

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

7. Jahrgang  
Mai 1999  
ISSN 1434-3460

9/1999

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 570 b - Vorkaufsrecht des Mieters bei Übertragung von Erbteilen

BGB §§ 2192, 2194, 2196 - Vollziehung einer erbrechtlichen Auflage

GmbHG § 56 - Kapitalerhöhung durch "Schütt aus-Hol zurück-Verfahren"; Heilung einer verdeckten Sacheinlage; Gegenstand der verdeckten Sacheinlage

### Gutachten im Fax-Abruf

### Rechtsprechung

BGB §§ 125, 133 - Beweiswirkung einer Urkunde

BGB § 635 - Schadensersatz bei Mangel am Gemeinschaftseigentum

WEG §§ 3, 30; BGB § 890; ErbbauVO § 26 - Zuschreibung von Grundstück zu Wohnungserbbaurecht

GmbHG § 3 - Registergerichtliche Kontrolle bei Mantelverwendung

BGB § 839; GVVO §§ 1, 2; GVO § 1 - Amtspflichten bei GVO-Genehmigung

### Aktuelles

Euro-Umstellungs-Rechner für GmbH

Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Richtlinie des Rates der Europäischen Union zur Änderung der Bilanz- und der Konzernbilanzrichtlinie, zur Verbesserung der Offenlegung von Jahresabschlüssen und zur Änderung anderer handelsrechtlicher Bestimmungen (Kapitalgesellschaften- und Co-Richtlinie-Gesetz)

### Literatur

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB § 570 b Vorkaufsrecht des Mieters bei Übertragung von Erbteilen

#### I. Sachverhalt

A und B sind in Erbengemeinschaft nach ihrem Vater als Eigentümer von 26 Eigentumswohnungen im Grundbuch eingetragen. Die Aufteilung in Wohnungseigentum erfolgte in der Art, daß bei einem Verkauf einzelner Wohnungen das Mietervorkaufsrecht nach § 570 b BGB eingreifen würde.

A und B beabsichtigen, ihre Erbteile – u. U. an denselben Erwerber – zu veräußern. Zum Nachlaß gehören nur noch die 26 Eigentumswohnungen.

#### II. Frage

1. Löst eine Erbteilsveräußerung das Mietervorkaufsrecht nach § 570 b BGB aus, wenn **zum Nachlaß nur noch die Eigentumswohnungen gehören**?

2. Ist es entscheidungserheblich, ob die Erbteile von einem oder mehreren Erwerbern übernommen werden?

#### III. Rechtslage

Nach dem Wortlaut des § 570 b Abs. 1 S. 1 BGB ist der Mieter nur dann zum Vorkauf berechtigt, wenn "vermietete Wohnräume ... an einen Dritten verkauft" werden. Gegenstand eines Erbteilskaufs ist jedoch nicht der Anteil eines Miterben an einzelnen Nachlaßgegenständen, sondern sein Anteil an der Gesamthand "Erbengemeinschaft". Die Übertragung des Anteils eines Miterben an einzelnen Nachlaßgegenständen wäre auch gem. § 2033 Abs. 2 BGB nicht möglich. Folgerichtig **liegt ein Vorkaufsfall dann nicht vor, wenn ein Miterbe seinen Erbteil überträgt** (zum gemeindlichen Vorkaufsrecht nach §§ 24, 26 BauGB: BGH DNotZ 1970, 423; Heintz, Vorkaufsrecht des Mieters, DNotI-Schriftenreihe, 1998, Rn. 296; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl. 1991, § 504 BGB Rn. 14). Dies gilt **selbst dann, wenn zum Nachlaß nur der dem Vorkaufsrecht unterliegende Gegenstand gehört** (BGH DNotZ 1970, 423, 424; Heintz, a. a. O.; Soergel/Huber, a. a. O.). Die Übertragung des Erbteils stellt weder eine Verfügung über einen zum

Nachlaß gehörenden Gegenstand noch eine Übertragung eines Anteils eines Rechts an dem Gegenstand dar (vgl. BGH DNotZ 1956, 140, 141).

Streitig ist demgegenüber, ob die **Übertragung aller Miterbenanteile auf eine Person** einen Vorkaufsfall darstellt. Das LG München verneinte dies (MittBayNot 1986, 179, 180) mit der Begründung, daß Vertragsgegenstand auch bei einem Erbschafts Kauf nicht der einzelne Nachlaßgegenstand sei, sondern die Erbschaft insgesamt. Nur scheinbar a. A. ist wohl das OLG Düsseldorf (OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 522 f.). Das Gericht nahm einen Wiederkaufsfall an, als einzelne Erbteile verkauft wurden. Die Entscheidung beruht jedoch auf einer Auslegung der ungewöhnlich formulierten Wiederkaufsvoraussetzungen, nach denen das Wiederkaufsrecht ausgeübt werden konnte, wenn der Eigentümer das Grundstück oder einen Teil davon "verkauft oder zu eigentumsähnlicher Nutzung überläßt". Unserer Einschätzung nach ist der Entscheidung nicht die Auffassung zu entnehmen, daß die Übertragung eines Erbteils einen Verkauf eines Nachlaßgegenstands bedeutet (ebenso Heintz, a. a. O.). A. A. ist demgegenüber *Huber* (Soergel/Huber, a. a. O.). Nach seiner Auffassung liegt ein Vorkaufsfall bei Verkauf eines Erbteils nicht bereits dann vor, wenn der dem Vorkaufsrecht unterliegende Gegenstand den gesamten, noch ungeteilten Nachlaß bildet. Wenn jedoch die Miterben in einem solchen Fall sämtliche Anteile durch parallele Verträge an einen Dritten verkauften, sei dies allerdings als Verkauf des Gegenstands anzusehen.

Die Rechtsprechung scheint demgegenüber dahin zu tendieren, bei einem Verkauf von Erbteilen auch dann nicht von einem Vorkaufsfall auszugehen, wenn im ungeteilten Nachlaß nur noch der dem Vorkaufsrecht unterliegende Gegenstand verblieben ist und sämtliche Erbteile auf dieselbe Person übertragen werden sollen. Ausdrücklich ist diese Frage von der Rspr. bislang jedoch nicht entschieden worden. Insbesondere zu § 570 b BGB fehlen insoweit veröffentlichte Gerichtsentscheidungen.

Da die Rechtsprechung einerseits dazu tendiert, die Voraussetzungen für die Annahme eines Vorkaufsfalls eng zu ziehen, nimmt sie andererseits als Korrekturinstrument demgegenüber unter recht weiten Voraussetzungen eine **Umgehungsabsicht des Vorkaufsverpflichteten** an, wenn er eine rechtliche Konstruktion wählt, die nicht den gesetzlichen Voraussetzungen für einen Vorkaufsfall entspricht, aber **wirtschaftlich** dem gleichkommt (vgl. BGH DNotZ 1970, 423; 1957, 654; 1956, 140; BGHZ 115, 335; OLG Nürnberg NJW-RR 1992, 461; Staudinger/Mader, BGB, 13. Aufl. 1995, § 504 BGB Rn. 21). Dabei ist wohl damit zu rechnen, daß der BGH diese Rspr. auf § 570 b BGB ausdehnen wird. Da jedoch bislang die Erbteilsübertragung von der Rspr. nicht als "kaufähnliches Geschäft" angesehen wurde, wird man eine Umgehungsabsicht der Vertragsteile gem. §§ 242, 162 BGB nur dann annehmen können, wenn aufgrund besonderer Umstände die **konkrete Vertragsgestaltung** nur deshalb gewählt wurde, um die Ausübung des Vorkaufsrechts unmöglich zu machen. Dabei bedarf es einer Berücksichtigung aller konkreten Umstände des Einzelfalls. Allein daraus, daß die Beteiligten anstelle der Erbteilsübertragung auch einen Verkauf der Wohnungen gemeinschaftlich durch beide Miterben vornehmen könnten, kann unserer Einschätzung nach jedoch nicht auf eine entsprechende Umgehungsabsicht geschlossen

werden. Denn von der Rechtsstruktur her unterscheiden sich beide Verträge erheblich. Insbesondere haften die Miterben bei einem unmittelbaren Verkauf der Eigentumswohnungen als Gesamtschuldner, also in einem Umfang, der über ihre gegenwärtige Rechtsposition hinausgeht. Des weiteren haftet ein Erbteilsverkäufer, da es sich um einen Rechts- und nicht um einen Sachkauf handelt, nur für den Bestand des Rechts, also des Erbanteils an sich, nicht jedoch für den Umfang des Nachlasses. Demgegenüber hat die Veräußerung des Erbteils auch zur Folge, daß solche Nachlaßgegenstände und Verbindlichkeiten, deren Existenz den Beteiligten unbekannt war, kraft Gesetzes mit Erbteilsübertragung auf den Erwerber übergehen. Demgegenüber wäre Gegenstand des Verkaufs von Nachlaßgegenständen nur das im Vertrag genannte Objekt. Je nach Interessenlage der Beteiligten können deshalb gute Gründe für die eine oder andere rechtliche Konstruktion sprechen. Eine Umgehungsabsicht kann deshalb ohne Hinzutreten weiterer Umstände nicht angenommen werden.

Aus alledem folgt, daß unserer Einschätzung nach im vorliegenden Fall ein **Mietervorkaufsrecht** selbst dann **nicht besteht**, wenn zum Nachlaß nur dem Vorkaufsrecht unterliegende Gegenstände gehören und sämtliche Erbanteile an denselben Erwerber veräußert werden. Höchststrichterlich entschieden ist die Frage bislang allerdings nicht.

---

## BGB §§ 2192, 2194, 2196 Vollziehung einer erbrechtlichen Auflage

### I. Sachverhalt

Die Erblasserin hat den örtlichen Heimatverein zu ihrem Alleinerben eingesetzt. Hinsichtlich eines Bauernhausgrundstücks sowie einer ca. 4 ha großen Wiese hat sie dem Alleinerben zur Auflage gemacht, die Grundstücke nicht zu veräußern, das Bauernhaus in ein **Heimatmuseum** umzugestalten und die Wiese als rein landwirtschaftliche Fläche zu erhalten.

Nach dem Tod der Erblasserin möchte nun der Heimatverein das Gelände in ein Bauernhofmuseum umwandeln und dabei alte Scheunen, Bauernhäuser und ein Feuerwehrhaus auf der Wiese errichten und diese als Grünfläche so gestalten, daß sie nicht mehr Landwirtschaftsfläche ist.

### II. Frage

Welche Rechtsfolgen hat ein Verstoß gegen die Auflagen?

### III. Rechtslage

**Gegenstand einer Auflage** gem. §§ 1940, 2192 BGB kann jedes erlaubte Tun oder Unterlassen sein, d. h. alles, wozu man sich schuldrechtlich verpflichten kann (Palandt/Edenhofer, BGB, 58. Aufl. 1999, § 2192 BGB Rn. 5). Gem. § 137 S. 2 BGB fällt darunter auch die Pflicht, Verfügungen über Nachlaßgegenstände zu unterlassen, insbesondere Grundbesitz nicht zu veräußern (BayObLG FamRZ 1986, 608). Dementsprechend sind die von der Erblasserin angeordneten Handlungs- bzw. Unterlassungspflichten zulässige erbrechtliche Auflagen.

Die Auflage begründet zwar **keinen Anspruch** des Begünstigten **auf Leistung** (§ 1940 BGB), jedoch normiert § 2194 BGB, daß ein bestimmter Personenkreis die Vollziehung der Auflage verlangen kann. Neben Erben

und Miterben gibt das Gesetz denjenigen einen **Vollziehungsanspruch**, welchen der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde (§ 2194 S. 1 BGB). Bei der Einsetzung eines testamentarischen Alleinerben ohne Ersatzerbenbestimmung – wie im vorliegenden Fall – sind danach diejenigen Verwandten der Erblasserin vollziehungsberechtigt, die (Mit-) Erben der Erblasserin geworden wären, wenn der Heimatverein nicht zum Alleinerben berufen worden wäre. Bei mehreren solcher hypothetischer gesetzlicher Miterben ist **jeder für sich allein** befugt, die Vollziehung der Auflage zu verlangen (vgl. Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 4. Aufl. 1995, S. 621; Staudinger/Otte, BGB, 13. Aufl. 1996, § 2194 BGB Rn. 4).

Daneben kommt ein Vollziehungsanspruch der **zuständigen Behörde** in Betracht, wenn die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse liegt (§ 2194 S. 2 BGB). Die Zuständigkeitsregelung findet sich im Landesrecht, in Bayern in Art. 69 AGBGB. Danach ist diejenige Behörde zuständig, zu deren Wirkungskreis die Wahrung des mit der Auflage verfolgten Interesses gehört. Hinsichtlich der Pflege der Lokalgeschichte und der Erhaltung ausreichender Grünflächen im Innenbereich fällt diese Aufgabe der örtlichen Gemeinde zu (Art. 1, 6 BayGO).

Ein **öffentliches Interesse an der Vollziehung** der Auflage besteht, wenn die Vollziehung einem Zweck dient, den zu fördern Aufgabe des Staates oder einer sonstigen Person des öffentlichen Rechts ist (Staudinger/Otte, § 2194 BGB, Rn. 10). Das ist bei der Pflege der Lokalgeschichte sowie der Erhaltung ausreichender Grünflächen im Innenbereich mit Sicherheit der Fall. Allerdings steht die Geltendmachung des Vollziehungsrechts der Behörde in deren **pflichtgemäßem Ermessen** (MünchKomm-Schlichting, BGB, 3. Aufl. 1997, § 2194 BGB Rn. 8; Staudinger/Otte, § 2194 BGB Rn. 13). Soweit dabei behauptet wird, daß diese Ermessensentscheidung gerichtlich nachprüfbar sei (MünchKomm-Schlichting, a. a. O.), kann dies jedoch nur mit der Einschränkung gelten, daß auch insofern die kommunale Selbstverwaltung gewahrt bleiben muß. Dies bedeutet, daß Planungsentscheidungen insbesondere im Zusammenhang mit der Aufstellung von Bebauungsplänen lediglich in dem vom BauGB zugelassenen Umfang nachprüfbar sind. Läuft es den bauplanungsrechtlichen Zielen der Gemeinde damit entgegen, die Wiese als landwirtschaftliche Fläche zu erhalten, kann es nicht als ermessensfehlerhaft angesehen werden, wenn sie ihren Vollziehungsanspruch nach § 2194 S. 2 BGB nicht geltend macht.

Der Vollziehungsanspruch nach § 2194 BGB wird erforderlichenfalls durch **Leistungs- bzw. Unterlassungsklage** geltend gemacht und **nach §§ 887, 890 ZPO vollstreckt**.

Ist die Vollziehung der Auflage nach § 2194 BGB nicht möglich, wird der Beschwerte von ihr frei, wenn er die Unmöglichkeit **nicht zu vertreten** hat (§§ 2195, 2196 BGB). Nur dann, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser die Zuwendung nicht ohne die Auflage gemacht hätte, hat die Unwirksamkeit der Auflage auch die Unwirksamkeit der Zuwendung zur Folge (§ 2195 BGB). Für eine Unwirksamkeit der Auflage oder eine Unmöglichkeit ihrer Vollziehung gibt der vorliegende Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Auch wenn die geplanten Gebäude auf der Wiese bereits errichtet sind, steht dies der Vollziehung der

Auflage nicht entgegen, da jederzeit ein Abriß der Gebäude und eine Wiederherstellung der Wiese als landwirtschaftliche Fläche möglich sein wird.

In keinem Fall steht dem Vollziehungsberechtigten wegen Nichterfüllung der Auflage ein **Schadensersatzanspruch** zu (Lange/Kuchinke, S. 623; Staudinger/Otte, § 2194 BGB Rn. 15). Denn die Vollziehungsberechtigung dient nicht den Vermögensinteressen des Vollziehungsberechtigten.

Als Rechtsfolge bestimmt zudem § 2196 BGB lediglich, daß das durch die Nichtvollziehung der Auflage Ersparte nach den Regeln der **ungerechtfertigten Bereicherung** herauszugeben ist. Im vorliegenden Fall wären damit allenfalls diejenigen Vermögenswerte herauszugeben, die sich der Heimatverein durch die Nichterhaltung der Wiese als landwirtschaftliche Fläche erspart. Dabei ist fraglich, ob insofern überhaupt Aufwendungen erspart werden. Deshalb liegt es nahe, daß ein Herausgabeanspruch nach § 2196 Abs. 1 BGB im vorliegenden Fall leerliefe (vgl. Palandt/Edenhofer, § 2196 BGB Rn. 1).

Aus alledem folgt, daß im vorliegenden Fall dem Heimatverein allenfalls eine Vollziehungsklage nach § 2194 BGB drohen könnte, wenn er das Wiesengrundstück umgestaltet. Allerdings kann der Erblasser die Nichtvollziehung der Auflage auch zur **auflösenden Bedingung** der Zuwendung machen (vgl. Palandt/Edenhofer, § 2196 BGB Rn. 1 unter Hinw. auf RG SeuffA 74, Nr. 101), so daß mit der Nichtvollziehung der Auflage die Alleinerbenstellung des Heimatvereins entfallen würde und statt dessen gesetzliche Erbfolge einträte. Hier kommt es – wie stets bei der Auslegung von Testamenten – auf alle Umstände des Einzelfalls an, wobei auch außerhalb der Testamentsurkunde liegende Umstände für die Auslegung nach der von der Rspr. vertretenen Andeutungstheorie dann zu berücksichtigen sind, wenn sie zumindest eine Andeutung in der Urkunde gefunden haben (vgl. BGHZ 86, 41, 47; BayObLG DNotZ 1994, 399). Aus diesem Grund können wir zu der Frage, ob die Alleinerbenstellung durch Nichtvollziehung der Auflage aufgrund auflösender Bedingung wegfällt, keine abschließende Stellung nehmen. Allerdings läßt sich unserer Einschätzung nach eine solche konkludent bestimmte auflösende Bedingung dem Testament nicht entnehmen, da die Handlungspflichten dem Alleinerben als schlichte Auflagen aufgegeben werden und diesen Verfügungen nicht zu entnehmen ist, daß eine Verletzung der Auflagen zu Rechtsfolgen führen wird, die über die vom Gesetz für die Nichtvollziehung von Auflagen vorgesehenen Folgen hinausgehen.

---

## **GmbHG § 56 Kapitalerhöhung durch "Schütt aus-Hol zurück-Verfahren"; Heilung einer verdeckten Sacheinlage; Gegenstand der verdeckten Sacheinlage**

### **I. Sachverhalt**

Am 23.12.1993 haben die Gesellschafter einer GmbH den Beschluß gefaßt, das Kapital der Gesellschaft um 800.000,00 DM durch Bareinlage zu erhöhen. Auf diese

Kapitalerhöhung hat ein Gesellschafter einen Geschäftsanteil von 704.000,00 DM, der andere einen solchen von 96.000,00 DM übernommen. Mit Wertstellung zum 27.12.1993 hat die Gesellschaft an die beiden Gesellschafter 704.000,00 DM bzw. 96.000,00 DM unter dem Betreff: "Gewinnausschüttung laut Gesellschafterbeschuß" überwiesen. Am 29.12.1993 haben die Gesellschafter sodann von ihren Privatkonten 704.000,00 DM bzw. 96.000,00 DM auf das Konto der Gesellschaft unter dem Verwendungszweck: "Kapitalerhöhung" überwiesen. Da bei dieser Kapitalerhöhung im Wege des "Schütt aus-Hol zurück-Verfahrens" die Vorschriften über die Sachkapitalerhöhung nicht eingehalten wurden, wie dies von der Rechtsprechung und Literatur gefordert wird, soll diese "verdeckte Sachkapitalerhöhung" nunmehr "geheilt" werden.

## II. Frage

Was ist Einbringungsgegenstand der "verdeckten Sacheinlage"? Welche Berichte und Erklärungen sind gegebenenfalls dem Registergericht gegenüber bei der Heilung der verdeckten Sacheinlage abzugeben?

## III. Rechtslage

1. Nach ganz herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur ist eine **Kapitalerhöhung im Wege des "Schütt aus-Hol zurück-Verfahrens" nach den Grundsätzen einer Sachkapitalerhöhung zu beurteilen** (Scholz/Priester, GmbHG, 8. Aufl. 1993, § 56 Rn. 63 f.; Baumbach/Hueck, GmbHG, 16. Aufl. 1996, § 29 Rn. 67; BGHZ 113, 335, 342; OLG Köln ZIP 1990, 717; ZIP 1993, 1389, jew. m. w. N.). Der BGH hat diese Rechtsprechung in einer neuerlichen Entscheidung vom 26.5.1997 (MittRhNotK 1997, 315) grundsätzlich bestätigt und dahin fortgeführt, daß nunmehr bei einer Kapitalerhöhung im Wege des "Schütt aus-Hol zurück-Verfahrens" jedenfalls **dann die Sacheinlagevorschriften nicht beachtet werden müssen, wenn im Kapitalerhöhungsbeschuß ausdrücklich die Art und Weise**, wie die durch die Kapitalerhöhung entstehenden Einlageverbindlichkeiten getilgt werden sollen, **offengelegt wird**. Da in einem derartigen Fall die Kapitalerhöhung im Rahmen des "Schütt aus-Hol zurück-Verfahrens" in hohem Maße dem Verfahren der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln gleicht, genügt es nach Ansicht des BGH, wenn die **Grundsätze der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln sinngemäß** angewendet werden (BGH MittRhNotK 1997, 315, 316; vgl. dazu jüngst: Sieger/Hasselbach, Die Kapitalerhöhung im "Schütt-aus-hol-zurück"-Verfahren bei der GmbH, GmbHR 1999, 205).

2. Da der BGH in dieser Entscheidung explizit festgestellt hat, daß Kapitalerhöhungen im Wege des "Schütt aus-Hol zurück-Verfahrens" nur dann nicht unter Beachtung der Sacheinlagevorschriften vorgenommen zu werden brauchen, wenn das Verfahren offengelegt wird, ist im Umkehrschluß zu folgern, daß die Sacheinlagevorschriften jedenfalls dann angewendet werden müssen, wenn im Kapitalerhöhungsbeschuß über die Art und Weise der Kapitalerhöhung nichts verlaublich wird. In dem mitgeteilten Kapitalerhöhungsbeschuß vom 23.12.1993 wird lediglich ausgeführt, daß die Kapitalerhöhung in Geld geleistet wird. Weitere Hinweise darüber, woher dieses Geld stammt etc., enthält der Beschuß nicht. Da vorliegend die Kapitalerhöhung mit dem an die Gesellschaft ausgeschütteten Gewinn erfolgen sollte, sind nach unserer Auffassung deshalb hier grund-

sätzlich die Vorschriften über eine Kapitalerhöhung durch Sacheinlage maßgebend.

3. Seit dem Beschuß des BGH vom 4.3.1996 (NJW 1996, 1473) ist höchstrichterlich anerkannt, daß eine **verdeckte Sacheinlage**, bei der die Vorschriften über eine Sacheinlage nicht beachtet wurden, **durch satzungsändernden Mehrheitsbeschuß geheilt** werden kann (so bereits LG Berlin GmbHR 1994, 557; LG Lüneburg GmbHR 1995, 122; LG Bremen GmbHR 1995, 122; vgl. dazu auch Rawert, GmbHR 1995, 87; Mayer, MittRhNotK 1996, 164; Priester, ZIP 1996, 1025; Schiessl/Rosengarten, GmbHR 1997, 792; sowie jüngst Bayer, ZIP 1998, 1985 ff.; Reuter, BB 1999, 217, jew. m. w. N.). In seiner – soweit ersichtlich – jüngsten Entscheidung vom 16.3.1998 (NJW 1998, 1951, 1952 = DNotI-Report 1998, 110) hat der BGH diese Rechtsprechung bestätigt.

4. Umstritten ist im Falle der Heilung einer verdeckten Sacheinlage, was **Gegenstand der Sacheinlage** ist. Dies ist insoweit von Bedeutung, da nach § 56 Abs. 1 S. 1 GmbHG im Beschuß über die Erhöhung des Stammkapitals der Gegenstand der Sacheinlage anzugeben ist. Im erwähnten Beschuß des BGH vom 4.3.1996 (NJW 1996, 1473, 1477) sollten die Forderungen der Gesellschaft auf Kapitalerhöhung mit Gewinnansprüchen der Gesellschafter verrechnet werden. Da eine derartige Verrechnung nach § 19 Abs. 5 GmbHG unwirksam ist, mußte der BGH auf das Problem des Einlagegegenstandes nicht näher eingehen. Aufgrund der Unwirksamkeit der Verrechnung nach § 19 Abs. 5 GmbHG sind die gegenseitigen Forderungen bestehen geblieben. Die Verrechnungsabrede griff nach § 389 BGB nicht. Deshalb war in dem vom BGH zu entscheidenden Fall Gegenstand der Sacheinlage die "Altforderung" der Gesellschafter. Problematisch sind jedoch die Fälle des sog. "Hin- und Herzählens", in denen der Gesellschafter auf das aufgegebene Kapital eine Barzahlung erbracht hat, diese an ihn aber im Zusammenhang mit einem Verkehrsgeschäft als Kaufpreis oder dergleichen zurückgeflossen ist.

Zur Frage, was hier Gegenstand der heilenden Sacheinlage ist, bestehen **drei verschiedene Ansichten** (vgl. Reuter, BB 1999, 217, 218). Im wesentlichen unterscheiden sich diese Ansichten in der Bewertung der Wirksamkeit des zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft geschlossenen Verkehrsgeschäfts (Mayer, MittBayNot 1996, 164, 166):

a) Die ursprüngliche Bareinlage des Gesellschafter hat keine Tilgungswirkung, ist indessen "sachenrechtlich" wirksam. Wegen der mangelnden Tilgungswirkung wird hiernach ein **Bereicherungsanspruch wegen Zweckverfehlung der Leistung nach § 812 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. BGB** bejaht. Diesen Bereicherungsanspruch auf Herausgabe der Bareinzahlung bringt der Gesellschafter dann bei der Heilung ein (LG Bremen GmbHR 1995, 122; Rawert, GmbHR 1995, 87, 89; Mayer, MittBayNot 1996, 164, 166). Diese Auffassung vertritt auch *Priester* (ZIP 1996, 1025, 1028). Bereits in seiner Kommentierung bei *Scholz* (§ 56 Rn. 33) geht er von einer Wirksamkeit des schuldrechtlichen Verkehrsgeschäfts aus und billigt dem Gesellschafter gegen die Gesellschaft einen Anspruch aus § 812 BGB wegen fehlgeschlagener Einlageleistung zu.

b) Nach a. A. soll das Verkehrsgeschäft dagegen in eingeschränkter Analogie zu § 27 Abs. 3 S. 1 AktG oder nach § 134 BGB schuldrechtlich unwirksam sein. Dem Gesellschafter steht damit ein **Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB** auf Herausgabe des veräußerten oder in sonstiger Weise geleisteten Gegenstandes zu. Dieser Herausgabeanspruch ist dann Gegenstand der Sacheinlage (LG Berlin GmbHR 1994, 557; ihm folgend LG Lüneburg GmbHR 1995, 122; Schiess/Rosengarten, GmbHR 1997, 772, 774; Bayer, ZIP 1998, 1985, 1992).

c) Schließlich wird vertreten, daß analog § 27 Abs. 3 AktG nicht nur der schuldrechtliche Teil des Verkehrsgeschäfts, sondern auch dessen dinglicher Vollzug unwirksam ist. Die GmbH ist damit nicht Eigentümer des Übernahmegegenstandes geworden. Dem Gesellschafter steht deshalb als Eigentümer ein **Anspruch auf Herausgabe nach den Regeln des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses gem. §§ 985 ff. BGB** zu, der dann maßgeblicher Einlagegegenstand ist.

d) In seiner jüngsten **Entscheidung vom 16.3.1998** (NJW 1998, 1951, 1952 = DNotI-Report 1998, 110) hat sich der **BGH** der unter b) genannten Auffassung angeschlossen und ausgeführt, **daß im Falle der Verletzung der Sachgründungsvorschriften "jedenfalls der schuldrechtliche Teil der verdeckten Sachübernahmevereinbarung der Gesellschaft gegenüber unwirksam sei."** Mit den übrigen hierzu vertretenen Ansichten hat sich der BGH in dieser Entscheidung allerdings nicht auseinandergesetzt.

5. Folgt man der Ansicht des BGH (NJW 1998, 1952, 1952), so kann in dem satzungsändernden Beschluß, mit dem die verdeckte Sacheinlage geheilt wird, der Gegenstand der Sacheinlage nach § 56 Abs. 1 S. 1 GmbHG genau angegeben werden. Es ist die Bereicherungsforderung nach § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt BGB aufgrund der unwirksamen Sachübernahmevereinbarung.

Hält man indessen eine derartige Festlegung des BGH auf den Einlagegegenstand bei einer verdeckten Sacheinlage derzeit noch für zweifelhaft, weil sich der BGH in dieser Entscheidung nicht ausdrücklich auch mit den weiteren hierzu vertretenen Auffassungen auseinandergesetzt hat, so müssen u. E. die verschiedenen Auffassungen zum Gegenstand der Sacheinlage bei der Bezeichnung des Gegenstandes der Sacheinlage nach § 56 Abs. 1 GmbHG im Kapitalerhöhungsbeschluß Berücksichtigung finden. Nach Auffassung von *Reuter* (BB 1999, 217, 218 f. und 222) ist deshalb als Einlagegegenstand nicht nur eine Bereicherungsforderung im Kapitalerhöhungsbeschluß anzugeben. Vielmehr sei der Sacheinlagegegenstand "sicherheitshalber" erneut dinglich der Gesellschaft zu übereignen. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, daß *Reuter* die neuere Entscheidung des BGH in seinen Ausführungen nicht berücksichtigt hat. U. E. ist deshalb fraglich, ob er in Kenntnis dieser BGH-Entscheidung weiter daran festhalten würde, bei der Formulierung des Kapitalerhöhungsbeschlusses sämtliche, zum Einlagegegenstand der verdeckten Sacheinlage vertretenen Meinungen zu berücksichtigen.

6. Werden diese Vorgaben von Rechtsprechung und Literatur bei der Heilung der verdeckten Sacheinlage berücksichtigt, so stellt sich schließlich die weitere Frage,

welche **Nachweise etc. gegenüber dem Registergericht bei Anmeldung der Heilung der verdeckten Sacheinlage zu erbringen sind.**

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die bereits erwähnte Entscheidung des BGH vom 4.3.1996 (NJW 1996, 1473, 1476 f.). Dort heißt es wörtlich:

"Die Heilung einer verdeckten Sacheinlage durch nachträgliche Änderung der Einlagendeckung von der Bar- zur Sacheinlage bedarf bei der Kapitalerhöhung eines **mit satzungsändernder Mehrheit gefaßten Gesellschafterbeschlusses**. Eine Einstimmigkeit ... ist nicht erforderlich. **Inhaltlich** muß der Beschluß festlegen, daß die im einzelnen aufzuführenden Gesellschafter die von ihnen **übernommenen Einlagen statt in Geld durch Einbringung der konkret zu bezeichnenden Alt- bzw. einer Vorabprache unterstellten Neuforderung leisten**. Zu erstatten ist ein **Bericht über die Änderung der Einlagendeckung von der Bar- zur Sacheinlage**. In Anbetracht der Tatsache, daß der Änderung eine "verdeckte Sacheinlage" vorausgegangen ist und mit einem solchen Vorgang erhebliche Gefahren verbunden sind, muß dieser Bericht **von allen Geschäftsführern und den von der Änderung betroffenen Gesellschaftern erstattet und unterzeichnet werden ...**

**Die Vollwertigkeit der einzubringenden Forderung ist** – bezogen auf den Zeitpunkt der Prüfung, der unmittelbar vor der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister zu liegen hat – **durch eine von einem Wirtschaftsprüfer testierte Bilanz nachzuweisen**. Der **Gesellschafterbeschuß ist unter Vorlage des Berichtes der Geschäftsführer und der Gesellschafter, der testierten Bilanz, und, soweit abgeschlossen, der Verträge**, die der einzubringenden Forderung zugrunde liegen, **zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden**. Die **Geschäftsführer haben die Versicherung abzugeben, daß die eingebrachte Forderung werthaltig und der Gesellschaft von den Gesellschaftern übertragen bzw. ihr erlassen worden ist."**

Die Fortgeltung dieser Rechtsprechung hat der BGH in seiner Entscheidung vom 16.3.1998 (NJW 1998, 1951, 1952) dem Grunde nach bestätigt. Auch die Literatur hat sich dieser Auffassung angeschlossen. Lediglich im Hinblick auf die Beibringung eines Wertnachweises für die einzulegenden Forderungen, der nach Auffassung des BGH "durch eine von einem Wirtschaftsprüfer testierte Bilanz" zu führen sei, hält es die Literatur für zulässig, den Wertnachweis auch in anderer Art und Weise zu erbringen (Priester, ZIP 1996, 1025, 1031; Reuter, BB 1999, 217, 222 f.; Mayer, MittBayNot 1996, 164, 167). Die neue BGH-Entscheidung enthält dazu keine Ausführungen.

Ob die Registergerichte in der Praxis stets den strengen Anforderungen des BGH folgen, ist nicht bekannt. Im Hinblick auf den "sichersten Weg" muß man u. E. aber wohl im Rahmen der notariellen Tätigkeit davon ausgehen. Wollen die Beteiligten gleichwohl von den Anforderungen, die der BGH an den zu erbringenden Wertnachweis stellt, abweichen, so könnte es sich neben einer eingehenden Belehrung nach § 17 Abs. 2 BeurkG empfehlen, bereits im Vorfeld mit dem zuständigen Registerrichter Rücksprache zu nehmen.





## Gutachten im Faxabruf

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

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

**BGB § 570 b; BeurkG § 20**  
**Sicherstellung von Leistung und Gegenleistung in einem Kaufvertrag bei Bestehen eines Mieter-vorkaufsrechts**  
Fax-Abruf-Nr.: **11041**

**WEG §§ 33 Abs. 1 S. 2, 26 Abs. 1 S. 1, 41 Abs. 1**  
**Befristung eines Dauernutzungsrechts; Befristung oder Heimfall bei Tod des Berechtigten**  
Fax-Abruf-Nr.: **11042**

**EigZulG § 9**  
**Zweifamilienhaus; Miteigentum; Höhe der Eigenheimzulage**  
Fax-Abruf-Nr.: **1342**

**ErbStG §§ 7, 13 Abs. 1 Nr. 10, 25, 29 Abs. 1 Nr. 1**  
**Rückübertragung eines überlassenen Grundstücks von Sohn an die Eltern; schenkungsteuerliche Beurteilung**  
Fax-Abruf-Nr.: **1343**

## Rechtsprechung

**BGB §§ 125, 133**  
**Beweiswirkung einer Urkunde**

Die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der über ein Rechtsgeschäft aufgenommenen Urkunde wirkt sich bei der Auslegung des Vereinbarten dahin aus, daß die Partei, die ein ihr günstiges Auslegungsergebnis auf Umstände außerhalb der Urkunde stützt, diese zu beweisen hat (im Anschluß an BGHZ 20, 109).

BGH, Urt. v. 5.2.1999 - V ZR 353/97  
Kz.: L I 1 - § 133 BGB  
Fax-Abruf-Nr.: **795**

**Problem**  
Die vorliegende Entscheidung befaßt sich mit der Beweiswirkung einer notariellen Urkunde. In einer von einer Maklerin veranlaßten Anzeige war die streitgegenständliche Eigentumswohnung bezeichnet als "200 qm Dachgarten in Charlottenburg, 210 qm Wohnfläche, Terrasse, Dachgarten mit 40 Rosensorten ....". In der Urkunde wurde die Wohnung wie folgt bezeichnet "Sondereigentum an im Aufteilungsplan mit Nr. 39 bezeichneten Räumen im Dachgeschoß" und "nach den Plänen ca. 204,51 qm zzgl. Dachgarten groß". Es war nun fraglich, ob der Käufer Sachmängelansprüche

geltend machen kann, da am Dachgarten tatsächlich kein Sondernutzungsrecht oder Sondereigentum begründet worden war. Der Verkäufer berief sich darauf, daß dem Käufer mitgeteilt worden sei, die Einräumung des Sondernutzungsrechts am Dachgarten sei lediglich geplant gewesen.

**Entscheidung**  
Der BGH lehnt eine die Mängelgewährleistung ausschließende **Kenntnis des Käufers** vom Fehlen des Rechts (§ 439 BGB) ab. Zwar sei es grundsätzlich Sache der Partei, die aus einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung einen Anspruch für sich herleitet, die tatsächlichen Umstände, die Grundlage einer für sie günstigen Auslegung sind, darzulegen und auch zu beweisen. Anderes gilt aber nach Auffassung des BGH, wenn über das Rechtsgeschäft eine Urkunde aufgenommen ist, für außerhalb der Urkunde liegende Umstände. Die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde wirke in einem solchen Fall dahingehend, daß die **Beweislast für außerhalb der Urkunde liegende Umstände** die Partei treffe, die sich auf sie berufe (BGHZ 20, 109; BGH BB 1970, 685).

**BGB § 635**  
**Schadensersatz bei Mangel am Gemeinschaftseigentum**

Der Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB, der dem einzelnen Bauherrn einer Bauherrengemeinschaft wegen eines behebbaren Mangels am Gemeinschaftseigentum zusteht, ist auf den Ersatz der gesamten Kosten gerichtet, die zur Mängelbeseitigung erforderlich sind. Das gilt auch für die Haftung des Architekten wegen fehlerhafter Planung oder Bauaufsicht.

BGH, Urt. v. 25.2.1999 - VII ZR 208/97  
Kz.: L I 1 - § 635 BGB  
Fax-Abruf-Nr. **796**

**Problem**  
Die vorliegende Entscheidung befaßt sich mit der Frage, in welcher Höhe ein **Wohnungseigentümer einen Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB geltend machen kann, wenn der Mangel Gemeinschaftseigentum betrifft**. Im vorliegenden Fall machte ein Wohnungseigentümer gegen den bauleitenden Architekten einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung der Bauaufsichtspflicht geltend. Es war fraglich, ob er diesen Schadensersatzanspruch in Höhe der gesamten Mängelbeseitigungskosten oder nur entsprechend seinem Miteigentumsanteil geltend machen konnte.

**Entscheidung**  
Der BGH hatte bisher entschieden, daß der einzelne Wohnungseigentümer jedenfalls die sog. **primären Gewährleistungsrechte** selbständig geltend machen kann. Hierzu zählen die auf Mängelbeseitigung gerichteten Ansprüche auf Nachbesserung, Zahlung eines Vorschusses und Erstattung aufgewendeter Mängelbeseitigungskosten (BGH DNotZ 1991, 131; Wenzel, DNotZ 1993, 304). Darüber hinaus hat der BGH entschieden, daß ein Bauherr vom Architekten wegen

eines Planungsfehlers, der zu einem Mangel am Gemeinschaftseigentum geführt hat, jedenfalls dann Ersatz in Höhe der vollen Mängelbeseitigungskosten verlangen kann, wenn sich der Mangel nur im Sondereigentum auswirkt (BGH NJW 1991, 2480 = BGHZ 114, 383). Er hat dabei offengelassen, ob das auch für den vorliegenden Fall gilt, daß unabhängig von dieser Besonderheit Mängel am Gemeinschaftseigentum bestehen. Der V. Senat des BGH hatte bei der Anwendung von Kaufrecht die Auffassung vertreten, daß der Käufer einer Eigentumswohnung nur den Bruchteil verlangen kann, der dem gekauften Sondereigentum an dem gemeinschaftlichen Eigentum zugeordnet ist (BGH DNotZ 1996, 1043; BGH DNotZ 1990, 417). Der hier entscheidende VII. Senat ist im Bereich des Werkvertragsrechts anderer Ansicht. Eine Quotelung komme nicht in Betracht. Der werkvertragliche Schadensersatzanspruch des einzelnen Bauherren unterscheidet sich vom kaufrechtlichen Anspruch maßgeblich dadurch, daß er von der werkvertraglichen Erfolgshaftung geprägt sei. Dementsprechend sei **der Architekt dem einzelnen Wohnungseigentümer im vollen Umfang gewährleistungspflichtig**.

---

### **WEG §§ 3, 30; BGB § 890, ErbbauVO § 26 Zuschreibung von Grundstück zu Wohnungs- erbbaurecht**

**1. Offen bleibt, ob das Grundstück, das mit einem in Wohnungserbbaurechte aufgeteilten Erbbaurecht belastet ist und im Eigentum der Wohnungserbbauberechtigten steht, dem Erbbaurecht als Bestandteil zugeschrieben werden kann.**

**2. Die Zulässigkeit einer solchen Zuschreibung unterstellt, führt die Aufhebung des Erbbaurechts nicht dazu, daß sich die Wohnungserbbaurechte in Wohnungseigentum umwandeln. Hierzu ist ein Vertrag der Miteigentümer über die Aufteilung des Grundstücks in Wohnungseigentum erforderlich.**

BayObLG, Beschl. v. 4.3.1999 - 2Z BR 24/99  
Kz.: L I 5 - § 26 ErbbauVO  
Fax-Abruf-Nr.: 797

#### **Problem**

Im vorliegenden Fall waren die beteiligten Wohnungserbbauberechtigten mit jeweils einem halben Anteil an dem Erbbaurecht, verbunden mit Sondereigentum an einer Wohnung, im Grundbuch eingetragen. Die Wohnungserbbaurechte waren jeweils mit einer Erbbauzinsreallast und Grundpfandrechten belastet. Ziel der folgenden Gestaltung war die **Überführung des Wohnungserbbaurechtes in Wohnungseigentum**, da die Wohnungserbbauberechtigten das Grundstück erwerben wollten. Deshalb erklärten die Grundstückseigentümerin und die Wohnungserbbauberechtigten die Auflassung des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks an die Erbbauberechtigten zum Miteigentum je zur Hälfte. Ferner bewilligten die Beteiligten in der Urkunde die Löschung der Erbbauzinsreallast. Sie schrieben das Grundstück dem Erbbaurecht unter Erstreckung der Wohnungserbbaurechte auf die jeweiligen Miteigentumsanteile an dem Grundstück als Bestandteil

zu. Vorsorglich erstreckten sie dabei die an den Wohnungserbbaurechten bestehenden Belastungen auf die jeweiligen Miteigentumsanteile am Grundstück. Schließlich hoben sie das Erbbaurecht auf und bewilligten dessen Löschung im Grundbuch. Die Beteiligten waren der Meinung, mit der Aufhebung des Erbbaurechts würden die Gebäude wesentlicher Bestandteil des Grundstücks und setze sich das Sondereigentum an den Miteigentumsanteilen am Grundstück fort, so daß die Wohnungserbbaugrundbücher in Wohnungsgrundbüchern umzuschreiben seien.

#### **Entscheidung**

Das BayObLG lehnt diese Lösung ab. Zunächst war die Frage zu entscheiden, **ob ein Grundstück, das mit einem Erbbaurecht belastet ist, dem Erbbaurecht in entsprechender Anwendung von § 890 Abs. 2 BGB, § 6 a GBO als nicht wesentlicher Bestandteil zugeschrieben werden kann**. Ein Teil der Literatur bejaht diese Möglichkeit (Haegel/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl., Rn. 1845; Demharter, GBO, 22. Aufl., § 6 Rn. 6; LG Mühlhausen, DNotf-Report 1998, 141 für Gebäudeeigentum in den neuen Bundesländern; ablehnend MünchKomm-von Oefele, BGB, 3. Aufl., § 11 ErbbauVO Rn. 33). Die Zuschreibung wird im Hinblick auf die Vorschrift des § 1131 BGB gewünscht, wonach sich die an dem Erbbaurecht bestehenden Grundpfandrechte auf das Grundstück erstrecken würden. Das BayObLG weist darauf hin, daß die grundbuchmäßige Darstellung der Zuschreibung jedenfalls hier bei der Unterteilung des Erbbaurechts in Wohnungserbbaurechte auf Schwierigkeiten stoßen könnte, so daß eine Zuschreibung an der drohenden Verwirrung i. S. d. § 6 GBO scheitern könnte. **Letztendlich läßt das BayObLG diese Frage offen**.

Denn selbst wenn eine Zuschreibung des Grundstücks zum Erbbaurecht möglich wäre, könnte die nach Aufhebung des Erbbaurechts letztlich angestrebte Umschreibung der Wohnungserbbaugrundbücher in Wohnungsgrundbücher nicht erreicht werden. Das Wohnungserbbaurecht bestehe gem. § 30 WEG aus einer bruchteilsmäßigen Mitberechtigung an dem Erbbaurecht, verbunden mit dem Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung. Mit der Aufhebung des Erbbaurechts würden die Mitberechtigungen der einzelnen Wohnungserbbauberechtigten an dem Erbbaurecht und damit auch das mit diesem verbundene Sondereigentum erlöschen. Ebenso wie beim Wohnungseigentum ein isolierter Miteigentumsanteil rechtlich nicht zulässig sei, könne es auch **kein isoliertes Sondereigentum** geben. Dies gelte entsprechend für das Wohnungserbbaurecht.

---

### **GmbHG § 3 Registergerichtliche Kontrolle bei Mantelverwendung**

**Bei der Verwendung eines GmbH-Mantels findet eine registergerichtliche Kontrolle der Unversehrtheit des Stammkapitals nicht statt.**

BayObLG, Beschl. v. 24.3.1999 - 3Z BR 269/98  
Kz.: L V 2 - § 3 GmbHG  
Fax-Abruf-Nr.: 798

### Problem

Unter Mantelverwendung versteht man die Verwendung eines bestehenden GmbH-Mantels für die wirtschaftliche Neugründung eines Unternehmens in der Rechtsform der GmbH. Erfolgt diese nicht durch die bisherigen Gesellschafter, sondern durch Dritte im Zusammenhang mit dem Erwerb der GmbH-Anteile, so spricht man von Mantelkauf (vgl. Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl., § 3 Rn. 34).

Durch den Beschluß des BGH vom 16.3.1992 (BGHZ 117, 323 = DNotZ 1994, 107) ist die **Zulässigkeit der offenen Vorratsgründung geklärt** (vgl. dazu Ebenroth/Müller, DNotZ 1994, 75 ff.). Über die rechtliche Ausgestaltung der **registergerichtlichen Kontrolle** hat der BGH dabei nicht im einzelnen entschieden. Zum Teil wird eine analoge Anwendung der Gründungsvorschriften auf die Fälle der Mantelverwendung strikt abgelehnt (Rowedder/Rasner, GmbHG, 3. Aufl., § 60 Rn. 7; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Aufl., § 3 Rn. 11; Bommert, GmbHR 1983, 209, 212 f.; Bärwaldt/Schabacker, GmbHR 1998, 1005, 1008 ff.). Die überwiegende Meinung verlangt, dem Umgehungsgesichtspunkt durch **entsprechende Anwendung der Gründungsvorschriften Rechnung zu tragen** (Hachenburg/Ulmer, § 3 Rn. 39 ff.; Baumbach/Hueck, GmbHG, 16. Aufl., § 3 Rn. 15; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., S. 76 ff.; Ulmer, BB 1983, 1123 ff.; Ihrig, BB 1988, 1197, 1200; Priester, DB 1983, 2291, 2295 ff.). Umstritten ist innerhalb dieser Auffassung, inwieweit das satzungsmäßige Stammkapital (OLG Frankfurt GmbHR 1999, 32, 33) oder nur das gesetzliche Mindestkapital (K. Schmidt, a. a. O.) vorhanden sein muß. Auch einige Amtsgerichte (AG Duisburg GmbHR 1998, 87; AG Erfurt GmbHR 1997, 74) bejahen eine registergerichtliche Prüfungspflicht hinsichtlich der Aufbringung des Stammkapitals bei einer Mantelverwendung.

Im vorliegenden Fall lag eine **typische Mantelverwendung** vor. Der Erwerber sämtlicher Geschäftsanteile hatte am Tag der Abtretung der Geschäftsanteile eine Satzungsänderung beschlossen, wonach die Firma und der Unternehmensgegenstand geändert und der Sitz verlegt wurde. Unter Abberufung des bisherigen Geschäftsführers bestellte er sich zum alleinigen Geschäftsführer.

### Entscheidung

Das BayObLG trat der Auffassung bei, wonach bei der **Verwendung einer Mantel- oder Vorratsgesellschaft eine registergerichtliche Kontrolle des Stammkapitals nicht zu erfolgen habe**, da rechtlich relevante Unterschiede zwischen einer Vorrats- und einer Mantelgesellschaft nicht zu erkennen seien. Eine analoge Anwendung der im Fall einer Neugründung maßgeblichen Vorschriften sei nicht gerechtfertigt, da eine punktuelle Kontrolle der Kapitalaufbringung im Zeitpunkt der Entstehung der GmbH statfinde und danach die Kapitalerhaltungsvorschriften, wie z. B. § 30 Abs. 1 GmbHG, eingriffen. § 19 Abs. 4 GmbHG übertrage nur die spezielle Kapitalsicherungspflicht der Ein-Mann-Gründung auf nachträglich entstandene Ein-Mann-Gesellschaften. Die Gesetzesbegründung zeige, daß der Gesetzgeber bewußt nicht jede Umgehungsmöglichkeit als Rechtfertigung dafür ansah, die Kapitalsicherungspflicht auf andere Fälle als die Ersteintragung zu übertragen. Eine Analogie sei auch deshalb nicht gerechtfertigt, weil die

registergerichtliche Prüfung der Stammkapitalausstattung bei der Ersteintragung keine Gewähr dafür biete, daß dieser Betrag später potentiellen Gläubigern noch zur Verfügung stehe. Die Vorschriften über die Kapitalaufbringung stellten auch keinen verallgemeinerungsfähigen Rechtsgrundsatz dar, da dieser dann zum Inhalt haben müßte, daß bei jeder einschneidenden Änderung in den Gesellschaftsverhältnissen, die eine Gefährdung potentieller Gläubiger mit sich bringen könnte, eine registergerichtliche Kontrolle der Unversehrtheit des Stammkapitals stattzufinden habe.

---

### BGB §§ 839; GVVO §§ 1, 2; GVO § 1 Amtspflichten bei GVO-Genehmigung

**Hat der Berechtigte vermögensrechtliche Ansprüche angemeldet, so besteht, wenn der Verfügungsberechtigte das restitutionsbelastete Grundstück an einen Dritten veräußern will, die Pflicht der Genehmigungsbehörde, die nachgesuchte Grundstücksverkehrsgenehmigung für den abgeschlossenen Kaufvertrag nicht (sofort) zu erteilen, sondern das Genehmigungsverfahren bis zum bestandskräftigen Abschluß des Restitutionsverfahrens auszusetzen, auch dem Käufer gegenüber. Ein vom Schutzzweck der verletzten Amtspflicht erfaßter Schaden des Käufers entsteht jedoch nur, wenn der Erwerb oder die Weiterveräußerung des Grundstücks gerade wegen der nicht ausgeräumten "Restitutions-Risiken" erschwert oder vereitelt wird.**

BGH, Urt. v. 4.3.1999 - III ZR 29/98  
Kz.: L VI 4 - § 1 GVO  
Fax-Abruf-Nr.: 799

### Problem

Die vorliegende Entscheidung befaßt sich mit der Frage, welche Amtshaftungsansprüche der Käufer eines Grundstückskaufvertrages gegen das Landratsamt hat, das eine GVO-Genehmigung erlassen hat. Zu einem Grundstückskaufvertrag hatte das Landratsamt die GVO-Genehmigung erteilt. Der Käufer und Kläger wurde am 4.3.1993 als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Bei der Genehmigung des Kaufvertrages war unberücksichtigt geblieben, daß die Alteigentümer einen Restitutionsanspruch gestellt hatten. Zwischenzeitlich hatte das Grundbuchamt am 19.7.1994 auf Ersuchen des beklagten Landkreises einen Widerspruch nach § 7 Abs. 4 AnmeldeVO gegen die Eintragung des Klägers als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Das Grundstück wurde dann zwangsversteigert. Der Käufer macht Schadensersatz wegen Amtspflichtverletzung gegen den Landkreis geltend mit der Begründung, daß er von dem Kauf des Grundstücks Abstand genommen und so letztlich vergebliche Aufwendungen für den Eigentumserwerb und die Renovierung gespart hätte, wenn die GVO-Behörde von einer Genehmigung des notariellen Vertrages abgesehen und das Genehmigungsverfahren bis zum Abschluß des Restitutionsverfahrens ausgesetzt hätte.

### Entscheidung

Der BGH ist der Auffassung, daß das Landratsamt durch Erteilung der GVO-Genehmigung (damals noch GVVO) die auch dem Käufer gegenüber obliegenden Amtspflichten schuldhaft verletzt hat. Nach Auffassung des BGH schützt die GVO nicht nur den Restitutionsberechtigten vor Verlust seines Restitutionsanspruchs durch Verfügung. Indem die GVO die Veräußerung eines Grundstücks einer besonderen Genehmigungspflicht unterwerfe und bei ungeklärten Eigentumsverhältnissen die Aussetzung des Genehmigungsverfahrens anordne, würden auch die Interessen des Vertragspartners des Verfügungsberechtigten geschützt: Dieser solle davor bewahrt werden, im Vertrauen auf die Gültigkeit bzw. Durchführbarkeit des Kaufvertrages Aufwendungen zu machen, die sich später als nutzlos oder schädlich herausstellen würden.

## Aktuelles

### Euro-Umstellungs-Rechner für GmbH

Die Umstellung der bisher auf DM lautenden Kapitalbeträge einer GmbH auf Euro führt bei einem Umrechnungskurs von 1 Euro = 1,95583 DM zwangsläufig zu "krummen" Beträgen. Sollen diese Beträge geglättet werden, so bedarf es entsprechender Kapitalmaßnahmen, etwa einer Kapitalerhöhung, einer Nennbetragsaufstockung oder einer (kombinierten) Kapitalherabsetzung (vgl. Görk, DNotI-Report 4/1999, 32 ff.). In der Praxis ist es mitunter nicht ganz einfach, die jeweiligen Anpassungsbeträge zu errechnen, vor allem wenn hierbei das Beteiligungsverhältnis bei verschiedenen großen Geschäftsanteilen unverändert bleiben soll (vgl. Kallmeyer, GmbHR 1998, 964 ff.; Schürmann, NJW 1998, 3158, 3160 f.). Das Bundesministerium der Justiz stellt nun auf seiner Homepage unter [www.bmj.bund.de](http://www.bmj.bund.de) ein Rechenprogramm zur Verfügung, welches eine einfache Berechnung der Erhöhungsbeträge für eine verhältnismäßige Umstellung und Glättung ermöglicht. Das Programm besticht durch seine überzeugende Funktionalität und ermöglicht eine Umstellung auf Anteile mit einer Teilbarkeit durch 10 bzw. alternativ durch 50. Es werden allerdings nur die Beträge für eine Anpassung durch Kapitalerhöhung ermittelt. Eine solche ist jedoch nur im Wege der Aufstockung möglich und scheidet damit nicht selten aus (vgl. Görk, DNotI-Report 4/1999, 32, 33). Die Anpassungsbeträge für eine Glättung durch Kapitalherabsetzung oder eine kombinierte Kapitalmaßnahme nach § 86 Abs. 3 S. 3, 2. Hs. GmbHG stellt das Programm leider (noch) nicht zur Verfügung.

Notarassessor Dr. Stefan Görk, Köln

**Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Richtlinie des Rates der Europäischen Union zur Änderung der Bilanz- und der Konzernbilanzrichtlinie, zur Verbesserung der Offenlegung von Jahresabschlüssen und zur Änderung anderer handelsrechtlicher Bestimmungen (Kapitalgesellschaften- und Co-Richtlinie-Gesetz).**

Mit dem vorliegenden Entwurf eines Kapitalgesellschaften- und Co-Richtliniengesetzes soll die GmbH & Co-Richtlinie 90/605/EWG umgesetzt werden, die auch offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften, deren persönlich haftende Gesellschafter ausschließlich Kapitalgesellschaften sind, verpflichtet, die für Kapitalgesellschaften geltenden Regelungen zur Rechnungslegung, Prüfung und Offenlegung des Jahresabschlusses zu beachten. Insbesondere GmbH & Co. KG werden dadurch verpflichtet, ihren Abschluß beim Handelsregister zu hinterlegen. Um die Publizität bei der GmbH zu verbessern, ist die Einführung eines Zwangsgeldverfahrens von Amts wegen zur Vorlage der Bilanzen und die Einführung einer Registersperre vorgesehen. Danach darf das Handelsregister Eintragungen erst dann vornehmen, wenn der Jahresabschluß offengelegt worden ist.

Der Gesetzesentwurf kann unter Fax-Abwurf-Nr.: 165 abgerufen werden.

## Literaturhinweise

**Wegmann, Bernd, Eheverträge, RWS-Vertragsmuster 8, 1998, 108 Seiten, DM 59,- (mit Textdiskette)**

Das Werk bietet eine Einführung in die wichtigsten Regelungsbereiche von Eheverträgen (Teil A) sowie vier präzise formulierte Muster zu typischen Ehevertragsgestaltungen (Teil B), die zudem auf Textdiskette beigelegt sind. Die fundierten Einzelerläuterungen zu den Vertragsmustern finden sich in Teil C, in dem erfreulicherweise die einschlägigen Textpassagen, auf die sich die Anmerkungen beziehen, nochmals abgedruckt wurden. Seinem Ziel, eine zuverlässige und rasche Hilfe bei der Vertragsgestaltung zu bieten, wird das Werk damit voll gerecht.

Dr. Gabriele Müller

**Kiem, Roger, Verträge zur Umwandlung von Unternehmen, RWS-Verlag Kommunikationsforum GmbH, 1998, Köln, 228 Seiten, DM 78,—**

Das in der RWS-Vertragsmusterreihe erschienene Werk enthält die für die Praxis notwendigen Grundmuster für Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel. Allerdings beschränken sich die Vertragsmuster auf AG, GmbH und GmbH & Co. KG, die aber in der Praxis wohl die häufigsten Fälle darstellen. Kurze Erläuterungen, die in einem zweiten Teil angeschlossen werden, sowie eine Diskette machen den Band zu einem guten Werkzeug für die Vertragspraxis.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

**H. Amann**, Das im Grundbuch verlaubliche Gemeinschaftsverhältnis - eine Halbwahrheit?, FS Hagen, 1999, 75

**G. Brambring**, Mitbeurkundung der Auflassung beim Grundstückskaufvertrag, FS Hagen, 1999, 251

**N. Herzig**, Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte nach dem Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002, DStR 1999, 521

**H.-U. Jerschke**, Der Richter als Notar - Vertragsgestaltung durch Richterrecht, FS Hagen, 1999, 289

**R. Kanzleiter**, Bedarf die Verpflichtung zur Genehmigung eines beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfts der Beurkundung? FS Hagen, 1999, 309

**J. Kummer**, Die Gewährleistung des Grundstücksverkäufers für planungsbedingte Bau- und Nutzungsbeschränkungen, FS Hagen, 1999, 131

**P. Lichtenberger**, Grundbesitz und ausländisches Recht, FS Hagen, 1999, 145

**P. Limmer**, Personengesellschaften und Immobilien: Form-, Schutz- und ordnungspolitische Defizite am Beispiel des geschlossenen Immobilienfonds, FS Hagen, 1999, 321

**P. Limmer**, Wertsicherungsklauseln und die Neuregelung durch das Euro-Einführungsgesetz, ZNotP 1999, 148

**H.-J. Priester**, Nonprofit-GmbH - Satzungsgestaltung und Satzungsvollzug, GmbHR 1999, 149

**W. Reimann**, Die Grundstücksverwaltungsgesellschaft bürgerlichen Rechts unter Beteiligung Minderjähriger, FS Hagen, 1999, 173

**H. Schippel**, Das neue österreichische Bauträgervertragsgesetz - Verbraucherschutz und Beurkundungspflicht im österreichischen und deutschen Recht, FS Hagen, 1999, 337

**N. Schönborn**, Umsatzsteuerliche Risiken aus der Veräußerung von Immobilien, DStR 1999, 437

**P. Ulmer**, Wege zum Ausschluss der persönlichen Gesellschafterhaftung in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZIP 1999, 509

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

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**  
- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -  
97070 Würzburg, Kaiserstraße 23  
Telefon: 09 31/3 55 76-0    Telefax: 09 31/3 55 76-225  
e-mail: dnoti@dnoti.de    internet: <http://www.dnoti.de>

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:**  
Notar a.D. Dr. Peter Limmer, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

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

**Bezugspreis:**  
Jährlich 300,- DM, Einzelheft 13,- DM, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.  
Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

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

**Druck:**  
Schimmel Offset Druckcenter GmbH + Co KG,  
Postfach 9444, 97094 Würzburg.