

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

9. Jahrgang
Januar 2001
ISSN 1434-3460

1/2001

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

UmwG §§ 5 Abs. 1 Nr. 2, 20 Abs. 1 Nr. 3, 55 - Verschmelzung zweier Schwestergesellschaften; Anteilsgewährungspflicht; Kapitalerhöhungspflicht Österreich; Grundstückserwerb; Beurkundung durch deutschen Notar

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB § 459 Abs. 1 S. 1 - Sachmangel einer Eigentumswohnung
WEG §§ 3, 14, 22 - Mauerdurchbruch bei baulicher

Verbindung von zwei Eigentumswohnungen als Nachteil
BGB § 313, GmbHG § 15 - Formzwang und getrennte Urkunden
BGB § 528 - Schenkungswiderruf durch Sozialhilfeträger
GBO § 22, BGB §§ 100, 2139 - Berichtigung des Grundbuchs beim Tod eines BGB-Gesellschafters
BGB § 181, GmbHG § 47 - Insichgeschäft bei Abstimmung in GmbH

Aktuelles

Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Heimgesetzes
BGH-Urteil zum Rechtsberatungsgesetz

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

UmwG §§ 5 Abs. 1 Nr. 2, 20 Abs. 1 Nr. 3, 55 Verschmelzung zweier Schwestergesellschaften; Anteilsgewährungspflicht; Kapitalerhöhungspflicht

I. Sachverhalt

Die B-GmbH soll im Wege der Verschmelzung durch Aufnahme auf die BProduktions-GmbH verschmolzen werden. An beiden Gesellschaften ist Herr Hans B. als Alleingesellschafter beteiligt. Im Rahmen der Verschmelzung soll laut Wirtschaftsprüfer auf die Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG verzichtet werden und auch keine Kapitalerhöhung durchgeführt werden.

II. Frage:

Ist der Verzicht auf eine Kapitalerhöhung möglich?

I. Rechtslage:

Der Frage, ob bei der Verschmelzung von Schwester-GmbH's auf eine Kapitalerhöhung verzichtet werden kann, liegt die Problematik zugrunde, ob bei dieser Konstellation eine **Anteilsgewährungspflicht** besteht. Denn eine Kapitalerhöhungspflicht kann nur dann

bestehen, wenn überhaupt Anteile an die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers zu gewähren sind und keine der Ausnahmen nach § 54 UmwG vorliegt (z. B. schon vorhandene eigene Anteile, die gewährt werden könnten).

Schon vor Einführung des neuen UmwG war die Frage der Anteilsgewährungspflicht insbesondere bei der Schwesterverschmelzung von Kapitalgesellschaften sehr streitig. Das UmwG regelt diesen Problemkreis zwar nicht ausdrücklich, aber zumindest mittelbar insofern, als für Schwesterkonstellationen keine Ausnahmevorschriften vorhanden sind. Nur für die Verschmelzung der Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft sieht § 20 Abs. 1 Nr. 3 Halbsatz 2 UmwG ausdrücklich vor, dass die Anteilsinhaber der übertragenden Rechtsträger nicht Anteilsinhaber des übernehmenden Rechtsträgers werden. Konsequenterweise bestimmt § 5 Abs. 2 UmwG für diesen Fall, dass auch die Angaben über den Umtausch der Anteile nicht im Verschmelzungsvertrag enthalten sein müssen. Etwas irreführend, aber letztlich als Konsequenz aus der fehlenden Anteilsgewährungspflicht enthält § 54 Abs. 1 Nr. 1 UmwG das ausdrückliche Verbot einer Kapitalerhöhung für die Verschmelzung einer Tochter auf die Mutter. Denn durch diese Kapitalerhöhung würden in unerwünschter Weise eigene Anteile gebildet werden.

Die Regierungsbegründung zu § 54 UmwG (abgedruckt bei Ganske, UmwR, 2. Aufl. 1995, S. 103) trifft ausdrücklich zu der hier vorliegenden Konstellation der Schwesterverschmelzung von Kapitalgesellschaften die Aussage, dass auf die Gewährung von Anteilen und die **Erhöhung des Kapitals** aus Gläubigerschutzgesichtspunkten nicht verzichtet werden kann. Dennoch gibt es in der umwandlungsrechtlichen Literatur auch zum neuen UmwG weiterhin Kritik an dieser Anteilsgewährungspflicht und der daraus häufig folgenden Notwendigkeit einer Kapitalerhöhung beim übernehmenden Rechtsträger (vgl. z. B. Kallmeyer, GmbHR 1996, 80; Ihrig, ZHR 1996, 317 ff.; Lutter/Winter, UmwG, 1. Aufl., § 54 Rn. 5 ff.; de lege ferenda eine Klarstellung einfordernd: ders., 2. Auflage 2000, § 54 Rn 19; Bayer, ZIP 1997, 1613, 1615 ff.; Baumann, BB 1998, 2321).

Demgegenüber spricht sich die wohl **herrschende Meinung in der Literatur** insbesondere in Anschluss an die Regierungsbegründung zu § 54 UmwG **für eine Anteilsgewährungspflicht auch bei Schwesterverschmelzungen** zumindest bei Kapitalgesellschaften aus (Neye/Limmer/Frenz/Harnacke, Handbuch der Unternehmensumwandlung 1996, Rn. 240; Limmer, FS Schippel, 1996, S. 415; Schwedhelm, Die Unternehmensumwandlung, 3. Aufl. 1999, Rn. 1311; Widmann/Mayer, UmwR, § 5 Rn. 15 ff.; Heidinger, DNotZ 2000, 161 ff.; Heidinger/Limmer/Holland/Reul, Gutachten des Deutschen Notarinstituts, Band IV, Gutachten zum UmwR, 1998, Nr. 18, S. 26 ff.; jetzt auch Lutter, UmwG, 2. Aufl. 2000, § 5 Rn. 9). Die Anteilsgewährung ist schon nach dem Wortlaut des § 2 UmwG "gegen Gewährung von Anteilen" ein grundlegendes Element der Verschmelzung, wodurch sie sich von der Vermögensübertragung nach § 174 Abs. 1 UmwG und vom Formwechsel nach § 202 Abs. 1 S. 2 UmwG unterscheidet. So spricht Widmann/Mayer (§ 5 Rn. 20 mit zahlreichen w. N. auch der Gegenmeinung in Fn. 1) von einem Dogma der Anteilsgewährungspflicht bei der Verschmelzung.

Auch die obergerichtliche Rechtsprechung (insbesondere KG, Beschl. v. 22.9.1998, DNotZ 1999, 257 und OLG Frankfurt, Beschl. v. 10.3.1998, DNotZ 1999, 154 m. Anm. Heidinger) stellt ausdrücklich klar, dass auch die Verschmelzung zur Aufnahme gem. § 2 Ziffer 1 UmwG von Schwestergesellschaften "gegen Gewährung von Anteilen" zu erfolgen hat. Das KG stellt darauf ab, dass die Gewährung von Anteilen die Gegenleistung für die Übertragung des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers ist. Sie sei wesentlicher Vertragsbestandteil und zwingendes Wesensmerkmal der Verschmelzung. Da sie auch öffentlichen Interessen des Kapitalschutzes diene, könne auf sie nicht verzichtet werden. Auch bei der Schwesterfusion besteht die Pflicht zur Anteilsgewährung als zwingende gesetzliche Voraussetzung (Heidinger, DNotZ 1999, 163). Demgegenüber haben sich Instanzgerichte (LG München, Beschl. v. 22.1.1998, GmbHR 1999, 35) beim Fall der Schwesterverschmelzung ausdrücklich vom Grundsatz der Anteilsgewährungspflicht distanziert (vgl. auch LG Konstanz, Beschl. v. 13.2.1998, ZIP 1998, 1226 für die Spaltung einer GmbH mit Begründung über § 128 UmwG, der eine quotenabweichende Spaltung zulässt). Dabei setzt sich das LG München ausdrücklich über die entgegenstehende

Gesetzesbegründung zu § 54 UmwG zur Notwendigkeit der Kapitalerhöhung bei Schwesterverschmelzungen hinweg.

Zur Milderung der von der Praxis ungeliebten Kapitalerhöhungsverpflichtung bei Verschmelzungen wird von der ganz herrschenden Meinung in der Literatur (Widmann/Mayer, § 5 Rn. 47; Neye/Limmer/Frenz/Harnacke, Handbuch der Unternehmensumwandlung, 1996, Rn. 216; Kowalski, GmbHR 1996, S. 158, 159 ff.; Lutter/Winter, § 54 Rn. 20; a. A. Priester, DNotZ 1995, 427, 441) vertreten, **dass die Höhe der Kapitalerhöhung ins Belieben der Parteien gestellt ist**. Danach soll es ausreichen, dass die Minimalkapitalerhöhung zur Schaffung eines zu gewährenden Geschäftsanteils in Höhe von 100 Euro ausreicht. Soweit die aufnehmende GmbH ihr Stammkapital noch nicht auf Euro umgestellt hatte, war bis zum 31.12.2000 auch noch eine Kapitalerhöhung in DM möglich (vgl. § 86 Abs. 1 S. 4 GmbHG). Dabei wird mit der ausreichenden Sicherstellung der Gläubiger nach § 22 UmwG argumentiert. Ausweislich der Regierungsbegründung zu § 54 UmwG hat der Gesetzgeber diese selbst bei der Schwesterverschmelzung aber gerade nicht für ausreichend erachtet (kritisch auch Heidinger, DNotZ 1999, 163 ff.). Höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Höhe der erforderlichen Kapitalerhöhung fehlt derzeit noch.

Um die Anteilsgewährung und eine deshalb unter Umständen erforderliche Kapitalerhöhung bei der Schwesterverschmelzung zu vermeiden, bleibt u. E. also nur der Ausweg, vor der Verschmelzung ein Mutter-Tochter-Verhältnis durch Anteilsübertragung herzustellen (vgl. dazu ausführlich Widmann/Mayer, § 5 Rn. 55). Auf diese Gestaltungsmöglichkeit wird sogar in der obergerichtlichen Rechtsprechung (OLG Frankfurt BB 1998, 970) ausdrücklich hingewiesen. Wenn dann die Tochter auf die Muttergesellschaft verschmolzen wird, greifen die Regelungen des Umwandlungsgesetzes, die sowohl eine Anteilsgewährungspflicht negieren als auch ein Kapitalerhöhungsverbot postulieren (§§ 5 Abs. 2, 20 Abs. 1 Nr. 3, 54 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) ein.

Österreich, Grundstückserwerb, Beurkundung durch deutschen Notar

I. Sachverhalt

Es soll ein Grundstücksvertrag über ein in Österreich belegenes Grundstück beurkundet werden.

II. Frage

Ist ein deutscher Notar gegenüber einem österreichischen Grundbuchamt antragsberechtigt?

III. Rechtslage

1. Beurkundung des Vertrags durch deutschen Notar

Nach österreichischem Recht bedarf es bei der Veräußerung von Grundstücken lediglich für den **grundbuchamtlichen Vollzug einer Unterschriftsbeglaubigung** (§ 432 ABGB, § 31 Abs. 1 Grundbuchgesetz - GBG). Der zugrundeliegende **schuldrechtliche Vertrag wäre nach österreichischem materiellen Recht formfrei**. Ein gesetzliches Beurkundungserfordernis besteht lediglich für

Grundstücksschenkungen wie auch für alle anderen Schenkungen (§ 1 Abs. 1 lit. d Notariatszwangsgesetz - NZwG). **Zum Vollzug der Eintragung im österreichischen Grundbuch (Einverleibung)** bedarf es allerdings ei-ner öffentlichen Urkunde oder einer Privaturkunde mit öffentlich beglaubigten Unterschriften.

Österreichisches ABGB

5. Hauptstück. Von Erwerbung des Eigentumes durch Übergabe

1. ...

2. Bei unbeweglichen Sachen und Bauwerken

§ 431

Zur Übertragung des Eigentumes unbeweglicher Sachen muss das Erwerbsgeschäft in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher eingetragen werden. Diese Eintragung nennt man Einverleibung (Intabulation).

*Insbesondere bei Erwerbung
a) durch Vertrag*

§ 432

Zu diesem Zwecke muss über das Erwerbsgeschäft eine beglaubigte Urkunde in der zur Gültigkeit des Geschäftes vorgeschriebenen Form oder eine öffentliche Urkunde ausfertigt werden.

§ 433

Die Urkunde muss die genaue Angabe der Personen, die das Eigentum übergeben und übernehmen; der Liegenschaft, die übergeben werden soll, mit ihren Bestandteilen; des Rechtsgrundes der Übergabe; ferner des Ortes und der Zeit des Vertragschlusses enthalten; und es muss von dem Übergeber in dieser oder in einer besonderen Urkunde die ausdrückliche Erklärung abgegeben werden, dass er in die Einverleibung einwillige.

Österreichisches Grundbuchgesetz - GBG

§ 31

(1) Die Einverleibung (§ 8 Ziff. 1) kann nur aufgrund öffentlicher Urkunden oder solcher Privaturkunden geschehen, auf denen die Unterschriften der Parteien gerichtlich oder notariell beglaubigt sind und der Beglaubigungsvermerk bei natürlichen Personen auch das Geburtsdatum enthält.

§ 32

(1) Privaturkunden, aufgrund deren eine Einverleibung stattfinden soll, müssen außer den Erfordernissen der §§ 26, 27 enthalten:

a) die genaue Angabe der Liegenschaft oder des Rechtes, in Betreff deren die Einverleibung erfolgen soll;

b) die ausdrückliche Erklärung desjenigen, dessen Recht beschränkt, belastet, aufgehoben oder auf eine andere Person übertragen werden soll, dass er in die Einverleibung einwillige.

(2) Diese Erklärung kann auch in einer besonderen Urkunde oder in dem Grundbuchsgesuch abgegeben werden. In solchen Fällen muss aber die Urkunde oder das Gesuch, in dem die Erklärung enthalten ist, mit den Erfordernissen zur Einverleibung versehen sein.

Während das österreichische Recht damit hinsichtlich der Form des Erwerbstitels geringere Anforderungen stellt als das deutsche Recht, achten vor allem die österreichischen Grundbuchämter peinlich genau darauf, **dass die Urkunden bestimmte Erklärungen enthalten**, wobei in der Praxis z. T. ein bestimmter Wortlaut gefordert wird. Insbesondere muss die Urkunde ausdrücklich die Erklärung enthalten, dass der Veräußerer in die grundbücherliche Einverleibung des Grundstücks- bzw. Wohnungseigentums auf den Erwerber einwilligt (§ 32 Abs. 1 lit. b GBG).

Ein materiell-rechtliches Beurkundungserfordernis würde sich aus § 313 S. 1 BGB darüber hinaus ergeben, sofern auf den Schuldvertrag über das österreichische Grundstück deutsches Recht angewandt werden soll. Gem. Art. 11 Abs. 1 EGBGB gilt für die Form des schuldrechtlichen Vertrags entweder das Recht des Staates, in dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird (Ortsrecht, hier: deutsches Recht), oder das Recht, das auf den Kaufvertrag im übrigen Anwendung findet (sog. Geschäftsstatut). Dieses wiederum bestimmt sich nach den Art. 27 ff. EGBGB. Läge keine Rechtswahl vor, käme es, weil es um ein dingliches Recht an einem Grundstück geht, gem. Art. 28 Abs. 3 EGBGB im Zweifel zur Geltung des österreichischen Belegenheitsrechts. Bei gemeinsamer deutscher Staatsangehörigkeit von Verkäufer und Käufer, gewöhnlichem Aufenthalt beider in Deutschland, Vertragsabschluss in Deutschland und deutscher Vertragssprache neigt die Rspr. jedoch dazu, gem. Art. 28 Abs. 5 EGBGB das deutsche Recht dem Recht des Belegenheitsortes vorgehen zu lassen (vgl. Palandt/Heldrich, 59. Aufl. 2000, Art. 28 EGBGB Rn. 2).

Sinnvoller ist es daher, das Vertragsstatut ausdrücklich festzulegen. Eine derartige Rechtswahl ist sowohl aus Sicht des deutschen wie des österreichischen IPR möglich (Art. 27 Abs. 1 EGBGB bzw. der gleichlautende Art. 3 Abs. 1 des nunmehr in Österreich geltenden Römischen EWG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendenden Rechts vom 19. Juni 1980).

Unterschriftsbeglaubigungen oder Niederschriften durch einen deutschen Notar werden in Österreich als gleichwertige notarielle Urkunden anerkannt. Gemäß dem deutsch-österreichischen Abkommen vom 21.6.1923 (RGBl. 1924 II, S. 61) bedarf es für die Urkunden deutscher Notare bei Verwendung vor Behörden in Österreich keiner Legalisation, Apostille o. ä. Formalität zum Nachweis der Echtheit.

2. Genehmigungserfordernisse nach Grundstücksverkehrsrecht

Der Erwerb von Grundbesitz in Österreich durch Ausländer bedarf in den meisten Landesteilen aufgrund landes-rechtlicher Vorschriften der Genehmigung. Diese Erwerbsbeschränkungen gelten teilweise weiterhin für EU-Angehörige, obwohl mit Ablauf einer fünfjährigen Übergangsfrist ab dem EU-Beitritt Österreichs Angehörige anderer EU-Staaten Österreichern beim Grunderwerb gleichgestellt werden (vgl. im einzelnen Hörtenhuber, ZfRV 1995, 221). Diese Übergangszeit ist mit dem 1.1.2000 abgelaufen, so dass deutsche Erwerber dem Erfordernis einer Genehmigung gegenüber sich auf die Grundfreiheiten berufen können.

3. Vollzug des Vertrages

Rein rechtlich kann der deutsche Notar die Beurkundung und den Vollzug auch hinsichtlich des österreichischen Grundstücks übernehmen. In der Praxis mag er jedoch auf Schwierigkeiten stoßen. Zum einen wird ihn die exakte Formulierung der Eintragungsanträge mangels Kenntnis des österreichischen Rechts und der dort herrschenden praktischen Gepflogenheiten viel Zeit kosten. Zum anderen soll die Praxis der österreichischen Grundbuchämter sehr formalistisch sein, so dass selbst inhaltlich korrekte, aber in einer ungewohnten Form gestellte Anträge vom österreichischen Grundbuchamt zurückgewiesen oder nicht ohne Beanstandungen bearbeitet werden. Einschlägige Muster für Grundbuchanträge bei Dittrich/Pfeiffer, Muster für Grundbuchsätze, 2. Aufl., Wien 1992, Nr. 1, 6, 24.

Insbesondere die Fragen des Vollzugs legen es nahe, die Beurkundung durch einen österreichischen Notar durchführen zu lassen. Dabei könnte der deutsche Notar jedoch jedenfalls das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft beurkunden. Eine Auflassung kennt das österreichische Sachenrecht nicht.

Für den Vollzug in Österreich bietet sich eine Vollzugsvollmacht für den Käufer an. Zur Absicherung des Verkäufers könnte man erwägen, Ausfertigungen hinsichtlich der Vollmachtsurkunde erst dann zu erteilen, wenn der Käufer den Kaufpreis auf einem Notaranderkonto hinterlegt hat. Auszahlungszeitpunkt wäre dann die Eintragung des Käufers im österreichischen Grundbuch (grundbücherliche Einverleibung).

Am einfachsten ist es für den deutschen Notar, wenn die Beteiligten von vornherein wissen, zu welchem österreichischen Notar sie gehen wollen. Dann kann er sich von dem österreichischen Kollegen den Entwurf einer Vollmacht anfertigen lassen, der alles enthält, was der österreichische Kollege für seine Urkunde braucht.

Gutachten im Faxabruf

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

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

BNotO § 23; BeurkG § 54b Abs. 3; AO § 180 Abs. 1 Nr. 2a

Notarbescheinigung über Aufteilung der Zinsabschlagsteuerbescheinigung

Fax-Abwurf-Nr.: 11176

ZPO §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 727; BGB § 426

Umschreibung der Vollstreckungsklausel beim Gesamtschuldnerausgleich

Fax-Abwurf-Nr.: 11177

WEG § 10, 16

Begrenzung der Pflicht zur Zahlung der Instandhaltungsrücklage für bezugsfertige Wohnungen

Fax-Abwurf-Nr.: 11178

BGB § 510

Erbbaurecht; Vorkaufsrecht; Inhalt der Mitteilung und Ausübungsfrist

Fax-Abwurf-Nr.: 11179

Rechtsprechung

BGB § 459 Abs. 1 S. 1

Sachmangel einer Eigentumswohnung

Die Tatsache, dass eine im Gewerbegebiet gelegene Eigentumswohnung nur von einem bestimmten Personenkreis benutzt werden darf, kann einen Sachmangel begründen.

BGH, Urt. v. 13.10.2000 - V ZR 430/99

Kz.: L I 1 - § 459 BGB

Fax-Abwurf-Nr.: 994

Problem

Die folgende Entscheidung befasst sich mit der Frage, ob eine öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkung bei einer Eigentumswohnung einen Sachmangel begründen kann. Die Eigentumswohnung war mit Bescheid der Baubehörde für ein gewerblich genutztes Gebäude mit einer Druckerei im Erdgeschoss und zwei darüberliegenden betriebsbezogenen Wohnungen baurechtlich genehmigt worden. Mit Bescheid der Baubehörde wurde die Nutzung der Wohnung zu eigenen Wohnzwecken untersagt, weil der Käufer keine betriebsbezogene Tätigkeit ausübt und deshalb nicht zu dem Personenkreis zählt, der eine solche Wohnung nutzen darf. Es stellt sich die Frage, ob der vereinbarte Gewährleistungsausschluss einer Wandelung entgegensteht, weil es sich hier um einen Rechts- und nicht um einen Sachmangel handelt.

Entscheidung

Der BGH weist darauf hin, dass nach der ständigen Rechtsprechung für die Unterscheidung, ob ein Rechts- oder Sachmangel vorliegt, ausschlaggebend ist, ob der zu beurteilende Mangel aus der Beschaffenheit der Sache erwächst und damit einen Sachmangel darstellt (BGHZ 67, 134). Öffentlich-rechtliche Beschränkungen, die auf bauordnungs- oder planungsrechtlichen Bestimmungen beruhen, wurden als Sachmängel angesehen, für die der Verkäufer nur unter den Voraussetzungen der §§ 459 ff. BGB haftet (BGHZ 96, 385). Allein entscheidend sei, ob der Mangel seinen Grund in der Beschaffenheit der Sache hat. Das sei für öffentlich-rechtliche Baubeschränkungen regelmäßig der Fall. Entschieden worden seien z. B. folgende Fälle als Sachmängel: Versagung der Baugenehmigung aus bauplanungsrechtlichen Gründen (BGH NJW 1979, 2200), Fehlen der öffentlich-rechtlichen Bebaubarkeit wegen unwirksamen Bebauungsplans (BGH NJW 1989, 2388), Unbenutzbarkeit einer Jagdhütte als Wochenendhaus (BGH NJW 1986, 2824).

WEG §§ 3, 14, 22

Mauerdurchbruch bei baulicher Verbindung von zwei Eigentumswohnungen als Nachteil

Allein die Tatsache, dass die Herstellung eines Mauerdurchbruchs zwischen zwei Wohnungen zum Verlust der Abgeschlossenheit und damit zu einem der Teilungserklärung sowie dem Gesetz widersprechenden Zustand führt, kann nicht als nicht hinzunehmender Nachteil gewertet werden (Aufgabe der früheren Rechtsprechung des Senats und Vorlage an den BGH wegen Abweichung von OLG Zweibrücken ZMR 2000, 254, OLG Köln WE 1995, 221 und KG NJW-RR 1993, 909).

BayObLG, Beschl. v. 8.9.2000 - 2Z BR 7/00

Kz.: LI 4 - § 3 WEG

Fax-Abruf-Nr.: 995

Problem

Die vorliegende Entscheidung befasst sich mit der Frage, ob die Herstellung eines Mauerdurchbruchs zwischen zwei Wohnungen als nicht hinzunehmender Nachteil angesehen werden kann. Die Beteiligten sind Eigentümer einander angrenzender Wohnungen in einer Wohnungsanlage. Zwischen den beiden Wohnungen wurde im Einverständnis der Wohnungseigentümer eine Trennwand durchbrochen und eine Verbindungstür gebaut. Es war fraglich, ob ein weiterer Wohnungseigentümer die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes verlangen konnte.

Entscheidung

Die bisherige obergerichtliche Rechtsprechung war der Auffassung, dass bei einem Mauerdurchbruch zwischen den Wohnungen ein Nachteil i. S. v. §§ 22 Abs. 1 S. 2, 14 Nr. 1 WEG vorliegt, da deren Abgeschlossenheit verloren geht und damit ein der Teilungserklärung widersprechender Zustand geschaffen wird (so bisher BayObLG NJW-RR 1995, 649; OLG Zweibrücken ZMR 2000, 254; OLG Köln WE 1995, 221; KG NJW-RR 1993, 909). Diese Rechtsprechung ist in der Literatur kritisiert worden (Staudinger/Bub, 12. Aufl. 1997, § 22 WEG Rn. 71; Rapp, MittBayNot 1995, 282; Röhl, WE 1998, 367). Das BayObLG möchte von dieser Rechtsprechung jetzt abweichen. Das Abgeschlossenheitsgebot sei nur eine Sollvorschrift. Die rechtliche Ausgestaltung des Wohnungseigentums werde durch nachträgliche bauliche Veränderungen nicht berührt. Ein Wohnungseigentümer könne darüber hinaus zwei in seinem Eigentum stehende Wohnungseigentumsrechte ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer vereinigen, das durch die Vereinigung neu gebildete Wohnungseigentum brauche nicht in sich abgeschlossen zu sein. Ein nicht hinzunehmender Nachteil käme nur in Betracht, wenn der Durchbruch durch eine tragende Wand in erheblichem Maß in die Substanz des Gemeinschaftseigentums und die Statik des Gebäudes eingreife. Das sei hier nicht der Fall. Das BayObLG lege daher die Frage dem BGH zur Entscheidung vor.

BGB § 313, GmbHG § 15

Formzwang und getrennte Urkunden

Zur Frage des Formzwangs bei einseitiger Abhängigkeit eines Vertrages über den Verkauf von GmbH-Geschäftsanteilen von einem Grundstückskaufvertrag, wenn beide Verträge in getrennten notariellen Urkunden niedergelegt sind.

BGH, Urt. v. 11.10.2000 - VIII ZR 321/99

Kz.: LI 1 - § 313 BGB

Fax-Abruf-Nr.: 996

Problem

Der Verkäufer verkaufte und übertrug dem Käufer die Geschäftsanteile an der G-GmbH. Am selben Tag hatte sich die Gesellschaft, einer Absprache zwischen den Parteien entsprechend, zur Rückgewähr von Rücklagen an den Verkäufer in Höhe von 1,7 Mio. DM verpflichtet und zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit Forderungen abgetreten sowie gleichfalls mit notarieller Urkunde ihre restlichen Betriebsgrundstücke an den Käufer verkauft und aufgelassen. Es war fraglich, ob dem Formzwang Genüge getan war, wenn beide Verträge in getrennten notariellen Urkunden niedergelegt sind. Dem Formzwang des § 313 BGB unterliegen alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Parteien das schuldrechtliche Rechtsgeschäft zusammensetzt. Bilden mehrere Rechtsgeschäfte wegen ihres inneren Zusammenhangs ein einheitliches Rechtsgeschäft, sind sie auch regelmäßig gemeinsam zu beurkunden. Teil des beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfts ist dann auch der **Verknüpfungswille der Parteien** (BGH NJW 1988, 1781). Sind mehrere Verträge Teil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts, so steht dies einer getrennten Beurkundung jedoch nicht entgegen. Der Verknüpfungswille muss aber mitbeurkundet werden. **Umstritten ist**, ob es ausreicht, dass der **Verknüpfungswille nur in der Folgeurkunde zum Ausdruck gebracht wird oder ob er in beiden Urkunden zum Ausdruck gebracht werden muss** (vgl. zu diesem Problem OLG Hamm DNotI-Report 1996, 164; MünchKomm-Kanzleier, 3. Aufl. 1994, § 313 BGB Rn. 53; Staudinger/Wufka, 13. Aufl. 1995, § 313 BGB Rn. 150).

Entscheidung

Der BGH weist darauf hin, dass bei einer von den Parteien gewollten rechtlichen Einheit mehrerer, in verschiedenen Urkunden niedergelegten Vereinbarungen **die wechselseitige Verknüpfung der Absprachen in den Urkunden selbst zum Ausdruck kommen müsse**. Letztlich kann der BGH mangels entsprechender Feststellung des Berufungsgerichts nicht beurteilen, ob die Abtretung der Geschäftsanteile mit der vorangehenden Veräußerung der Grundstücke "stehen und fallen" sollte, so dass eine rechtliche Einheit i. S. d. § 313 BGB vorlag. Nach der Rechtsprechung des BGH sei das einseitige Abhängigkeitsverhältnis des Übertragungsvertrages von dem Vertrag über die Veräußerung der Grundstücke kein hinreichender Grund, das für den Grundstückskaufvertrag geltende Formerfordernis auf den Abtretungsvertrag zu erstrecken (BGH NJW 2000, 951). Dann würde auch das Erfordernis der Verlautbarung einer Abhängigkeit des Grundstückskaufvertrages von dem Anteilsübertragungsvertrag entfallen.

BGB § 528 Schenkungswiderruf durch Sozialhilfeträger

Bei der Frage, ob Leistung und Gegenleistung gleichwertig sind oder ob eine gemischte Grundstücksschenkung vorliegt, mindern dingliche Belastungen des Grundstücks ausnahmsweise dann nicht den Wert der Leistung, wenn der Empfänger bereits persönlicher Schuldner der den dinglichen Belastungen zugrunde liegenden schuldrechtlichen Verbindlichkeiten ist.

OLG Düsseldorf, Urteil v. 25.9.2000 - 9 U 45/00
Kz.: L I 1 - § 528 BGB
Fax-Abruf-Nr.: 997

Problem

Es geht um die Frage, ob der Träger der Sozialhilfe aus übergeleitetem Recht einen Anspruch auf Rückübertragung einer Schenkung nach § 528 Abs. 1 BGB geltend machen kann. Frau X war Eigentümerin eines Hausgrundstückes. Mit notariellem Vertrag übertrug sie das Hausgrundstück auf ihren Sohn und dessen Ehefrau. In dem Übertragungsvertrag waren verschiedene Auflagen enthalten (Wohnungsrecht, Pflegeverpflichtung, Übernahme von Grundschulden). Im Übrigen sollte die Überlassung unentgeltlich erfolgen. Später beantragte Frau X Sozialhilfe. Mit Bescheid leitet das Amt einen angeblichen Rückforderungsanspruch von Frau X aus § 528 BGB auf sich über.

Entscheidung

Es war fraglich, in welchem Umfang evtl. ein Schenkungswiderruf nach § 528 BGB möglich ist (vgl. dazu bereits Gutachten DNotI-Report 1999, 45 ff.). Das OLG Düsseldorf weist darauf hin, dass eine gemischte Schenkung ein einheitlicher Vertrag sei, bei dem der Wert der Leistung des einen dem Wert der Leistung des anderen Teils nur zum Teil entspreche, die Vertragsparteien dies wissen und übereinstimmend wollten, dass der überschießende Wert unentgeltlich gegeben werde. Es komme darauf an, dass Leistung und Gegenleistung nach dem Überlassungsvertrag nicht gleichwertig waren und dass die Parteien dies in ihrer maßgebenden subjektiven Wertung ebenfalls so eingeordnet hätten. Aufgrund der Berechnungen kommt das OLG Düsseldorf zu dem Ergebnis, dass der Grundstückswert im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages 160.000 DM betrug. Dem stünden Gegenleistungen von ca. 109.000 DM gegenüber. Als Gegenleistung seien das Wohnrecht und die Pflegeverpflichtung zu berücksichtigen. Diese Leistungen seien nicht als bloße Auflagen einzuordnen. Zwar habe der BGH (NJW 1989, 2122) Leistungen des Übernehmers zur Versorgung des Übergebers als Auflage gewertet, wenn sie aus dem zugewendeten Vermögen zu leisten waren. Um einen solchen Fall der Bestellung eines sog. Altenteils handelt es sich hier aber nicht. Vielmehr hatten die Übernehmer die Pflegeverpflichtung aus ihrem eigenen Vermögen zu erfüllen (vgl. auch BGH WM 1995, 1076). Die dinglichen Belastungen des Grundstücks in Höhe von nominal 150.000 DM seien demgegenüber nicht zu berücksichtigen. Grundsätzlich minderten zwar solche dinglichen Belastungen den Wert der Leistung des Übergebers. Dieser Grundsatz könne jedoch auf den vorliegenden Fall, in dem der Empfänger der Übertragung bereits persönlicher Schuldner der den dinglichen Belastungen zugrunde liegenden Verbindlichkeiten sei, nicht übertragen werden.

GBO §§ 22, BGB §§ 100, 2139 Berichtigung des Grundbuchs beim Tod eines BGB-Gesellschafters

1. Zur Berichtigung des Grundbuchs beim Tod eines BGB-Gesellschafters ist der Gesellschaftsvertrag vorzulegen oder sein Inhalt nachzuweisen.

2. Soll nach dem Tod eines BGB-Gesellschafters die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt werden, so hat bei angeordneter Vor- und Nacherbschaft bis zum Nacherbfall allein der Vorerbe die für die Gesellschafterstellung erforderliche Eigenschaft als Erbe.

BayObLG, Beschl. v. 2.11.2000 - 2Z BR 111/00
Kz.: L II 3 - § 22 GBO
Fax-Abruf-Nr.: 998

Problem

Die vorliegende Entscheidung befasst sich mit der Grundbuchberichtigung nach dem Tod eines BGB-Gesellschafters. Im Grundbuch sind sechs Personen als Eigentümer in BGB-Gesellschaft eingetragen. A und B sind gestorben. A wurde von zwei Gesellschaftern beerbt. Befreiter Vorerbe von B ist ein weiterer Gesellschafter. Ein Gesellschaftsvertrag wurde nicht schriftlich abgeschlossen. Im Grundstückskaufvertrag, in dem die Gesellschafter das Grundstück erwarben, war bestimmt worden, dass für das Gesellschaftsverhältnis bis zum Abschluss des Gesellschaftsvertrages die gesetzlichen Bestimmungen gelten. Mit notariell beglaubigten Urkunden haben sämtliche Gesellschafter erklärt, dass die Gesellschaft durch den Tod der Gesellschafter nicht aufgelöst, sondern zwischen den verbliebenen Gesellschaftern und den Erben der verstorbenen Gesellschafter weitergeführt werde, und die Grundbuchberichtigung dahingehend beantragt, dass die Erben des A und B eingetragen werden.

Entscheidung

Nach Auffassung des BayObLG genügt diese Erklärung zur Grundbuchberichtigung. Die Erklärung der Gesellschafter sei klar. Mit dem Tod des Erblassers falle die Erbschaft der Vorerbin an; diese sei zunächst Alleinerbin, d. h. Inhaberin der zum Nachlass gehörenden Rechte. Erst mit dem Eintritt des Nacherbfalls gehe die Erbschaft auf die Nacherben über. Bis zum Nacherbfall habe daher allein die Vorerbin die für die Gesellschafterstellung erforderliche Eigenschaft als Erbin. Zur Berichtigung des Grundbuchs beim Tod eines BGB-Gesellschafters sei außerdem der Gesellschaftsvertrag vorzulegen oder sein Inhalt nachzuweisen (BayObLG MittRhNotK 1992, 274; OLG Zweibrücken Rpfleger 1995, 453) oder darzutun, dass ein Gesellschaftsvertrag mit Abweichungen von der gesetzlichen Regelung nicht abgeschlossen wurde. Allein die Erklärung des Notars, der in Aussicht genommene Gesellschaftsvertrag sei nicht abgeschlossen worden, reiche allerdings nicht aus. In der Regel werde die erforderliche Überzeugung des Grundbuchamtes vom Inhalt eines Gesellschaftsvertrages oder darüber, dass ein solcher mit Abweichungen von der gesetzlichen Regelung nicht abgeschlossen wurde, jedoch dadurch begründet werden können, dass die verbliebenen Gesellschafter und alle Erben übereinstimmende Erklärungen dazu in grundbuchmäßiger Form vorlegen, wobei die Erklärung auch dahin gehen kann, dass sie vom Inhalt des Vertrags keine Kenntnis haben. Seien nicht in

der Form des § 29 GBO nachweisbare Tatsachen vorhanden, werde das Grundbuchamt auch zu erwägen habe, ob zur Glaubhaftmachung der Rechtsfolgen nach dem Tod der beiden BGB-Gesellschafter eidesstattliche Versicherungen der verbliebenen Gesellschafter und aller Erben heranzuziehen seien (BayObLG DNotZ 1993, 598; BayObLG FGPrax 2000, 179).

BGB § 181, GmbHG § 27 Insichgeschäft bei Abstimmung in GmbH

1. § 181 BGB findet Anwendung, wenn sich der gesetzliche Vertreter des Gesellschafters einer GmbH mit dessen Stimme zum Geschäftsführer bestellt.

2. Bei der Einmann-Gesellschaft hat eine auf § 181 BGB beruhende Unwirksamkeit der Stimmabgabe die Unwirksamkeit des Beschlusses zur Folge.

BayObLG, Beschl. v. 17.11.2000
Kz.: L I 1 - § 181 BGB
Fax-Abruf-Nr.: 999

Problem

Die Entscheidung befasst sich mit der Anwendbarkeit von § 181 BGB bei Gesellschafterbeschlüssen. Alleinige Gesellschafterin der GmbH ist eine eingetragene Genossenschaft, die von ihren beiden Vorstandsmitgliedern A und B vertreten wird. Die Vorstände der Alleingesellschafterin sind nicht vom Verbot des Selbstkontrahierens befreit und fassten den Beschluss, wonach A zum weiteren Geschäftsführer der GmbH bestellt werde. Es war fraglich, ob die Bestellung nach § 181 BGB wirksam war.

Entscheidung

Die Anwendung des § 181 BGB im Gesellschaftsrecht ist schwierig. Die h. M. unterscheidet zwischen sog. einfachen Gesellschafterbeschlüssen, die nur Maßnahmen der Geschäftsführung und sonstige gemeinsame Gesellschaftsangelegenheiten betreffen. Auf diese ist § 181 BGB nicht anwendbar (MünchKomm-Schramm, 3. Aufl. 1993, § 181 BGB Rn. 17; BGHZ 65, 93, 96; Scholz/Priester, GmbHG, 8. Aufl. 1995, § 53 Rn. 101). Demgegenüber ist nach überwiegender Meinung § 181 BGB auf Gesellschafterbeschlüsse anwendbar, die auf die Bestellung eines mitstimmenden Gesellschafters zum Geschäftsführer gerichtet sind (BGH ZIP 1991, 25; Hübner, JZ 1991, 879; LG Berlin NJW-RR 1997, 1534; Palandt/Heinrichs, 59. Aufl. 2000, § 181 Rn. 11; Scholz/K. Schmidt, 8. Aufl. 1995, § 47 Rn. 181). Das BayObLG schließt sich dieser Auffassung an.

Aktuelles

Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Heimgesetzes

Nunmehr liegt ein Regierungsentwurf zur Änderung des HeimG vor, der eine umfassende Novellierung des HeimG beinhaltet. Für die notarielle Praxis von Bedeutung ist die nunmehr geplante gesetzliche Normierung der **Abgrenzung zwischen einem Heim i. S. d. HeimG und den verschiedenen Formen des sog. Betreuten Wohnens**. Dazu sah sich die Bundesregierung veranlasst, nachdem unlängst einige Verwaltungsgerichte entschieden hatten, dass das sog. Betreute Wohnen dem HeimG unterfalle (vgl. OVG Münster DNotI-Report 1999, 138 = WuM 1999, 412; OVG Frankfurt/Oder NJW 2000, 1435).

Demgegenüber soll nun im Interesse sowohl der Bewohner als auch der Investoren die Anwendung des HeimG auf die Fälle des Betreuten Wohnens beschränkt werden, in denen neben der Unterkunft nicht nur Betreuungsleistungen einfacher Art (sog. Grundservice, wie Beratung, Notruf, Vermittlung von Pflegediensten usw.) erbracht werden, sondern auch eine gewisse Versorgungsgarantie i. S. einer Gewährung oder Vorhaltung "heimmäßiger" Versorgung übernommen wird (vgl. § 1 Abs. 2 HeimG-E). Der Entwurf nebst Begründung (BR-Drs. 730/00 v. 10.11.2000) kann auf der Homepage des DNotI unter "Gesetzesänderungen und Aktuelles" als pdf-Datei abgerufen werden.

BGH-Urteil zum Rechtsberatungsgesetz

Mit Urteil vom 28.9.2000 hatte der BGH entschieden, dass ein Geschäftsbesorgungsvertrag über ein Immobilienanlagemodell wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz unwirksam ist, wenn der Treuhänder als Hauptzweck eine rechtliche Betreuung schulde (BGH, DNotI-Report 2000, 192).

Zu diesem Urteil wird in DNotZ Heft 1/2001 eine Anmerkung von *Hermanns* erscheinen. *Hermanns* vertritt die Auffassung, dass die Unwirksamkeit des Geschäftsbesorgungsvertrages über § 139 BGB auch die Unwirksamkeit der im Geschäftsbesorgungsvertrag enthaltenen Vollmachten nach sich zieht. Die vom Geschäftsbesorger in Ausübung der Vollmacht abgeschlossenen Rechtsgeschäfte hält er jedoch aus dem Gesichtspunkt der Rechtsscheinhaftung wirksam. Soweit aufgrund möglicherweise unwirksamer Vollmachten nunmehr neue Rechtsgeschäfte beurkundet werden sollen, sieht *Hermanns* eine Belehrungspflicht über etwaige Wirksamkeitszweifel.

Wegen der Bedeutung des Urteils für die notarielle Praxis kann die Anmerkung vorab unter **Fax-Abruf-Nr. 5004** abgerufen werden.

Literaturhinweise

Mihm, Katja, Berufsrechtliche Kollisionsprobleme beim Anwaltsnotar, Deutscher Anwaltverlag, Bonn 2000, 284 Seiten, 89 DM

Die vorliegende Arbeit gewährt einen hervorragenden Überblick über die verschiedenen berufsrechtlichen Fragen des Anwaltsnotars. Ausgehend von den berufsrechtlichen Grundlagen der Stellung und Funktion von Rechtsanwalt und Notar in der Rechtspflege, einem europäischen Vergleich über das Notariat und den verfassungsrechtlichen Grundlagen werden die für die Praxis bedeutenden Mitwirkungsverbote behandelt: § 45 BRAO und insbesondere § 3 BeurkG. Auch die ergänzenden Vorschriften wie z. B. §§ 27, 28, 93 BNotO werden besprochen. Im dritten Teil finden sich schließlich Fragen der beruflichen Verbindung, der Zusammenarbeit im nationalen und internationalen Bereich sowie die berufsrechtlichen Grundlagen des Werberechts. Bereits dieser Überblick zeigt, wie vielfältig die behandelten Fragen sind. Der Anwaltsnotar findet zu allen berufsrechtlichen Fragen, die ihm in seiner täglichen Praxis begegnen, zuverlässige, wissenschaftlich fundierte und präzise Hinweise. Diese Zusammenschau der verschiedenen anwendbaren Rechtsvorschriften im Grenzbereich zwischen anwaltlichem und notariellem Berufsrecht bisher einmalig. Dem Anwaltsnotar, der den vielen Fallstricken des Berufsrechts entgehen und disziplinarische Folgen vermeiden will, kann dieses Buch zur Anschaffung nur empfohlen werden.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

Bengel, Manfred/Simmerding, Franz, Grundbuch,

Grundstück, Grenze, Handbuch zur Grundbuchordnung unter Berücksichtigung katasterrechtlicher Fragen, 5. Aufl., Hermann Luchterhand Verlag Neuwied, 2000, 555 Seiten, 168 DM

Das Werk von Bengel/Simmerding erscheint mittlerweile in fünfter Auflage und ist das einzige Buch, das den Zusammenhang zwischen Grundbuch und Kataster umfassend darstellt. In einer allgemeinen Einführung werden zunächst die Grundsätze des Grundbuchrechts, aber auch Fragen der Gestaltung des Grundstückskaufvertrages, insbesondere beim Teilflächenverkauf dargestellt. Im zweiten Teil findet sich eine Kommentierung der Grundbuchordnung, und zwar unter besonderer Berücksichtigung der katasterrechtlichen Fragen. Insbesondere die Verzahnung zwischen Grundbuch und Kataster macht den besonderen Wert des Werkes aus. Für die Praxis des Immobilienrechts kann daher dieses Werk nur empfohlen werden.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

A. C. Dietsch, Freiwillige Grundstücksversteigerung - materiell-rechtliche und beurkundungsverfahrensrechtliche Aspekte, NotBZ 2000, 322

M. Drasdo, Einräumung, Änderung und Aufhebung von Sondernutzungsrechten, WE 2000, 93

R. Emde, Vorratsgesellschaft und Kapitalaufbringung - Oder: Wer gezahlt hat, hat gezahlt. Antwort auf Bormann/Halaczinsky, GmbHR 2000, 1193

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. Dr. Peter Limmer, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

Jährlich 300,00 DM, Einzelheft 13,00 DM, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

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

Verlag:

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

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg