

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

24. Jahrgang
November 2016
ISSN 1434-3460

22/2016

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1629, 1795, 181, 1822, 1915; GmbHG § 55 – Barkapitalerhöhung bei der GmbH: minderjährige Übernehmer; Genehmigung des Familiengerichts; Bestellung von Ergänzungspflegern; Kapitalerhöhungsbeschluss; Zulassungsbeschluss; Übernahmeerklärung; Übernahmevertrag

HGB § 33; BayGO Artt. 88 Abs. 3 S. 2, 38 Abs. 1 – Eintragung des Eigenbetriebs einer bayerischen Gemeinde im Handelsregister; Eintragung auch des ersten Bürgermeisters als vertretungsberechtigter „Vorstand“

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BNotO § 19 Abs. 1; GmbHG §§ 15 Abs. 3 u. 4; BGB § 139 – Rechtliche Einheit zwischen Treuhandvertrag und Verpflichtungsgeschäft zur Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen; Beurkundungszusammenhang

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1629, 1795, 181, 1822, 1915; GmbHG § 55

Barkapitalerhöhung bei der GmbH: minderjährige Übernehmer; Genehmigung des Familiengerichts; Bestellung von Ergänzungspflegern; Kapitalerhöhungsbeschluss; Zulassungsbeschluss; Übernahmeerklärung; Übernahmevertrag

I. Sachverhalt

Die X-GmbH ist im Bereich der Vermögensverwaltung tätig. Das Stammkapital beträgt 25.000 € und ist voll eingezahlt. Ursprünglich war Frau A Alleingeschafterin der Gesellschaft. Später hat sie auf ihre minderjährigen Enkel B und C jeweils einen Geschäftsanteil von 11.750 € übertragen, sodass sie nunmehr lediglich mit einem Minderheitsanteil von 1.500 € an der X-GmbH beteiligt ist.

Kürzlich ist das Enkelkind D geboren worden. Es soll im Zuge einer Kapitalerhöhung ebenfalls Gesellschafter der X-GmbH werden. Geplant ist eine Kapitalerhöhung auf 37.500 €, bei der D 11.750 € und A 750 € übernimmt. Die Einlage des D zahlen die Eltern und der Großvater.

Es stehen also folgende Rechtsgeschäfte unter Beteiligung der Enkelkinder an:

- Kapitalerhöhungsbeschluss,
- Zulassung von A und D zur Übernahme,
- Übernahmeerklärung von A und D gegenüber der Gesellschaft.

II. Fragen

1. Können die Eltern ihre Kinder B, C und D bei den anstehenden Rechtsgeschäften vertreten oder sind ein oder mehrere Ergänzungspfleger zu bestellen?
2. Welche der Rechtsgeschäfte bedürfen der familiengerichtlichen Genehmigung?

III. Zur Rechtslage

1. Erforderlichkeit von Ergänzungspflegern

a) Allgemeines

Gem. § 1629 Abs. 2 BGB können Vater und Mutter ein minderjähriges Kind insoweit nicht vertreten, als nach § 1795 BGB ein Vormund **von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen** wäre. Dies betrifft nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB insbesondere Rechtsgeschäfte zwischen dem Kind und einem Verwandten des Elternteils in gerader Linie, sofern das Rechtsgeschäft nicht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Eine ungeschriebene Ausnahme vom Vertretungsverbot nimmt man außerdem an, wenn das Geschäft dem Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt (BGH DNotZ 1986, 80, 81; NJW 1972, 2262, 2263 = DNotZ 1973, 86; OLG Frankfurt FPR 2013, 397, 399 = NotBZ 2012, 303; BayObLGZ 1974, 326, 328 f. = FamRZ 1974, 659; Palandt/Götz, BGB, 75. Aufl. 2016, § 1795 Rn. 13 m. w. N.).

Bei gemeinschaftlicher Vertretung des Kindes gem. § 1629 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB folgt aus dem Ausschluss der Vertretungsmacht eines Elternteils nicht das Alleinvertretungsrecht des anderen Elternteils, sondern die Notwendigkeit, einen Ergänzungspfleger gem. § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB zu bestellen (s. nur Palandt/Götz, § 1629 Rn. 14).

Neben § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist das Vertretungsverbot aus **§ 1795 Abs. 2 BGB** zu beachten. Hiernach bleibt **§ 181 BGB** unberührt. Die Vorschrift bestätigt also die Geltung des allgemeinen Verbots von In-sich-Geschäften (Palandt/Götz, § 1795 Rn. 7).

Ob im vorliegenden Fall ein oder mehrere Ergänzungspfleger bestellt werden müssen, ist für jede Rechtshandlung gesondert zu beurteilen.

b) Kapitalerhöhungsbeschluss

Der Kapitalerhöhungsbeschluss zielt auf eine Änderung der statutarisch ausgewiesenen Stammkapitalziffer (§ 3 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG), es müssen daher die allgemeinen Vorschriften über die Satzungsänderung erfüllt sein (vgl. §§ 53 f., 55 GmbHG). Zuständig für die Beschlussfassung sind ausschließlich die Gesellschafter (MünchKommGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 55). Minderjährige Gesellschafter müssen durch ihre gesetzlichen Vertreter vertreten werden. Die Vertretungsverbote des § 1795 BGB sind zu beachten.

Die **Eltern** dürften bereits nach **§ 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB** an der Vertretung ihrer Kinder gehindert sein, denn an der Gesellschaft sind sowohl B bzw. C als auch A als Verwandte gerader Linie beteiligt. Im Rahmen des Gesellschafterbeschlusses träten die Eltern diesen Verwandten gerader Linie gegenüber. Selbst wenn ihnen nur A gegenüberstünde, wäre die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich. Es wäre nämlich unerheblich, dass nur ein Elternteil mit A in gerader Linie verwandt ist. Wenn ein Elternteil gem. § 1629 Abs. 2 BGB von der Vertretung ausgeschlossen ist, gilt dies auch für den anderen Elternteil, in dessen Person die Voraussetzungen des § 1795 BGB nicht vorliegen (OLG Frankfurt FPR 2013, 397, 398).

Es stellt sich damit die weitere Frage, ob B und C durch einen gemeinsamen Ergänzungspfleger vertreten werden können oder ob sie **jeweils einen eigenen Ergänzungspfleger** benötigen. Das hängt im Ausgangspunkt davon ab, ob man **§ 181 BGB** für **anwendbar auf Gesellschafterbeschlüsse** hält.

Dies ist bis heute **umstritten**. Während der **BGH** die Anwendung des § 181 BGB auf Gesellschafterbeschlüsse in der Kapitalgesellschaft zunächst abgelehnt hat (Gesellschafterbeschluss als Sozialakt, BGH NJW 1970, 33), differenziert er nunmehr – mit der wohl überwiegenden Meinung – nach der Art des Beschlusses: § 181 BGB soll uneingeschränkt **anwendbar** sein **auf Beschlüsse, die die Grundlagen der Gesellschaft betreffen**, unanwendbar dagegen auf gewöhnliche Gesellschafterbeschlüsse (vgl. BGH DNotZ 1989, 26, 27; MünchKommGmbHG/Harbarth, § 53 Rn. 63 m. w. N.; Michalski/Hoffmann, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 53 Rn. 63; vgl. auch Gutachten DNotI-Report 2012, 189, 190): Im ersten Fall stehe der Ausgleich wechselseitiger Einzelinteressen im Vordergrund (etwa bei Schaffung der künftigen Vertragsordnung) und damit eine Konstellation, in der sich jeder Beteiligte eine möglichst starke Rechtsposition zu sichern suche. Solche Konstellationen habe § 181 BGB im Auge. Im zweiten Fall

gehe es dagegen nicht um die Austragung individueller Interessengegensätze, sondern um die Verfolgung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks auf dem Boden der bestehenden Vertragsordnung (BGH NJW 1976, 49, 50).

Nach strengerer Ansicht ist § 181 BGB auf alle Gesellschafterbeschlüsse ungeachtet ihres Gegenstands anwendbar (MünchKommGmbHG/Drescher, 2. Aufl. 2016, § 47 Rn. 224). Kaum mehr vertreten wird dagegen die Meinung, dass § 181 BGB auf Gesellschafterbeschlüsse gar nicht anzuwenden sei. Die insoweit bemühte dogmatische Argumentation – es handele sich nicht um eine Erklärung im Verhältnis der Gesellschafter untereinander, sondern um eine solche gegenüber der GmbH (so noch BayObLG NJW-RR 1989, 807) – dürfte zu formal sein und die vielfältigen Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern vernachlässigen (Michalski/Römermann, § 47 Rn. 117 m. w. N.).

Differenziert man mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung und überwiegenden Literatur nach Grundlagen- und Geschäftsführungsbeschlüssen, ist § 181 BGB **vorliegend anwendbar**: Der Satzungsändernde Kapitalerhöhungsbeschluss ist Grundlagenbeschluss in diesem Sinne (vgl. MünchKommGmbHG/Harbarth, § 53 Rn. 63). In der Folge könnte ein einziger Ergänzungspfleger nicht gleichzeitig B und C bei der Beschlussfassung vertreten. Es wären damit u. E. **zwei Ergänzungspfleger** zu bestellen.

c) Zulassungsbeschluss

Gem. § 55 Abs. 2 GmbHG können zur Übernahme einer Stammeinlage die bisherigen Gesellschafter oder Dritte zugelassen werden. Durch einen solchen Beschluss wird der Kapitalerhöhungsbeschluss ergänzt und konkretisiert. Welche Bedeutung ein solcher Zulassungsbeschluss hat, ob er stets erforderlich ist, erscheint nach wie vor umstritten. Vorliegend ist der Zulassungsbeschluss aber jedenfalls notwendig, weil das (gesetzliche) Bezugsrecht der vorhandenen Gesellschafter teilweise ausgeschlossen werden soll (vgl. hierzu ausführlich Michalski/Hermanns, § 55 Rn. 36 ff.).

Bzgl. der Vertretung sollten die **gleichen Grundsätze** gelten wie beim Kapitalerhöhungsbeschluss. Auch die Zulassung von D und A ist für B und C nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, denn sie verzichten dadurch auf ihr eigenes Bezugsrecht. Die Vertretung der Eltern dürfte daher an § 1795 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 BGB scheitern, die Bestellung von Ergänzungspflegern zu empfehlen sein.

d) Übernahmeerklärung/Übernahmevertrag

Die Übernahmeerklärung ist Bestandteil des Übernahmevertrags, den der Gesellschafter mit der Gesellschaft abschließt. Mit dem Abschluss entsteht die **Verpflichtung** des Übernehmers **zur Einlageleistung** (BGH DNotZ 1999, 753, 754). Da dies für den Minderjährigen **nicht lediglich rechtlich vorteilhaft** ist, geht die Literatur davon aus, dass der Minderjährige bei der Übernahme gesetzlich vertreten werden muss (vgl. hierzu Wachter/Ivo, Fachanwaltshandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2010, Teil 2 Kap. 11 Rn. 53). Daran dürfte vorliegend die Tatsache nichts ändern, dass die Eltern und der Großvater die Einlagen erbringen wollen – abzustellen ist ja auf eine rechtliche, nicht auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise (vgl. § 107 BGB).

Ob die Eltern den Minderjährigen beim Übernahmevertrag vertreten können, hängt davon ab, welche Personen sich

beim Übernahmevertrag gegenüberstehen. Eine Mindermeinung geht davon aus, dass die Gesellschaft dabei von ihrem Geschäftsführer vertreten werde (Bürger, RNotZ 2006, 156, 167). Nach **h. M.** wird die **Gesellschaft** jedoch **von der Gesamtheit ihrer Gesellschafter vertreten**; es liege nämlich ein Vertrag mit körperschaftlicher Qualität vor (s. etwa Michalski/Hermanns, § 55 Rn. 86; Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 55 Rn. 12; MünchKommGmbHG/Lieder, § 55 Rn. 137; BeckOK-GmbHG/Ziemons, Std.: 1.6.2016, § 55 Rn. 110a; Wachter/Ivo, Teil 2 Kap. 11 Rn. 53).

Folgt man der Mindermeinung, so scheidet eine Mehrfachvertretung (§ 181 Var. 2 BGB) aus, sofern der gesetzliche Vertreter nicht zugleich Geschäftsführer der Gesellschaft ist (Bürger, RNotZ 2006, 156, 167). Ein Ergänzungspfleger wegen § 1795 Abs. 2 BGB wäre nicht zu bestellen. Allerdings könnte ein Vertretungsverbot aus § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB folgen, wenn A Geschäftsführerin der Gesellschaft wäre.

Folgt man dagegen der überwiegenden Meinung und sieht als Vertreter der Gesellschaft beim Übernahmevertrag die Gesamtheit der Gesellschafter an, stellt sich das Problem der **Mehrfachvertretung** ein (wohl nur eine Mindermeinung die Ansicht von Ziemons, in: BeckOK-GmbHG, § 55 Rn. 111: § 181 BGB sei auf den Übernahmevertrag wegen seines korporativen Charakters und der im Übrigen fehlenden Interessenkollision nicht anwendbar): Die Eltern als gesetzliche Vertreter würden sowohl für die Gesellschafter B und C als auch für den Unternehmer D handeln; zudem träten sie gegenüber der A auf, die die Verwandte eines Elternteils in gerader Linie ist. Die **Bestellung eines Ergänzungspflegers** wäre wohl **erforderlich**.

Es wären mindestens **zwei Ergänzungspfleger** zu bestellen: B und C einerseits und D andererseits stehen sich beim Vertragsschluss auf unterschiedlichen Seiten gegenüber; auch insoweit ist wegen § 181 BGB die Vertretung durch einen gemeinsamen Ergänzungspfleger ausgeschlossen. Wenn zugleich ein Geschäft zwischen B und C vorläge, für diese also keine gleichgerichteten Willenserklärungen in Bezug auf D abgegeben würden, müsste darüber hinaus für B und C jeweils ein gesonderter Ergänzungspfleger handeln (vgl. Palandt/Götz, § 1795 Rn. 14; Maier-Reimer/Marx, NJW 2005, 3025, 3026). Bei der Annahme der Übernahmeerklärung dürften die Gesellschafter gleichgerichtete Erklärungen abgeben, sodass grundsätzlich *ein* Ergänzungspfleger sowohl für B als auch für C handeln könnte. Für einen Interessenkonflikt, der die Bestellung von zwei Pflegern erforderlich machen würde, ist nichts ersichtlich.

Vorsichtshalber mag man aber auch hier für B und C jeweils einen eigenen Ergänzungspfleger hinzuziehen. Zusätzlicher Aufwand wäre damit nicht verbunden, da im Hinblick auf die Gesellschafterbeschlüsse wohl ohnehin zwei Ergänzungspfleger erforderlich sind.

2. Familiengerichtliche Genehmigung

a) Allgemeines

Nach den §§ 1822, 1915 BGB bedarf auch der Ergänzungspfleger in bestimmten Fällen der Genehmigung des Familiengerichts. Im vorliegenden Fall sind insbesondere die Genehmigungserfordernisse aus § 1822 Nr. 3 BGB (Eingehen eines Gesellschaftsvertrags zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts) und aus § 1822 Nr. 10 BGB (Übernahme einer fremden Verbindlichkeit) relevant. Auch insoweit ist zwischen den verschiedenen Rechtsgeschäften zu unterscheiden.

b) Kapitalerhöhungsbeschluss

Da es sich bei der Kapitalerhöhung letztlich um eine Satzungsänderung handelt (s. oben Ziff. 1b), könnte ein Genehmigungserfordernis aus § 1822 Nr. 3 BGB herzu-leiten sein.

Die Frage, ob auch die **Änderung des Gesellschaftsvertrags** genehmigungsbedürftig ist, wird zum Teil bejaht, zum Teil mit Verweis auf den Wortlaut der Norm ausdrücklich verneint (vgl. zum Streitstand m. w. N. MünchKommBGB/Wagenitz, 6. Aufl. 2012, § 1822 Rn. 28; verneinend etwa MünchKommGmbHG/Drescher, § 47 Rn. 89).

Die Befürworter einer Genehmigungspflicht argumentieren, dass der Gesellschaftsvertrag nur so genehmigt sei, wie er dem Richter vorgelegen habe, und es sonderbar wäre, wenn der Gesellschaftsvertrag im Nachgang ohne Genehmigung des Gerichts vollumfänglich geändert werden könnte (so MünchKommBGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 28). Bisweilen wird die Genehmigungspflicht auf fundamentale Änderungen beschränkt (vgl. OLG Düsseldorf DB 1951, 443; Merkel, BB 1963, 455, 456). Allgemein ist zuzugeben, dass Vertragsänderungen regelmäßig wirtschaftlich bedeutende Maßnahmen darstellen (vgl. Staudinger/Veit, BGB, Neubearb. 2014, § 1822 Rn. 94).

Der BGH hat zur Streitfrage noch nicht Stellung bezogen; er hat lediglich festgestellt, dass weder das Ausscheiden eines Mündels aus einer OHG noch der Eintritt in eine solche Gesellschaft als neuer Gesellschafter der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürfen (BGH NJW 1961, 724; BGHZ 38, 26 = NJW 1962, 2344). Man kann die **Rechtslage** daher **nicht** als **gesichert** bezeichnen. Bereits deshalb dürfte es sich empfehlen, eine familiengerichtliche Genehmigung einzuholen.

Diese Vorsicht könnte auch im Hinblick auf § 1822 Nr. 10 BGB geboten sein (vgl. Rust, DStR 2005, 1942, 1948; MünchKommGmbHG/Lieder, § 55 Rn. 115). Die potenzielle Ausfallhaftung des Gesellschafters aus § 24 GmbHG resultiert allerdings noch nicht aus dem bloßen Kapitalerhöhungsbeschluss (s. jedoch lit. d). **Vorsorglich** sollte man die **Genehmigung** jedoch einholen.

c) Zulassungsbeschluss

Hinsichtlich des Zulassungsbeschlusses greifen die Tatbestände aus § 1822 Nr. 3 und Nr. 10 BGB nicht unmittelbar ein. In der Literatur wird eine Anwendung – soweit ersichtlich – nicht thematisiert. Da der Zulassungsbeschluss den Kapitalerhöhungsbeschluss inhaltlich konkretisiert und so mit diesem eng verknüpft ist, könnte sich höchstens unter diesem Gesichtspunkt ein Genehmigungserfordernis herleiten lassen. Angesichts der fehlenden höchstrichterlichen Entscheidungen erscheint die Rechtslage dennoch insgesamt unsicher.

Es dürfte sich daher empfehlen, zumindest ein entsprechendes **Negativattest** des Familiengerichts einzuholen, womöglich aber auch diesbezüglich eine Genehmigung zu beantragen.

d) Übernahmeerklärung/Übernahmevertrag

Der Anteilserwerb im Zuge einer Kapitalerhöhung ist nach **h. M.** nicht genehmigungsbedürftig gem. § 1822 Nr. 3 BGB: Die Übernahme einer Stammeinlage sei nämlich nicht als Abschluss eines Gesellschaftsvertrags zu verstehen (Wachter/Ivo, Teil 2 Kap. 11 Rn. 57; Michalski/

Hermanns, § 55 Rn. 78). Verwiesen wird insoweit auf die BGH-Rechtsprechung (DNotZ 1990, 303).

Anders beurteilt sich dies im Hinblick auf **§ 1822 Nr. 10 BGB**: Tritt der Minderjährige im Wege der Kapitalerhöhung in die Gesellschaft ein, kann ihn eine **Haftung aus § 24 GmbHG** treffen. Auch wenn die Einlagen der bisherigen Gesellschafter voll geleistet sind und die Haftung für die eigene Einlage des Minderjährigen keine fremde Verbindlichkeit darstellt, kann sich die Haftung auf die Einlage eines weiteren Übernehmers (vorliegend A) beziehen (so auch Bürger, RNotZ 2006, 156, 168). Die Einzelheiten sind jedoch umstritten (vgl. MünchKommBGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 65 m. w. N.).

Ein Genehmigungserfordernis ist daher zumindest nicht auszuschließen und es dürfte sich wiederum **aus notarieller Vorsicht** empfehlen, eine **Genehmigung stets einzuholen** (so auch Wachter/Ivo, Teil 2 Kap. 11 Rn. 58).

3. Fazit

Der sicherste Weg dürfte darin bestehen, für jedes Kind einen Ergänzungspfleger bestellen zu lassen und anschließend hinsichtlich aller Rechtshandlungen familiengerichtliche Genehmigungen einzuholen. Sind alle Erklärungen in einer Urkunde enthalten, bleibt der Aufwand vertretbar. Insgesamt empfiehlt sich eine enge Zusammenarbeit mit dem Familiengericht.

HGB § 33; BayGO Artt. 88 Abs. 3 S. 2, 38 Abs. 1

Eintragung des Eigenbetriebs einer bayerischen Gemeinde im Handelsregister; Eintragung auch des ersten Bürgermeisters als vertretungsberechtigter „Vorstand“

I. Sachverhalt

Die bayerische Gemeinde O unterhält den Eigenbetrieb „O Kultur“. Der Eigenbetrieb und dessen Werkleiter werden zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Zur allgemeinen Vertretungsbefugnis heißt es in der Anmeldung:

„Ist nur ein Werkleiter bestellt, so vertritt er den Eigenbetrieb allein. Sind mehrere Werkleiter bestellt, so vertreten sie den Eigenbetrieb gemeinsam. Die Vertretungsbefugnis der Werkleitung beschränkt sich gem. Art. 88 Abs. 3 S. 2, Art. 38 Abs. 1 BayGO auf die laufenden Geschäfte, im übrigen vertritt der erste Bürgermeister.“

Das Registergericht beanstandet die Anmeldung, weil sie lediglich den Werkleiter angebe. Gem. § 33 Abs. 2 HGB sei auch die Person des ersten Bürgermeisters unter Vorlage entsprechender Bestellungsunterlagen anzumelden.

II. Frage

Muss die Anmeldung neben dem Werkleiter auch die Person des ersten Bürgermeisters umfassen?

III. Zur Rechtslage

1. Eintragung des Eigenbetriebs gem. § 33 Abs. 1 HGB

Gem. § 33 Abs. 1 HGB sind alle juristischen Personen des privaten und öffentlichen Rechts in das Handelsregister

einzutragen, soweit sie ein Handelsgewerbe betreiben und soweit nicht im HGB oder in Sondergesetzen spezielle Regelungen getroffen sind (Ries, in: Röhrich/Graf von Westphalen, HGB, 4. Aufl. 2014, § 33 Rn. 1). Eintragungspflichtig ist auch ein gemeindlicher Eigenbetrieb (s. nur BayObLGZ 2001, 357, 360 f.; OLG Frankfurt BeckRS 2010, 19146; MünchKommHGB/Krafka, 4. Aufl. 2016, § 33 Rn. 2). Ein solcher Betrieb ist also „juristische Person“ im Sinne der Norm, **obwohl** er lediglich ein organisatorisch verselbständigtes Sondervermögen „**ohne eigene Rechtspersönlichkeit**“ darstellt (Art. 88 Abs. 1 BayGO; s. auch Schulz/Wager, Recht der Eigenbetriebe und der Kommunalunternehmen in Bayern, 2. Aufl. 2013, Teil III Anm. 1.1).

2. Eintragung auch des Bürgermeisters als Vorstand gem. § 33 Abs. 2 HGB?

Nach § 33 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 HGB ist in der Anmeldung anzugeben, welche Vertretungsmacht die „Vorstandsmitglieder“ haben. Die Vorstandsmitglieder und ihre Vertretungsmacht werden dementsprechend gem. § 33 Abs. 2 S. 2 HGB in das Handelsregister eingetragen.

Vertretungsorgan des Eigenbetriebs ist hinsichtlich der laufenden Geschäfte die Werkleitung (Art. 88 Abs. 3 S. 1 u. 2 BayGO), **hinsichtlich der sonstigen Geschäfte der erste Bürgermeister** (Art. 38 i. V. m. Art. 88 Abs. 3 S. 1 BayGO; Schulz/Wager, Teil III Anm. 1.3.4). Auf den ersten Blick erscheint es daher folgerichtig, dass neben der Werkleitung auch der Bürgermeister in das Handelsregister eingetragen wird. Die wohl überwiegende Meinung, einschließlich des vormaligen BayObLG, sieht es dennoch anders (BayObLGZ 2001, 357, 362; OLG Frankfurt Rpfleger 2002, 270 bzgl. des Gemeindevorstands/Magistrats; Krafka/Kühn, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rn. 841; Holland, ZNotP 1999, 466, 469; wohl auch Ries, § 33 Rn. 15; Klein, MittBayNot 2016, 291, 293, 296; für „Wahlrecht“ der Kommune Boos, DB 2000, 1061, 1065) – u. E. zu Recht. Überzeugend ist insbesondere folgende Überlegung des **BayObLG** (BayObLGZ 2001, 357, 362; Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

*„Die Vorschrift des § 33 HGB geht im Grundsatz davon aus, daß eine juristische Person eingetragen wird. Demgegenüber stellt der Eigenbetrieb lediglich ein rechtlich unselbständiges Sondervermögen der Gemeinde dar. Gleichwohl ist nicht die Gemeinde als solche, sondern der Eigenbetrieb einzutragen. Dies rechtfertigt es, im Rahmen des Inhalts der Eintragung den Besonderheiten einer solchen Fallgestaltung angemessen Rechnung zu tragen und als Vorstand nicht den für die Gemeinde allgemein vertretungsbefugten ersten Bürgermeister, sondern dasjenige **Organ** anzusehen, das für den Eigenbetrieb im **Rechtsverkehr üblicherweise handelt**.“*

Anders könnte man auch formulieren: Wenn schon im Handelsregister anstelle der Gemeinde der Eigenbetrieb als „eigenständige“ Einheit eingetragen wird, nicht die eigentlich als Rechtsträger betroffene Gemeinde, dann erscheint auch lediglich eine Eintragung der eigenbetriebsspezifischen Vertretungsorgane konsequent.

3. Ergebnis

Als vertretungsberechtigter „Vorstand“ angemeldet und eingetragen wird nur die Werkleitung, nicht dagegen der erste Bürgermeister.

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.de>

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

BGB § 928; WEG § 11

Eigentumsaufgabeerklärung bei Teileigentum

Abruf-Nr.: 149709

BGB §§ 517, 528, 2113; SGB XII § 93

Zustimmung des sozialhilfebedürftigen Nacherben zur unentgeltlichen Übertragung von Nachlassgegenständen durch den nicht befreiten Vorerben; Möglichkeit des Rückgriffs des Sozialhilfeträgers

Abruf-Nr.: 150992

Rechtsprechung

BNotO § 19 Abs. 1; GmbHG §§ 15 Abs. 3 u. 4; BGB § 139

Rechtliche Einheit zwischen Treuhandvertrag und Verpflichtungsgeschäft zur Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen; Beurkundungszusammenhang

1. Zu den Amtspflichten eines Notars bei der Beurkundung eines Vertrags über die Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils an einen Treuhänder.

2. Eine rechtliche Einheit im Sinne von § 139 BGB zwischen einem Geschäftsanteilsübertragungsvertrag und einem hiermit wirtschaftlich verknüpften Treuhandvertrag kann zu verneinen sein, wenn die Beteiligten von der erforderlichen Beurkundung des Treuhandvertrags bewusst absehen, den Geschäftsanteilsübertragungsvertrag aber gleichwohl – in Kenntnis der Formnichtigkeit des Treuhandvertrags – ordnungsgemäß beurkunden lassen. In diesem Fall berührt die Formnichtigkeit des Treuhandvertrags die Wirksamkeit des Geschäftsanteilsübertragungsvertrags nicht.

BGH, Urt. v. 22.9.2016 – III ZR 427/15

Problem

Die Entscheidung betrifft die Formbedürftigkeit von Geschäftsanteilsabtretungen im Zusammenhang mit Treuhandabreden. Ein Treugeber (TG) hatte mit einem Treuhänder (T1) einen Treuhandvertrag abgeschlossen. Nach dem Inhalt des Treuhandvertrags sollte T1 eine GmbH gründen und den Anteil an der GmbH treuhänderisch für TG halten.

Einige Jahre später sollte auf Initiative von TG der Treuhänder vorübergehend ausgewechselt werden. T1 über-

trug den Geschäftsanteil auf einen anderen Treuhänder (T2). Bei der Beurkundung war auch TG zugegen. Es wurde „einernehmlich festgelegt“, dass T2 lediglich den Geschäftsanteil als Treuhänder für TG halten sollte. Der Urkundsnotar wies darauf hin, dass der Treuhandvertrag beurkundungspflichtig sei. TG erklärte hierauf, dass der Treuhandvertrag nicht beurkundet zu werden brauche. Auch der bisherige Vertrag sei nicht beurkundet worden. Aufgrund der langjährigen Zusammenarbeit vertraue er T2. TG und T2 verzichteten auf die Beurkundung des Treuhandvertrags.

T2 übertrug daraufhin wesentliche Vermögensbestandteile der GmbH auf sich selbst und seine Ehefrau. Der BGH musste darüber entscheiden, ob der Notar wegen der Nichtbeurkundung des Treuhandvertrags Schadensersatzpflichtig ist. Die Vorinstanz hatte Schadensersatzansprüche abgelehnt.

Entscheidung

Der BGH verneint eine **Amtspflichtverletzung** des Urkundsnotars. Der Notar dürfe zwar nicht sehenden Auges ein nichtiges Geschäft beurkunden (§ 4 BeurkG, §§ 1, 14 Abs. 2 BNotO). Der beurkundete **Geschäftsanteilsübertragungsvertrag** sei **nach § 15 Abs. 3 GmbHG** jedoch **wirksam**. Ein Scheingeschäft liege nicht vor, weil im Außenverhältnis tatsächlich eine Vollrechtsübertragung beabsichtigt gewesen sei.

Die **Treuhandabrede** zwischen TG und T2 war laut BGH jedoch nach § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG i. V. m. § 125 S. 1 BGB **formunwirksam**. Nach dem Sinn und Zweck des Formerfordernisses unterfalle der Abschluss eines Treuhandvertrags, der einen bestehenden GmbH-Geschäftsanteil betreffe und mit der Verpflichtung zur Übertragung des Geschäftsanteils auf den Treugeber verbunden sei (§ 667 BGB), dem Formzwang nach § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG. Diesem Formerfordernis habe die Beurkundung nicht genügt.

Die Nichtigkeit der Treuhandabrede zwischen TG und T2 lässt – so der BGH – „*die Wirksamkeit des Vertrags über die Übertragung des Geschäftsanteils [...] jedoch unberührt*.“ Das Berufungsgericht war der Auffassung, **zwischen beiden Verträgen bestehe keine rechtliche Einheit i. S. v. § 139 BGB**. Diese Auslegung beanstandet der BGH nicht. Ob es sich insoweit aufgrund eines Einheitlichkeitswillens der Vertragsparteien um ein einheitliches Rechtsgeschäft handle, sei Tatfrage und durch Ermittlung und **Auslegung des** – objektiv erkennbaren – **Parteiwillens** festzustellen. Der BGH stützt sich dabei auf folgende Umstände:

- Ein einheitliches Rechtsgeschäft i. S. d. § 139 BGB kann auch dann vorliegen, wenn einzelne Rechtsgeschäfte in mehreren Urkunden niedergelegt sind, unterschiedlichen Geschäftstypen angehören und an ihnen teilweise verschiedene Personen beteiligt sind.

- Die Aufrechterhaltung des Treuhandverhältnisses zu TG war von maßgebender Bedeutung, jedoch fehlte es an einer rechtlichen Verknüpfung.

- Der Notar hatte die Beteiligten auf die **Beurkundungspflicht hingewiesen**, „*woraufhin*“ TG und T2 „*ausdrücklich auf eine Beurkundung der Abrede verzichteten*“. Nach den **objektiv erkennbaren Umständen** handelten sie dabei in dem Bewusstsein, dass die **nur mündlich abgeschlossene**

Treuhandvereinbarung formnichtig und somit **rechtlich unverbindlich** ist. [...] Die Beteiligten waren durchweg geschäftserfahren, so dass bei objektiver Betrachtung davon auszugehen war, sie würden aus dem Hinweis des [...] Notars ohne weiteres den – sich aufdrängenden – Schluss ziehen, dass eine ohne Beachtung der notwendigen Form geschlossene Treuhandvereinbarung rechtlich nicht bindend sein werde.“ Zudem erklärte TG, dass er T2 vertraue. „Damit brachte er sinngemäß zum Ausdruck, dass er auf eine rechtliche Verbindlichkeit der Treuhandvereinbarung verzichten könne und ihm eine gleichsam nur ‚moralische‘ Verpflichtung genüge.“

Der Notar war nach Ansicht des BGH auch nicht verpflichtet, die Beteiligten auf die Folgen der Formnichtigkeit der Treuhandabrede hinzuweisen. Es „ergab sich bei objektiver Betrachtung, dass sich die Vertragsbeteiligten darüber im Klaren waren, dass eine ohne Beachtung dieser Form geschlossene Treuhandvereinbarung rechtlich unwirksam ist.“ Hiervon habe auch der Notar ausgehen dürfen.

Selbst wenn man den Geschäftsanteilsübertragungsvertrag als nichtig ansähe, läge laut BGH keine schuldhaft- Amtspflichtverletzung vor, denn das Berufungsgericht habe durch einen mit drei Berufsrichtern besetzten Kollegialspruchkörper unter Würdigung der Einzelfallumstände ein amtspflichtwidriges Verhalten des Beklagten verneint. Es habe auch kein sicherer Weg zur Verfügung gestanden, da die Beteiligten einerseits eine Beurkundung der Treuhandabrede abgelehnt und andererseits die Beurkundung des Geschäftsanteilsübertragungsvertrags gewünscht hätten.

Praxishinweis

Man sollte aus der Entscheidung keine falschen Schlüsse für die Beurkundungspraxis ziehen. Der BGH hat lediglich die tatrichterliche Würdigung der Vorinstanz unbeanstandet gelassen. Diese Würdigung des Parteiwillens ist jedoch keineswegs zwingend. Dass ein Verzicht auf Beurkundung keinen zwingenden Rückschluss auf den Parteiwillen zulässt, verdeutlichen mehrere Entscheidungen im Kontext von § 311b Abs. 1 BGB. Beispielhaft dafür sei eine Entscheidung des BGH v. 10.10.1986 angeführt (DNotZ 1987, 350). Im entschiedenen Fall erklärten die Beteiligten, dass der beurkundete Vertrag rechtlich selbständig sei und keine Nebenabreden bestünden. Der BGH hielt den Vertrag dennoch für formunwirksam: Dem wirtschaftlichen Zusammenhang kam eine entscheidende Indizwirkung für die Ermittlung des Parteiwillens zu. Der BGH führte zur Klausel über die Selbständigkeit der Abrede aus: „Hätten die Parteien einen solchen Einheitlichkeitswillen gehabt und mit [...] [der Klausel über die rechtliche Selbständigkeit] nur beabsichtigt, die Rechtsfolgen hieraus (rechtliche Einheit der Verträge) zu verhindern, so wäre dies nur der rechtlich unbeachtliche Versuch gewesen, die zwingenden Folgen eines Formverstößes abzuwenden. Es steht nämlich nicht in der Gestaltungsmacht der Parteien, einen Teil eines als zusammenhängend gewollten Geschäfts unbeurkundet zu lassen, ohne daß das ganze Geschäft nichtig wird“. Auch die Kommentarliteratur verweist darauf, dass „Feigenblatterklärungen“ über die rechtliche Selbständigkeit eines Vertrags kein entscheidendes Gewicht zukommen muss. In der Erklärung über das Nichtbestehen einer rechtlichen Einheit kann ein nichtiges Scheingeschäft nach § 117 BGB liegen (vgl. Staudinger/Schumacher, BGB, Neubearb. 2012, § 311b Abs. 1 Rn. 174).

Literaturhinweise

B. Böhme, Das neue Insolvenzanfechtungsrecht – Entlastung der Einzelgläubiger, NotBZ 2016, 401

D. Bredemeyer, Die Anfechtung bei Anfall der Erbschaft, ZErB 2016, 318

M. Falkner, Vorkaufsrechte im Grundstücksverkehr, Teil I, MittBayNot 2016, 378, Teil II, MittBayNot 2016, 465

J. Heinemann, Mehr Sollen als Sein – zur Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit, ZNotP 2016, 170

N. Hölscher, Pflichtteilsminimierung durch Gesellschaftsrecht?, Teil 1, ErbR 2016, 422, Teil 2, ErbR 2016, 478

R. Kanzleiter, Gedanken eines bayerischen Pensionärs – aus Anlass der Kammerversammlung der Notarkammer Sachsen im Jahr 2016, NotBZ 2016, 404

N. C. Klein, Fragen im Zusammenhang mit dem (fehlgeschlagenen) Erwerb eigener Geschäftsanteile, NZG 2016, 1241

L. Korezkij, Neuer Verwaltungsvermögenstest im Konzern aus der Sicht eines Rechtsanwenders – Der Weg vom begünstigungsfähigen zum begünstigten Vermögen nach § 13b Abs. 2-10 ErbStG, DStR 2016, 2434

H.-J. Priester, Anteilsaufstockung nach Einziehung – Pflicht zur Einlageleistung, GmbHR 2016, 1065

M. Rapp, Wohnungseigentum und aufteilungsplanwidrige Bauausführung, MittBayNot 2016, 474

T. Rauscher/S. Loose, Die Eintragungsfähigkeit ausländischer Ehegatten und juristischer Personen im Grundbuch, Rpfleger 2016, 617

W. Reetz, Bestimmtheit der Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung, RNotZ 2016, 571

S. Viskorf/S. Löcherbach/D. Jehle, Die Erbschaftsteuerreform 2016 – Ein erster Überblick, DStR 2016, 2425

M. Volmer, Erbschein und ENZ nach der EuErbVO, notar 2016, 323

T. Wachter, Neuer Vorab-Abschlag beim Erwerb von Anteilen an qualifizierten Familienunternehmen, NZG 2016, 1168

E. Wälzholz, Disquotale Gewinnverwendungsabreden bei Personen- und Kapitalgesellschaften – Gesellschafts- und Steuerrecht, notar 2016, 345

J. Weber, Erwerb von Grundstücken durch Ehegatten mit ausländischem Güterstand – Teil I: Ermittlung des anwendbaren Güterrechts und Prüfung durch das Grundbuchamt, MittBayNot 2016, 482

17. Wissenschaftliches Symposium
des Instituts für Notarrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg
Neubaukirche, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg
am Freitag, 19. Mai 2017, zum Thema

Aktuelle Herausforderungen im Immobilienrecht

- 09.15 Uhr** **Begrüßung:** Dr. Johannes **Weber**, LL.M., Tagungsleiter
Geschäftsführer des Deutschen Notarinstitutes; NotRV-Vorstandsmitglied
- 09.30 Uhr** **Der Schutz von Erwartungen des Käufers beim Immobilienkauf**
Prof. Dr. Florian **Faust**, LL.M., Bucerius Law School Hamburg
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung
- 10.00 Uhr** **Das Schicksal des Heimfallanspruchs bei Zwangsversteigerung des Erbbaurechts**
Dr. Christina **Stresemann**, Vorsitzende Richterin, Bundesgerichtshof, V. Zivilsenat
- 10.30 Uhr *Diskussion, anschließend Kaffeepause*
- 11.15 Uhr** **Probleme beim Verkauf sanierter Altbauten**
Dr. Gregor **Basty**, Notar, München
- 11.45 Uhr** **Hausübergabe – Damoklesschwert Pflegeheim/Sozialamt?**
Dr. Gudrun **Doering-Striening**, Fachanwältin für Sozialrecht und Familienrecht, Essen
- 12.15 Uhr *Diskussion, anschließend Mittagessen*
- 14.00 Uhr** **Ausgewählte Probleme bei der vertraglichen Gestaltung und dem Vollzug von Sondernutzungsrechten im Wohnungseigentumsrecht**
Dr. Melanie **Falkner**, Notarin, Ochsenfurt
- 14.30 Uhr** **Dienstbarkeiten und erneuerbare Energien**
Prof. Dr. Christian **Alexander**, Universität Jena
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Medienrecht
- 15.00 Uhr *Diskussion, anschließend Kaffeepause*
- 15.45 Uhr** **Auswirkungen neuer steuerlicher Entwicklungen auf die notarielle Vertragsgestaltung**
Dr. Jörg **Ihle**, Notar, Bergisch Gladbach-Bensberg
- 16.15 Uhr** **Altlastenklauseln bei Immobilienkaufverträgen**
Dr. Hans-Frieder **Krauß**, LL.M., Notar, München
- 16.45 Uhr *Diskussion*
- 17.00 Uhr** **Schlusswort:** Dr. Johannes **Weber**, LL.M.
- 17.15 Uhr *Ende*
- im Anschluss **NotRV-Mitgliederversammlung mit Neuwahlen**

Organisatorische Hinweise:

Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend und forensisch tätigen Praktiker sowie an einschlägig interessierte Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. Die Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post. Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck „Symposium 2017“ wie folgt zu überweisen: HypoVereinsbank UniCredit AG Würzburg, IBAN: **DE29790200760006671594**. Rückerstattung des Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis 7 Tage vor der Veranstaltung. Für zurückzuzahlende Teilnahmegebühren wird eine Stornogebühr in Höhe von 10 € berechnet.

Anmeldungen richten Sie bitte an: Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Fax: 0931/35576225; E-Mail: notrv@dnoti.de; Internet: www.notarinstitut.de. **Teilnahmegebühren:** **40 €** für Notare a. D. mit NotRV-Mitgliedschaft, **85 €** für Notare a. D. und Notarassessoren ohne NotRV-Mitgliedschaft und Rechtsanwälte mit max. 3-jähriger Zulassung; **165 €** für NotRV-Mitglieder; **215 €** für Nichtmitglieder; **frei** für Notarassessoren mit NotRV-Mitgliedschaft.

Postvertriebsstück: B 08129

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

Veranstaltungen

6. Dresdner Forum für Notarrecht

Das Notariat der Zukunft

Von aktuellen Entwicklungen zur Geschäftsstelle 4.0

Freitag, 27. Januar 2017

im Konferenzzentrum der Sächsischen Aufbaubank
Pirnaische Str. 9, 01069 Dresden

Programm:

9.00 Uhr – Registrierung der Teilnehmer

9.30 Uhr – Begrüßung und Einführung
Prof. Dr. Wolfgang Lücke, LL.M. (Chicago), Technische Universität Dresden
Notar Dr. Joachim Püls, Dresden, Präsident der Notarkammer Sachsen

9.45 Uhr – Grußworte
Andrea Franke, Staatssekretärin im Sächsischen Staatsministerium der Justiz
Notar Dr. Jens Bormann, Ratingen, Präsident der Bundesnotarkammer

10.15 Uhr – Das Elektronische Urkundenarchiv – rechtliche Grundlagen und Anwendung in der Praxis

Notarvertreter Walter Büttner, Notariat Schwetzingen
Notarassessor Matthias Frohn, Mitglied der Geschäftsführung der Bundesnotarkammer
anschließend Diskussion

11.45 Uhr – Zukunftsprojekte der Bundesnotarkammer

Notarassessor Dr. Johannes Hushahn, LL.M. (Cambridge), Geschäftsführer der Bundesnotarkammer
Notarassessor Dr. Vladimir Primaczenko, Leiter der Zertifizierungsstelle der Bundesnotarkammer und Geschäftsführer der NotarNet GmbH
anschließend Diskussion

14.00 Uhr – Das Notariat der Zukunft – Vorstellung der Studienergebnisse zu den künftigen Anforderungen an die praktisch-technische Tätigkeit des Notars

Michael Carl, Forschungsdirektor, 2b AHEAD ThinkTank

15.30 Uhr – Workshop zur Arbeitswelt der Notare im Jahr 2027

Michael Carl, Forschungsdirektor, 2b AHEAD ThinkTank

ca. 16.30 Uhr – Ende der Veranstaltung

Anmeldeformular auf der Internetseite der Notarkammer Sachsen: www.notarkammer-sachsen.de

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notarassessor Dr. Johannes Weber

Redaktion: Dr. Simon Blath

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

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

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

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

Verlag:

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

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg