich **keiner notariellen Beurkundung** bedarf (§ 86 Abs. 3 Satz 1 GmbHG). Der Umstellungsbeschuß ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, wobei § 12 HGB (notarielle Beglaubigung der Anmeldung), § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG (notariell bescheinigte Neufassung der Satzung) sowie § 54 Abs. 2 Satz 2 GmbHG (Bekanntmachung der Eintragung) keine Anwendung finden (§ 86 Abs. 3 Satz 2 GmbHG, § 45 Abs. 2 EGHGB i. d. F. des EuroEG). Werden mit der Nominalumstellung jedoch andere, insbesondere Kapitalmaßnahmen verbunden, verbleibt es bei den üblichen Bestimmungen über die Satzungsänderung (§ 86 Abs. 3 Satz 3 i. Hs. GmbHG).

4. Glättung der Beträge

Bei **Neugesellschaften**, deren satzungsmäßige Betragsangaben bereits den Vorgaben des § 5 GmbHG i. d. F. des EuroEG entsprechen, deren Denomination jedoch noch auf DM (mit krummen Beträgen) lautet, führt eine Umstellung auf Euro unmittelbar zu einer Glättung der Beträge. Hingegen hat eine Umstellung bei **Altgesellschaften**, die an den glatten DM-Beträgen von § 5 GmbHG a. F. ausgerichtet sind, krumme Euro-Beträge zur Folge. Dies wird, auch über den 31.12.2001 hinaus (sofern keine Änderung des Stammkapitals erfolgt), gemäß § 86 Abs. 1 Satz 1 GmbHG hingenommen. Soll jedoch im Rahmen der Umstellung auf Euro insofern auch eine Glättung der (Euro-) Beträge erfolgen, so bedarf es einer Kapitalmaßnahme in Form einer entsprechenden Kapitalherabsetzung und/oder -erhöhung.

a) Kapitalerhöhung nur durch Aufstockung

Eine Kapitalerhöhung kommt zur Glättung der Beträge nur in Form einer Aufstockung der bisherigen Geschäftsanteile in Betracht (vgl. hierzu Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbH-Gesetz, 16. Aufl. 1996, § 55 Rn. 28; Scholz/Priester, GmbH-Gesetz, 8. Aufl. 1993, § 55 Rn. 25 f.; Rowedder/Zimmermann, GmbHG, 3. Aufl. 1997, § 55 Rn. 13; Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 14. Aufl. 1995, § 55 Rn. 6). Neue Geschäftsanteile in Höhe des fehlenden Glättungsbetrages können nicht ausgegeben werden, da diese Geschäftsanteile wiederum zwingend einen krummen Betrag aufweisen müßten, der den Vorgaben von § 5 Abs. 3 GmbHG n. F. nicht entspräche. Soll beispielsweise eine 50.000-DM-GmbH, umgestellt auf (gerundet) 25.564,59406 Euro, auf ein glattes Stammkapital von 26.000 Euro gebracht werden, so bedarf es einer Aufstockung der vorhandenen Geschäftsanteile um insgesamt (gerundet) 435,40594 Euro (= 851,58 DM). Ein Beschuß über eine entsprechende Satzungsänderung könnte (ohne Beschußeingang, Übernahmeerklärungen und sonstige Formalia) etwa wie folgt lauten (am Beispiel einer paritätischen 2-Mann-GmbH):

"1. Das Stammkapital der Gesellschaft in Höhe von 50.000,- DM wird entsprechend dem festgelegten Umrechnungskurs von 1 Euro zu 1,95583 DM gemäß § 86 Abs. 3 Satz 1 GmbHG umgestellt und beträgt (gerundet) 25.564,59406 Euro. Entsprechend werden die bisherigen

Geschäftsanteile zu je 25.000,- DM umgestellt; sie betragen nunmehr (gerundet) je 12.782,29703 Euro.

2. Das Stammkapital der Gesellschaft wird um (gerundet) 435,40594 Euro auf 26.000,- Euro erhöht. § ... Satzung der Gesellschaft wird geändert und lautet wie folgt:

"Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 26.000,- Euro."

3. Auf das erhöhte Stammkapital sind Bareinlagen in Höhe von insgesamt 435,40594 Euro zu leisten. Zur Übernahme von Bareinlagen werden zugelassen

a) der Gesellschafter A in Höhe von 217,70297 Euro,
b) der Gesellschafter B in Höhe von 217,70297 Euro,

4. Es werden keine neuen Geschäftsanteile herausgegeben. Der Nennbetrag des Geschäftsanteils des A wird von 12.782,29703 Euro um 217,70297 Euro auf 13.000,- Euro, der Nennbetrag des Geschäftsanteils des B wird von 12.782,29703 Euro um 217,70297 Euro auf 13.000,- Euro aufgestockt."

Eine Nennbetragsaufstockung ist jedoch nur möglich, wenn die bisherige **Stammeinlage vollständig erbracht** ist oder sämtliche **Geschäftsanteile noch in der Hand der Gründungsgesellschafter** sind (vgl. die oben aufgeführten Nachweise). Diese Möglichkeit scheidet mithin in vielen Fällen aus.

b) Kapitalherabsetzung

Eine Betragsglättung kann auch durch eine Kapitalherabsetzung erreicht werden. Bei einer GmbH mit Stammkapital von 50.000 DM (= gerundet 25.564,59406 Euro) kommt etwa eine Herabsetzung um 28,5435 DM (= gerundet 14,59406 Euro) auf 25.550,- Euro (= 49.971,4565 DM), eine Herabsetzung um 126,335 DM (= gerundet 64,59406 Euro) auf 25.500,- Euro (= 49.873,665 DM) oder auch eine Herabsetzung um 1.104,25 DM (= gerundet 564,59406 Euro) auf 25.000,- Euro (= 48.895,75 DM) in Betracht.

Für eine solche Herabsetzung gelten jedoch grundsätzlich die Gläubigerschutzvorschriften des § 58 Abs. 1 GmbHG mit **Gläubigeraufforderung und Sperrjahr**. Sofern kein Sanierungsfall vorliegt, ist auch keine vereinfachte Herabsetzung nach § 58 a GmbHG möglich. § 86 Abs. 3 Satz 3 GmbHG schafft jedoch eine Erleichterung, indem § 58 Abs. 1 GmbHG für unanwendbar erklärt wird, sofern mit der Herabsetzung zum Zwecke der Glättung eine **Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen** erfolgt und diese vor Anmeldung zum Handelsregister voll erbracht werden. Diese Kapitalerhöhung kann, sofern die Beträge des § 5 GmbHG n. F. bzw. des § 86 Abs. 1 Satz 4 GmbHG beachtet werden, sowohl im Wege der Aufstockung als auch im üblichen Wege der Ausgabe neuer Anteile (§ 55 Abs. 3 GmbHG) erfolgen. Eine solche **gemischte Kapitalmaßnahme** kommt also für alle Gesellschaften zur Glättung der Beträge in Betracht, bei denen die Voraussetzungen für eine Aufstockung grundsätzlich nicht gegeben sind.

c) Verschieden große Geschäftsanteile

Bei verschieden großen Geschäftsanteilen ist bei jeder

Kapitalmaßnahme auf die **Beibehaltung des Beteiligungsverhältnisses** zu achten. Dies kann durch verhältnismäßige Aufstockung bzw. Nennbetragsherabsetzung, durch die Schaffung eines in entsprechende Teilrechte aufgeteilten Geschäftsanteils oder durch die Vereinbarung von Aufzahlungen (Agio) erreicht werden (vgl. im einzelnen Kallmeyer, GmbHR 1998, 963, 964 ff.; Schürmann, NJW 1998, 3158, 3160 f.). Bei den das Beteiligungsverhältnis berührenden Kapitalmaßnahmen ist zudem darauf zu achten, daß ein Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter regelmäßig nicht ausreicht, sondern im Zweifel Einstimmigkeit erforderlich ist.

5. Fehlerhafte Errichtung und Eintragung nach dem 31.12.1998

Werden bei einer Gründung nach dem 31.12.1998 die neuen Bestimmungen des § 5 GmbHG i. d. F. des EuroEG nicht beachtet, so besteht ein vom Registergericht zu beachtendes Eintragungshindernis, da ein Verstoß gegen § 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 2 GmbHG zur Nichtigkeit der entsprechenden Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages führt (vgl. Scholz/Winter, a. a. O., § 5 Rn. 25, 31, § 9 c Rn. 16; Rowedder/Rittner/Schmidt-Leithoff, a. a. O., § 5 Rn. 16; Baumbach/Hueck, a. a. O., § 5 Rn. 12 geht von Nichtigkeit des gesamten Gesellschaftsvertrages aus). Da es sich dabei um einen behebbaren Mangel handelt, muß das Registergericht eine **Zwischenverfügung** erlassen.

a) Bei Eintragung keine Nichtigkeit der Gesellschaft

Hat das Gericht das Eintragungshindernis übersehen und die Eintragung trotz Verstoßes gegen § 5 Abs. 1 und 3 GmbHG n. F. vorgenommen, ist die Gesellschaft nicht nach § 75 Abs. 1 GmbHG nichtig. Diese Rechtsfolge greift nur ein, wenn der Gesellschaftsvertrag über die Höhe des Stammkapitals überhaupt keine Regelung enthält. Sind Bestimmungen über Stammkapital und Stammeinlagen jedoch vorhanden, wenn auch wegen Verstoßes gegen § 5 Abs. 1 und 3 GmbHG nichtig, kommt nur das **Amtsaufhebungsverfahren** gemäß § 144 a Abs. 4 FGG, § 60 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG in Betracht (vgl. Scholz/Winter, a. a. O., § 5 Rn. 35; Rowedder/Rittner/Schmidt-Leithoff, a. a. O., § 5 Rn. 16, § 3 Rn. 5; Baumbach/Hueck, a. a. O., § 5 Rn. 13).

b) Möglichkeiten einer Korrektur

Das Verfahren nach § 144 a FGG sieht eine Beanstandung durch das Registergericht vor, so daß die Gesellschaft die Möglichkeit hat, spätestens nach einem Tätigwerden des Gerichts die fehlerhaften Satzungsbestimmungen zu ändern und die Mängel zu beheben. Einer Gesellschaft mit fehlerhafter Satzung ist es selbstverständlich zu empfehlen, auch ohne Beanstandung durch das Gericht unverzüglich nach dem Erkennen des Mangels diesen durch Satzungsänderung zu beheben.

(1) Satzungsänderung vor Eintragung

Ist die (fehlerhafte) Eintragung noch nicht erfolgt, so ist die Gesellschaft als solche noch nicht entstanden (§ 11 Abs. 1 GmbHG), mithin auch noch nicht die jeweiligen (fehlerhaften) Geschäftsanteile. Eine Korrektur ist dann noch durch Anpassung der satzungsmäßigen Beträge an § 5 GmbHG n. F. durch einfachen **Nachtrag zur**

Gründungsurkunde möglich. Dieser Nachtrag stellt keine Kapitalmaßnahme i. S. einer Erhöhung oder Herabsetzung des Kapitals dar, da sich die Gesellschaft noch im Stadium der Vor-Gesellschaft befindet (vgl. Hachenburg/Ulmer, GmbHG-Großkommentar, 8. Aufl. 1992, § 55 Rn. 26; Baumbach/Hueck/Zöllner, a. a. O., § 55 Rn. 2 a, § 53 Rn. 45; Rowedder/Zimmermann, a. a. O., § 55 Rn. 24 m. w. N.; a. A. Scholz/Priester, a. a. O., § 55 Rn. 29). Zur Vermeidung von etwaigen Zweifeln an der ursprünglichen Wirksamkeit empfiehlt sich gegebenenfalls eine Wiederholung bzw. Bestätigung des Gründungsaktes unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Gründungsurkunde. Ob eine korrigierte Anmeldung bzw. eine erneute Versicherung gem. § 8 Abs. 2 GmbHG erforderlich ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, insbesondere vom Wortlaut der bisherigen Erklärungen.

(2) Korrektur nach Eintragung

Mit Eintragung sind die Gesellschaft sowie die Geschäftsanteile mit den fehlerhaften Beträgen entstanden. Eine reine Nominalumstellung gem. § 86 Abs. 3 S. 1 GmbHG bewirkt hier keine Korrektur der Beträge, vielmehr bedarf es hierfür nunmehr entsprechender **Kapitalmaßnahmen**. Eine Kapitalerhöhung ist wiederum nur durch Aufstockung möglich, da sonst neue Geschäftsanteile mit ebenfalls fehlerhaften Beträgen geschaffen werden müßten, was nicht zulässig wäre. Eine Aufstockung setzt ihrerseits eine Volleinzahlung der bisherigen Anteile bzw. den unveränderten Bestand der Gründungsgesellschafter voraus (vgl. oben 4. a). Im übrigen kommt nur eine Kapitalherabsetzung zur Betragskorrektur in Betracht, für die grundsätzlich die Vorgaben von § 58 Abs. 1 GmbHG zu beachten sind. Es spricht jedoch meines Erachtens nichts dagegen, § 86 Abs. 3 Satz 3 2. Hs. GmbHG zumindest entsprechend anzuwenden und eine erleichterte Kapitalherabsetzung bei gleichzeitiger Kapitalerhöhung gegen voll eingezahlte Bareinlagen zuzulassen. Die Interessenlage ist vergleichbar, da die Kapitalherabsetzung im Ergebnis nur zur Glättung der Beträge erfolgt und bei gleichzeitiger Kapitalerhöhung keine echte Verminderung des Stammkapitals ansteht. Gläubigerinteressen, die durch § 58 Abs. 1 GmbHG geschützt werden sollen, sind bei dieser Konstellation nicht beeinträchtigt.

6. Sonderfall: Errichtung vor dem 1.1.1999 und Anmeldung nach dem 1.1.1999

Wurde die Gründung einer Gesellschaft noch vor dem 1.1.1999 beurkundet, ist die Anmeldung zur Eintragung aber erst nach dem 31.12.1998 beim Handelsregister eingegangen, liegt nach dem Wortlaut keine Altgesellschaft i. S. von § 86 Abs. 1 Satz 1 2. Hs. GmbHG vor. Eine solche Gesellschaft könnte danach nur eingetragen werden, wenn ihre satzungsmäßigen Beträge den neuen Vorgaben des EuroEG entsprächen. Andererseits ist das EuroEG mit den Änderungen des GmbHG erst am 1.1.1999 in Kraft getreten, der Euro als Währung erst zu diesem Datum eingeführt worden. Daraus könnte gefolgert werden, daß vor dem 1.1.1999 eine Beurkundung auf der Grundlage der neuen Beträge des § 5 GmbHG nicht zulässig war (vgl. Mayer, DAI-Skript, Neues GmbH-Recht und Euro-Umstellung, 1999, S. 8; Kopp/Schuck, Der Euro in der notariellen Praxis, 1998, S. 15). Im Ergebnis würde dies jedoch für die letzten Tage bzw. Wochen des Jahres 1998 eine GmbH-

Gründungssperre, insofern einen Stillstand der Rechtspflege bedeuten. Im Gesetzgebungsverfahren wurde dieses Dilemma offensichtlich übersehen und bei der Fassung des § 86 GmbHG nicht berücksichtigt. Wie die Rechtsprechung (bzw. der Gesetzgeber) hier im nachhinein korrigierend eingreifen wird, kann an dieser Stelle nicht näher behandelt werden. Es sollen jedoch einige **Empfehlungen für die praktische Handhabung** gegeben werden.

Wurde vor dem 1.1.1999 eine GmbH bereits gemäß den Beträgen des **§ 5 GmbHG n. F.** errichtet, verweigert jedoch das Registergericht eine Eintragung mit der Begründung, zum Zeitpunkt der Urkundserrichtung seien der Euro noch nicht eingeführt gewesen und das EuroEG noch nicht in Kraft getreten, bietet sich zur Vermeidung längerer Streitigkeiten ein Urkundsnachtrag an, der den Gründungsvorgang bestätigt bzw. wiederholt (ggf. einschließlich Anmeldung und Versicherung). Hat das Registergericht jedoch eine solche Gründung aus der Zeit vor dem 1.1.1999 nach diesem Datum eingetragen, ist nichts weiter veranlaßt. Die Gesellschaft ist dann nach dem 31.12.1998 mit Beträgen entstanden, die der geltenden Rechtslage entsprechen. Etwaige Fehler des Gründungsvorgangs wegen Beurkundung vor dem 1.1.1999 werden durch die **Eintragung geheilt**.

Wurde eine nach den Beträgen des **§ 5 GmbHG a. F.** errichtete GmbH erst nach dem 31.12.1998 zum Handelsregister angemeldet, ist ebenfalls eine **Satzungsänderung vor Eintragung** in das Handelsregister zu empfehlen. Vor der Eintragung stellt eine Anpassung der Beträge an § 5 GmbHG n. F. keine Kapitalmaßnahme dar und ist somit problemlos möglich (vgl. oben 5 b) (1)). Kommt es hingegen zu einer Eintragung und stellt sich später heraus, daß diese Eintragung wegen Anmeldung nach dem 31.12.1998 fehlerhaft war, so steht ein Amtsaufhebungsverfahren gemäß § 144 a FGG im Raum. Eine Korrektur der Beträge der fehlerhaft entstandenen Gesellschaft durch Anpassung an § 5 GmbHG n. F. ist nur noch im Wege von Kapitalmaßnahmen (Kapitalerhöhung durch Aufstockung; Kapitalherabsetzung, ggf. verbunden mit gleichzeitiger Kapitalerhöhung) möglich. Sofern eine Aufstockung nicht in Betracht kommt, bleibt nur der Weg über die Kapitalherabsetzung, wobei hier u. U. § 58 Abs. 1 GmbHG (Gläubigeraufforderung, Sperrjahr) zu beachten ist.

Notarassessor Dr. Stefan Görk, Köln

Literaturhinweise

Ausgleichsleistungsgesetz; Verstoß von Flächenerwerb im sog. Flächenerwerbsprogramm gegen Art. 93 EGV

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß die Frage der EG-Rechtswidrigkeit der Veräußerungsverträge auf der Grundlage des sog. Flächenerwerbsprogramms von der EG-Kommission geprüft wurde (DNotI-Report 1998, 187). Die Kommission hat jetzt entschieden, daß bei Wiedereinrichtern und juristischen Personen mit mindestens einem **Wiedereinrichter** der Vorteil des ermäßigten Kaufpreises keine Beihilfe darstellt, insofern er als angemessenen Ausgleich für den erlittenen Schaden

betrachtet werden kann. Die Kommission hat also keine Einwände gegen den Verkauf, wenn diese Bedingung erfüllt ist. Bei **Neueinrichtern** und anderen juristischen Personen liegt nach Auffassung der Kommission jedoch eine staatliche EG-rechtswidrige Beihilfe vor. Sowohl die Bundesregierung als auch die BVVG warten zunächst die schriftliche Stellungnahme ab, bevor weitere Reaktionen erfolgen sollen. Vorläufig wurde angeordnet, die Verkäufe nach dem EALG auszusetzen.

Grunderwerbsteuer für durchschnittliches Einfamilienhaus

Mit Beschluß v. 08.01.1999 hat die 3. Kammer des ersten Senats des BVerfG nach dem Vorlagebeschluß des Einzelrichters (DNotI-Report 1998, 167) auch die Vorlage des VII. Senats des Niedersächsischen Finanzgerichts (EFG 1999, 37 ff.) zur Verfassungsmäßigkeit der Grunderwerbsteuer auf zur Selbstnutzung bestimmtes Wohneigentum als unzulässig verworfen (vgl. auch DNotI-Report 1997, 223, 231, 251). Aus der Entscheidung zur Vermögen- und Erbschaftsteuer lasse sich der Grundsatz der steuerlichen Freistellung des persönlichen Gebrauchsvermögens offenkundig nicht entnehmen. Zudem verfüge der Gesetzgeber nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG bei der Auswahl des Besteuerungsgegenstandes über einen weiten Gestaltungsspielraum. Die Pressemitteilung des BVerfG kann unter Fax-Abruf-Nr.: **158** angefordert werden. Da beim BFH zu dieser Frage noch ein Revisionsverfahren unter Az.: II R 90/97 anhängig ist, dürften die Grunderwerbsteuerbescheide bis zu einer Entscheidung des BFH weiterhin vorläufig ergehen (vgl. DNotI-Report 1998, 167).

Notarassessor Gerd Holland

Marcks, Peter, MaBV, 6. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 1998, 417 Seiten, DM 58.-

Der Standardkommentar zur MaBV genießt deshalb besondere Autorität, da sein Verfasser *Marcks* als Ministerialrat im Bundeswirtschaftsministerium für die Entwürfe der MaBV und ihrer Änderungen federführend war. *Marcks* kommentiert die gesamte MaBV, also nicht nur die für den Bauträgervertrag und damit den Notar besonders relevanten Vorschriften der §§ 3, 7 und 12 MaBV – ferner § 34 c und andere einschlägige Vorschriften der Gewerbeordnung. Der Kommentar ist die gebundene Version der Kommentierung der MaBV im Rahmen des Loseblattkommentares von *Landmann/Rohmer*, Gewerbeordnung und Ergänzende Vorschriften. Gegenüber der Voraufgabe aus dem Jahr 1991 waren zwei wichtige Änderungen der MaBV einzuarbeiten. Die nach der Neuregelung mögliche flexible Gestaltung der sieben Raten muß nach *Marcks* bereits bei Abschluß des Bauträgervertrages vertraglich vereinbart werden; eine nachträgliche Bestimmung durch den Bauträger sei unzulässig. Beim Wegfall einzelner Gewerke (Sanierung

oder Ausbauhaus) vertritt *Marcks* eine anteilige Umlegung ohne Einbeziehung der Baubeginnsrate nur auf die Raten nach § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 MaBV. Erstmals nimmt *Marcks* zur Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht im Bauträgervertrag Stellung, die er – schon vor dem BGH-Urteil – wegen Verstoßes gegen § 3 MaBV für unwirksam hält. Bedauerlicherweise ist das Standardwerk von *Basty* zum Bauträgervertrag nur in der zweiten Auflage 1995 berücksichtigt, da die dritte Auflage zeitgleich mit dem Abschluß der Bearbeitung der MaBV-Kommentierung von *Marcks* erschien.

Notar a. D. Christian Hertel

W. H. v. Bernuth, Schiedsgutacherabreden und die Durchführung selbständiger Beweisverfahren, ZIP 1998, 2081

T. Fett/D. Brand, Die sog. "Einmann-Personengesellschaft", NZG 1999, 45

H. Grziwotz, Public Private Partnership - Gemischtwirtschaftliche Unternehmen zur Baulanderschließung?, NZG 1999, 55

C. Hertel, Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag, ZNotP 1999, 3

E. v. Heymann/P. Rösler, Immobilienfinanzierungen unter Berücksichtigung der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV), WM 1998, 2456

M. Jülicher, Vertragliche Rückforderungsrechte und

Weiterleitungsklauseln in Schenkungsverträgen, DStR 1998, 1977

E. Rossak, Neuere zivilrechtliche Probleme zu Vorschriften des Heimgesetzes und deren erweiterte Anwendung, MittBayNot 1998, 407

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 3 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter <http://www.dnoti.de>.

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
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: <http://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. 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:
Schimmel Offset Druckcenter GmbH + Co KG,
Postfach 9444, 97094 Würzburg.