

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

13/1997 · Juli 1997

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 16, 49, 51, 54; AktG § 242 - Heilung nichtiger GmbH-Gesellschafterbeschlüsse durch nachträglichen Rügeverzicht

BauGB §§ 144, 153 - Sanierungsgebiet, Preisprüfung zur Genehmigung eines Kaufvertrages

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB §§ 433 Abs. 2, 157, 362 Abs. 1; BNotO § 23 - Hinterlegung durch finanzierende Bank des Käufers unter zusätzlichen Treuhandauflagen

AktG § 278 Abs. 2; HGB § 19 Abs. 5 - Kommanditgesellschaft auf Aktien mit

GmbH als einziger persönlich haftenden Gesellschafterin

PartGG §§ 2, 11; GmbHG § 4 - Zulässigkeit der Firmierung „+ Partner“ bei neugegründeter GmbH

Hinweise für die Praxis

Vertragliche Festlegung des Ratenplanes nach § 3 Abs. 2 MaBV n. F. oder Leistungsbestimmungsrecht des Bauträgers?

Aktuelles

Genehmigungspflicht der Aufteilung in Wohnungseigentum im Geltungsbereich einer Erhaltungssatzung zu erwarten

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 16, 49, 51, 54; AktG § 242 Heilung nichtiger GmbH-Gesellschafterbeschlüsse durch nachträglichen Rügeverzicht

I. Sachverhalt

A, Gesellschafter der X-GmbH (Stammkapital: 3,5 Millionen DM) mit einem Geschäftsanteil in Höhe von nominal 3.500,- DM, beschließt in notarieller Urkunde eine Satzungsänderung der X-GmbH. Nach erfolgter Anmeldung und Eintragung der Satzungsänderung im Handelsregister stellt sich heraus, daß auch B Gesellschafter der X-GmbH ist und Geschäftsanteile zu nominal 3.496.500,- DM hält. B hatte seine Geschäftsanteile vor der betreffenden Satzungsänderung ordnungsgemäß erworben und war auch gem. § 16 GmbHG bei der X-GmbH angemeldet.

II. Frage

Kann die eingetragene Satzungsänderung „geheilt“ werden?

III. Rechtslage

1. Nichtigkeitsfolge bei Nichtladung von Gesellschaftern im GmbH-Recht

Nach allgemeiner Meinung ist im GmbH-Recht ein **Beschluß der Gesellschafterversammlung bei Nichtladung eines Gesellschafters nichtig** (vgl. nur Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 8. Aufl. 1995, § 51 Rn. 28 m. w. N.).

Nichtigkeit tritt in diesen Fällen nur dann nicht ein, wenn der **Beschluß bei Anwesenheit sämtlicher Gesellschafter in**

einer sog. Vollversammlung gefaßt wurde (Rowedder/Koppensteiner, GmbHG, 3. Aufl. 1997, § 47 Rn. 83). Da vorliegend ein Gesellschafter nicht geladen war, liegt ein Nichtigkeitsgrund analog § 241 Abs. 1 Nr. 1 AktG vor. Dieser Einberufungsmangel kann jedoch analog § 242 Abs. 2 AktG geheilt werden, wenn der Beschluß in das Handelsregister eingetragen ist und seither drei Jahre verstrichen sind, ohne daß Nichtigkeitsklage erhoben wurde. Es entspricht allgemeiner Ansicht, daß die Vorschriften über die Heilung nichtiger Hauptversammlungsbeschlüsse (§ 242 AktG) für das GmbH-Recht entsprechend gelten (Hachenburg/Raiser, GmbHG, 8. Aufl. 1997, Anh. § 47 Rn. 78 ff.; Zöllner, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 16. Aufl. 1996, Anh. § 47 Rn. 36 ff.; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Aufl. 1995, Anh. § 47 Rn. 29 f.; Scholz/Priester, GmbHG, a. a. O., § 54 Rn. 65; Hüffer, AktG, 2. Aufl. 1995, § 242 Rn. 1; BGHZ 80, 212, 216 f.). Diesen Vorschriften liegt der Rechtsgedanke zugrunde, daß im Interesse der Rechtssicherheit die nach registergerichtlicher Prüfung vorgenommene Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister dem Verstoß gegen die Einberufungsvorschriften die Unwirksamkeitsfolge nehmen soll.

Nach einer Mindermeinung (K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1997, S. 1100 ff.; Roth, GmbHG, 2. Aufl. 1987, § 51 Anm. 5) führt die Nichtladung eines Teilnahmeberechtigten nur zur Anfechtbarkeit, soweit diese beschlußrelevant ist. Nach Auffassung von Roth (a. a. O., § 51 Anm. 5) ist nur die weniger einschneidende Rechtsfolge angemessen.

2. Heilung durch Rügeverzicht

Eine Heilung des Beschlusses käme durch einen Rügeverzicht in Betracht, d. h. die ausdrückliche oder konkludente Erklärung

des nicht geladenen Gesellschafters, einen Verstoß gegen § 51 GmbHG nicht geltend zu machen.

a) Nach fast einhelliger Meinung führt ein **Teilnahmeverzicht**, der vor der Gesellschafterversammlung abgegeben wurde, nicht zur Mangelhaftigkeit eines Beschlusses wegen nicht ordnungsgemäßer Einberufung (BGHZ 87, 1, 4; Lutter/Hommelhoff, a. a. O., § 51 Rn. 17; Hachenburg/Hüffer, a. a. O., § 51 Rn. 32; Rowedder/Koppensteiner, a. a. O., § 47 Rn. 95; Scholz/K. Schmidt, a. a. O., § 51 Rn. 38; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts III/Ingerl, 1996, § 40 Rn. 10).

b) Umstritten ist in diesem Zusammenhang jedoch, ob der Nichtigkeitsgrund der Nichtladung auch durch **nachträglichen Rügeverzicht** beseitigt werden kann.

(1) Die in diesem Zusammenhang angeführten **BGH-Entscheidungen lassen diese Frage offen**. Nach BGHZ 11, 231, 239 liege es im Wesen der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, daß diese das Rechtsgeschäft ohne Rücksicht darauf zerstöre, ob die Beteiligten seinen Inhalt und seine Wirkung billigten oder nicht. In BGHZ 87, 1, 4 ging es um eine Gesellschafterversammlung, die durch einen nicht befugten Gesellschafter einberufen wurde. Nach Auffassung des BGH hätte der Mangel durch eine Vollversammlung oder durch einen Rügeverzicht des Klägers geheilt werden können. Eine Vollversammlung habe mangels Teilnahme des Klägers nicht stattgefunden, und dieser habe auch nicht zeitlich vor der Versammlung auf sein Rügerecht verzichtet.

(2) Somit kann nur auf die **obergerichtliche Rechtsprechung** zurückgegriffen werden. Nach Auffassung des *OLG Frankfurt* (Beschl. v. 26.08.1983, GmbHR 1984, 99, 100) ist im Falle der Nichtladung eines Gesellschafters zu einer Gesellschafterversammlung die Geltendmachung der Nichtigkeit ausgeschlossen, wenn der nicht geladene Gesellschafter die Beschlußfassung *unverzüglich* genehmigt. Zunächst würden diese Beschlüsse nicht ausnahmslos als nichtig behandelt, eine Heilung könne auch durch Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister und Ablauf der Dreijahresfrist analog § 242 Abs. 2 AktG eintreten. Die **Nichtigkeitsfolge sei ausgeschlossen, wenn der übergangene Gesellschafter den Beschluß unverzüglich genehmige**. Durch die Nichtigkeitsfolge sollten dessen elementare und generell nicht abdingbare Mitwirkungsrechte innerhalb der Gesellschaft möglichst weitgehend geschützt werden. Dann müsse es auch diesen Gesellschaftern überlassen bleiben, auf diesen Schutz im Einzelfall durch ausdrückliche Erklärung zu verzichten. Das *OLG München* (Urt. v. 19.01.1978, BB 1978, 471 f.) hatte einen Fall zu entscheiden, in dem die nicht geladenen Gesellschafter das Beschlußprotokoll nachträglich unterschrieben. Nach Auffassung des OLG München kann ein nichtiger Versammlungsbeschluß nicht durch späteres Einverständnis der nicht geladenen Gesellschafter geheilt werden. Die Besonderheit des entschiedenen Falles bestand zudem darin, daß eine kombinierte Beschlußfassung durch Gesellschafterversammlung und schriftliche Stimmabgabe ausdrücklich in der Satzung vorgesehen sein muß, was vorliegend jedoch nicht der Fall war.

(3) **Teile der Literatur halten einen nachträglichen Rügeverzicht ohne weiteres für möglich, zumindest solange der Rügeverzicht unverzüglich abgegeben wird** (Scholz/

K.Schmidt, a. a. O., § 53 Rn. 38; Lutter/Hommelhoff, a. a. O., Anh. § 47 Rn. 15, § 51 Rn. 17; Roth, a. a. O., § 51 Anm. 5; Hachenburg/Raiser, a. a. O., Anh. § 47 Rn. 78; neuerdings auch Zöllner, a. a. O., Anh. § 47 Rn. 38 im Hinblick auf die Neuregelung des § 242 Abs. 2 S. 4 AktG). Nach dieser Auffassung ist die Nichtigkeitsfolge zum Schutz des betroffenen Gesellschafters angeordnet, so daß dieser auch auf den Schutz der Vorschrift des § 241 AktG analog verzichten könne. Außerdem sei nicht nachvollziehbar, wieso der vorherige Teilnahmeverzicht und der nachträgliche Rügeverzicht unterschiedlich behandelt werden sollten (Roth, a. a. O., § 51 Anm. 5).

Nach der **Gegenauffassung** handelt es sich bei der Vorschrift des § 51 GmbHG um eine Vorschrift, die der Gesamtheit der Gesellschafter einen Anspruch auf die ordnungsgemäße Einberufung einräume. Dadurch sei aber eine Heilungswirkung durch einen nachträglichen Rügeverzicht ausgeschlossen, dieser könne an der bereits eingetretenen Nichtigkeit nichts mehr ändern. Im Gegensatz dazu schließe der bereits vor der Gesellschafterversammlung erklärte Teilnahmeverzicht den Einberufungsmangel schon tatbestandlich aus (Hachenburg/Hüffer, a. a. O., § 51 Rn. 32 m. w. N.). Mit dem Begriff der Nichtigkeit sei daher die nachträgliche Beseitigung des Nichtigkeitsgrundes durch Erklärung des davon Betroffenen nicht vereinbar (Rowedder/Koppensteiner, a. a. O., § 51 Rn. 11, § 47 Rn. 97, 83; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts III/Ingerl, a. a. O., § 40 Rn. 10).

3. Änderung der Rechtslage nach Einführung der kleinen AG

Durch das Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts vom 02.08.1994 (BGBl. I S. 1961) hat der Gesetzgeber in § 121 Abs. 4 AktG die bisher nur bei der GmbH zulässige Ladungsform mittels eingeschriebenen Briefes auch für Aktiengesellschaften übernommen, soweit deren Aktionäre namentlich bekannt sind. Bei einem Verstoß gegen § 121 Abs. 4 AktG kann die Nichtigkeit auch dann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der nicht geladene Aktionär den Beschluß genehmigt (§ 242 Abs. 2 S. 4 AktG). Aus der Begründung zum Gesetzentwurf ergibt sich, daß es sich hierbei um eine Folgeänderung zu § 121 Abs. 4 AktG handelt. Die unterlassene Ladung mehrerer oder nur eines Aktionärs durch eingeschriebenen Brief soll dadurch geheilt werden können, daß der betroffene Aktionär die gefaßten Beschlüsse genehmigt. Dies entspreche der im Recht der GmbH anerkannten Rechtslage und diene im Interesse der Gesellschaft und ihrer Aktionäre der Rechtssicherheit. Habe der betroffene Aktionär die Genehmigung erteilt, könnten sich auch andere Aktionäre nicht mehr auf den Einberufungsmangel berufen.

Da die Heilungsmöglichkeit von Beschlüssen einer Gesellschafterversammlung, zu der einer der Gesellschafter nicht geladen wurde, umstritten war, ist es verwunderlich, wieso der Gesetzgeber dies für das Recht der GmbH als unstrittig ansah (Gaßner/Zimmer, WiB 1997, 169, 171; Hüffer, AktG, 2. Aufl. 1995, § 242 Rn. 5 a). Weil die Regelungen des Aktiengesetzes zur Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen auf das Recht der GmbH übertragen werden können (siehe oben), könnte die Vorschrift des **§ 242 Abs. 2 S. 4 AktG generell analog auf die Gesellschafterbeschlüsse der GmbH angewandt** werden (Gaßner/Zimmer, a. a. O., 171; Zöllner, a. a. O., Anh. § 47 Rn. 38, § 51 Rn. 24). Dies ergebe sich daraus, daß wegen § 16

GmbHG bei der GmbH die Voraussetzung namentlicher Bekanntheit wie bei § 121 Abs. 4 AktG vorliegt, so daß § 242 Abs. 2 S. 4 AktG generell auf das GmbH-Recht analog angewendet werden könne (Gaßner/Zimmer, a. a. O., 171; Zöllner, a. a. O., Anh. § 47 Rn. 38).

Nach Auffassung von *Gaßner/Zimmer* (a. a. O., 172 ff.) ist eine analoge Anwendung des § 242 Abs. 2 S. 4 AktG unproblematisch, wenn die Einberufungsvorschriften nur den Schutz des nicht bzw. nicht ordnungsgemäß geladenen Gesellschafters bezwecken. Zudem komme die Genehmigung aus der Sicht des betroffenen Gesellschafters der Situation eines vorherigen Verzichts gleich. Die im voraus erklärte Zustimmung setze den Gesellschafter darüber hinaus einem größeren Risiko aus, da er weder die Standpunkte der anderen Gesellschafter noch das Ergebnis der Abstimmung kenne, während diese Voraussetzungen bei einem nachträglichen Rügeverzicht gegeben seien.

Weist man den Einberufungsvorschriften Ordnungsfunktionen zu, so haben alle Gesellschafter einen Anspruch auf die ordnungsgemäße Einberufung einer Gesellschafterversammlung (Hachenburg/Hüffer, a. a. O., § 51 Rn. 1, 32). Nach dieser Meinung kann die Genehmigung eines einzigen Gesellschafters somit die Nichtigkeitsfolge nicht beseitigen. Allerdings müsse diese Ordnungsfunktion auch zurücktreten, wenn die Nichtigkeit eines Gesellschafterbeschlusses durch Zeitablauf geheilt werde (Gaßner/Zimmer, a. a. O., 173). Zwar könne der nicht geladene Gesellschafter durch seine Genehmigung über die Willensbildung der Gesellschaftermehrheit entscheiden, während er ansonsten nur für oder gegen einen Antrag stimmen könne (Hüffer, a. a. O., § 242 Rn. 5 a), da der Gesetzgeber aber nun einmal diese Lage bei der kleinen AG geschaffen habe, sei diese auch hinzunehmen (Gaßner/Zimmer, a. a. O., 173).

4. Stellungnahme

Nach wohl allgemeiner Auffassung ist davon auszugehen, daß sich auf die Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen jedermann berufen darf. Nichtige Beschlüsse dürfen durch die Geschäftsführer grundsätzlich nicht ausgeführt werden, auch der Handelsrichter darf solche nichtigen Beschlüsse nicht in das Handelsregister eintragen (vgl. nur Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts III/Ingerl, a. a. O., § 40 Rn. 22). Die Geltendmachung der Nichtigkeit steht grundsätzlich auch dem Gesellschafter offen, der für einen nichtigen Beschluß gestimmt hat (Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts III/Ingerl, a. a. O., § 40 Rn. 22). Wird ein Gesellschafter nicht zu einer Gesellschafterversammlung geladen, so hat dies nach allgemeiner Meinung die Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses zur Folge (Rowedder/Koppensteiner, a. a. O., § 47 Rn. 81 m. w. N.; a. A. nur K. Schmidt, a. a. O., S. 1100 f.: bloße Anfechtbarkeit; anders aber Scholz/K. Schmidt, a. a. O., § 51 Rn. 28). Sieht man als Schutzzweck der Einberufungsvorschriften nur den Schutz des nicht geladenen Teilnehmers, so ist die analoge Anwendung des § 242 Abs. 2 S. 4 AktG auf den Fall der Nichtladung eines GmbH-Gesellschafters unproblematisch.

Ein Vergleich mit dem nach h. M. zulässigen vorherigen Verzicht (Gaßner/Zimmer, a. a. O., 173) ist wohl nicht angängig, da der vor der Versammlung erklärte Teilnahmeverzicht den Einberufungsmangel schon tatbestandlich ausschließt und

somit unbeachtlich bleibt (Hachenburg/Hüffer, a. a. O., § 51 Rn. 30, 32). Zwar kennt der betroffene Gesellschafter in diesem Fall weder die Standpunkte der anderen Gesellschafter noch das Ergebnis der Abstimmung (so Gaßner/Zimmer, a. a. O., 173), jedoch gibt es keinen Zwang zur Teilnahme an einer Gesellschafterversammlung, so daß es auch keinen Zwang zur Einladung eines Gesellschafters geben kann, der nach seinem kundgetanen Willen sowieso nicht teilnehmen will. Doch selbst wenn man den Einberufungsvorschriften Ordnungsfunktion zuerkennt und daher einen nachträglichen Rügeverzicht nicht ausreichen lassen will, sondern einen Anspruch der Gesamtheit der Gesellschafter auf richtige Einberufung statuiert, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Der Vorrang der Rechtssicherheit vor dieser Ordnungsfunktion ist bereits in § 242 Abs. 2 S. 1 AktG vorgesehen, wonach nichtige Beschlüsse durch Eintragung im Handelsregister geheilt werden, wenn ihre Nichtigkeit nicht innerhalb von drei Jahren geltend gemacht wird. Auch das Argument *Hüffers* (a. a. O., § 242 Rn. 5 a), daß dadurch der einzelne Aktionär über die Gültigkeit der Willensbildung der Gesamtheit entscheiden könne, kommt wohl nicht zum Tragen. Da die Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen von jedermann geltend gemacht werden kann, ist durch die Einführung der Genehmigungsmöglichkeit des nicht geladenen Gesellschafters in § 242 Abs. 2 S. 4 AktG die Möglichkeit, die Nichtigkeit eines Gesellschafterbeschlusses geltend zu machen, nicht ausgeschlossen, sondern nur zeitlich weiter eingeschränkt worden. Sobald die Genehmigung des nicht geladenen Gesellschafters vorliegt, kann die Nichtigkeit von den übrigen Gesellschaftern nicht mehr geltend gemacht werden, vorher ist dies aber jederzeit noch möglich. Zuzustimmen ist der Auffassung, daß mit der Genehmigungsmöglichkeit nur ein weiterer Tatbestand hinzugefügt wurde, um dem Schwebezustand der nichtigen Gesellschafterbeschlüsse ein Ende zu bereiten (Gaßner/Zimmer, a. a. O., 174).

Unseres Erachtens muß daher die Heilungsmöglichkeit nichtiger Gesellschafterbeschlüsse im Zusammenhang mit der zeitlichen Reihenfolge des Vorgehens gesehen werden. Bis zur Gesellschafterversammlung führt die Nichtladung eines Gesellschafters nicht zur Nichtigkeit des Beschlusses, wenn dieser bereits vorher auf sein Teilnahme- bzw. Rügerecht verzichtet hat. Dann liegt bereits tatbestandsmäßig kein nichtiger Gesellschafterbeschluß vor (Hachenburg/Raiser, a. a. O., Anh. § 47 Rn. 39). Nach Beschlußfassung und vor Eintragung in das Handelsregister kann die Nichtigkeit von jedermann geltend gemacht werden (Zöllner, a. a. O., Anh. § 47 Rn. 32; Hachenburg/Raiser, a. a. O., Anh. § 47 Rn. 84; Rowedder/Koppensteiner, a. a. O., § 47 Rn. 93). Von den Fällen der Heilung abgesehen, kann die Nichtigkeit zeitlich unbeschränkt geltend gemacht werden. Mit anderen Worten: Es kann sich niemand mehr auf die Unwirksamkeit der Beschlüsse berufen, wenn analog § 242 Abs. 2 S. 1 AktG der Beschluß in das Handelsregister eingetragen ist und seitdem drei Jahre verstrichen sind, ohne daß dessen Nichtigkeit geltend gemacht wurde.

Die Vorschrift des § 242 Abs. 2 S. 4 AktG spricht nur davon, daß ein Ladungsmangel nach § 121 Abs. 4 AktG nicht mehr geltend gemacht werden kann, wenn der nicht geladene Aktionär den Beschluß genehmigt. Dies bedeutet aber auch, daß alle nicht geladenen Aktionäre den Hauptversammlungsbeschluß

genehmigen müssen, damit die Nichtigkeitsfolge vermieden wird (K. Schmidt, in: Großkommentar Aktiengesetz, 4. Aufl. 1995, § 242 Rn. 20). Somit gibt der Wortlaut des § 242 Abs. 2 S. 4 AktG für die Auslegung, ob für die Heilung des Beschlusses neben der Genehmigung auch eine Eintragung ins Handelsregister vorausgesetzt werden muß, nichts her. Auch die historische Auslegung führt zu keinem Ergebnis, da in der Begründung zum Fraktionsentwurf von der generellen Zulässigkeit der Heilung von nichtigen Gesellschafterbeschlüssen durch Genehmigung seitens des nicht geladenen Gesellschafters ausgegangen wurde, obwohl die Meinungen hierzu in der GmbH-Literatur geteilt waren. Unseres Erachtens ergibt sich aus der systematischen Stellung des § 242 Abs. 2 S. 4 AktG, daß auch eine Handelsregistereintragung des Beschlusses Voraussetzung für die Heilung der Nichtigkeit ist. Dabei verkürzt die Genehmigung durch den nicht geladenen Gesellschafter nur die Drei-Jahres-Frist des § 242 Abs. 2 S. 1 AktG. Unterläßt der Gesellschafter die Genehmigung, so wird der Beschluß ohne gerichtliche Geltendmachung der Nichtigkeit sowieso nach drei Jahren wirksam (Gaßner/Zimmer, a. a. O., 175).

Demgegenüber geht K. Schmidt (in: Großkommentar Aktiengesetz, a. a. O., § 242 Rn. 17) offensichtlich davon aus, daß es sich bei der Vorschrift des § 242 Abs. 2 S. 4 AktG nicht nur um eine Ergänzung des Abs. 2, sondern um einen selbständigen Heilungstatbestand handelt, der dem übergangenen Gesellschafter eine in seinem Belieben stehende Genehmigungsbefugnis einräumt. Nach seiner Auffassung ist scheinbar die Eintragung in das Handelsregister nicht Heilungsvoraussetzung. Dagegen folgert er aus Gründen der Rechtssicherheit unter Bezugnahme auf BGHZ 125, 355, daß eine Verweigerung der Genehmigung zur unheilbaren Nichtigkeit des Beschlusses führt. In der Entscheidung ging es allerdings um Verfügungen eines im gesetzlichen Güterstand verheirateten Ehegatten, wo das Gesetz selbst in § 1366 Abs. 4 BGB die Unwirksamkeit des Vertrages bei Genehmigungsverweigerung anordnet. Demzufolge hält er den Vorstand analog §§ 108 Abs. 2, 177 Abs. 2 BGB für berechtigt, den nicht geladenen Gesellschafter zur Erklärung über die Genehmigung aufzufordern (a. a. O., § 242 Rn. 19).

Gegen diese Auffassung spricht wohl bereits die systematische Stellung des § 242 Abs. 2 S. 4 AktG. Hätte der Gesetzgeber einen neuen Heilungstatbestand schaffen wollen, so wäre es zweckmäßig gewesen, diesen als neuen Absatz in § 242 AktG einzufügen. Nach Auffassung von K. Schmidt (a. a. O., § 242 Rn. 17) wird aus dem Nichtigkeitsgrund des § 242 Nr. 1 AktG dadurch ein Unwirksamkeitsgrund. Diese Unterscheidung führt jedoch bei der Auslegung nicht weiter. Denn ein unwirksames Rechtsgeschäft steht einem nichtigen gleich (Creifelds, Rechtswörterbuch, 13. Aufl. 1996, S. 1296). Zudem hätte diese Auffassung zur Folge, daß ein unwirksamer Beschluß in das Handelsregister eingetragen werden müßte, was nach der überwiegenden Meinung nicht zulässig ist (Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts III/Ingerl, a. a. O., § 40 Rn. 22). Des weiteren würde diese Ansicht zu einem Systembruch führen, da bei ohne Genehmigung erfolgter Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister dieser nicht mehr nach § 248 AktG bzw. § 144 Abs. 2 FGG gelöscht werden könnte, da die Wirksamkeit des Beschlusses ausschließlich zur Disposition des nicht-geladenen Gesellschafters stehen würde.

Die Heilung analog § 242 AktG führt allerdings nicht dazu, daß die nicht ordnungsgemäß gefaßten Beschlüsse wirksam werden, sondern nur dazu, daß sich niemand mehr auf deren Nichtigkeit berufen darf.

5. Form der Genehmigungserklärung

Das GmbHG statuiert nur an wenigen Stellen besondere Formvorschriften. So bedarf nach § 2 GmbHG der Gesellschaftsvertrag der notariellen Form, eine Unterzeichnung durch Bevollmächtigte ist nur aufgrund einer notariell errichteten und beglaubigten Vollmacht zulässig. Bei der Gründung einer GmbH durch mehrere Personen ist jedoch anerkannt, daß die Genehmigungserklärungen der Vertretenen formlos erteilt werden können, da die Formvorschrift des § 2 Abs. 2 GmbHG über den Wortlaut hinaus nicht auf die nachträgliche Genehmigung des Handelns des Vertreters seitens des Vertretenen zu erstrecken ist (Scholz/Emmerich, GmbHG, 8. Aufl. 1993, § 2 Rn. 31). Eine weitere Formvorschrift besteht in § 47 Abs. 3 GmbHG, wonach Vertreter in einer Gesellschafterversammlung zurückgewiesen werden können, wenn sie ihre Bevollmächtigung nicht in schriftlicher Form nachweisen (Scholz/K. Schmidt, a. a. O., § 47 Rn. 89). Zwar müssen satzungsändernde Gesellschafterbeschlüsse gem. § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG notariell beurkundet werden, daraus ist jedoch noch nicht die Beurkundungsbedürftigkeit der Zustimmungserklärung des nicht geladenen Gesellschafters zu folgern. Denn dabei handelt es sich um eine rechtsgeschäftliche Erklärung, die wohl lediglich einen Verzicht auf die Geltendmachung der Nichtigkeit des Beschlusses zur Folge hat. Von daher ist nach § 182 Abs. 2 BGB keine besondere Form für die Genehmigungserklärung einzuhalten (vgl. auch Gaßner/Zimmer, a. a. O., 175). Zudem kann auch mit einem Erst-recht-Schluß gefolgert werden, daß, wenn schon die Genehmigungserklärung bei der Gründung der GmbH formfrei wirksam ist, dies erst recht bei der Genehmigung von Beschlüssen der existierenden GmbH gelten muß.

6. Ergebnis

Unseres Erachtens kann durch die nachträgliche, formfrei wirksame Genehmigungserklärung des nicht geladenen und nicht erschienenen Gesellschafters eine „Heilung“ des nichtigen Beschlusses analog § 242 Abs. 2 S. 4 AktG erreicht werden, so daß sich künftig niemand mehr auf die Nichtigkeit des Beschlusses berufen kann.

BauGB §§ 144, 153 Sanierungsgebiet, Preisprüfung zur Genehmigung eines Kaufvertrages

I. Frage

Beschränkt sich die Preisprüfung der Gemeinde bei der Genehmigung eines Kaufvertrages über ein Grundstück im Sanierungsgebiet auf den für das Grundstück vereinbarten Bodenpreis oder umfaßt sie auch den für die aufstehenden Gebäude vereinbarten Preis?

II. Rechtslage

1. Genehmigungspflicht bei Veräußerung im Sanierungsgebiet

a) Im **förmlich festgelegten Sanierungsgebiet** bedürfen insbesondere Veräußerungsverträge über Grundstücke und Erbbaurechte der Genehmigung durch die Gemeinde nach § 144 Abs. 1 Nr. 3 BauGB. Voraussetzung für die Genehmigungspflicht ist, daß die Gemeinde das Gebiet durch Beschluß förmlich als Sanierungsgebiet festgelegt hat (§ 142 Abs. 1 S. 1 BauGB). Dieser Beschluß ergeht in Form einer Satzung (Sanierungssatzung - § 142 Abs. 3 BauGB). Die Sanierungssatzung wird wirksam, sobald sie nach Maßgabe des landesrechtlichen Kommunalrechts ortsüblich bekannt gemacht wurde (§ 143 Abs. 2 S. 3 BauGB). Sobald die Sanierungssatzung rechtsverbindlich geworden ist, teilt dies die Gemeinde dem Grundbuchamt unter Angabe der einzelnen betroffenen Grundstücke mit. Das Grundbuchamt trägt daraufhin einen Sanierungsvermerk in die Grundbücher ein (§ 143 Abs. 4 S. 2 BauGB). **Dieser Sanierungsvermerk hat keinerlei konstitutive Wirkung; sein Fehlen begründet auch keinen Gutgläubensschutz.** Er dient **lediglich informatorisch** zur Unterrichtung des Grundbuchamtes sowie des Rechtsverkehrs über die Genehmigungspflicht. Sein Fehlen oder auch seine Eintragung haben aber keinerlei Rechtsfolgen.

b) Zuständig für die Genehmigung nach § 144 BauGB ist die jeweilige Gemeinde (§ 142 Abs. 1 S. 1 BauGB). Die Entscheidung über die Genehmigung ist eine gebundene Entscheidung: Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn Grund zur Annahme besteht, daß die Veräußerung die Durchführung der Sanierung unmöglich machen oder wesentlich erschweren oder dem Sinn und Zweck der Sanierung zuwider laufen würde (§ 145 Abs. 2 BauGB). Liegen solche Gründe nicht vor, so ist die Genehmigung zu erteilen.

2. Preisprüfung

a) Eine **wesentliche Erschwerung der Sanierung** im Sinne des § 145 Abs. 2 BauGB liegt insbesondere auch dann vor, wenn **bei der rechtsgeschäftlichen Veräußerung eines Grundstücks der vereinbarte Gegenwert für das Grundstück über dem nach § 153 Abs. 1 BauGB zu ermittelnden, um sanierungsbedingte Bodenwerterhöhungen bereinigten Verkehrswert liegt (§ 153 Abs. 2 BauGB)**. Mit dieser Preisprüfung soll verhindert werden, daß durch überhöhte Grundstückspreise die Preisstabilität im Sanierungsgebiet beeinträchtigt wird. Die Vorwegnahme der sanierungsbedingten Bodenwerterhöhung bei der Veräußerung würde bedeuten, daß der Veräußerer ungerechtfertigterweise Gewinne aus der Sanierung davontragen würde. Andererseits würde der Erwerber doppelt belastet, wenn er die sanierungsbedingte Bodenwerterhöhung zunächst als Teil des Kaufpreises an den Verkäufer entrichtete und dann nochmals von der Gemeinde mit einem Ausgleichsbetrag nach § 154 Abs. 1 BauGB für die durch die Sanierung bedingte Erhöhung des Bodenwertes herangezogen werden würde (Löhr, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 5. Aufl. 1996, § 153 Rn. 11; Bielenberg/Koopmann/Krautzberger, Städtebauförderungsrecht, Std. 27. Erg. Lief. Juli 1996, § 153 BauGB Rn. 49 f.; Brügelmann/Friedrich, BauGB, Std. 31. Lief. Mai 1996, § 153 BauGB Rn. 22; Kleiber, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, 54. Lief. Juni 1996, § 153 Rn. 23).

b) Bei der Preisprüfung sind damit alle wertbildenden Faktoren für das Grundstück zu berücksichtigen, mit Ausnahme der speziell sanierungsbedingten Bodenwertsteigerung. Allgemein wirtschaftlich bedingte Werterhöhungen des Grundbesitzes hingegen kommen dem Eigentümer zugute und sind deshalb bei der Bestimmung des Verkehrswertes mit zu berücksichtigen (§ 153 Abs. 1 S. 2 BauGB).

Nach Sinn und Wortlaut der Vorschrift **erstreckt sich die Preisprüfung bei bebauten Grundstücken auf den sich für das Grundstück einschließlich einer vorhandenen Bebauung vereinbarten Gegenwert und beschränkt sich nicht allein auf den Grund und Boden.** Dies steht nicht im Widerspruch dazu, daß sich der Ausgleichsbetrag nach den §§ 154 f. BauGB auf die Abschöpfung sanierungsbedingter Bodenwerterhöhungen beschränkt. Denn mit der Preisprüfung wollte der Gesetzgeber den Beteiligten verwehren, daß sie zur Umgehung der Preisprüfung auf den Gebäudewertanteil ausweichen (Bielenberg/Koopmann/Krautzberger, Städtebauförderungsrecht, a. a. O., § 153 BauGB Rn. 60; EZB-Kleiber, a. a. O., § 153 BauGB Rn. 25).

Die Einbeziehung des Gebäudepreises bzw. Gebäudewertes ergibt sich bereits aus dem **Gesetzeswortlaut**, der in § 153 BauGB vom Wert „des Grundstückes“ spricht - im Gegensatz zu § 154 BauGB, der ausdrücklich nur vom „Bodenwert“ spricht. Dabei bestimmt sich die Wertermittlung gemäß § 153 BauGB nach der aufgrund der Ermächtigung des § 159 Abs. 1 BauGB erlassenen Verordnung über Grundsätze für die Ermittlung der Verkehrswerte von Grundstücken vom 06.12.1988 (**Wertermittlungsverordnung - WertV**) (vgl. auch § 26 WertV). Insbesondere §§ 3 Abs. 2 und 5 Abs. 5 S. 2 WertV sehen dabei auch eine Berücksichtigung der baulichen Anlagen zur Bestimmung des Grundstückswertes vor. Indirekt ergibt sich die Berücksichtigung der auf dem Grundstück befindlichen baulichen Anlagen auch aus der gesetzlichen Bestimmung, wonach lediglich durch eigene Aufwendungen des Betroffenen zulässigerweise bewirkte Werterhöhungen zu berücksichtigen sind (§ 153 Abs. 1 S. 1 Variante 2 BauGB). Denn dies betrifft vor allem die wertsteigernde Errichtung baulicher Anlagen (Berliner Kommentar zum BauGB-Stich, 2. Aufl. 1995, § 153 BauGB Rn. 9 - wobei nur nach § 144 Abs. 1 Nr. 1 BauGB genehmigungsfreie bzw. genehmigte Maßnahmen berücksichtigungsfähig sind).

Im **DNotI-Gutachten, DNotI-Report 14/1996, 121, 122** wurde noch die Meinung vertreten, daß sich die Preiskontrolle nach § 153 Abs. 2 BauGB nicht auf die „aufstehenden Gebäude“ erstrecke. **Diese Rechtsansicht wird nicht aufrecht**

erhalten. In zahlreichen Fällen erfolgt auch gar keine ausdrückliche Aufteilung des Kaufpreises auf Grundstücks- und Gebäudepreis, so daß eine derartig eingeschränkte Prüfung auch praktisch kaum möglich wäre.

c) Die Ermittlung des Verkehrswertes ohne sanierungsbedingte Bodenwerterhöhung nach § 153 Abs. 1 BauGB erfolgt in aller Regel, aber nicht zwingend durch den **Gutachterausschuß** (§§ 192 f. BauGB). Für eine Genehmigung nach § 144 Abs. 1 BauGB ist es nicht erforderlich, daß der von den Beteiligten für das Grundstück einschließlich Bau vereinbarte Gegenwert punktgenau den nach § 153 Abs. 1 BauGB bemessenen, sanierungsbereinigten Grundstückswert trifft. Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits unter der Geltung des insoweit inhaltsgleichen Städtebauförderungsgesetzes (§ 15 Abs. 3 S. 2 i. V. m. § 23 e StBauFG) entschieden hatte, ist der vereinbarte Gegenwert solange genehmigungsfähig, „wie nicht Werte vereinbart bzw. zugrunde gelegt werden, die in einer dem Rechtsverkehr erkennbaren Weise deutlich verfehlen, was auch sonst, nämlich im gewöhnlichen Geschäftsverkehr ... ohne Rücksicht auf ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse zu erzielen wäre (BVerwG, Urt. v. 24.11.1978, BVerwGE 57, 87 = NJW 1979, 2578; BVerwG, Urt. v. 21.08.1981, NJW 1982, 398; ebenso BGH, Beschl. v. 28.09.1993, NJW 1994, 146 = NVwZ 1994, 640). **Als noch genehmigungsfähiger Spielraum wurden dabei von der Rechtsprechung Überschreitungen um rund 5 % angesehen** (BayVGH, Urt. v. 16.11.1989, GuG 1991, 12, EZGuG 15.65; LG Darmstadt, Urt. v. 28.04.1993, GuG 1994, 62 = EZGuG 20.144). Umgekehrt ist eine Verkehrswertüberschreitung um 7% nach Ansicht des VG Bremen nicht mehr genehmigungsfähig (Urt. v. 27.10.1982, EZGuG 15.23; vgl. auch Bielenberg/Koopmann/Krautzberger, Städtebauförderungsrecht, a. a. O., § 153 BauGB Rn. 63; EZB-Kleiber, a. a. O., § 153 BauGB Rn. 31 b).

Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst unter der angegebenen Fax-Abruf-Nummer anfordern. Funktionsweise und Bedienung des Fax-Abruf-Dienstes sind im DNotI-Report 2/1997 erläutert.

WEG §§ 25 Abs. 2, 10 Abs. 1 S. 2

Verteilung von Stimmrechten in der Gemeinschaftsordnung; Mehrstimmrecht einer Einheit

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1134

Grunddienstbarkeit, Bestimmtheitsgrundsatz, Teilfläche als herrschendes „Grundstück“

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1135

BGB § 881

Schicksal eines Rangvorbehaltes bei Grundstücksteilung und Veräußerung einer Teilfläche

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1136

ErbbauVO § 9; BGB § 242

Erhöhung eines Erbbauzinses aufgrund Äquivalenzstörung einer vertraglichen Anpassungsklausel

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1210

Rechtsprechung

BGB §§ 433 Abs. 2, 157, 362 Abs. 1; BNotO § 23

Hinterlegung durch finanzierende Bank des Käufers unter zusätzlichen Treuhandauflagen

Vereinbaren die Parteien eines Grundstückskaufvertrages die Hinterlegung des Kaufpreises beim Urkundsnotar, erfüllt die Leistung an den Notar die Verpflichtung zur Hinterlegung nur, wenn sie nicht mit Vorbehalten versehen ist, die eine Auskehrung an den Verkäufer von Voraussetzungen abhängig machen, die keine Grundlage in der Hinterlegungsvereinbarung finden.

Bevollmächtigt der Verkäufer den Käufer, zur Finanzierung des Kaufpreises das Grundstück mit einer Grundschuld zu belasten, ist die Hinterlegungsvereinbarung dahin zu prüfen, ob eine bis zur Eintragung der Grundschuld mit banküblichen Vorbehalten versehene Leistung der finanzierenden Bank die Pflicht des Käufers zur Hinterlegung erfüllt.

BGH, Urt. v. 07.03.1997 - V ZR 4/96

Kz.: L III 1- § 23 BNotO

Dokumentennr. Fax-Abruf: 580

Problem

In einem Kaufvertrag über ein Teileigentum hatten die Beteiligten Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto vereinbart. Der Kaufpreis war vereinbarungsgemäß bis spätestens am 30.09.1993 auf einem Notaranderkonto zu hinterlegen. Der Verkäufer erhielt ein vertragliches Rücktrittsrecht, falls der Käufer mit der Hinterlegung des Kaufpreises länger als einen Monat in Verzug geriete. In einem Nachtrag zum Kaufvertrag erteilte der Verkäufer dem Käufer eine Finanzierungsvollmacht zur Belastung des Kaufgegenstandes mit einer Grundschuld.

Der Kaufpreis wurde von der finanzierenden Bank am 02.11.1993 auf dem Notaranderkonto gutgeschrieben. Zugleich erhielt der Notar einen bis zum 31.01.1994 befristeten Treuhandauftrag der Bank, wonach er über das auf dem Notaranderkonto eingegangene Geld nur dann verfügen durfte, wenn zum einen die Auszahlungsvoraussetzungen nach dem Kaufvertrag erfüllt seien und zum anderen der Notar der Bank bestätigte, daß der erstrangigen Eintragung der zugunsten der finanzierenden Bank bestellten Grundschuld keine sonstigen Eintragungen oder Eintragungsanträge entgegenstehen würden, die Eintragung sichergestellt sei und der Eintragungsantrag auch im Namen der Bank gestellt sei. Nachdem der Notar die Bank darauf hingewiesen hatte, daß nach dem Kaufvertrag noch Dienstbarkeiten vorrangig zur Grundschuld bestellt werden sollten, änderte die Bank ihren Treuhandauftrag entsprechend.

Noch vor der Änderung des Treuhandauftrages trat der Verkäufer vom Kaufvertrag mit der Begründung zurück, der Kaufpreis sei verspätet hinterlegt worden, und der Treuhandauftrag der Bank entspreche nicht der Vereinbarung zwischen den Parteien. Der Käufer ist der Ansicht, der Rücktritt sei unwirksam, da er sich bei der Rücktrittserklärung infolge der Hinterlegung des Kaufpreises nicht mehr in Verzug befunden habe.

Entscheidung

Der BGH hielt den Rücktritt für wirksam, da bei der Rücktrittserklärung der Verzug des Käufers mit der Erfüllung seiner Hinterlegungspflicht noch fortbestand. Mache der Käufer bei der Hinterlegung die Auskehrung des Kaufpreises durch den Notar von Voraussetzungen abhängig, die über die Vereinbarung im Kaufvertrag hinausgingen, so werde durch die Gutschrift auf dem Anderkonto die Verpflichtung des Käufers zur Hinterlegung nicht in der vereinbarten Weise erfüllt. Denn der Käufer sei nicht berechtigt, die Hinterlegungsvereinbarung durch Erweiterung der Auskehrungs-voraussetzungen zu ändern. Vielmehr könne der Verkäufer eine derartige Leistung als nicht vertragsgerecht zurückweisen (§ 266 BGB).

Das gleiche gelte grundsätzlich, wenn die Hinterlegung durch einen Dritten erfolge. Jedoch könne das Interesse der den Kaufpreis finanzierenden Bank, die Darlehenssumme nicht vor Eintragung der Grundschuld endgültig aus der Hand zu geben, in Widerspruch zur Hinterlegungsvereinbarung der Kaufvertragsparteien treten. Bevollmächtigte der Verkäufer den Käufer zur Belastung des Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld, sei daher zu prüfen, ob die Hinterlegungsvereinbarung dahingehend auszulegen ist, daß eine Leistung der Bank an den Notar, die bis zur Eintragung der Grundschuld mit banküblichen Vorbehalten versehen ist, die Hinterlegungsvereinbarung trotz der Vorbehalte der Bank erfüllt oder ob der für die vertragsmäßige Hinterlegung vereinbarte Zeitraum bis zum Entfallen der Vorbehalte der Bank verlängert ist.

Eine derartige Auslegung der Verträge schied der BGH jedoch im vorliegenden Fall aus. Eine ausdrückliche Änderung der Hinterlegungsvereinbarung war bei der Erteilung der Finanzierungsvollmacht in der Nachtragsurkunde nicht erfolgt. Vielmehr hatte der Verkäufer ausdrücklich erklärt, daß der Antrag auf Eintragung der Grundschuld durch den Urkundsnotar erst gestellt werden dürfe, wenn der Kaufpreis bei diesem hinterlegt sei und die Finanzierungsbank den Notar „unwiderruflich zur Auszahlung angewiesen“ habe. Diese Voraussetzung erfülle die Gutschrift der Bank nicht: **Denn nach allgemeinen Grundsätzen sei die Bank bis zur Erledigung ihres einseitigen Treuhandauftrages berechtigt gewesen, ihre Weisung gegenüber dem Notar zu ändern** (BGH, Urt. v. 19.03.1987, DNotZ 1987, 560, 561; Brambring, DNotZ 1990, 627, 644). Darüber hinaus sei der Auftrag befristet gewesen. Der Verkäufer habe daher die vorgenommene Hinterlegung zutreffend als zur Erfüllung nicht hinreichend zurückgewiesen und den Rücktritt erklärt.

**AktG § 278 Abs. 2; HGB § 19 Abs. 5
Kommanditgesellschaft auf Aktien mit GmbH als
einzige persönlich haftende Gesellschafterin**

a) Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann grundsätzlich persönlich haftende Gesellschafterin einer Kommanditgesellschaft auf Aktien sein.

b) Dazu ist jedoch unabdingbar erforderlich, daß das Fehlen einer natürlichen Person in der Eigenschaft des Komplementärs in der Firma der Gesellschaft kenntlich gemacht wird. § 19 Abs. 5 HGB findet insoweit sinngemäße Anwendung.

BGH, Beschl. v. 24.02.1997 - II ZB 11/96

Kz.: L V 3 - § 278 AktG

Dokumentennr. Fax-Abruf: 581

Problem

In den letzten zwei Jahren ist die seit der Durchsetzung der GmbH und Co.KG umstrittene Frage, ob auch eine GmbH & Co.KG zulässig ist, wieder in der Literatur heftig diskutiert worden (zuletzt insbesondere Priester, ZHR 160 (1996), 52 ff. u. K. Schmidt, ZHR 160 (1996), 265 ff.). Nachdem das Hanseatische Oberlandesgericht durch Beschluß vom 05.12.1968 (AG 1969, 259) die Komplementärfähigkeit juristischer Personen bei der KGaA befürwortet hatte, gab der insoweit ablehnende Vorlagebeschluß des OLG Karlsruhe vom 29.07.1996 (ZIP 1996, 1787) dem BGH erstmals Gelegenheit, über diese Frage zu entscheiden.

Entscheidung

Entgegen dem Vorlagebeschluß des OLG Karlsruhe hält der BGH die Errichtung einer KGaA mit einer GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin grundsätzlich für zulässig. Nach Meinung des BGH enthält das AktG keine Vorschrift, die eine KGaA mit einer GmbH als alleinige Komplementärin ausdrücklich untersagt. Ebensowenig ergebe sich die Unzulässigkeit dieser Rechtsform mittelbar als zwingende Konsequenz aus den im AktG getroffenen gesetzlichen Regeln einzeln oder in ihrer Gesamtheit. Auch wenn das AktG in den §§ 278 ff. entsprechend den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers davon ausging, daß der persönlich haftende Gesellschafter der KGaA eine natürliche Person sei, rechtfertige ein solches Leitbild nicht die Annahme der Unzulässigkeit einer KGaA mit einer Kapitalgesellschaft in der Funktion des Komplementärs. Nach Meinung des BGH muß grundsätzlich Freiheit zu privatautonomer Gestaltung bestehen, die auch vom Gesetz nicht vorgesehene Mischformen und atypische Lösungen zuläßt. Grenzen würden nur durch zwingende gesetzliche Regelungen und die unabwiesbaren Bedürfnisse des Rechtsverkehrs, die im wesentlichen durch die Notwendigkeiten des Gläubiger- und Anlegerschutzes bestimmt werden, gezogen. Daran könne auch die 1977 zur Änderung des Gesetzes betreffend die GmbH und anderer handelsrechtlicher Vorschriften vom Gesetzgeber geäußerte Absicht (BT-Drs. 8/1347) nichts ändern, § 278 Abs. 1 AktG durch einen Satz 2 zu ergänzen, wonach persönlich haftender Gesellschafter einer KGaA nur eine natürliche Person sein kann. Denn diese Absicht des Gesetzgebers habe nicht im Gesetz selbst hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden. Auch ein zwingendes Organisationsmodell, das die KGaA auf eine natürliche Person als Komplementär festlegt, sei dem Gesetz nicht zu entnehmen. Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung (§ 278 Abs. 3 AktG) gilt nach Ansicht des BGH das Primat des Aktienrechts und damit auch der Grundsatz der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) nur für die Kapitalstruktur

der Gesellschaft, während sich ihre Führungsstruktur gem. § 278 Abs. 2 AktG nach dem Personengesellschaftsrecht richtet. Dazu gehöre auch die Frage, wer persönlich haftender Gesellschafter sein kann. Ebenso stehen die unabdingbaren Notwendigkeiten des Gläubiger- und Anlegerschutzes nach Meinung des BGH der Zulässigkeit der GmbH & Co.KGaA nicht entgegen. Das Gesetz verlange in § 161 Abs. 1 HGB ebenso wie in § 278 Abs. 1 AktG lediglich, daß mindestens ein Gesellschafter den Gläubigern der Gesellschaft unbeschränkt hafte. Diese Voraussetzung sei bei einer juristischen Person als Komplementärin der KGaA gewahrt, weil auch sie mit ihrem gesamten Vermögen hafte. Die eigentliche Haftungsgrundlage für die Gesellschaftsgläubiger stelle zudem bei der KGaA nicht die persönliche Haftung des Komplementärs, sondern das von den Kommanditaktionären aufgebrachte, durch die aktienrechtlichen Kapitalaufbringungs- und Erhaltungsvorschriften geschützte Grundkapital dar. Dies habe auch schon der historische Gesetzgeber des HGB von 1897 zum Ausdruck gebracht.

Im Interesse des Rechtsverkehrs ist es nach Ansicht des BGH allerdings unabdingbar geboten, daß dieser - nicht anders als bei der GmbH & Co.KG - bereits aus der Firma der Gesellschaft ersehen kann, daß er es mit einer KGaA ohne natürlichen Vollhafter zu tun hat. Die diesbezügliche Regelungslücke sei durch eine entsprechende Anwendung des § 19 Abs. 5 HGB zu schließen.

PartGG §§ 2, 11; GmbHG § 4 Zulässigkeit der Firmierung „+ Partner“ bei neugegründeter GmbH

Die Verwendung des Zusatzes „+ Partner“ durch eine GmbH ist unzulässig.

BGH, Beschl. v. 21.04.1997 - II ZB 14/96

Kz.: L V 6 - § 11 PartGG

Dokumentennr.: Fax-Abruf: 582

Problem

In der Literatur und unter den Oberlandesgerichten (OLG Frankfurt/Main, Beschl. v. 20.05.1996, ZIP 1996, 1082 = GmbHR 1996, 523 = WM 1996, 1317 und BayObLG, Beschl. v. 02.08.1996, DNotI-Report 20/96, S. 186 = ZIP 1996, 1702) war ein Streit über die Bedeutung des § 11 S. 1 PartGG entstanden. Das BayObLG (ebenso Michalski/Römermann, PartGG, 1995, § 11 Rn. 1) nahm an, daß diese Vorschrift für die Zeit nach Inkrafttreten des Gesetzes die Bezeichnung „+ Partner“ u. ä. Bezeichnungen für die Partnerschaftsgesellschaft monopolisiere. Demgegenüber hielt das OLG Frankfurt (ebenso Kögel, Rpfleger 1996, 314 ff.; Notthoff, WiB 1996, 1166; Bärwaldt/Schabacker, MDR 1997, 114; Röh, DB 1996, 2426) die Verwendung eines solchen Zusatzes in der Firma einer neugegründeten Kapitalgesellschaft weiterhin für möglich.

Entscheidung

Der BGH gibt in seinem Beschluß v. 21.04.1997 dem vorliegenden BayObLG Recht. Nach seiner Ansicht untersagt § 11 S. 1 PartGG auch neugegründeten Kapitalgesellschaften die

Führung des Zusatzes „und Partner“ oder auch „+ Partner“. Mit Ausnahme der Übergangsvorschrift für Altgesellschaften in § 11 S. 2 PartGG sei allen Gesellschaften mit einer anderen Rechtsform als der Partnerschaft, die nach Inkrafttreten des PartGG gegründet oder umbenannt werden, die Führung des Zusatzes „und Partner“ bzw. „Partnerschaft“ verwehrt. Denn § 11 S. 1 PartGG reserviere diese Bezeichnung „dem Willen des Gesetzgebers entsprechend“ (vgl. die amtliche Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung BTDRs. 12/6152, S. 23, abgedruckt bei Seibert, Die Partnerschaft, 1994, S. 121) allein für Partnerschaftsgesellschaften. Damit werde dem Umstand Rechnung getragen, daß das PartGG eine neue Gesellschaftsform namens „Partnerschaft“ einführt und die Partnerschaften zur Führung eines Namens verpflichtet, der den Zusatz „und Partner“ oder „Partnerschaft“ enthält (§ 2 Abs. 1 PartGG). Da diese Bezeichnungen der neugeschaffenen besonderen Gesellschaftsform für die freien Berufe technische Bedeutung erlange, wolle das Gesetz ihre untechnische Verwendung durch andere Gesellschaften auch dann ausschließen, wenn wegen eines zwingenden Rechtsformzusatzes keine Verwechslungsgefahr bestehe, weil die untechnische Verwendung einer Einbürgerung der Begriffe als spezifische Bezeichnung der neuen Gesellschaftsform entgegenstehe.

Hinweise für die Praxis

Vertragliche Festlegung des Ratenplanes nach § 3 Abs. 2 MaBV n. F. oder Leistungsbestimmungsrecht des Bauträgers?

Die seit 01. Juni 1997 geltende Neufassung der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) (BGBl. I 272) sieht in § 3 Abs. 2 vor, daß aus den in der Verordnung vorgesehenen dreizehn Gewerken (höchstens) sieben Raten zusammenzustellen sind. Strittig ist nun, ob diese Raten vertraglich zwischen Bauträger und Erwerber vereinbart werden müssen oder ob sich der Bauträger das Recht vorbehalten kann, die Raten erst während des Bauens und nach seinem freien Ermessen zusammenzustellen.

Ein Leistungsbestimmungsrecht des Bauträgers hatte *Basty* in seinem im DNotI-Report 6/1997, S. 71 (72), veröffentlichten Klauselmuster vertreten (ebenso in DNotZ 1997, 284, 294). *Uerlings* verlangt hingegen eine vertragliche Festlegung, gestützt vor allem auf die amtliche Verordnungsbegründung. Nachfolgend veröffentlichen wir die Argumente für beide Standpunkte:

A) Argumente für eine vertragliche Festlegung des Ratenplanes nach § 3 Abs. 2 MaBV n. F.

Gegen die von *Basty* vertretene „flexible Fälligkeitsregelung“ sprechen m. E. erhebliche Gründe - ganz abgesehen von der von *Basty* selbst geäußerten Skepsis, ob die Bauträgerunternehmen mit einer solch flexiblen Regelung in der Praxis zurecht kommen werden (vgl. DNotZ 1997, 284, 294 f.). Meines Erachtens sind die (höchstens) sieben Teilbeträge nach § 3 Abs. 2 MaBV vertraglich zwischen Bauträger und Erwerber festzulegen.

1. Schon nach Verordnungsgenese und -begründung ist zu bezweifeln, daß die Novellierung der MaBV mehr bietet als die durch Auffächerung der Vomhundertsätze ermöglichte Wiederzusammenfügung des - jetzt siebenzügigen - Zahlungsplans.

In der **amtlichen Verordnungsbegründung** heißt es zum fraglichen Abschnitt der Neufassung (BR-Drs. 1004/96 S. 7):

*"Die Neufassung des § 3 Abs. 2 geht von diesem starren Ratenplan ab. Der Bauträger wird ermächtigt, Abschlagszahlungen nach Bauablauf in bis zu sieben Raten anzufordern (Satz 1), wobei er die Ratenhöhe beliebig nach den insgesamt vorgesehenen dreizehn Bauabschnitten gestalten kann (Satz 2). **Selbstverständlich muß dies vertraglich fixiert werden.**"*

Die Novellierung der MaBV geht auf einen Vorstoß des Bundesverbandes Freier Wohnungsunternehmen e. V. aus dem Jahre 1995 zurück, der gegenüber dem Bundeswirtschaftsministerium u. a. die Flexibilisierung des Ratenplans des § 3 Abs. 2 Nr. 2 MaBV zur verbesserten Anpassung an den tatsächlichen Bauablauf gefordert hatte. Weder einleitend noch im gesamten Entstehungsverlauf der Neufassung ist vorgetragen oder diskutiert worden, eine Zahlungsplanänderung auch während des laufenden Bauvorhabens zu ermöglichen. Der Bundesverband selbst hatte seiner Forderung den klarstellenden Hinweis hinzugefügt, daß eine klare vertragliche Vereinbarung von vornherein vorliegen müsse.

2. Wie selbstverständlich wurden bisher im Bauträgervertrag die Zahlungsraten hinsichtlich ihrer Höhe und des Inhalts der für ihre Entgegennahme zu leistenden Arbeiten nach den Anforderungen des § 3 Abs. 2 MaBV festgelegt. Damit wurden vertraglich Zahlungsansprüche des Bauträgers in eben dem Umfang begründet, in dem er nach der MaBV Vermögenswerte des Auftraggebers entgegennehmen darf. Die Pflicht zur vertraglichen Festlegung war auch nach bisheriger Fassung nicht (ausdrücklicher) Inhalt der MaBV. Deckungsgleich wurden MaBV und Bauträgervertrag dadurch, daß alle in der MaBV aufgeführten Teilbeträge gleichzeitig als Zahlungsraten vereinbart wurden. Davon ging der Ordnungsgeber auch bei der jetzigen Änderung aus, als er zwischen den Zahlungsraten (= Teilbeträgen) nach Satz 1 und den in § 3 Abs. 2 Satz 2 MaBV aufgeführten Vomhundertsätzen unterschied. **Die in der amtlichen Begründung offenbarte Vorstellung des Ordnungsgebers, daß die Gestaltung der Ratenhöhe - entsprechend der bisherigen Praxis - einer vertraglichen Fixierung bedarf,** ist m. E. ausreichende Grundlage für die Auslegung, daß die MaBV nur die Entgegennahme von Vermögenswerten erlaubt, deren Teilbeträge in ihrer Zusammensetzung und nach dem Inhalt der für ihre Entgegennahme zu erledigenden Arbeiten im Vertrag bestimmt sind. Der Ordnungsgeber hatte nicht die Kompetenz, ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Bauträgers zu begründen. Die MaBV enthält kein zivilrechtliches Vertragsgestaltungsgebot, sondern sie stellt die Entgegennahme von Vermögenswerten unter das - gewerberechtliche - Erfordernis, daß sie dem bei Vertragsschluß ausgeübten (vertraglichen) Ermessen zur Bestimmung der Zahlungsraten entsprechen muß. Damit ist der Bauträgervertrag in Deckung zu bringen. Wenn der Ordnungsgeber dafür ein einseitiges Ermessen des Bauträgers hätte genügen lassen wollen, so würde der Hinweis auf die

Notwendigkeit einer „vertraglichen Fixierung“ in der Verordnungsbegründung keinen Sinn machen.

3. Auch der **Schutzzweck der MaBV** spricht für diese Auslegung. Die Festlegung der Zahlungsraten schützt das Interesse des Erwerbers, die Wertigkeit der erbrachten Bauleistungen mit den von ihm zu erbringenden Teilzahlungen überprüfen zu können. Auch die dreizehn Vomhundertsätze sind nicht so differenziert oder allgemeingültig für alle Ausführungsstandards, daß sie jeweils genau dem Wert der von ihnen erfaßten Arbeiten entsprächen. So ist es denkbar, daß eine für sich betrachtet wertüberschüssige Rate ihren Vorleistungsgehalt erst in der Zusammenfassung mit anderen Vomhundertsätzen verliert. Die **Kontrolle des Vorleistungsverbots** wird um so schwieriger, je mehr Variationsmöglichkeiten bestehen. Sie würde vom Zeitpunkt des unter notarieller Mitwirkung stattfindenden Vertragsschlusses auf den der Zahlungsanforderung verschoben.

Eine flexible Anforderung von Raten nach Ermessen des Bauträgers widerspräche dem Schutzzweck des Aufspaltungsverbotes für die MaBV-Raten (vgl. dazu Bastys, Der Bauträgervertrag, 2. Aufl. 1995, Rn 214). Denn **der Erwerber müßte auf die gesonderte Anforderung jedes der dreizehn Vomhundertsätze gefaßt sein**, solange die Anzahl der Teilbeträge noch nicht erschöpft ist. Bei vertraglicher Fixierung hingegen kann er die Fertigstellung sämtlicher in einer Zahlungsrate zusammengefaßten Arbeiten vor Zahlung verlangen, selbst wenn einzelne Gewerke abgeschlossen sind, die einer der dreizehn Teilraten entsprächen. Der Ordnungsgeber hat mit der Vorgabe der sieben anforderbaren Teilbeträge offensichtlich mehr verfolgt als nur den Schutz vor Zwergkaufpreistraten.

4. Ganz abgesehen davon verliert der Bauträgervertrag durch schlichte Wiederholung der dreizehn Vomhundertsätze an **Transparenz**, und zwar auch für den Bauträger. Dessen Bewahrung vor einem Konflikt mit den ordnungsrechtlichen Konsequenzen der MaBV und die übrigen genannten Bedenken dürften für den um eine sachgerechte Vertragsgestaltung bemühten Notar schwerer wiegen als der augenscheinliche Vorteil, mit dem Zahlungsplan auf einen unvorhergesehenen Bauablauf reagieren zu können.

Wenn schon in der bisherigen Praxis die starre Ratenvorgabe zu der leichtfertigen und ungeprüften Übernahme der von der Verordnung vorgegebenen Ratenhöhe verleiten und damit die Prüfung am Maßstab des AGB-Gesetzes ausfallen konnte, ist m. E. erst recht davor zu warnen, die Neufassung als willkommene Möglichkeit notarieller Pflichtentbindung zu betrachten. Nach der Neufassung dürfte die Aufnahme des Hinweises, daß die Äquivalenzprüfung von zu zahlenden Teilbeträgen und Bauleistungen nicht vom Notar, sondern nur von den Beteiligten geleistet werden kann, noch empfehlenswerter sein. Auch wer der Auffassung *Bastys* folgt, sollte das nach dieser Ansicht gewonnene Gestaltungsermessen nur ausüben,

wenn die Parteien für den selbstverantworteten Ausgleich des „notariellen Betreuungsdefizits“ Gewähr bieten.

Notarassessor Michael Uerlings, Alfter

B) Argumente für ein flexibles Leistungsbestimmungsrecht des Bauträgers

Uerlings Zweifel an der Zulässigkeit der von mir in DNotI-Report 1997, S. 71 dargestellten "flexiblen Fälligkeitsregelung" in Bauträgerverträgen erscheinen mir unberechtigt. Eine Verpflichtung, die gemäß § 3 Abs. 2 MaBV n. F. zulässigen sieben Raten bereits bei Vertragsschluß verbindlich festzulegen, läßt sich m. E. weder aus Verordnungsgenese und -begründung noch aus dem Schutzzweck der Verordnung ableiten.

1. Für die Zulässigkeit "flexibler Fälligkeitsregelungen" spricht schon der **Wortlaut der Verordnung**. Er gibt für eine Pflicht, die sieben Raten schon bei Vertragsschluß verbindlich festzulegen, nichts her.

2. Auch die **Verordnungsbegründung** spricht nicht zwingend für eine starre Festlegung des Ratenplans.

a) Sofern der Satz, der Ratenplan müsse "selbstverständlich" vertraglich fixiert werden, tatsächlich als Hinweis auf eine notwendig starre Regelung gemeint sein sollte, wäre entgegenzuhalten, daß dann die zivilrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten schlicht verkannt worden wären. So ist dieser Satz m. E. aber auch nicht zu verstehen. Er **deckt ohne weiteres auch flexible Fälligkeitsregelungen**. Denn neben einer starren Regelung zu Höhe und Voraussetzungen einzelner Raten führt auch ein im Rahmen des § 3 Abs. 2 MaBV geregeltes **Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB** zu einer vertraglichen, wenn eben auch flexiblen Fixierung der Leistungspflicht.

Dieser Satz der Begründung bezieht sich auch sprachlich nicht auf die Festlegung der Raten im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Verlangt wird - in Übereinstimmung mit zivilrechtlichen Erfordernissen - lediglich die Fixierung der Ermächtigung zur Anforderung der Raten und des Rechts auf beliebige Gestaltung der Ratenhöhe nach den insgesamt vorgesehenen dreizehn Bauabschnitten. Über den Zeitpunkt der Ausübung dieses Rechts, also bei oder nach Vertragsschluß, sagt die Begründung jedoch gerade nichts aus. Es wäre auch nicht schlüssig, wenn einerseits ein Leistungsbestimmungsrecht in dem von § 3 Abs. 2 MaBV gesetzten Rahmen anerkannt würde, andererseits aber gefordert würde, dies stets bei Vertragsschluß zu konkretisieren; denn ein Leistungsbestimmungsrecht im Sinne des § 315 BGB dient gerade dazu, die bei Vertragsschluß - aus welchen Gründen auch immer - noch nicht getroffene Leistungsbestimmung durch eine Partei einseitig nachholen zu können.

b) Gerade eine flexible Regelung entspricht auch der **Grundintention der Novelle**. Mit der Änderung des § 3 Abs. 2 MaBV wollte man dem Bauträger erklärtermaßen eine gewisse Flexibilisierung gegenüber der früheren Regelung ermöglichen. Ein **Bedürfnis nach Flexibilisierung** kann sich sowohl aus einer Beurteilung ex ante des mutmaßlichen Bauablaufs als auch aus dem konkreten Bauablauf ergeben. Der konkrete Bauablauf eines Bauvorhabens kann jedoch nur bis zu einem

gewissen Grad vorausgeplant werden. In der Praxis drohen Verzögerungen im Rahmen einzelner Bauabschnitte durch Lieferschwierigkeiten oder weil beauftragte Handwerker Termine nicht einhalten oder ganz ausfallen. Die Zahlungsabwicklung angesichts unvorhergesehener Abwicklungsschwierigkeiten modifizieren zu können, ist aus Sicht des Bauträgers der "Clou" der ganzen Novelle; ohne sie bliebe das Versprechen der Flexibilisierung auf halbem Wege stecken. Sie ist gleichzeitig die Begründung für eine "flexible Fälligkeitsregelung".

Ein Beispiel: Der Bauträger verkauft eine Wohnung zu einem Zeitpunkt, zu dem der Rohbau fast fertiggestellt ist. Wäre nur eine "starre Regelung" ordnungskonform, wäre es im Hinblick auf die Beschränkung auf sieben Raten naheliegend, die Baubeginnrate mit 30 % der Vertragssumme und die Rohbauraten mit 28 % zusammenzufassen. Fiele der beauftragte Zimmerer (dessen Arbeiten im Rahmen der Rohbauraten ebenfalls Fälligkeitsvoraussetzung sind) kurze Zeit nach Vertragsschluß in Konkurs und müßte der Bauträger sich nach einem anderen Zimmerer umsehen, wären deutliche Verzögerungen der ersten Zahlung unvermeidlich. Bei der von mir vorgeschlagenen flexiblen Regelung könnte der Bauträger die Beeinträchtigung wenigstens auf den zweiten Teilbetrag von 28 % reduzieren.

3. **"Flexible Regelungen" sind im Baubereich auch durchaus üblich**. So regelt § 16 Abs. 1 VOB/B in sehr ähnlicher Weise, daß "Abschlagszahlungen ... auf Antrag ... in möglichst kurzen Zeitabständen zu gewähren" sind. Auch dort ist es dem Ermessen des Auftragnehmers überlassen, in welchen Abständen er Abschlagszahlungen beantragen will (vgl. Ingentau/Korbion, VOB-Kommentar, 12. Aufl. 1993, § 16 Rn. 43). Im Vergleich zu dieser Regelung genießt der Käufer bei einer Gestaltung im Rahmen des § 3 Abs. 2 MaBV durch die Fixierung der maßgeblichen Leistungsstände und die Beschränkung auf sieben Raten zusätzliche Kalkulierbarkeit.

4. Eine unzumutbare Beeinträchtigung des Auftraggebers wird im Rahmen des § 16 VOB/B nicht diskutiert. Sie ist noch weniger bei einer flexiblen Regelung im Rahmen des § 3 Abs. 2 MaBV zu sehen. Der Käufer bleibt nicht im Unklaren darüber, wann er leisten muß. Denn er muß frühestens leisten, wenn ein bestimmter, in § 3 Abs. 2 MaBV und im Vertrag genannter Fertigstellungsgrad erreicht ist. Das Bestimmungsrecht des Bauträgers kann dabei nur dazu führen, daß der Bauträger Raten anders als erwartet zusammenstellt und Zahlungen deshalb erst später fällig werden.

Wenn Zahlungen nach dem tatsächlichen Baufortschritt zu leisten sind, ist nie vorhersehbar, wann welche Beträge tatsächlich aufzuwenden sein werden. Der Käufer hat die entsprechenden Geldmittel vorzuhalten. Dies ist in den meisten Fällen auch unproblematisch; wird nämlich der Erwerb aus Krediten finanziert, werden diese in der Regel ohne Beschränkungen bereitgestellt und können jederzeit abgerufen werden.

Die ersten Erfahrungen aus der Praxis scheinen mir zu belegen, daß "flexible Fälligkeitsregelungen" auch von der Käuferseite als interessengerecht empfunden werden. Entsprechende Regelungen werden auch nach eingehender Erörterung regelmäßig akzeptiert. Änderungswünsche resultieren am ehesten daraus, daß bestimmte Geldmittel erst zu bestimmten Terminen zur

Verfügung stehen, weil z. B. Festgelder gekündigt werden müssen. Dieses - im übrigen auch bei einer "starren Regelung" bestehende - Problem läßt sich leicht lösen, sei es durch die Festlegung von Fristen, innerhalb derer die nächstfällige Rate angekündigt sein muß, sei es durch die Festlegung von Terminen des Inhalts, daß früher keine Raten fällig werden dürfen.

5. *Uerlings* macht noch geltend, die Festlegung der Zahlungsraten im Vertrag entspreche auch insofern dem Schutzzweck der MaBV, als sie das Interesse des Erwerbers schütze, die Wertigkeit der erbrachten Bauleistungen im Vergleich mit den von ihm zu erbringenden Teilzahlungen überprüfen zu können. Dem ist schon entgegenzuhalten, daß die MaBV die Frage des Vorleistungsverbots allenfalls abstrakt aufgreift; anders als das AGB-Gesetz bietet sie jedoch keine Handhabe, im Rahmen des § 3 Abs. 2 MaBV zulässige, jedoch nicht durch den Wert des konkreten Bautenstands gedeckte Zahlungen zu verweigern.

Meines Erachtens kann eine flexible Fälligkeitsregelung sogar eher dazu beitragen, daß keine angesichts des tatsächlichen Bauwerts überhöhten Vorauszahlungen vereinnahmt werden. Nach meinem Eindruck wurde der in § 3 Abs. 2 MaBV a. F. normierte Ratenplan kaum jemals unter dem Gesichtspunkt des Vorleistungsverbots hinterfragt, und zwar weder vom beurkundenden Notar noch vom betroffenen Käufer noch von den finanzierenden Kreditinstituten. Er wurde als quasi verbindlich den vertraglichen Vereinbarungen und den Zahlungen zugrunde gelegt. Das gleiche droht bei Vereinbarung einer starren Fälligkeitsregelung (deren Inhalt regelmäßig der Bauträger vorgeben wird). Der Käufer wird sich möglicherweise sogar darauf verlassen, der Notar habe die Werthaltigkeit der festgelegten Abschlagszahlungen überprüft; hierzu ist der Notar aber - von Ausnahmefällen vielleicht abgesehen - ebensowenig in der Lage und befugt wie zur Überprüfung der Angemessenheit des Kaufpreises. Demgegenüber drängt sich bei der Festlegung der einzelnen Raten durch den Bauträger nach Ermessen möglicherweise eher die Überprüfung der Angemessenheit der einzelnen Rate (auch) hinsichtlich des erreichten Bauwertes auf.

Das Vorleistungsproblem stellt sich in der Praxis im übrigen in erster Linie bei der Baubeginnrate. Natürlich kann schon eine erste Teilzahlung von 30 % der Vertragssumme angesichts des konkreten Grundstückswerts im Sinne des aus dem AGB-Gesetz abzuleitenden Vorleistungsverbots objektiv zu hoch sein. Dann ist es geboten, den nach § 3 Abs. 2 MaBV zulässigen Vom-Hundert-Satz zu unterschreiten (vgl. Basty, Der Bauträgervertrag, 2. Aufl. 1995, Rn. 180 f.).

6. Als letztes Argument führt *Uerlings* an, nur mit der Vereinbarung einer starren Fälligkeitsregelung könne der Bauträger vor einem "Konflikt mit den ordnungsrechtlichen Konsequenzen der MaBV" bewahrt werden. Ich meine, diesem "Konflikt" kann der Bauträger gelassen entgegensehen, solange diese Frage nicht gerichtlich im Sinne einer "starren Fälligkeitsregelung" entschieden ist. Die Verfolgung als Ordnungswidrigkeit wird ausgeschlossen sein, solange die flexible Regelung in der Literatur mit guten Gründen als zulässig erachtet und vom Notar in den konkreten Vertrag aufgenommen wird.

Sollte die Rechtsprechung diese Frage anders entscheiden, müßten Ratenpläne nachträglich konkretisiert werden - wohl einseitig vom Bauträger oder vielleicht auch von einem

dazu angegangenen Gericht nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung. Dieses Risiko erscheint mir gut tragbar. Ich sehe keine Gefahr, daß sich der Bauträger dann womöglich auf eine Zahlung erst nach Fertigstellung (§ 641 BGB) verweisen lassen müßte. Denn der BGH hat in einem obiter dictum sogar beim normalen BGB-Werkvertrag die Möglichkeit anerkannt, daß der Besteller aus Treu und Glauben zu Abschlagszahlungen nach Baufortschritt verpflichtet sein könne (BGH, Urt. v. 6.12.1984, NJW 1985, 855, 857). Vielmehr muß es in der Praxis aber darum gehen, die Fälligkeitsregelungen in Bauträgerverträgen in einer Weise zu treffen, die den Interessen beider Vertragsteile gerecht wird. Das kann m. E. in Form einer "flexiblen Fälligkeitsregelung" erfolgen. Nicht selten werden aber gute Gründe - auch aus Sicht des Bauträgers - für eine starre Regelung sprechen.

Notar Dr. Gregor Basty, Werneck

Aktuelles

Genehmigungspflicht der Aufteilung in Wohnungseigentum im Geltungsbereich einer Erhaltungssatzung zu erwarten

Im Gesetzgebungsverfahren zur Änderung des Baugesetzbuchs und zur Neuregelung des Rechts der Raumordnung (**Bau- und Raumordnungsgesetz 1998** - BauROG) stimmte der Bundestag am 26.06.1997 einer Beschlußempfehlung des Vermittlungsausschusses vom 25.06.1997 zu, der Bundesrat am 04.07.1997. Nach der Novelle **können die Landesregierungen durch Rechtsverordnung bestimmen, daß die Aufteilung in Wohnungs- oder Teileigentum innerhalb des Geltungsbereichs einer Erhaltungssatzung nach § 172 Abs. 1 Nr. 2 BauGB der Genehmigung bedarf** (§ 172 Abs. 1 S. 4 BauGB i. d. F. durch das BauROG 1998). Anders als zunächst vom Bundesrat auf Initiative Hamburgs gewollt, ist also Voraussetzung, daß die Gemeinde für das betreffende Gebiet eine Satzung zur Erhaltung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung erlassen hat. Von besonderer Bedeutung ist, daß das Gesetz **Rückwirkung auf den 26.06.1997 haben wird**. Genehmigungsfrei sind danach nur noch Aufteilungen, deren Eintragung vor dem 26.06.1997 beantragt wurde oder die Fälle, bei denen ein Anspruch auf Bildung oder Übertragung von Teil- oder Wohnungseigentum vor diesem Zeitpunkt durch eine Vormerkung gesichert wurde (§ 236 Abs. 2 BauGB n. F.). Jedenfalls nach dem Wortlaut der Novelle wären auch Neubauten vom Genehmigungserfordernis erfaßt (aber auch immer genehmigungsfähig - § 172 Abs. 4 S. 3 Nr. 5 BauGB n. F.).

Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung aus besonderen städtebaulichen Gründen erhalten werden soll. Die Genehmigung ist u. a. zu erteilen, wenn sich der **Eigentümer verpflichtet, innerhalb von sieben Jahren ab der Begründung von Sondereigentum Wohnungen nur an die Mieter zu veräußern** (§ 172 Abs. 4 S. 3 Nr. 6 BauGB n. F.) In diesem Fall kann in der Genehmigung bestimmt werden, daß während dieser sieben Jahre jede Veräußerung einer Wohnung wiederum der Genehmigung der Gemeinde bedarf. Ohne Erteilung einer Genehmigung kann die Aufteilung im Grundbuch nicht vollzogen werden (§ 172 Abs. 1 S. 6 i. V. m. § 20 Abs. 2 S. 2 BauGB n.F.).

Der einschlägige Text der vom Bundestag angenommenen Beschlußempfehlung des Vermittlungsausschusses vom 25.06.1997 kann unter der **Dokumentennr. Fax-Abruf: 129** abgerufen werden (BR-Drcks. 478, 97; alter Regierungsentwurf s. Dokumentennr. Fax-Abruf: 120 - vgl. DNotI-Report 2/1997, S. 31). Über den weiteren Inhalt des BauROG 1998 berichten wir im nächsten DNotI-Report.

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@t-online.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.

Literaturhinweise

Peter Gantzer, Spanisches Immobilienrecht, 6. Aufl., Frankfurt am Main 1995, 143 Seiten, 39,- DM

Wie wichtig das spanische Immobilienrecht ist, zeigt die nunmehr bereits in 6. Auflage erschienene Darstellung von Gantzer. In beeindruckender Weise stellt er das spanische Immobilienrecht und die hierzu einschlägigen Gesetze zusammen, um so Käufern und Verkäufern die für sie wichtigen Informationen bei Kauf, Verkauf und Abwicklung zu geben. Fragen des Baurechts, des Wohnungseigentums und der Vermietung werden ebensowenig wie steuerrechtliche Fragen ausgeklammert. Jedem, der in Spanien Immobilien besitzt, oder erwerben möchte, sei dieses Buch empfohlen. Für den Notar ist es eine unentbehrliche Hilfe bei der Beratung von Mandanten, die sich mit solchen Gedanken tragen.

Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Riering LL.M.

Bezugspreis:

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

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

Verlag:

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

Druck:

Max Schimmel Verlag GmbH + Co KG, Postfach 9444, 97094 Würzburg,
Tel.: 09 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333