

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

11. Jahrgang
Februar 2003
ISSN 1434-3460

4/2003

Mit Beilage BNotK-Intern

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1643, 1629, 1693, 1697, 1909 – Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts oder Familiengerichts für Genehmigungserteilung und Bestellung eines Ergänzungspflegers

AktG §§ 118, 121 Abs. 6, 130 – Hauptversammlung bei einer Einmann-Aktiengesellschaft; Verzicht auf Frist- und Formfordernis; Inhalt der Niederschrift

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BeurkG § 13 Abs. 1 S. 1 – Unwirksamkeit bloßer Unterzeichnung mit dem Vornamen

GBO §§ 20, 32, 47; EGBGB – Int. Gesellschaftsrecht – Grundbuchfähigkeit von Gesellschaften aus anderen EG-Staaten trotz tatsächlichen Gesellschaftssitzes im Ausland

GmbHG § 7 Abs. 2, 3, § 8 Abs. 2, § 9 c – Anwendung der Gründungsvorschriften bei Mantelverwendung einer GmbH

EGBGB Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, S. 2; GG Art. 3 Abs. 2 – Herrschende Auslegung von Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EGBGB teilweise verfassungswidrig

EStG § 15 Abs. 2 – Kein gewerblicher Grundstückshandel bei Notverkauf einer eigengenutzten Immobilie

Literatur

Veranstaltungen

Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. (NotRV)

Mitgliederversammlung und Verleihung des Helmut-Schippel-Preises 2002

Freitag, 9. Mai 2003, ab 16.15 Uhr

Bucerius Law School, Hamburg

Im Rahmen der Preisverleihung des Helmut-Schippel-Preises wird die Mitgliederversammlung 2003 abgehalten. Dabei steht die **Neuwahl des Vorstandes** sowie der beiden **Rechnungsprüfer** an. Alle Mitglieder der NotRV und andere Interessierte sind herzlich eingeladen. Die genauere Tagesordnung wird in einem der nächsten DNotI-Reporte veröffentlicht.

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1643, 1629, 1693, 1697, 1909 **Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts oder Familiengerichts für Genehmigungserteilung und Bestellung eines Ergänzungspflegers**

I. Sachverhalt und Frage

Welches Gericht ist seit Inkrafttreten des **Kindschaftsrechtsreformgesetzes** (KindRG – BGBl. 1997 I., 2942) zum 1.7.1998 zuständig für:

- die Genehmigung **genehmigungsbedürftiger Rechtsgeschäfte der Eltern** (§ 1643 i. V. m. §§ 1821, 1822 BGB),

- die Anordnung der **Ergänzungspflegschaft** bzw. die Bestellung des Ergänzungspflegers (§§ 1909, 1629, 1795 BGB),

- die gerichtliche Genehmigung von **Rechtsgeschäften des Ergänzungspflegers** (§ 1915 i. V. m. §§ 1821, 1822 BGB)?

II. Zur Rechtslage

1. Alte Rechtslage vor dem 1.7.1998: Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts

Bis zum Inkrafttreten des KindRG am 1.7.1998 war die Rechtslage eindeutig: Waren die Eltern gem. § 1629 Abs. 2 i. V. m. § 1795 BGB an einer rechtlichen Vertretung ihrer minderjährigen Kinder gehindert, musste durch das **Vormundschaftsgericht** ein Ergänzungspfleger gem. § 1909 BGB bestellt werden.

Unabhängig davon, ob die Eltern ihr minderjähriges Kind bei Vornahme des Rechtsgeschäfts selbst vertreten oder aber ein gem. § 1909 BGB bestellter Ergänzungspfleger für das Kind handelte, erteilte das **Vormundschaftsgericht** eine nach den §§ 1643, 1821, 1822 BGB etwaig erforderliche Genehmigung.

2. Neue (teilweise) Zuständigkeit des Familiengerichts ab 1.7.1998

a) Gerichtliche Genehmigung der Vertretung durch die Eltern

Seit Inkrafttreten des KindRG am 1.7.1998 hat sich jedoch die Rechtslage geändert: So sieht nunmehr § 1643 BGB vor, dass dann, wenn **Eltern** für ihr Kind handeln und das Rechtsgeschäft genehmigungsbedürftig ist, **für die Erteilung der Genehmigung das Familiengericht zuständig** ist. In § 1643 BGB wurde folglich die früher erforderliche Genehmigung des „Vormundschaftsgerichts“ durch die erforderliche Genehmigung des „Familiengerichts“ ersetzt (vgl. Staudinger/Engler, BGB, Neubearbeitung 2000, § 1643 Rn. 10). Dabei wurde das Ziel verfolgt, die nebeneinander bestehende Zuständigkeit des Familiengerichts und des Vormundschaftsgerichts im Bereich der elterlichen Sorge vollständig aufzugeben (BT-Drs. 13/4859, 159; 13/8511, 76).

Fraglich ist allerdings, wer für die Erteilung der gerichtlichen Genehmigung zuständig ist, wenn die Eltern gem. §§ 1629, 1795 BGB von einer Vertretung ihrer minderjährigen Kinder ausgeschlossen sind und statt dessen ein Ergänzungspfleger handelt. Auf dieses Problem soll noch unter Punkt c) näher eingegangen werden.

b) Bestellung eines Ergänzungspflegers

Welches Gericht im Falle eines Vertretungsausschlusses der Eltern gem. §§ 1629, 1795 BGB für die **Anordnung der Ergänzungspflegschaft bzw. für die Auswahl oder Bestellung des Ergänzungspflegers** zuständig ist, regelt das Gesetz nicht unmittelbar. Nach früherer Rechtslage ging man einhellig davon aus, dass hierfür allgemein das Vormundschaftsgericht zuständig sei.

Im Zuge der **Reform** durch das KindRG wurden aber die §§ 1693, 1697 BGB neu gefasst. § 1693 BGB sieht nunmehr vor, dass dann, wenn die Eltern verhindert sind, die elterliche Sorge auszuüben, das Familiengericht die im Interesse des Kindes erforderlichen Maßregeln zu treffen hat. Ferner bestimmt § 1697 BGB, wenn aufgrund einer Maßnahme des Familiengerichts eine Vormundschaft oder Pflegschaft angeordnet werden muss, dass das Familiengericht auch diese Anordnung treffen und den Vormund oder Pfleger auswählen kann.

aa) Unter Bezugnahme auf diese neu gefassten Vorschriften wird nunmehr in Rechtsprechung und Literatur **überwiegend** vertreten, dass für die **Anordnung einer Ergänzungspflegschaft** i. S. v. § 1909 BGB bei rechtlicher Verhinderung der Eltern seit Inkrafttreten des KindRG **stets das Familiengericht zuständig** ist (so BayObLG FamRZ 2000, 568 = Rpfleger 2000, 158; FamRZ 2000, 1111 = Rpfleger 2000, 268; FamRZ 2001, 716; OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 243 = Rpfleger 1999, 489; OLG Dresden Rpfleger 2000, 497; OLG Hamm FamRZ 2001, 717 = OLGR 2001, 197; Regler, Rpfleger 2000, 305 ff.; Bettin, in: Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 1909 Rn. 15).

Demgegenüber gehen andere Oberlandesgerichte davon aus, dass weiterhin die alleinige Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts für die Anordnung der Ergänzungspfleg-

schaft besteht, weil die Zuständigkeit des Familiengerichts nach den §§ 1693, 1697 BGB nur für Fälle eines **dringenden Handlungsbedarfs** gelte (so OLG Stuttgart BWNotZ 2000, 19; FamRZ 2001, 364 = BWNotZ 2001, 20 = Rpfleger 2001, 29; OLG-Report 2002, 10 unter Aufgabe seiner bisherigen Rspr. BWNotZ 1999, 49 = FamRZ 1999, 1601; KG FamRZ 2001, 719; OLG Karlsruhe FamRZ 2000, 568; FamRZ 2001, 41 f.; Bestelmeyer, FamRZ 2000, 1068 ff.).

Wieder a. A. ist das OLG Hamburg (FamRZ 2001, 719 f. = OLGR 2001, 81), das vertritt, es sei eine **Doppelzuständigkeit** von Familien- und Vormundschaftsgericht für die Anordnung der Ergänzungspflegschaft gegeben.

bb) Selbst die Stimmen, die von einer grundsätzlichen Zuständigkeit des Familiengerichts für die Anordnung der Ergänzungspflegschaft bei rechtlicher Verhinderung der Eltern ausgehen, sind sich allerdings nicht ganz einig darüber, ob diese Zuständigkeit auch für die Auswahl bzw. für die Bestellung des Pflegers gilt. So geht beispielsweise das BayObLG (FamRZ 2000, 568) von einer **Doppelzuständigkeit** von Familiengericht (gem. § 1697 BGB) bzw. Vormundschaftsgericht (gem. §§ 1915 Abs. 1, 1697 BGB) für die **Auswahl des Pflegers** aus (so auch Regler, Rpfleger 2000, 305 ff.), während das OLG Hamm (FamRZ 2001, 717) vertritt, dass für die Auswahl des Ergänzungspflegers das Familiengericht zuständig sei, das zuvor die Pflegschaft angeordnet habe.

cc) Einigkeit scheint aber wenigstens insoweit weitgehend zu bestehen, dass die **Bestellung des Ergänzungspflegers** selbst weiterhin gem. §§ 1915, 1789 BGB in die (alleinige) Zuständigkeit des **Vormundschaftsgerichts** falle (vgl. BayObLG FamRZ 2000, 568 f.; OLG Hamm FamRZ 2001, 717; Regler, Rpfleger 2000, 305 ff.; Bettin, a. a. O.; Palandt/Diederichsen, BGB, 62. Aufl. 2003, Rn. 2; a. A. wohl OLG Frankfurt OLGR 2000, 109), wie auch die Auswahl des Ergänzungspflegers.

c) Gerichtliche Genehmigung für Rechtsgeschäfte des Ergänzungspflegers

Damit bleibt nur noch die Frage zu klären, wer für die Erteilung der gerichtlichen Genehmigung zuständig ist, wenn nicht die – rechtlich ausgeschlossenen – Eltern, sondern ein **Ergänzungspfleger** für das Kind handelt.

Für diese Konstellation gilt § 1643 BGB nicht, sondern über **§ 1915 BGB** das Vormundschaftsrecht, so dass für die Erteilung der Genehmigung eigentlich das **Vormundschaftsgericht** zuständig sein müsste (so etwa OLG Frankfurt OLG-Report 2000, 109). Auch hier wird allerdings z. T. in der Rspr. anderes vertreten: So ist das OLG Hamm (FamRZ 2001, 717 f.) der Ansicht, dass für die Genehmigung von Handlungen des vom Familiengericht bestellten Ergänzungspflegers nicht mehr das Vormundschaftsgericht, sondern das Familiengericht zuständig sei.

3. Ergebnis

Für die (bisher) „vormundschaftsgerichtliche“ Genehmigung von **Rechtsgeschäften der Eltern** nach §§ 1643, 1821, 1822 BGB ist daher nunmehr das **Familiengericht** zuständig.

Auch die Anordnung einer **Ergänzungspflegschaft** nach § 1909 BGB erfolgt nach überwiegender Ansicht durch das Familiengericht. Für die Genehmigung von Rechtsgeschäften des Ergänzungspflegers ist hingegen nach wohl herrschender Ansicht weiterhin das Vormundschaftsgericht zuständig.

AktG §§ 118, 121 Abs. 6

Hauptversammlung bei einer Einmann-Aktiengesellschaft; Verzicht auf Frist- und Formerfordernissen; Inhalt der Niederschrift

I. Sachverhalt

Bei einer **Einmann-AG** soll eine Hauptversammlung unter Verzicht auf Form- und Fristvorschriften durchgeführt werden. Eine Teilnahme von Vorstand und Aufsichtsrat ist dabei nicht vorgesehen.

II. Frage

Auf welche Vorschriften der §§ 118 ff. AktG kann hierbei verzichtet werden?

III. Zur Rechtslage

1. Verzicht auf Form- und Fristvorschriften der Einberufung

Eine Hauptversammlung kann im Aktienrecht ohne Einhaltung von Form- und Fristvorschriften einberufen werden, wenn bei dieser Hauptversammlung **alle Aktionäre erschienen oder vertreten** sind und kein Aktionär der Beschlussfassung widerspricht (§ 121 Abs. 6 AktG). § 121 Abs. 6 AktG regelt insoweit die Vollversammlung und befreit nach seinem Wortlaut von der Einhaltung sämtlicher Vorschriften der §§ 121-128 AktG.

2. Weitere Formerleichterungen bei der Einmann-AG

a) Hauptversammlungsprotokoll

Über den Wortlaut des § 121 Abs. 6 AktG hinaus, der nur von den Einberufungsformalitäten der §§ 121-128 AktG befreit, geht die überwiegende Ansicht in der Literatur bei der Einmann-AG weiter davon aus, dass auch ein **Teilnehmerverzeichnis** nach § 129 Abs. 1 AktG sowie die **Feststellung über die Art und das Ergebnis der Abstimmung** nach § 130 Abs. 2 AktG in der Hauptversammlungsprotokollentwurf entbehrlich ist (GroßKomm-AktG/Mülbart, 4. Aufl. 1999, Vor § 118 Rn. 73; Bachmann, NZG 2001, 961, 967; GroßKomm-AktG/Werner, 4. Aufl., Stand: 1993, § 129 Rn. 4 und § 130 Rn. 28; Schulte, AG 1985, 33, 38; Wilhelmi, BB 1987, 1331, 1334; KölnKomm-AktG/Zöllner, 1. Aufl. 1974, § 133 Rn. 97; Geßler/Hefermehl/Eckardt, AktG, 1973, § 129 Rn. 8; Obermüller/Werner/Winden/Butzke, N Rn. 31; kritisch nunmehr GroßKomm-AktG/Mülbart, Vor § 118 Rn. 73 Fn. 86). Auch das LG Berlin führte bereits in der Entscheidung JW 1938, 1035, 1036 aus, es genüge, wenn der Alleinaktionär seine Beschlüsse in einer für Dritte eindeutigen Weise zu Protokoll gebe (Bachmann, NZG 2001, 961, 967). Schließlich kann auch die Beifügung der Einberufungsbelege gem. Art. 130 Abs. 3 AktG wie bei jeder Vollversammlung unterbleiben (Hüffer, AktG, 5. Aufl. 2002, § 130 Rn. 24; AnwK-AktienR/Kleiser, 2003, Kap. 1 § 130 AktG Rn. 9). Auf die Erstellung einer Niederschrift selbst kann dagegen nach § 130 Abs. 1 AktG nicht verzichtet werden.

b) Kein Versammlungsleiter erforderlich

Anerkannt ist schließlich, dass es bei einer Einmann-AG grundsätzlich keines Versammlungsleiters bedarf, weil dort keine Abstimmungen erfolgen, deren Ergebnis festzustellen wäre. Vielmehr kommt es bei der Einmann-AG lediglich zu einer Willensäußerung des alleinigen Aktionärs oder seines Vertreters, die den Beschluss zustande bringt (Obermüller/Werner/Winden/Butzke, D Rn. 12; MünchHdB-AG/Semler, 2. Aufl. 1999, § 36 Rn. 37; GroßKomm-AktG/Mülbart, § 118 Rn. 73; KölnKomm-AktG/Zöllner, § 119 Rn. 49; Stütze/Walkenbach, ZHR 155 (1991), 516,

519). Auch wenn hiernach bei einer Einpersonen-AG auf einen Versammlungsleiter in der Hauptversammlung verzichtet werden kann, wird in der Literatur **gleichwohl empfohlen, einen Vorsitzenden der Hauptversammlung einzusetzen**, damit dieser die notwendigen Feststellungen über die alleinige Inhaberschaft des alleinigen Aktionärs treffen kann. Anderenfalls müsste diese Feststellungen der Urkundsnotar vornehmen (Obermüller/Werner/Winden/Butzke, D Rn. 12).

3. Hauptversammlung ohne Vorstand und Aufsichtsrat

Soll die Hauptversammlung ohne Anwesenheit der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat durchgeführt werden, so ist solches grundsätzlich zulässig. § 118 Abs. 2 S. 1 AktG spricht lediglich davon, dass die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrats an der Hauptversammlung teilnehmen „sollen“. Nach § 118 Abs. 2 S. 1 AktG kann die Satzung für bestimmte Fälle vorsehen, dass eine Teilnahme der Mitglieder des Aufsichtsrates, nicht jedoch des Vorstandes, im Wege der Bild- und Tonübertragung erfolgen kann.

Zu beachten ist allerdings, dass dieser Sollvorschrift ein **„Teilnahmerecht“ von Vorstand und Aufsichtsrat** gegenübersteht. Unabhängig von einer etwaigen Aktionärseigenschaft sind daher die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat berechtigt, an einer Hauptversammlung teilzunehmen (Hüffer, § 118 Rn. 10; GroßKomm-AktG/Mülbart, § 118 Rn. 33; Zöllner, in: FS Fischer, 1979, 905; Geßler/Hefermehl/Eckardt, § 118 Rn. 25; Bachmann, NZG 2001, 961, 967). Wird dieses Teilnahmerecht verletzt, so besteht jedenfalls bei Hinzutreten weiterer Umstände die Möglichkeit, dass Vorstand und/oder Aufsichtsrat das Amt aus wichtigem Grund niederlegen (GroßKomm-AktG/Mülbart, § 118 Rn. 38). Wesentlich wichtiger an Bedeutung dürfte jedoch sein, dass die unter Verletzung des Teilnahmerechts der Verwaltung gefassten Hauptversammlungsbeschlüsse wegen des damit einhergehenden Gesetzesverstosses anfechtbar sind (GroßKomm-AktG/Mülbart, § 118 Rn. 38; Zöllner, in: FS Fischer, 905, 909; Bachmann, NZG 2001, 961, 967 f.). Für den Vorstand besteht insoweit ein Anfechtungsrecht gem. § 245 Nr. 4 AktG.

Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** – Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2000, 8). 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.

EGBGB Art. 15, 17, 18, 25, 26

Ägypten: Güterstand; Verzicht auf Versorgungsausgleich, Unterhalt sowie Erb- und Pflichtteilsverzicht
Fax-Abruf-Nr.: **14125**

EGBGB Art. 25, 26

Albanien: Erbstatut; Flüchtlingsrecht; Pflichtteilsrecht; Erbvertrag
Fax-Abruf-Nr.: **14126**

Notarielle Vertragsgestaltung für Kommunen

am Freitag, 6. Juni 2003

im Gartenpavillon des Juliusspitals in Würzburg

- 9.45 Uhr: **Begrüßung** und Einleitung durch **Prof. Dr. Franz-Ludwig Knemeyer** (Universität Würzburg)
- 10.00 Uhr: **Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Kommunalrechtliche Bedingungen und wirtschaftliche Zielsetzungen**
Referent: **Prof. Dr. Alfred Katz** (Ulm), Rechtsanwalt
- 10.30 Uhr: **Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Gesellschaftsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen**
Referent: **Dr. Klaus Piehler** (Köln), Notar
Anschließend Diskussion zu beiden Beiträgen
- 11.45 Uhr: *Kaffeepause*
- 12.00 Uhr: **Komplexe Vertragsgestaltung im Städtebaurecht am Beispiel der Planung eines Einkaufszentrums**
Referent: **Prof. Dr. Hans-Jörg Birk** (Stuttgart), Rechtsanwalt
Anschließend Diskussion
- 13.00 Uhr: *Gemeinsames Mittagessen (im Tagungspreis inbegriffen)*
- 14.15 Uhr: **Rechtsfragen zur Vertretung von Kommunen bei Rechtsgeschäften**
Referent: **Prof. Dr. Franz-Ludwig Knemeyer**
(Kommunalwissenschaftliches Forschungszentrum Würzburg)
Anschließend Diskussion
- 15.00 Uhr: **Baulanderwerb durch Kommunen – Legitimes Mittel zur Abschöpfung von Planungsgewinnen oder unzulässige rechtsgeschäftliche Enteignung?**
Referent: **Dr. Dr. Herbert Grziwotz** (Regen), Notar
Anschließend Diskussion
- 16.00 Uhr: **Einheimischenmodelle an der Schnittstelle zwischen Öffentlichem und Zivilrecht**
Referent: **Christian Hertel** (Würzburg), Notar a.D.,
Geschäftsführer des Deutschen Notarinstituts
Anschließend Diskussion
- 17.00 Uhr: Voraussichtliches Ende

Tagungsleitung: **Prof. Dr. Franz-Ludwig Knemeyer** (Universität Würzburg)
(Vorstandsmitglied des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg)

Organisatorische Hinweise:

- Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend tätigen Praktiker und einschlägig interessierten Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.
- Fachanwälten für Verwaltungsrecht wird eine qualifizierte Teilnahmebescheinigung gem. **§ 15 FAO** erteilt.
- Sämtliche Teilnehmer erhalten nach Abhaltung des Symposiums einen Tagungsband per Postversand.

Teilnahmegebühr (inklusive Verköstigung und Tagungsband):

- **110 €** für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.
- **160 €** für Nichtmitglieder
- **50 €** für Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung
- **frei** für Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind

Der Kostenbeitrag wird vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck: „Symposium Juni 2003“ bei der Bayerischen HypoVereinsbank AG Würzburg, BLZ 79020076, Konto-Nr. 6671594, überwiesen.

Anmeldungen richten Sie bitte an:

Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Tel. 0931/355760,
Fax: 0931/35576225, email: notrv@dnoti.de

EGBGB Art. 14, 15, 17, 18, 25, 26

Estland: Ehevertrag (Güterrecht, Unterhaltsrecht, Versorgungsausgleich); Erbvertrag
Fax-Abruf-Nr.: 14127

EGBGB; Internationales Gesellschaftsrecht
Gibraltar: Vertretung einer Kapitalgesellschaft
Fax-Abruf-Nr.: 14128

EGBGB Art. 15; GBO §§ 32, 47
Norwegen: Gesetzlicher Güterstand, Grundbucheintragung
Fax-Abruf-Nr.: 14129

Rechtsprechung

BeurkG § 13 Abs. 1 S. 1 **Unwirksamkeit bloßer Unterzeichnung mit dem Vornamen**

Die Unterschrift des an der Beurkundung Beteiligten unter einer notariellen Urkunde erfordert die Unterzeichnung wenigstens mit dem Familiennamen; die Unterzeichnung ausschließlich mit dem Vornamen hat die Unwirksamkeit der von dem Beteiligten abgegebenen Erklärungen zur Folge.

BGH, Urt. v. 25.10.2002 – V ZR 279/01
Kz.: L III 2 – § 13 Abs. 1 BeurkG
Fax-Abruf-Nr.: 10253

Problem

Ein Beteiligter unterschrieb die Niederschrift seiner notariellen Urkunde lediglich mit seinem Vornamen. Das OLG Celle ließ dies als hinreichende Unterschrift genügen.

Entscheidung

Nach der Entscheidung des BGH ist die Willenserklärung des Beteiligten nicht wirksam beurkundet worden. Die Unterschrift der Beteiligten nach § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG erfordere auch die Unterzeichnung mit dem Nachnamen. Zwar sei § 13 Abs. 1 BeurkG unabhängig von den Vorschriften über die Schriftform nach § 126 BGB auszulegen. Gleichwohl genüge die bloße Unterzeichnung mit dem Vornamen grundsätzlich nicht zur hinreichenden Kennzeichnung des Beteiligten (ausgenommen, wenn ein ausländischer Beteiligter aufgrund seines Heimatrechts keinen Familiennamen führt oder wenn sich die Person des Unterzeichnenden bereits aus dem Vornamen eindeutig ergibt, wie z. B. bei kirchlichen Würdenträgern oder Angehörigen des Hochadels).

GBO §§ 20, 32, 47; EGBGB – Int. Gesellschaftsrecht **Grundbuchfähigkeit von Gesellschaften aus anderen EG-Staaten trotz tatsächlichen Gesellschaftssitzes im Ausland**

Einer Kapitalgesellschaft, die in einem Mitgliedstaat des EG-Vertrags wirksam gegründet wurde und dort als rechtsfähig anerkannt ist, kann die Rechtsfähigkeit und damit die Grundbuchfähigkeit in Deutschland auch dann nicht versagt werden, wenn der tatsächliche Ver-

waltungssitz in Deutschland liegt.

BayObLG, Beschl. v. 19.12.2002 – ZZ BR 7/02
Kz.: R 4100 – Int. GesR.
Fax-Abruf-Nr.: 10254

Problem

Drei Immobilien wurden an eine englische *Private Limited Company* verkauft. Das Grundbuchamt hatte begründete Zweifel, ob die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz tatsächlich in Großbritannien hatte (oder nicht in Deutschland). Es verlangte daher Nachweise für das Bestehen eines tatsächlichen Verwaltungssitzes im Gründungsstaat.

Entscheidung

Ausgehend von der Entscheidung des EuGH in Sachen **Überseering** (DNotI-Report 2002, 182 = NJW 2002, 3614 = ZIP 2002, 2037; vgl. auch Centros, DNotZ 1999, 593 = DNotI-Report 1999, 71) entschied das BayObLG, dass eine in einem anderen Mitgliedstaat der EU wirksam gegründete Gesellschaft auch dann in Deutschland als rechtsfähig anzuerkennen sei, wenn sie ihren Sitz nicht im Gründungsstaat habe. In Konsequenz sei die Gesellschaft auch grundbuchfähig. Das BayObLG sieht daher die in Deutschland im internationalen Gesellschaftsrecht herrschende **Sitztheorie im Bezug auf Gesellschaften aus anderen EG-Staaten als eingeschränkt an.**

GmbHG § 7 Abs. 2, 3, § 8 Abs. 2, § 9 c **Anwendung der Gründungsvorschriften bei Verwendung einer Vorrats-GmbH**

a) Die Verwendung des Mantels einer "auf Vorrat" gegründeten Gesellschaft mit beschränkter Haftung stellt wirtschaftlich eine Neugründung dar.

b) Auf diese wirtschaftliche Neugründung durch Ausstattung der Vorratsgesellschaft mit einem Unternehmen und erstmalige Aufnahme ihres Geschäftsbetriebes sind die der Gewährleistung der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften des GmbHG einschließlich der registergerichtlichen Kontrolle entsprechend anzuwenden.

c) Der Geschäftsführer hat jedenfalls entsprechend § 8 Abs. 2 GmbHG zu versichern, dass die in § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG bezeichneten Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich weiterhin in seiner freien Verfügung befindet.

BGH, Beschl. v. 9.12.2002 – II ZB 12/02
Kz.: L V 2 – § 3 GmbHG
Fax-Abruf-Nr.: 10255

Problem

Die Anwendung von Gründungsrecht auf die Verwendung von Vorratsgesellschaften und auf den sog. Mantelkauf war in Literatur und **oberlandesgerichtlicher Rechtsprechung** bisher sehr umstritten (dagegen z. B. BayObLG DNotI-Report 1999, 82 = GmbHR 1999, 607; OLG Frankfurt GmbHR 1992, 456; dafür z. B. OLG Frankfurt NZG 1999, 450; OLG Brandenburg NZG 2002, 641; OLG Celle FGPrax 2002, 183). Auf Vorlagebeschluss des OLG Celle hatte der BGH über die typische Verwendung einer **Vorrats-GmbH** zu entscheiden. Sie wurde mit dem Mindeststammkapital in Höhe von 25.000 € offen als Verwaltungs-

gesellschaft zunächst "für die Schublade" gegründet und ins Handelsregister eingetragen. Gut zwei Monate später veräußerte der bisherige Alleingesellschafter seinen Geschäftsanteil. Die beiden Erwerber beriefen in einer am selben Tag abgehaltenen Gesellschafterversammlung den bisherigen Geschäftsführer ab, bestellten eine neue Geschäftsführerin und änderten u. a. Sitz, Firma und Unternehmensgegenstand der GmbH. Die neue Geschäftsführerin meldete den Geschäftsführerwechsel und die Satzungsänderungen umgehend zum Handelsregister an, ohne jedoch eine Versicherung über die Aufbringung der Stammeinlagen gem. § 8 Abs. 2 GmbHG abzugeben. Letztere verlangten aber das Registergericht, das Landgericht und das OLG Celle.

Entscheidung

Der BGH gab den Vorinstanzen Recht, die auf die **wirtschaftliche Neugründung** durch Ausstattung einer Vorratsgesellschaft mit einem Unternehmen und **erstmalige Aufnahme ihres Geschäftsbetriebes** die Gründungsvorschriften einschließlich der registergerichtlichen Kontrolle entsprechend anwenden wollten. Insbesondere entschied der BGH, dass das Registergericht die Unversehrtheit des Stammkapitals zu prüfen habe und nicht nur die Kapitalerhaltungsvorschriften – z. B. § 30 Abs. 1 GmbHG – eingriffen. Im Interesse eines wirksamen Gläubigerschutzes sei daher die sinngemäße Anwendung der Gründungsvorschriften geboten. Dies betrifft grundsätzlich sowohl die **formale registergerichtliche Präventivkontrolle** als auch den weitergehenden Schutz auf der **materiell-rechtlichen Haftungsebene**, etwa aufgrund der Handelndenhaftung oder der Unterbilanzhaftung.

Zur Sicherstellung der Ausstattung der Gesellschaft mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Haftungsfonds hat das Registergericht nach Ansicht des BGH entsprechend § 9c GmbHG i. V. m. § 12 FGG in eine **Gründungsprüfung** einzutreten, die sich jedenfalls auf die Erbringung der Mindeststammeinlagen und im Falle von Sacheinlagen auf deren Werthaltigkeit zu beziehen hat. Dafür sei entscheidend der verfahrensrechtliche Anknüpfungspunkt der Anmeldeversicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG. Nach Ansicht des BGH ist hier **zu versichern**, dass die in § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG bezeichneten **Leistungen auf die Stammeinlagen** bewirkt sind und dass der Gegenstand der Leistungen sich **endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer** befindet, was von Gesetzes wegen beinhaltet, dass im Anmeldezeitpunkt derartige Mindesteinlagen nicht durch schon entstandene Verluste ganz oder teilweise aufgezehrt sind. Bei zureichenden Anhaltspunkten dafür, dass dies – entgegen der Versicherung – nicht der Fall ist, billigt der BGH dem Registergericht auch die **Prüfungskompetenz** zu, ob die GmbH im Zeitpunkt der Anmeldung der Mantelverwendung nicht bereits eine **Unterbilanz** aufweist.

EGBGB Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, S. 2; GG Art. 3 Abs. 2

Herrschende Auslegung von Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EGBGB teilweise verfassungswidrig

Die Berufung des Heimatrechts des Ehemannes als Güterstatut gem. Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EGBGB in der Alternative des "Ausgehens" von der Anwendung eines Rechts, verstößt gegen Art. 3 Abs. 2 GG, soweit sie über den 8.4.1983 aufrechterhalten wird (Leitsatz des Bearbeiters).

BVerfG, Beschl. v. 18.12.2002 – 1 BvR 108/96
Kz.: 4100 – Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EGBGB
Fax-Abruf-Nr.: **10256**

Problem

Der Ehemann war österreichischer, die Ehefrau deutsche Staatsangehörige. Sie heirateten 1973 und ließen sich in Deutschland nieder. 1975 schlossen sie einen notariellen Vertrag, in dem es u. a. hieß: "*Wir leben hiernach im gesetzlichen Güterstand des österreichischen Rechts. Wir schließen hiermit die Verwaltung und Nutznießung des Ehemanns am Vermögen der Ehefrau aus.*"

Die Ehe wurde 1992 geschieden. Die Ehefrau nahm den Ehemann auf Zugewinnausgleich in Anspruch. Das OLG gelangte zur Anwendung österreichischen Rechts, da sich die Eheleute gem. Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EGBGB österreichischem Recht unterstellt hätten bzw. von dessen Anwendung ausgegangen seien. Nach dem 8.4.1983 sei kein Statutenwechsel eingetreten, vielmehr wirke die in Art. 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EGBGB vorgesehene Verweisung weiter.

Entscheidung

Das Gesetz fingiert in Artikel 220 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EGBGB unter bestimmten Voraussetzungen eine **konkludente Rechtswahl**. Entgegen dem Wortlaut des Art. 220 Abs. 3 S. 2 EGBGB sollte diese Rechtswahl nach ständiger Rechtsprechung des BGH **auch über den 8.4.1983 fortwirken**. Haben sich die Ehegatten einem bestimmten Recht unterstellt oder sind sie von dessen Anwendung ausgegangen, so wirke sich das auch für die Zukunft aus.

Dieser Ansicht widerspricht das BVerfG. Es sieht keinen Grund dafür, bei Eheleuten, die von der alten gleichheitswidrigen Rechtsordnung ausgingen und diesen als maßgeblich betrachteten, den gleichheitswidrigen Zustand entgegen Art. 220 Abs. 1 S. 2 dauerhaft aufrecht zu erhalten.

EStG § 15 Abs. 2

Kein gewerblicher Grundstückshandel bei Notverkauf einer eigengenutzten Immobilie

1. Werden bislang zum Anlagevermögen eines (ruhenden) Gewerbebetriebs gehörende gewerblich genutzte Räume in Eigentumswohnungen umgebaut, um diese anschließend zu veräußern, so gehen sie zum Buchwert aus dem Betriebsvermögen des (ruhenden) Gewerbebetriebs in das Umlaufvermögen eines gewerblichen Grundstückshandels über.

2. Veräußert der Steuerpflichtige ein seit seiner Anschaffung oder Errichtung zu eigenen Wohnzwecken genutztes Immobilienobjekt und beruht diese Veräußerung auf offensichtlichen Sachzwängen (z.B. einer nicht vorhergesehenen finanziellen Notlage), so kann dieses Objekt in der Regel auch dann nicht in einen gewerblichen Grundstückshandel einbezogen werden, wenn die Zeitspanne zwischen Erwerb (Errichtung) und Verkauf weniger als fünf Jahre beträgt.

BFH, Urt. v. 18.9.2002 – X R 28/00
Kz.: L IX 1 – § 15 Abs. 2 EStG
Fax-Abruf-Nr.: **10257**

Problem

Nach der BFH-Rechtsprechung ist die private Vermögensverwaltung abzugrenzen von einer gewerblichen Betätigung im Bereich des An- und Verkaufs von Grundstücken bzw. der Errichtung von Gebäuden und deren Veräußerung. Im Interesse der Rechtssicherheit hat der BFH die sog. **Drei-Objekte-Grenze** entwickelt, wonach ein gewerblicher Grundstückshandel in der Regel dann vorliegt, wenn mehr als drei Objekte veräußert werden und zwischen Kauf bzw. Errichtung des Objekts und Verkauf ein enger zeitlicher Zusammenhang von in der Regel nicht mehr als **fünf Jahren** besteht. Diese Indizwirkung kann nach der Rechtsprechung aber dann entfallen, wenn eindeutige Anhaltspunkte gegen eine von Anfang an bestehende Veräußerungsabsicht sprechen.

Im entschiedenen Fall erwarb der Kläger ein bebautes Grundstück. Nach Umbauarbeiten nutzte er die Räume teils gewerblich und teils für eigene Wohnzwecke. Später baute er das Dachgeschoss zu Wohnungen aus. Nachdem eine angedachte en-bloc-Veräußerung nicht möglich war, teilte er das Gebäude gemäß dem WEG auf und veräußerte aufgrund finanzieller Schwierigkeiten die insgesamt fünf Einheiten sukzessive innerhalb eines Jahres. Gut zwei Jahre später veräußerte er auch das von ihm nach Verkauf der eigengenutzten Wohnung erworbene selbstbewohnte Einfamilien-Haus. Das Finanzgericht hatte einen gewerblichen Grundstückshandel verneint.

Entscheidung

Der BFH hob die Entscheidung des Finanzgerichts auf und verwies zurück. Beim Verkauf bislang **vermieteter Objekte** sei der konkrete Anlass für den Verkauf grundsätzlich unbeachtlich.

Beim Verkauf von **eigengenutzten Wohnobjekten** hielt der BFH jedoch offensichtliche **Sachzwänge** (insbesondere finanzielle Notlage, berufliche Veränderung, Platzbedarf bei Familienzuwachs etc.) für geeignet, die Indizwirkung der Drei-Objekte-Regel zu widerlegen.

Daher wären hier ggf. die veräußerten selbstgenutzten Objekte nicht in den gewerblichen Grundstückshandel einzu beziehen gewesen (soweit nicht die anfängliche Veräußerungsabsicht anderweitig nachgewiesen ist).

Literaturhinweise

H. Henze/M. Hoffmann-Becking (Hrsg.), Gesellschaftsrecht 2001, Tagungsband zum RWS-Forum am 8. und 9. März 2001, RWS Verlag, Köln 2001, 416 Seiten, 96,- €

Der Tagungsband enthält Beiträge zu verschiedenen aktuellen Fragen des Gesellschaftsrechts. Einen Überblick über die neueste **Rechtsprechung des BGH** zum Gesellschaftsrecht gab Richter am BGH *Kurzweilly*. Besondere Aufmerksamkeit aus notarieller Sicht verdienen seine Ausführungen zur Sacheinlagefähigkeit obligatorischer Nutzungsrechte (vgl. BGH DNotI-Report 2000, 145). *Priester*, der die BGH-Rechtsprechung kritisch hinterfragt, äußert Beifall zu dieser Entscheidung. Die Herausgeber *Henze* und *Hoffmann-Becking* beschäftigen sich mit der Verletzung von Auskunfts- und Informationsrechten im Recht der Unternehmensverträge und der Umwandlungen, wobei besonderes Augenmerk auf die Entscheidungen „MEZ“ und „Aqua

Butzke“ gelegt wird. Weitere Abhandlungen befassen sich mit der Stimmrechtsausübung in der HV (*Hemeling*), den neueren Entwicklungen der Organhaftung (*Wirth*) und der D&O-Versicherung in Deutschland (*Henssler*). Den Einfluss des Bilanzrechts auf die Gestaltung von Personengesellschaftsverträgen stellen *Schindhelm/Stein* dar und geben Formulierungsbeispiele. Sodann zeigt *Bergmann* Gestaltungsmöglichkeiten für Schiedsvereinbarungen in der GmbH-Satzung auf. Der Schutz der Aktionäre beim Börsengang der Tochtergesellschaft ist Thema des Artikels von *Fuchs*. Einen Schwerpunkt der Tagung stellte das **Übernahmengesetz** dar. *Krieger* äußerte sich zur Preisfindung beim Übernahmeangebot und zur Pflicht des Vorstands der Zielgesellschaft zur Neutralität. Zu ausgewählten Problemkreisen des Squeeze-out bezog *Kiem* in seiner Abhandlung Stellung. Der Abschluss der Veranstaltung war *Seibert* vorbehalten, der die Reformvorhaben im Gesellschaftsrecht vorstellte. Die Wiedergabe der Beiträge der Forumsteilnehmer gibt einen Einblick in die lebhaften Diskussionen zu den Referaten. Dies ist nicht verwunderlich, waren doch viele ausgewiesene Kenner des Gesellschaftsrechts bei der Tagung zugegen.

Notarassessor Edgar Küperkoch

U. Seibert, Das Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG), Materialiensammlung, Verlag C.H.Beck, München 2003, 218 Seiten, 34,- €

Das Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG) vom 19.7.2002 (BGBl I, 2681) stellt einen weiteren Schritt des Gesetzgebers zur Reform des Gesellschaftsrechts dar. Insofern knüpft es an die älteren Reformgesetze im Gesellschaftsrecht, wie insbesondere das KonTraG vom 27.4.1998 (BGBl I, 786) sowie das NaStraG vom 18. Januar 2001 (BGBl I, 123) an. Wie diese Gesetze so ist auch das TransPuG ein Artikelgesetz und wird als solches kein eigenständiges dauerhaftes Leben haben, sondern vielmehr aufgehen in den geänderten Texten des Aktiengesetzes und des HGB. Die vorliegende Textsammlung dient dazu, die **Gesetzesmaterialien** zum TransPuG allgemein und leicht zugänglich zu machen und sie in handlicher Form zusammenzufassen. Namentlich in der Startphase des Gesetzes, in der noch keinerlei Rechtsprechung oder Literatur dazu vorliegt, stellt diese Materialiensammlung eine gute Arbeitshilfe dar. Neben der beschlossenen Fassung des TransPuG enthält die Sammlung die abweichenden Referenten- und Regierungsentwürfe nebst Begründungen sowie die Stellungnahmen des Bundesrates und des Rechtsausschusses. Ergänzt wird die Materialiensammlung durch den Abdruck des Deutschen Corporate Governance Kodex. Erleichtert wird der Zugang zur Regelungsmaterie TransPuG durch eine **synoptische Gegenüberstellung** der von dem TransPuG geänderten Vorschriften in alter und neuer Fassung.

Will man sich nicht den Mühen einer Quellensuche unterziehen, so stellt die vorliegende Materialiensammlung zum TransPuG für den gesellschaftsrechtlich interessierten Juristen eine gute Alternative dar. Insofern wird damit auch das Verständnis der bislang zum TransPuG in der Literatur dargestellten Meinungen erleichtert.

Notar a. D. Adolf Reul

L. Müller, Vertragsgestaltung im Familienrecht, 2. Aufl., C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2002, 220 Seiten, 44,- €

Die Literatur zu Eheverträgen, Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen ist mittlerweile kaum noch übersehbar. Dennoch verdient das in der Reihe "**Tipps und Taktik**" erschienene Werk einer besonderen Erwähnung, da es sich durch Aktualität (das LPartG sowie die neue Rechtsprechung des BVerfG zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen vom 6.2. und 29.3.2002 ist bereits berücksichtigt), durch große Übersichtlichkeit und vor allem durch viele, farblich hervorgehobene Musterformulierungen (in Form von Einzelbausteinen) auszeichnet. Wer eine zuverlässige Hilfe bei der Vertragsgestaltung im Familienrecht sucht, die ihren Schwerpunkt auf der praktischen Anwendbarkeit hat, dem wird die gelungene Darstellung gute Dienste leisten.

Dr. Gabriele Müller

W. Böhringer, In memoriam: Das Ventöse-Gesetz von 1803 – Aufbruch in ein modernes Notariat, BWNZ 2002, 165

C. Clemente, Neue Entwicklungen im Recht der Grundschulden, BKR 2002, 975

G. Fischer, Reichweite der Bürgschaften nach der Makler- und Bauträger-Verordnung, WM 2003, 1

U. Huber, Die Praxis des Unternehmenskauf im System des Kaufrechts, AcP 2002, 180

T. Iversen, Das dänische Privatrecht im Spiegel seiner Literatur, ZEuP 2002, 403

W. Kleine/L. Flöther/G. Bräuer, Die Reorganisation der kommunalen Immobilienwirtschaft – Privatisierung aus vergaberechtlicher Sicht, NWwZ 2002, 1046

A. Lamarca, Das neue Familiengesetzbuch Kataloniens, ZEuP 2002, 557

V. Mizaras/V. Nekrosius, Das neue Zivil- und Zivilprozessrecht in Litauen, ZEuP 2002, 466

B. Seeger, Die "einseitige Abhängigkeit" – zum Umfang der Beurkundungspflicht bei zusammengesetzten Grundstücksgeschäften, MittBayNot 2003, 11

S. Spiegelberger, Neufassung des sog. Rentenerlasses, ZEV 2002, 443

J. Wasmuth, Wiederaufnahme vermögensrechtlicher Verfahren wegen Änderung der Sach- oder Rechtslage, VIZ 2002, 657

J. Wenzel, Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Recht des Wohnungseigentums, ZNotP 2003, 2

J. Wenzel, Die Rechtsfortbildung des Höferechts durch den Bundesgerichtshof, AgrarR 2002, 373

H.-P. Westermann, Haftungsrisiko eines "beherrschenden" GmbH-Gesellschafters, NZG 2002, 1129

Veranstaltungen

Termine für **April 2003** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 (www.anwaltsinstitut.de).

Intensivkurs Überlassungsvertrag (Amann/Mayer), 4./5.4.2003 Wiesbaden

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 155,00 €, Einzelheft 6,50 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

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

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

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg