

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

9. Jahrgang
März 2001
ISSN 1434-3460

6/2001

Mit Beilage BNotK-Intern

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AktG §§ 179, 183, 52 – Sachkapitalerhöhung als Nachgründung bei einer Aktiengesellschaft; Durchführung der Sachkapitalerhöhung unter Beachtung der Nachgründungsvorschriften

BGB § 570b – Mietervorkaufsrecht bei bloßer Absicht des Erwerbers zur Aufteilung

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB §§ 195, 197, 528 Abs. 1 S. 1 – Verjährung des Rückforderungsanspruches wegen Verarmung des Schenkers

WEG §§ 14 Nr. 1, 22 Abs. 1 – Zustimmungserfordernis zu Durchbruch durch tragende Wand

BGB § 1374; BetrVG §§ 111, 112 – Berücksichtigung einer Abfindung im Anfangsvermögen

GmbHG §§ 30, 32, 32a, 32b, 64 Abs. 2 – Eigenkapitalersetzende Darlehen in der Überschuldungsbilanz; Haftung des Geschäftsführers bei Insolvenzreife

BGB §§ 54, S. 1, 427, 607, 705, 714 – Haftung der Gründungsmitglieder eines in der Gründung gescheiterten öffentlich-rechtlichen Zweckverbandes

GBO § 20; EGBGB Art. 15 – Immobilienerwerb in Errungenschaftsgemeinschaft verheirateter Ehegatten

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AktG §§ 179, 183, 52

Sachkapitalerhöhung als Nachgründung bei einer Aktiengesellschaft; Durchführung der Sachkapitalerhöhung unter Beachtung der Nachgründungsvorschriften

I. Sachverhalt

Im September 1999 wurde eine Aktiengesellschaft mit einem Grundkapital in Höhe von 50.000 Euro gegründet und im Handelsregister eingetragen. Bei dieser Aktiengesellschaft soll nunmehr eine Kapitalerhöhung im Wege der Sacheinlage durchgeführt werden. Die Sacheinlage besteht in der Einbringung von Patentrechten. Der Einbringungswert wird mit ca. 450.000 Euro angegeben.

II. Frage

1. Kann der Vertrag zwischen der Aktiengesellschaft und dem Inferenten über die Einbringung der Patentrechte abgeschlossen werden, bevor die Hauptversammlung die Erhöhung des Grundkapitals beschlossen hat?

2. Kann die Sachkapitalerhöhung und die erforderliche Zustimmung der Hauptversammlung zum Einbringungsvertrag (Nachgründung) in einer Hauptversammlung beschlossen werden?

3. Muss die Zustimmung der Hauptversammlung zum Einbringungsvertrag bereits im Zeitpunkt der Anmeldung der Kapitalerhöhung oder erst zum Zeitpunkt der Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung vorliegen?

III. Rechtslage

1. Anwendbarkeit der Nachgründungsvorschriften

Wird eine **Sachkapitalerhöhung** bei einer Aktiengesellschaft **binnen zwei Jahren nach deren Gründung** beschlossen, so finden auf diese Sachkapitalerhöhung nicht nur die Vorschriften der §§ 179, 183 ff. AktG, sondern darüber hinaus auch die Vorschriften über die Nachgründung zumindest analoge Anwendung (Hüffer, AktG, 4. Aufl. 1999, § 52 AktGRn. 8; Geßler/Hefermehl/Eckart, AktG, 1984, § 52 AktGRn. 7; KölnKomm-Kraft, AktG, 2. Aufl. 1988, § 52 AktGRn. 62; KölnKomm-Lutter, AktG, 2. Aufl. 1995, § 183 AktGRn. 6; Krieger, FS Claussen, 1997, S. 223, 227; Diekmann, ZIP 1996, 2149, 2151; DNotI-Gutachten zum Aktienrecht 1997 ff., Nr. 6, 26, 29; Schröder, in: Semler/Volhard, HV.Hdb 1999 II H Rn. 6; a. A. Borg/Stangier,

AG 1984, 320, 322). Während bei einer Kapitalerhöhung durch Sacheinlage das Gericht die Eintragung ablehnen kann, wenn der Wert der Sacheinlage nicht unwesentlich hinter dem Nennbetrag der dafür zu gewährenden Aktien zurückbleibt, hat der **Nachgründungsprüfer** festzustellen, ob der Wert des übernommenen Vermögensgegenstandes den Wert der dafür zu gewährenden Leistungen erreicht (§§ 52 Abs. 4 S. 2, 34 Abs. 1 Nr. 2 AktG). Mit der Sacheinlage können daher die Nachgründungsvorschriften nicht umgangen werden. § 52 AktG ist deshalb bei einer Sachkapitalerhöhung in den ersten zwei Jahren nach Gründung der Gesellschaft direkt oder analog anzuwenden (Diekmann, ZIP 1996, 2149, 2151).

2. Durchführung einer Sachkapitalerhöhung als Nachgründung

Zur konkreten Durchführung einer Sachkapitalerhöhung unter Beachtung der Nachgründungsvorschriften liegt nach unserer Auffassung bislang noch keine Literatur oder Rechtsprechung vor.

a) Schuldrechtlicher Einbringungsvertrag

Soll bei einer Aktiengesellschaft im Wege der Sacheinlage eine Kapitalerhöhung durchgeführt werden, so bedarf es hierzu stets eines schuldrechtlichen Einbringungsvertrages, mit dem der Gegenstand der Sacheinlage auf die Gesellschaft übertragen wird (Schröer, in: Semler/Volhard, II H 2; MünchHdB GesR IV (AG)/Krieger, 2. Aufl. 1999, § 56 AktGRn. 42; Hüffer, § 183 AktGRn. 6).

Nach überwiegender Meinung muss diese **Sacheinlagevereinbarung bereits abgeschlossen** sein, bevor die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft den Kapitalerhöhungsbeschluss fasst. Die Sacheinlagevereinbarung steht dabei unter der **aufschiebenden Bedingung**, dass die Kapitalerhöhung mittels Sacheinlage beschlossen wird (Hüffer, § 183 AktGRn. 6; Schröer, in: Semler/Volhard, II H 2; Geßler/Hefermehl/Bungeroth, AktG, 1989, § 183 AktGRn. 55; ähnlich Krieger, MünchHdB GesR IV, § 56 Rn. 42, nach dessen Ansicht es zwar nicht rechtlich erforderlich, wohl aber praktisch zweckmäßig sei, wenn die Sacheinlagevereinbarung vor der Kapitalerhöhung beschlossen wurde).

b) Zustimmung der Hauptversammlung zum Nachgründungsvertrag

Nichts anderes gilt für die Zustimmung der Hauptversammlung im Rahmen der Beachtung der Nachgründungsvorschriften. § 52 Abs. 1 AktG bestimmt hierzu, dass die Hauptversammlung dem Nachgründungsvertrag zustimmen muss. Ohne entsprechenden Beschluss der Hauptversammlung und Eintragung im Handelsregister ist der Nachgründungsvertrag "schwebend unwirksam".

Aus dem Gesetzeswortlaut des § 52 Abs. 2–5 AktG folgt die wohl überwiegende Meinung, dass der Beschluss der Hauptversammlung über den Nachgründungsvertrag erst getroffen werden kann, wenn der **Nachgründungsvertrag selbst bereits geschlossen** wurde. Eine vorherige Genehmigung sei nicht möglich, denn der Vertrag müsse bereits vor dem Beschluss der Hauptversammlung nach § 52 Abs. 3 und 4 AktG geprüft werden (KölnKomm-Kraft, § 52 Rn. 30; Hüffer, § 52 AktGRn. 5 f.; Diekmann, ZIP 1996, 2149, 2152).

c) Einheitliche Beschlussfassung über Sachkapitalerhöhung und Zustimmung zum Nachgründungsvertrag

Keine grundsätzlichen Bedenken bestehen dagegen, dass der Beschluss über die Sachkapitalerhöhung gemeinsam mit dem Beschluss über die Zustimmung der Hauptversammlung zu dem Nachgründungsvertrag **in einer Hauptversammlung** getroffen wird.

aa) Entscheidend ist dabei freilich, dass im Hinblick auf den Zustimmungsbeschluss nach § 52 Abs. 1 u. 5 AktG die **Prüfungen des Nachgründungsvertrages** nach § 52 Abs. 3 und 4 AktG bereits durchgeführt wurden.

Für die **Prüfung der Sachkapitalerhöhung** nach § 183 Abs. 3 AktG spielt dies keine Rolle. Dort genügt es stattdessen, dass diese Prüfung "vor der Anmeldung des Kapitalerhöhungsbeschlusses" stattgefunden hat (Geßler/Hefermehl/Bungeroth, § 183 AktGRn. 85; Hüffer, § 183 AktGRn. 17; KölnKomm-Lutter, § 183 AktGRn. 52).

Probleme könnte es allenfalls bereiten, wenn die Prüfung der Sachkapitalerhöhung im Falle des Zusammentreffens der Sachkapitalerhöhung mit einem Nachgründungsvorgang nicht erst "vor der Anmeldung des Kapitalerhöhungsbeschlusses" und nach dem Beschluss der Hauptversammlung über die Kapitalerhöhung, sondern schon vor dem eigentlichen Kapitalerhöhungsbeschluss der Hauptversammlung selbst und damit gemeinsam mit der Nachgründungsprüfung durchgeführt wird.

Prüfungsgegenstand bei der Prüfung der Sachkapitalerhöhung nach § 183 Abs. 3 AktG ist, ob der Wert der Sacheinlagen den geringsten Ausgabebetrag der im Gegenzug gewährten Aktien erreicht, § 183 Abs. 3 S. 3 AktG (Hüffer, § 183 AktGRn. 16; KölnKomm-Lutter, § 183 AktGRn. 52). Dieser "geringste Ausgabebetrag" nach § 9 AktG wird aber verbindlich erst in dem Hauptversammlungsbeschluss über die Kapitalerhöhung festgelegt. Die Prüfung der Sachkapitalerhöhung noch vor Vorliegen eines entsprechenden Beschlusses der Hauptversammlung dürfte daher wohl nur "abstrakt" möglich sein, wenn der "geringste Ausgabebetrag" i. S. d. § 9 Abs. 1 AktG, also der Nennbetrag der neuen Aktien bzw. der anteilige des auf die neu auszugebenden Stückaktien entfallende Betrags des Grundkapitals zu diesem Zeitpunkt noch nicht ohne weiteres feststeht.

bb) Denkbar erscheint es jedoch, für die Prüfung von einem vorher gemäß dem beabsichtigten Kapitalerhöhungsbeschluss festgelegten "geringsten Ausgabebetrag" auszugehen, oder – ganz einfach – die Prüfung der Sachkapitalerhöhung nach dem Sachkapitalerhöhungsbeschluss der Hauptversammlung separat von der Nachgründungsprüfung durchzuführen. Zulässig dürfte es u. E. aber auch sein, die zunächst durchgeführte einheitliche Prüfung der Sachkapitalerhöhung und Nachgründungsprüfung im Hinblick auf den "geringsten Ausgabebetrag" nach der Beschlussfassung der Hauptversammlung über die Kapitalerhöhung entsprechend zu ergänzen.

cc) Aus alledem folgt gleichzeitig, dass nach unserer Auffassung **zwei getrennte Beschlüsse** der Hauptversammlung – wenn auch in ein und derselben Hauptversammlung – erforderlich sind, ein "einheitlicher" Beschluss also nicht genügt. Beide Beschlüsse haben ihrer

Rechtsnatur nach unterschiedliche Voraussetzungen. Dies zeigt sich insbesondere in der unterschiedlichen Prüfungspflicht als Beschlussvoraussetzung. Möglich sind daneben aber auch unterschiedliche Mehrheiten: § 52 Abs. 5 AktG verlangt zwingend eine $\frac{3}{4}$ - Mehrheit, während nach § 179 Abs. 2 AktG für eine Satzungsänderung und damit auch für eine Kapitalerhöhung das Statut eine andere Kapitalmehrheit, aber auch weitere Erfordernisse festsetzen kann.

d) Spätester Zeitpunkt für Zustimmung der Hauptversammlung

U. E. reicht es aus, wenn die Zustimmung der Hauptversammlung erst zum Zeitpunkt der **Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung** nach § 188 AktG vorliegt. Eine Zustimmung der Hauptversammlung bereits zum Zeitpunkt der Anmeldung des Kapitalerhöhungsbeschlusses halten wir dagegen nicht für notwendig.

Für diese Auffassung spricht u. E., dass die Anmeldung der Sachkapitalerhöhung nach §§ 183, 184 AktG grundsätzlich unabhängig ist von der Wirksamkeit des Einbringungsvertrages, mit dem der Sacheinlagegegenstand auf die Gesellschaft übertragen wird. Nur für diesen Sacheinlagevertrag aber ist die Zustimmung der Hauptversammlung nach § 52 Abs. 1 AktG erforderlich. Weiter zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass es keinerlei rechtliche Vorschriften gibt, die verlangen, dass der Sacheinlagevertrag bereits abgeschlossen sein muss, bevor die Hauptversammlung über die Kapitalerhöhung beschließt (MünchHdB GesR IV, Krieger, § 56 Rn. 42).

Auch das Registergericht prüft bei der Anmeldung der **Sachkapitalerhöhung** nicht die Sacheinlagevereinbarungen. Vielmehr beschränkt sich die Prüfung auf die Werthaltigkeit i. S. d. § 183 Abs. 3 S. 3 AktG, die durch entsprechende Prüfungsberichte nachgewiesen wird. Die Verträge über die Sacheinlage sind dagegen nicht Gegenstand der Prüfung anlässlich der Anmeldung der Kapitalerhöhung. Vielmehr müssen erst zum Zeitpunkt der Anmeldung der Durchführung der Sachkapitalerhöhung nach § 188 Abs. 3 Nr. 2 AktG die Verträge über die Sacheinlagevereinbarungen vorgelegt werden. Frühestens zu diesem Zeitpunkt müssen die Sacheinlagen wirksam auf die Gesellschaft übertragen worden sein, §§ 188 Abs. 2 S. 1, 36a Abs. 2 S. 1 u. S. 2 AktG (§ 36a Abs. 2 S. 2 AktG gewährt für den dinglichen Vollzug der Sacheinlage eine Frist von fünf Jahren; str., vgl. Hüffer, § 36a AktG Rn. 4). Bei der Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung hat das Registergericht alsdann zu prüfen, ob alle Voraussetzungen für die beantragte Eintragung, insbesondere auch diejenigen der §§ 183, 184 AktG vorliegen (Geßler/Hefermehl/Bungeroth, § 188 AktG Rn. 55; KölnKomm-Lutter, § 188 AktG Rn. 42; Hüffer, § 188 AktG Rn. 20 f.). Daraus folgt, dass es auf die Wirksamkeit der Sacheinlagevereinbarungen zum Zeitpunkt der Anmeldung der Kapitalerhöhung nach §§ 183, 184 AktG nicht ankommt. Unschädlich ist es daher, wenn diese Verträge zum Zeitpunkt der Anmeldung der Kapitalerhöhung mangels Zustimmung der Hauptversammlung nach § 52 Abs. 5 AktG noch "schwebend unwirksam" sind.

e) Erfordernis zweier getrennter Anmeldungen zum Handelsregister

aa) Zu beachten ist in diesem Zusammenhang letztlich weiter, dass nach allgemeiner Meinung der **Nachgründungsvertrag** insgesamt nur wirksam ist, wenn er nach § 52 Abs. 2 AktG schriftlich abgefasst ist, wenn die Hauptversammlung zugestimmt hat und wenn er schließlich im Handelsregister eingetragen wurde. Die fehlende Schriftform führt zur Nichtigkeit des Vertrages nach § 125 BGB. Die fehlende Zustimmung der Hauptversammlung und/oder die fehlende Handelsregistereintragung hat dagegen lediglich die "schwebende Unwirksamkeit" des Vertrages zur Folge (Hüffer, § 52 AktGRn. 5 f., m. w. N.).

bb) Stellt man darauf ab, dass zum Zeitpunkt der Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung die der Anmeldung beizufügenden Einbringungsverträge über die Sacheinlagen wirksam sein müssen und dass deshalb zu diesem Zeitpunkt die Zustimmung der Hauptversammlung zu der gleichzeitig gegebenen Nachgründung vorliegen muss, so genügt diese Zustimmung allein noch nicht. Der Einbringungsvertrag ist als Nachgründungsvertrag mangels Eintragung im Handelsregister trotz Zustimmung der Hauptversammlung noch schwebend unwirksam. Nach der hier vertretenen Auffassung müssen die Einbringungsverträge aber zum Zeitpunkt der **Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung** wirksam sein. Erforderlich ist somit für die Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung, dass nicht nur die Zustimmung der Hauptversammlung zu dem Nachgründungsvorgang gegeben ist, sondern dass darüber hinaus der Nachgründungsvorgang auch im Handelsregister eingetragen worden ist.

Daraus folgt im Ergebnis auch, dass eine einzige Handelsregistereintragung nicht genügt, wenn die Sachkapitalerhöhung gleichzeitig einen Nachgründungsvorgang darstellt.

3. Änderung durch das NaStraG

Die Nachgründungsvorschriften des § 52 AktG wurden durch das NaStraG, welches am 25.1.2001 in Kraft getreten ist (BGBl. 2001 I, S. 123 f.) wesentlich entschärft. Künftig liegt ein Nachgründungsgeschäft nur noch dann vor, wenn dieses mit den Gründern oder den mit mehr als 10% des Grundkapitals an der Gesellschaft beteiligten Aktionären abgeschlossen wird. Damit werden sämtliche Geschäfte mit außenstehenden Dritten von der besonderen Nachgründungsprüfung ausgenommen (vgl. dazu demnächst Reul, MittBayNot 2001, Heft 2; Pentz, NZG 2000, 225 ff.). Von Bedeutung ist dabei, dass die Neufassung des § 52 AktG anders als das NaStraG im Übrigen rückwirkend zum 1.1.2000 gilt. Ergänzt wird diese Rückwirkung durch § 11 EGAktG Diese Bestimmung enthält eine Heilungsvorschrift für Nachgründungsgeschäfte nach § 52 AktG aus der Zeit vor dem 1.1.2000. Danach kann die Unwirksamkeit eines Nachgründungsgeschäfts nach § 52 AktG a. F., das vor dem 1.1.2000 geschlossen wurde und das nach der Neufassung des § 52 AktG wirksam wäre, nur noch bis zum 1.1.2002 geltend gemacht werden. Mit dieser Heilungsvorschrift soll nach einer kurzen Übergangszeit auch für die Vergangenheit weithin Rechtssicherheit erreicht werden (Reul, MittBayNot 2001, Heft 2).

BGB § 570b Mieterverkaufsrecht bei bloßer Absicht des Erwerbers zur Aufteilung

I. Sachverhalt

Ein mit einem Mehrfamilienhaus bebautes Grundstück soll veräußert werden. Dem Veräußerer ist bekannt, dass der Erwerber eine Aufteilung in Wohnungseigentum nach § 8 WEG durchführen (und dann die einzelnen Eigentumswohnungen weiterveräußern) will.

II. Frage

Besteht beim Verkauf des noch nicht aufgeteilten Mehrfamilienhauses ein **Mieterverkaufsrecht** nach § 570b BGB?

III. Rechtslage

1. Mieterverkaufsrecht bei Aufteilungsabsicht: Rechtsprechung

Das Mieterverkaufsrecht besteht nach dem Wortlaut des § 570b Abs. 1 S. 1 BGB beim Verkauf vermieteter Wohnräume, "an denen nach der Überlassung an den Mieter **Wohnungseigentum** begründet worden ist oder **begründet werden soll**". Hier kommt nur die zweite Alternative in Frage, nämlich das Vorkaufsrecht bei bloßer Aufteilungsabsicht.

Obergerichtliche Rechtsprechung liegt hier nicht zu Fällen des § 570b BGB, wohl aber zur Parallelvorschrift des § 2b WoBindG vor. So hat das **BayObLG** entschieden: "Beim Gesamtverkauf eines mit öffentlich geförderten Mietwohnungen bebauten Grundstücks entsteht das Recht zur Ausübung des Vorkaufsrechts nicht, es sei denn, die vom vorkaufsberechtigten Mieter bewohnte Wohnung ist als Teilobjekt des Veräußerungsvertrags so hinreichend bestimmt, dass sie in Verbindung mit einem Miteigentumsanteil an dem Grundstück der rechtlich selbständige Gegenstand eines rechtsgültigen Kaufvertrags sein kann." (BayObLGZ 1992, 100 = DNotZ 1992, 571 = MittBayNot 1992, 260).

Dem hat sich das KG angeschlossen (DNotI-Report 1995, 149).

2. Fallgruppen nach der Literatur

Die Literatur hat sich dem ganz überwiegend angeschlossen (MünchKomm-Voelskow, BGB, 3. Aufl. 1995, § 570b BGB Rn. 3; Wirth, MittBayNot 1998, 9, 11 f = NZM 1998, 390; ähnlich Palandt/Putzo, BGB, 60. Aufl. 2001, § 570b BGB Rn. 3).

Überwiegend werden hierbei in der Literatur zwei Fallgruppen genannt: Nämlich zum einen, wenn sich bereits der **Verkäufer zur Aufteilung** des Grundstücks in Wohnungs- und Teileigentum **verpflichtet**, oder zum anderen, wenn die **Teilungserklärung bereits beurkundet** worden ist (und nur noch nicht im Grundbuch vollzogen wurde) (Bub/Treier/Reinstorf, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. 1999, II Rn. 896c; Erman/Jendrek, BGB, 10. Aufl. 2000, § 570b BGB Rn. 3; Heintz, Vorkaufsrecht des Mieters, 1998, Rn. 147 – 152; Hertel, in: Lambert-Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, 2000, Teil 2 Rn. 547; Langhein, DNotZ 1993, 650, 655 f.; F. Schmidt, MittBayNot 1994, 285, 291 f.; Staudinger/Sonnenschein, BGB, 13. Bearb. 1997, § 570b BGB Rn. 17–19). Die

bloße Beantragung oder Erteilung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung wird demgegenüber ganz überwiegend als bloße Vorbereitungshandlung angesehen, die noch kein Mieterverkaufsrecht begründet.

3. Kein Mieterverkaufsrecht bei bloßer Aufteilungsabsicht des Erwerbers

Besteht daher hier auf Seiten des Erwerbers lediglich die Absicht der Aufteilung, hat dieser aber bei Abschluss des Kaufvertrags noch keine Teilungserklärung beurkunden lassen und verpflichtet sich auch nicht der Verkäufer im Kaufvertrag, das Grundstück vor Übereignung aufzuteilen, so greift hier nach ganz h. M. **kein Mieterverkaufsrecht** nach § 570b BGB ein.

Gutachten im Faxabruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** – Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 1/2000). Ein Inhaltsverzeichnis befindet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

Bitte beachten Sie: Unser Fax-Abruf-Dienst ist sprachmenügesteuert. Bitte benutzen Sie deshalb **nicht** die Fax-Abruf-Funktion an Ihrem Gerät, sondern wählen Sie vorstehende Telefonnummer und warten Sie dann auf die Eingabeaufforderung.

BGB §§ 177 Abs. 2, 181

In-sich-Geschäft bei Genehmigung

Fax-Abruf-Nr.: **11194**

BGB §§ 880, 1179a

Ausschluss des gesetzlichen Lösungsanspruchs für künftigen Rangrücktritt

Fax-Abruf-Nr.: **11195**

WEG §§ 3, 15 Abs. 1; BGB § 1018

Grunddienstbarkeit am Gesamtgrundstück statt Sondernutzungsrecht

Fax-Abruf-Nr.: **11196**

BGB §§ 328, 329; ZPO §§ 726, 727, 797 Abs. 2; BeurkG § 52

Vollstreckungsklausel bei Ablösungsvereinbarung für bestehende dingliche Belastungen

Fax-Abruf-Nr.: **11197**

ZPO §§ 727, 726, 750 Abs. 1 u. 2; BNotO § 21

Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den übernehmenden Rechtsträger im Falle einer Verschmelzung; Nachweis der Rechtsnachfolge durch Notarbescheinigung nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 BNotO und Zustellung dieser Bescheinigung als Vollstreckungsvoraussetzung gem. § 750 Abs. 2 ZPO

Fax-Abruf-Nr.: **11198**

BGB §§ 195, 197, 528 Abs. 1 S. 1 Verjährung des Rückforderungsanspruches wegen Verarmung des Schenkers

Der Anspruch auf Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers nach § 528 Abs. 1 S. 1 BGB unterliegt der regelmäßigen Verjährung von 30 Jahren auch dann, wenn er durch wiederkehrende Leistung des Beschenkten in einer dem angemessenen Unterhaltsbedarf entsprechenden Höhe – bis zur Erschöpfung des Werts der Schenkung – zu erfüllen ist.

BGH, Urt. v. 19.12.2000 – X ZR 128/99
Kz.: L I 1 – § 528 BGB
Fax-Abuf-Nr.: 1017

Problem

Bei Verarmung des Schenkers hat dieser einen gesetzlichen **Rückforderungsanspruch** nach § 528 Abs. 1 S. 1 BGB. Dabei ist der Anspruch, wenn ein fortlaufender **Unterhaltsbedarf** zu decken ist, auf wiederkehrende Geldleistungen des Beschenkten in einer dem angemessenen Bedarf entsprechenden Höhe bis zur Erschöpfung des Gegenstandes der Schenkung gerichtet (BGH NJW 1996, 987, 988 = MittBayNot 1996, 192 = MittRhNotK 1997, 75, BGHZ 137, 76, 83 = DNotZ 1998, 875 = NJW 1998, 537). In der Praxis relevant ist vor allem die Überleitung dieses Anspruchs durch den **Sozialhilfeträger** nach § 90 Abs. 1 BSHG (vgl. Gutachten DNotI-Report 1999, 45).

Fraglich war nun, ob der Rückforderungsanspruch, wenn er auf Unterhaltsleistung gerichtet ist, als Anspruch auf regelmäßig wiederkehrende Leistung anzusehen ist und deshalb nach § 197 BGB die jeweilige Zahlungspflicht vier Jahre nach Fälligkeit verjährt.

Entscheidung

Der BGH entschied, dass auch der auf Geldleistung gerichtete Teilwertersatzanspruch nur eine Ausprägung des Rückforderungsanspruches nach § 528 Abs. 1 S. 1 BGB ist und dass deshalb darauf insgesamt die **30-jährige Verjährungsfrist** des § 195 BGB und nicht die vierjährige Verjährungsfrist des § 197 BGB Anwendung findet.

WEG §§ 14 Nr. 1, 22 Abs. 1 Zustimmungserfordernis zu Durchbruch durch tragende Wand

a) Wanddurchbrüche zwischen zwei Wohnungen, die zum Verlust der Abgeschlossenheit (§ 3 Abs. 2 WEG) oder einem der Teilungserklärung widersprechenden Zustand führen, stellen nicht schon deshalb einen für die anderen Wohnungseigentümer nicht hinnehmbaren Nachteil dar.

b) Wird eine tragende, in Gemeinschaftseigentum stehende Wand durchbrochen, so ist ein nicht hinnehmbarer Nachteil allerdings erst dann ausgeschlossen, wenn kein wesentlicher Eingriff in die

Substanz des Gemeinschaftseigentums erfolgt, insbesondere keine Gefahr für die konstruktive Stabilität des Gebäudes und dessen Brandsicherheit geschaffen worden ist.

c) Handelt es sich um ein echtes Streitverfahren, so kann auch in einer Wohnungseigentumsache ohne Verletzung der Amtsermittlungspflicht auf der Grundlage des glaubhaften Vorbringens eines Beteiligten, dem der Gegner nicht widersprochen hat, entschieden werden.

BGH, Beschl. v. 21.12.2000 – V ZB 45/00
Kz.: L I 4 – § 22 Abs. 1 WEG
Fax-Abuf-Nr.: 1018

Problem

Für **bauliche Veränderungen** am Gemeinschaftseigentum ist nach § 22 Abs. 1 WEG grundsätzlich die Zustimmung aller Wohnungseigentümer erforderlich. Bei einem Mauerdurchbruch zwischen zwei Wohnungen wurde nach der bisherigen Rechtsprechung schon deshalb die Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer für erforderlich gehalten, da durch den Durchbruch die Abgeschlossenheit der betroffenen Wohnungen aufgehoben wurde. Das BayObLG wollte nunmehr von dieser Rechtsprechung abweichen und legte deshalb durch Vorlagebeschluss dem BGH vor (vgl. DNotI-Report 2001, 5).

Entscheidung

Der BGH billigte die **Änderung der Rechtsprechung**. Künftig ist für einen Wanddurchbruch keine Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer erforderlich, wenn es sich um eine nicht tragende Wand handelt. Bei einer **tragenden Wand** ist eine Zustimmung dann nicht erforderlich, wenn kein vernünftiger Zweifel daran besteht, dass ein wesentlicher Eingriff in die Substanz des Gemeinschaftseigentums unterblieben ist, insbesondere zum Nachteil der übrigen Eigentümer keine Gefahr für die **konstruktive Stabilität des Gebäudes** und dessen **Brandsicherheit** geschaffen wurde. Dem war hier Genüge getan, da die Eigentümer der betroffenen Wohnung im Verfahren unwidersprochen vorgetragen hatten, der Wanddurchbruch sei nach sachkundiger Planung und statischer Berechnung durch ein Fachunternehmen nach den Regeln der Baukunst ausgeführt worden.

BGB § 1374; BetrVG §§ 111, 112 Berücksichtigung einer Abfindung im Anfangsvermögen

Zur Berücksichtigung einer einem Ehegatten in einem “qualifizierten Interessenausgleich” für den Verlust seines Arbeitsplatzes infolge Betriebsstilllegung zugesagten Abfindung in seinem für den Zugewinnausgleich maßgeblichen Anfangsvermögen, wenn der Interessenausgleich vor der Eheschließung, der Sozialplan, der die Abfindung im Einzelnen regelt, jedoch erst nach dem Stichtag vereinbart wird.

BGH, Urt. v. 15.11.2000 – XII ZR 197-98
Kz.: L I 1 – § 1374 BGB
Fax-Abuf-Nr.: 1019

Problem

Im Rahmen des Scheidungsverfahrens war streitig geworden, inwieweit eine im Rahmen einer Kündigung und Betriebsstilllegung zugesagte Abfindung im Anfangsvermögen des Ehemannes zu berücksichtigen sei. Noch vor Eheschließung am 25.3.1995 war im Zuge der Vorbereitung der Betriebsstilllegung am 23.3.1995 zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat gem. § 111 BetrVG ein sog. **Interessenausgleich** vereinbart worden, in dem den Arbeitnehmern u. a. eine Abfindung zugesagt wurde. Erst nach Eheschließung wurde gem. § 112 BetrVG ein **Sozialplan** vereinbart, in dem die Leistungen bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinsichtlich der einzelnen Arbeitnehmer differenziert wurden.

Entscheidung

Der BGH geht davon aus, dass die Abfindung im konkreten Fall in dem für den Zugewinnausgleich maßgeblichen Anfangsvermögen des Ehemannes zu berücksichtigen ist. Dies wird damit begründet, dass der Interessenausgleich im Hinblick auf die zugesagte Abfindung Regelungen enthielt, die eigentlich Gegenstand eines Sozialplans nach § 112 Abs. 1 S. 2 BetrVG sind und es sich folglich um einen **„qualifizierten Interessenausgleich“** gehandelt habe, der **auch dem einzelnen Arbeitnehmer bereits eine vorteilhafte Rechtsstellung** gewährt habe. Diese Rechtsposition, die Anwartschaftscharakter habe, könne nach ständiger Rechtsprechung des BGH **als rechtlich geschützte Position mit wirtschaftlichem Wert im Anfangsvermögen Berücksichtigung** finden. Nicht erforderlich sei in diesem Zusammenhang, dass das Recht bereits fällig, unbedingt oder vererblich sei.

Des Weiteren könne auch der **Gesamtwert der zugesagten Abfindung** im Anfangsvermögen berücksichtigt werden, wie dies der BGH beispielsweise auch bei einer Abfindung, die einem Unfallopfer wegen dauernder Erwerbsunfähigkeit gewährt wurde (BGHZ 82, 145) und bei der Witwenrentenabfindung (BGHZ 82, 149) in strikter Anwendung des Stichtagsprinzips entschieden habe. Zwar werde in der Literatur zum Teil vertreten, dass Abfindungen, die anstelle künftig wiederkehrender Ansprüche gewährt werden, periodengerecht auf die Zeiträume vor, während und nach der Güterstandszeit zu verteilen seien (vgl. z. B. Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl. 1994, § 36 V 6, S. 551). Ob dieser Auffassung zu folgen ist, konnte der BGH aber offen lassen, da die zugesagte Abfindung im vorliegenden Fall in erster Linie vergangenheitsbezogen als Entschädigung für den Verlust des Arbeitsplatzes und des damit verbundenen Besitzstands (und weniger als Ausgleich für den Verlust künftigen Einkommens) gewährt worden sei.

GmbHG §§ 30, 32, 32a, 32b, 64 Abs. 2 Eigenkapitalersetzende Darlehen in der Überschuldungsbilanz; Haftung des Geschäftsführers bei Insolvenzzreife

a) **Forderungen eines Gesellschafters aus der Gewährung eigenkapitalersetzender Leistungen sind, soweit für sie keine Rangrücktrittserklärung abgegeben worden ist, in der Überschuldungsbilanz der Gesellschaft zu passivieren.**

b) **Maßstab für die Prüfung, ob eine Zahlung des Geschäftsführers i. S. v. § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar ist, sind nicht allein die allgemeinen Verhaltenspflichten des Geschäftsführers, sondern insbesondere auch der Zweck des § 64 Abs. 2 GmbHG, Masseverkürzungen der insolvenzreifen Gesellschaft und eine bevorzugte Befriedigung einzelner Gesellschaftsgläubiger zu verhindern.**

c) **Zahlungen, die der Geschäftsführer dem Verbot des § 64 Abs. 2 GmbHG zuwider geleistet hat, sind von ihm ungekürzt zu erstatten (Abweichung von BGHZ 143, 184). Ihm ist in dem Urteil vorzubehalten, seinen Gegenanspruch, der sich nach Rang und Höhe mit dem Betrag deckt, den der begünstigte Gesellschaftsgläubiger im Insolvenzverfahren erhalten hätte, nach Erstattung an die Masse gegen den Insolvenzverwalter zu verfolgen. Etwa bestehende Erstattungsansprüche der Masse gegen Dritte sind Zug um Zug an den Geschäftsführer abzutreten.**

BGH, Urt. v. 8.1.2001 – II ZR 88/99
Kz.: L V 2 – § 32a GmbHG
Fax-Abruf-Nr.: 1020

Problem

Die bilanzielle Erfassung von eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen ist seit langem umstritten. Diese Frage stellt sich schon bei der Erstellung der sog. **Vorbelastungsbilanz** (auch Differenzhaftungsbilanz genannt: Crezelius, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 42a Rn. 46) zur Ermittlung der Gründerhaftung (unbeschränkte persönliche Vorbelastungshaftung analog § 9 GmbHG), wenn das Stammkapital bereits zum Zeitpunkt der Eintragung der GmbH ins Handelsregister aufgezehrt oder die GmbH gar überschuldet ist. Die gleiche Problematik stellt sich wieder bei der jährlichen Handelsbilanz, insbesondere bei der nur nach Buchwerten erfolgenden Feststellung einer **Unterbilanz**. Die Kapitalbindung nach § 30 GmbHG greift nämlich erst bei Vorliegen oder Entstehen einer Unterbilanz ein. Zuletzt muss sich jeder Geschäftsführer fragen, ob die GmbH überschuldet ist und er nach § 64 Abs. 1 S. 2 GmbHG Insolvenzantrag stellen muss. Hierfür wird eine sog. **Überschuldungsbilanz** – auch Überschuldungsstatus genannt – aufgestellt, in der auch die stillen Reserven Berücksichtigung finden. Unter Geltung des neuen § 19 Abs. 2 S. 2 InsO sind bei günstiger Fortführungsprognose die Fortführungswerte (sog. Going-Concern-Werte), ansonsten die Liquidationswerte der Aktiva anzusetzen.

Die in letzter Zeit in der Literatur heftig bestrittene, wohl noch überwiegende Ansicht in Literatur und Rechtsprechung hat jeweils eine Passivierung jedenfalls dann befürwortet, wenn der betreffende Gesellschafter keinen Rangrücktritt erklärt hat.

Entscheidung

Abgesehen von der Ausnahme des Rangrücktritts, hält der BGH daran fest, dass in der **Überschuldungsbilanz** die Passivierung auch solcher Gesellschafterforderungen erforderlich ist, die wegen ihres eigenkapitalersetzenden Charakters in der durch die Notwendigkeit der Prüfung der Überschuldungssituation gekennzeichneten Krise nicht bedient werden dürfen. Denn derartige Gesellschafterforderungen verlieren nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH (BGHZ 140, 147, 153 m. w. N.)

nicht ihren **Charakter als Verbindlichkeiten**, die lediglich während der Krise gegen die GmbH nicht durchgesetzt werden können. Im Verhältnis zu seinen Mitgesellchaftern verliert der kapitalersatzleistende Gesellschafter auch im Fall der Insolvenz der Gesellschaft die Stellung als Gesellschaftsgläubiger nicht und kann deswegen – sofern nach Befriedigung aller anderen Gläubiger der Gesellschaft ein zu verteilender Betrag verbleibt – die bis dahin in der Durchsetzung gehemmten Ansprüche mit Vorrang vor den Forderungen der Mitgesellchafter bei der Verteilung des Liquidationserlöses geltend machen (vgl. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO). Eine Gleichstellung von funktionalem und statutarischem Eigenkapital durch Nichtbilanzierung der eigenkapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen im Überschuldungsstatus würde zu einer vorrangigen Berücksichtigung des Erhaltungsinteresses der Mitgesellchafter führen, aber in Grenzfällen den Geschäftsführer mit den schadensersatzrechtlichen und strafrechtlichen Risiken der ihm abverlangten Entscheidung belasten, ob jene Gesellschafterleistung als eigenkapitalersetzend einzustufen und ob demgemäss von der Stellung des Insolvenzantrags Abstand zu nehmen ist.

BGB §§ 54, S. 1, 427, 607, 705, 714
Haftung der Gründungsmitglieder eines in der Gründung gescheiterten öffentlich-rechtlichen Zweckverbandes

a) Ein im Gründungsstadium befindlicher, nichtrechtsfähiger kommunaler Zweckverband kann – trotz Fehlens entsprechender Regelungen in öffentlich-rechtlichen Normen des Zweckverbandsrechts – bei Teilnahme am Privatverkehrsverkehr Zuordnungsobjekt von Rechten und Pflichten, insbesondere Partei eines privatrechtlichen Vertrages, sein. Auf ihn findet hinsichtlich einer solchen privatrechtlichen Betätigung – je nach dem Grad der körperschaftlichen Verselbständigung – das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder des nichtrechtsfähigen wirtschaftlichen Vereins Anwendung.

b) Die Gründungsmitglieder eines gescheiterten öffentlichen Zweckverbandes haften für dessen im **G r ü n d u n g s s t a d i u m b e g r ü n d e t e Darlehensverbindlichkeiten wie Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft oder diesen gem. § 54 S. 1 BGB gleichgestellte Mitglieder eines wirtschaftlichen Vorvereins unbeschränkt und gesamtschuldnerisch.**

BGH, Urt. v. 18.12.2000 – II ZR 385/98
Kz.: L I I – § 54 BGB
Fax-Abruf-Nr: **1021**

Problem

Vor allem in den neuen Bundesländern wurden zahlreiche **Zweckverbände** ohne die erforderliche Genehmigung der beteiligten Gemeinden oder Landkreise und damit unwirksam gegründet. Im vorliegenden Fall fehlten für den Abwasserzweckverband ein hinreichendes Organisationsstatut und eine Verbandssatzung bzw. die Genehmigung und Bekanntmachung der Verbandssatzung

durch die Aufsichtsbehörde. Der Zweckverband hatte jedoch bereits diverse privatrechtliche Rechtsgeschäfte abgeschlossen, insbesondere Darlehen aufgenommen.

Entscheidung

Der BGH qualifizierte den gescheiterten öffentlich-rechtlichen Zweckverband in seiner privatrechtlichen Betätigung als **GbR** (§§ 705 ff.BGB) bzw. als **nichtrechtsfähigen wirtschaftlichen Verein** (§ 54 BGB) – je nach dem Grad der körperschaftlichen Verselbständigung. Entsprechend der kurz darauf ergangenen Entscheidung zur allgemeinen Rechts- und Prozessfähigkeit einer GbR (vgl. DNotI-Report 2001, 41) hielt der BGH auch den unwirksam gegründeten Zweckverband hinsichtlich seiner privatrechtlichen Betätigung für rechtsfähig. Unabhängig von der Einordnung als GbR oder wirtschaftlicher Vorverein nahm der BGH eine unbeschränkte und **gesamtschuldnerische Haftung aller Gründungsmitglieder** für die durch privatrechtliches Rechtsgeschäft eingegangenen Verpflichtungen an.

GBO § 20; EGBGB Art. 15

I m m o b i l i e n e r w e r b i n E r r u n g s c h a f t s g e m e i n s c h a f t v e r h e i r a t e t e r E h e g a t t e n

1. Die Eintragung ausländischer Ehegatten als Bruchteilseigentümer einer Eigentumswohnung darf vom Grundbuchamt nur abgelehnt werden, wenn es sichere Kenntnis davon hat, dass durch die Eintragung das Grundbuch unrichtig werden würde, weil nach dem maßgeblichen Güterrecht die Eigentumswohnung gemeinschaftliches Eigentum der Ehegatten wird.

2. Besteht nach dem aufgrund der gemachten Angaben und des sonstigen Kenntnisstandes des Grundbuchamts anwendbaren Recht (hier nach dem Recht einer Republik Restjugoslawiens) die naheliegende Möglichkeit, dass die Ehegatten infolge Teilung des gemeinsamen Vermögens eine Eigentumswohnung zu Bruchteilseigentum erwerben, hat das Grundbuchamt die beantragte Eintragung vorzunehmen.

BayObLG, Beschl. v. 6.12.2000 – 2Z BR 5/00
Kz.: R 4100 – Art. 15 EGBGB
Fax-Abruf-Nr.: **1022**

Problem

Die Ehegatten waren jugoslawische Staatsangehörige und hatten in der Bundesrepublik Deutschland in Miteigentum zu gleichen Teilen Wohnungseigentum erworben. Die Anträge der Beteiligten auf Vollzug der Auflassung wurden vom Grundbuchamt abgewiesen. Die Beschwerde vor dem Landgericht blieb erfolglos. Das BayObLG gab der weiteren Beschwerde statt.

Entscheidung

Nach Auffassung des BayObLG darf der Eintragungsantrag nur abgelehnt werden, wenn feststeht, dass durch die Eintragung das Grundbuch unrichtig würde. Eine Unrichtigkeit könnte sich aus dem für die Ehegatten maßgeblichen Ehegüterrecht ergeben. Allerdings sei **nur sichere Kenntnis von der Unrichtigkeit ausreichend für eine Zurückweisung des Grundbuchantrags.**

Güterrechtliche Verhältnisse der Ehe beurteilen sich gem. Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB nach jugoslawischem Recht, welches eine Rückverweisung nicht vorsehe. Nach dem in Frage kommenden Recht der Teilrepubliken Serbien und Montenegro sei gesetzlicher Güterstand die **Errungenschaftsgemeinschaft**. Anhaltspunkte für eine Rechtswahl der Ehegatten lagen nicht vor.

Nach dem für Serbien und Montenegro geltenden Recht sei es den Ehegatten aber unbenommen, auch während des Bestehens der Ehe eine Teilung des gemeinsamen Vermögens in schriftlicher Form vorzunehmen. Der Erwerb der Eigentumswohnung zu gleichen Miteigentumsanteilen stelle eine **stillschweigende Teilung des gemeinsamen Vermögens** in diesem Sinne dar. Offen bleibe, ob sich diese Teilung auf das gesamte Vermögen erstrecke oder nur auf die neu erworbene Immobilie, in jedem Fall werde das Grundbuch aber nicht unrichtig.

Literaturhinweise

Schöner, Hartmut/Stöber, Kurt, Grundbuchrecht, 12. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2001, 1854 Seiten, 218 DM

Die **Bibel des Grundstücksrechts**, der *Haegele/Schöner/Stöber*, erscheint in der jetzigen 12. Aufl. unter verkürztem Namen. Neu als Mitarbeiter ist Dipl.-Rechtspfleger Ulrich Keller, der vor allem den sechsten Buchteil über den Grundstücksverkehr im Beitrittsgebiet bearbeitet hat. Die Neuauflage ist knapp 100 Seiten dicker, im Aufbau und auch den Randnummern aber weitgehend unverändert. Rechtsänderungen und neuere Rechtsprechung sind – wie man es vom Haegele/Schöner/Stöber gewohnt ist – zuverlässig durch behutsame Änderung des Textes und vor allem Erweiterung der Fußnoten eingearbeitet.

Notar a. D. Christian Hertel

J. Bettendorf, Hinweise für die Hersteller und Anwender von EDV-Programmen im Notariat, ZNotP 2001, 42

G. Brüggemeier/N. Reich, Europäisierung des BGB durch große Schuldrechtsreform?, BB 2001, 213

C. Keim, Der stillschweigende Erbverzicht: sachgerechte Auslegung oder unzulässige Unterstellung?, ZEV 2001, 1

M. Kort, Namens- und markenrechtliche Fragen bei der Verwendung von Domain-Namen, DB 2001, 249

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, Gerberstraße 19
Telefon: 09 31/3 55 76-0 Telefax 09 31/3 55 76-2 25
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. Christian Hertel, 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 300,00 DM, Einzelheft 13,00 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, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg