

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

9. Jahrgang
Februar 2001
ISSN 1434-3460

3/2001

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GBO § 52; BGB §§ 2197 ff. – Unrichtigkeit des Grundbuchs infolge Beendigung der Testamentsvollstreckung; Löschung des Testamentsvollstreckervermerks
GmbHG §§ 2 Abs. 2; 47 Abs. 3; BGB §§ 167 Abs. 2 – Stimmrechtsvollmacht; Gründungsvollmacht; Form; Wirksamkeitsvoraussetzung; Genehmigung
Druckfehlerberichtigung zu DNotI-Report 2001, 1

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

MaBV § 3 Abs. 1 Nr. 2, 7; BGB §§ 812, 817 – Bereicherungsanspruch bei Zahlung vor Fälligkeit nach MaBV
EGBGB Art. 187 Abs. 1 S. 2; GBO § 22 – Nachweise für Eintragung einer altrechtlichen Dienstbarkeit
WEG § 16 Abs. 2; BGB § 446 – Haftung für Sonderumlage bei Veräußerung

Aktuelles

Neufassung der bundeseinheitlichen Anordnung über die Benachrichtigung in Nachlasssachen (BeurkG § 34)
Deutsches Ständiges Schiedsgericht für Wohnungseigentum

Literatur

Geschäftsführerwechsel beim DNotI

Zum 1.2.2001 ist Notar a. D. Dr. Peter Limmer als Geschäftsführer des DNotI ausgeschieden und in die notarielle Praxis zurückgekehrt. Neuer Geschäftsführer ist nunmehr Notar a. D. Christian Hertel. Dr. Limmer hatte das DNotI seit seiner Gründung 1993 geleitet.

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GBO § 52; BGB §§ 2197 ff. Unrichtigkeit des Grundbuchs infolge Beendigung der Testamentsvollstreckung; Löschung des Testamentsvollstreckervermerks

I. Sachverhalt

Testamentsvollstreckung war angeordnet, ist aber mittlerweile wieder beendet. Ein Testamentsvollstreckzeugnis war erteilt. Der Testamentsvollstrecker beantragte in öffentlich beglaubigter Erklärung die **Löschung des Testamentsvollstreckervermerks**, da die Testamentsvollstreckung beendet sei. Daraufhin hat das AG – Grundbuchamt gebeten, mitzuteilen, aus welchem Grund die Testamentsvollstreckung beendet ist, und die Beendigung nachzuweisen. Für den Fall, dass die

Testamentsvollstreckerin ihr Amt niedergelegt haben sollte, sollte zur Löschung des Testamentsvollstreckervermerks die Amtsniederlegung in öffentlich beglaubigter Form samt Nachweis des Zugangs der Niederlegungserklärung beim zuständigen Nachlassgericht bzw. ein (berichtigter) Erbschein vorgelegt werden.

II. Frage

Genügt für die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch die Bewilligung des Testamentsvollstreckers oder ist ein weiterer Nachweis der Beendigung der Testamentsvollstreckung erforderlich?

III. Rechtslage

1. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein im Grundbuch gem. § 52 GBO eingetragener Testamentsvollstreckervermerk gelöscht werden kann, ist nach wie vor nicht unumstritten. Einigkeit besteht zwar noch insoweit, dass eine Löschung sowohl auf Antrag gem. § 13 GBO als auch im Ausnahmefall bei Gegenstandslosigkeit nach § 84

GBO von Amts wegen in Betracht kommt (vgl. Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 3475; Demharter, GBO, 23. Aufl. 2000, § 52 GBO Rn. 27).

Während eine **Mindermeinung** vertritt, dass neben einem Unrichtigkeitsnachweis gem. § 22 GBO auch die **Löschung aufgrund Löschungsbewilligung** des Testamentsvollstreckers in Betracht komme (vgl. KEHE, Grundbuchrecht, 5. Aufl. 1999, § 52 GBO Rn. 17; Schelter, DNotZ 1992, 683 f.; unklar LG Köln MittRhNotK 1986, 50), ist die **ganz h. M. in Rspr. und Lit.** anderer Ansicht. Nach h. M. ist Voraussetzung für eine Löschung auf Antrag vielmehr der **Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs** im Hinblick auf den eingetragenen Testamentsvollstreckervermerk nach § 22 GBO (vgl. Mayer/Bonefeld/Daragan, Praxishandbuch Testamentsvollstreckung, 2000, Rn. 341). Eine **Löschung aufgrund Löschungsbewilligung des Testamentsvollstreckers** ist nach dieser (herrschenden) Ansicht demnach **nicht** möglich (OLG Hamm Rpfleger 1958, 15; AG Starnberg Rpfleger 1985, 57; Mayer/Bonefeld/Daragan, Rn. 341; Haegele/Schöner/Stöber, Rn. 3473; Haegele/Winkler, Der Testamentsvollstreckter, 15. Aufl. 1999, Rn. 830; jetzt auch Meikel/Kraiss, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 1998, § 52 GBO Rn. 30). Dies wird damit begründet, dass der Testamentsvollstreckter auf die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks nicht verzichten könne, da er seine Befugnisse im Interesse der Erben (und nicht im eigenen Interesse) auszuüben habe (vgl. Demharter, § 52 GBO Rn. 27; Haegele/Winkler, Rn. 830; Schaub, in: Bauer/von Oefele, GBO, 1999, § 52 GBO Rn. 33).

Nach der h. M. genügt daher eine öffentlich beglaubigte Erklärung des Testamentsvollstreckers, dass sein Amt beendet sei, nicht zur Löschung des Testamentsvollstreckervermerks. Da außerdem nach h. M. die Testamentsvollstreckung nicht durch Vereinbarung zwischen den Erben und dem Testamentsvollstreckter beendet werden kann (vgl. OLG Hamm Rpfleger 1958, 15, 16; Schaub, § 52 GBO Rn. 101), kann es u. E. vom Standpunkt der h. M. ebenso wenig genügen, wenn der Testamentsvollstreckter und die Erben **übereinstimmend** die Löschung bewilligen oder in öffentlich beglaubigter Form erklären, dass die Testamentsvollstreckung beendet ist.

2. Schließt man sich der dargelegten h. M. an, wonach die Löschung nur im Wege des Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs in Betracht kommt, so ist dieser Nachweis gem. § 29 GBO grundsätzlich **durch öffentliche Urkunden** zu führen. Für den Fall beispielsweise, dass die Testamentsvollstreckung "beendet" ist, weil sie nie wirksam bestanden hat, wäre der Nachweis durch Vorlage eines neuen Erbscheins ohne Testamentsvollstreckervermerk zu führen (vgl. Haegele/Winkler, Rn. 830; Meikel/Kraiss, § 52 GBO Rn. 35). Auch dann, wenn die Testamentsvollstreckung beendet ist, weil ein Nachlassgegenstand infolge wirksamer Veräußerung durch den Testamentsvollstreckter aus dem Nachlass ausgeschieden ist, kann die Grundbuchunrichtigkeit durch öffentliche Urkunde, nämlich durch Vorlage der Veräußerungsurkunde in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden. Gleiches gilt für den Fall, dass die Testamentsvollstreckung von vornherein befristet war und die Befristung im

Testamentsvollstreckterzeugnis enthalten war; dann dürfte die Vorlage desselben zum Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit genügen (vgl. Demharter, § 52 GBO Rn. 31; vgl. auch LG Köln MittRhNotK 1986, 49 für den Fall, dass der Vermerk im Testamentsvollstreckterzeugnis fehlte).

Problematisch ist allerdings der Nachweis der Unrichtigkeit durch öffentliche Urkunden, wenn – wovon hier ausgegangen werden soll – die Testamentsvollstreckung **durch Erledigung sämtlicher dem Testamentsvollstreckter zugewiesenen Aufgaben beendet** wurde, ohne dass hierfür eine Niederlegung des Amtes oder eine Anzeige an das Nachlassgericht erforderlich wäre (vgl. RGZ 81, 169; BayObLGZ 1953, 360; OLG Hamm Rpfleger 1958, 15). In diesem Fall kommt als öffentliche Urkunde wohl nur ein neuer Erbschein (ohne Testamentsvollstreckervermerk) in Betracht (so wohl auch Haegele/Winkler, Rn. 830), was allerdings kostspielig ist (vgl. Schelter, DNotZ 1992, 683).

Anders kann die Grundbuchunrichtigkeit in diesen Fällen durch öffentliche Urkunde wohl nicht nachgewiesen werden, da beispielsweise auch eine Einziehung oder Kraftloserklärung des Testamentsvollstreckterzeugnisses, anders als bei einem Erbschein, nicht in Betracht kommt und das Nachlassgericht kein Negativattest in bezug auf die Testamentsvollstreckung erteilen kann (vgl. Schelter, DNotZ 1992, 683).

Auch ein Nachweis durch Vorlage einer Amtsniederlegungserklärung in öffentlich beglaubigter Form samt Nachweis des Zugangs der Niederlegungserklärung beim zuständigen Nachlassgericht (wenn ein öffentliches Testament nebst Eröffnungsniederschrift vorliegt), wie dies hier vom AG verlangt wurde, ist u. E. nicht geeignet. Denn es muss zwischen der Beendigung des Amtes des konkreten Testamentsvollstreckers und der Beendigung der Testamentsvollstreckung an sich differenziert werden, da die Testamentsvollstreckung nach dem Willen des Erblassers sehr wohl über die Beendigung des konkreten Testamentsvollstreckteramtes hinaus andauern kann (vgl. OLG Hamm Rpfleger 1958, 15, 16; Schaub, § 52 GBO Rn. 100). Dass in den Fällen der vorliegenden Art, in denen die Amtsbeendigung durch Aufgabenerledigung eingetreten ist, ein solches Verfahren zum Nachweis der Unrichtigkeit geeignet sei, wird i. ü. auch nicht von *Haegele/Schöner/Stöber*, Rn. 3473, auf die sich das Grundbuchamt beruft, vertreten, da sich die dortigen Ausführungen offensichtlich nur auf den unter cc) aufgeführten Fall der Kündigung des Amtes durch den Testamentsvollstreckter gem. § 2226 BGB beziehen.

Für die Fälle der Amtsbeendigung infolge Aufgabenerledigung dürfte allerdings von Bedeutung sein, dass es – wie hinsichtlich der Frage der Entgeltlichkeit einer Verfügung des Testamentsvollstreckers oder des befreiten Vorerben – gem. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO ausreicht, wenn die Beendigung der Testamentsvollstreckung beim Grundbuchamt **offenkundig** ist (vgl. OLG Hamm Rpfleger 1958, 15; Haegele/Schöner/Stöber, Rn. 3473). Dabei hält man das Grundbuchamt bei Prüfung der Beendigung der Testamentsvollstreckung ebenso wie bei der Prüfung der Entgeltlichkeit der Verfügung des Testamentsvollstreckers zur Vornahme einer freien Beweiswürdigung hinsichtlich

der nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesenen Tatsachen berechtigt (vgl. Schaub, § 52 GBO Rn. 99 i. V. m. Rn. 85 ff.). Dies bedeutet aber andererseits, dass den Testamentsvollstrecker die Darlegungslast hinsichtlich der Grundbuchunrichtigkeit trifft, er also zumindest substantiiert darlegen muss, dass und warum die Testamentsvollstreckung nicht (mehr) besteht (vgl. AG Starnberg Rpfleger 1985, 57; Haegeler/Winkler, Rn. 830).

Wird dem Grundbuchamt also vorliegend der Grund für die Amtsbeendigung mitgeteilt und bestehen keine durch Tatsachen begründete Zweifel an der Richtigkeit, dann dürfte das Grundbuchamt durchaus berechtigt sein (auch ohne Vorlage eines Erbscheins), die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks vorzunehmen.

GmbHG §§ 2 Abs. 2; 47 Abs. 3; BGB §§ 167 Abs. 2, 182 Abs. 2

Stimmrechtsvollmacht; Gründungsvollmacht; Form; Wirksamkeitsvoraussetzung; Genehmigung

I. Sachverhalt

Eine GmbH soll möglichst kurzfristig ihren Sitz verlegen. Da sich bis auf einen alle übrigen Gesellschafter derzeit im Ausland aufhalten, soll der satzungsändernde Gesellschafterbeschluss "unter Verzicht auf alle Form- und Fristvorschriften" nur von dem Gesellschafter X in eigenem Namen und als Vertreter der übrigen Gesellschafter gefasst werden. Schriftliche Vollmachten der übrigen Gesellschafter liegen nicht vor.

II. Frage

1. Ist das Vorliegen einer **schriftlichen Vollmacht Wirksamkeitsvoraussetzung** für den beabsichtigten Gesellschafterbeschluss?

2. Kann eine Stimmabgabe aufgrund mündlicher Vollmacht oder vollmachtloser Vertretung **genehmigt** werden?

III. Rechtslage

Zu Frage 1:

Bei Vollmachten im GmbH-Recht muss zunächst unterschieden werden zwischen einer Gründungsvollmacht im Sinne des § 2 Abs. 2 GmbHG und einer Stimmrechtsvollmacht im Sinne des § 47 Abs. 3 GmbHG.

1. Gründungsvollmacht

Für die Gründung der GmbH bestimmt § 2 Abs. 2 GmbHG, dass die Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages durch Bevollmächtigte nur aufgrund einer notariell errichteten oder beglaubigten Vollmacht zulässig ist. Auch in diesem Zusammenhang ist noch streitig, ob das Formerfordernis des § 2 Abs. 2 GmbHG ein Wirksamkeitserfordernis darstellt, oder es nur dieser Form bedarf, um einen entsprechenden formellen Nachweis der Legitimation des Bevollmächtigten zu erbringen.

So formuliert z. B. *Heinrich* (Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3: GmbH, 1996, § 5 Rn. 42), dass der Bevollmächtigte seine Bevollmächtigung aufgrund

von § 2 Abs. 2 GmbHG abweichend von § 167 Abs. 2 BGB durch eine von einem deutschen Notar errichtete oder beglaubigte Vollmachtsurkunde **nachweisen** muss.

Die überwiegende Meinung in der Literatur und Rechtsprechung geht jedoch davon aus, dass die **Form** des § 2 Abs. 2 GmbHG bei der Gründung einer GmbH **Wirksamkeitsvoraussetzung für die Vollmacht** ist. Durch diese Vorschrift sollen nämlich spätere Zweifel und Streitigkeiten über die Legitimation des Vertreters von vornherein abgeschnitten werden (BGH NJW 1968, 1856; dazu Goette, Die GmbH nach der BGH-Rechtsprechung, 1997, Rn. 12). Die herrschende Meinung sieht deshalb in § 2 Abs. 2 GmbHG keine bloße Ordnungsvorschrift, sondern ein echtes Wirksamkeitserfordernis für die Vollmachterteilung (Scholz/Emmerich, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 2 Rn. 24; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1992, § 2 Rn. 27; Reinicke, NJW 1969, 1830; Roth/Altmeppen, GmbHG, 3. Aufl. 1997, § 2 Rn. 28; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 2 Rn. 18). Bei der Mehrpersonengründung ist der Gesellschaftsvertrag, wenn der Vollmacht die Form des § 2 Abs. 2 GmbHG fehlt, nach § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam. Nach ganz herrschender Meinung kann dieser durch den Vertretenen genehmigt werden. Dies stößt nur bei der Einmanngründung wegen § 180 BGB auf Zweifel (Baumbach/Hueck/Fastrich, § 2 Rn. 18; LG Berlin GmbHR 1996, 123). Ansonsten bedarf die Genehmigung des schwebend unwirksamen Gesellschaftsvertrags bei der Mehrpersonengründung auch der Form des § 2 Abs. 2 GmbHG (Hachenburg/Ulmer, § 2 Rn. 27, 37; Rowedder/Rittner, GmbHG, 3. Aufl. 1997, § 2 Rn. 45; OLG Köln DB 1995, 2413; jetzt auch Scholz/Emmerich, § 2 GmbHG Rn. 31; anders noch die Voraufgabe). Insofern beinhaltet § 2 Abs. 2 GmbHG auch eine Einschränkung des § 182 Abs. 2 BGB.

2. Stimmrechtsvollmacht bei satzungsändernden Gesellschafterbeschlüssen

Demgegenüber ist es noch **höchst streitig**, ob auch bei Gesellschafterbeschlüssen die **Schriftform** nach § 47 Abs. 3 GmbHG **Wirksamkeitsvoraussetzung** für die Vollmacht zur Stimmabgabe ist.

a) Entgegen dem Wortlaut von § 47 Abs. 3 GmbHG wird dafür argumentiert, dass die **Schriftlichkeit der Vollmacht keine Wirksamkeitsvoraussetzung** der Vollmacht ist (Rowedder/Koppensteiner, § 47 GmbHG Rn. 42; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 8. Aufl. 1995, § 47 GmbHG Rn. 85 siehe schon RG JW 1934, 976, 977; dem zustimmend Siebert, JW 1934, 1116). Selbst wenn der Beschluss der notariellen Beurkundung nach § 53 Abs. 2 GmbHG bedürfe, gelte dies nicht für die Stimmrechtsvollmacht. Durch funktionell-teleologische Deutung von § 47 Abs. 3 GmbHG müsse die sachwidrige Formulierung dieses Paragraphen ausgeglichen werden. Diese Vorschrift spreche danach nicht vom Wirksamkeitserfordernis der gesetzlichen Form, sondern nur von der Legitimation des Vertreters gegenüber den Mitgesellschaftern, da dies allein Gegenstand der §§ 47 ff. GmbHG sei. Die Schriftform der Vollmacht sei also lediglich als Voraussetzung des Anspruchs auf Teilnahme an der Versammlung und auf Abgabe der Stimme aufzufassen. Danach könne die Vollmachterteilung z. B. auch durch mündliche Bevollmächtigung eines anwesenden Gesellschafters durch einen Abwesenden während der Versammlung erfolgen (Scholz/K. Schmidt,

§ 47 GmbHG Rn. 85). Wenn die Vollmacht keiner Form bedürfe, könne sie sogar durch schlüssiges Verhalten, insbesondere in Gestalt einer Duldungsvollmacht erteilt werden.

b) Demgegenüber orientiert sich die wohl **herrschende Meinung** in der Literatur (Roth/Altmeppen, GmbHG, § 47 Rn. 27; Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 37; Hachenburg/Hüffer, § 47 Rn. 47) mehr am Wortlaut des § 47 Abs. 3 GmbHG. Dieser bringe unzweideutig zum Ausdruck, dass die **Schriftform Gültigkeitserfordernis** ist.

Zwar erfordert der Regelungszweck des § 47 Abs. 3 GmbHG – die Möglichkeit der Gesellschafterversammlung, die Bevollmächtigung zu prüfen – nicht zwingend die Sanktion der Formnichtigkeit. Daraus könne aber nicht ein genereller Verzicht auf die Form gefolgert werden, sondern nur die Anerkennung von sachgerechten Ausnahmen. Diese liegen nach allgemeiner Meinung z. B. vor, wenn sämtliche Gesellschafter die formlose Vollmachtserteilung kennen und keiner der Stimmabgabe des Vertreters widerspricht (Hachenburg/Hüffer, § 47 Rn. 47 GmbHG; Baumbach/Hueck, § 47 GmbHG Rn. 37; Roth/Altmeppen, § 47 GmbHG Rn. 27; so schon BGHZ 49, 183, 194; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 15. Aufl. 2000, § 47 Rn. 9). Die Berufung auf die Formunwirksamkeit der Vollmacht wäre treuwidrig und deshalb unzulässig (§ 242 BGB). Mangels schutzwürdiger Interessen der Mitgesellschafter wäre dies eine missbräuchliche Rechtsbehauptung (Roth/Altmeppen, § 47 Rn. 27).

c) Auch der **BGH** war in seiner in diesem Zusammenhang regelmäßig zitierten Entscheidung (BGHZ 49, 183 ff.) vom Grundsatz her davon ausgegangen, dass die Schriftform des § 47 Abs. 3 GmbHG Wirksamkeitsvoraussetzung für die Stimmrechtsvollmacht ist. Nur hatte er in dem dortigen Fall entschieden, dass in einer Gesellschafterversammlung, bei der in Anwesenheit aller übrigen Gesellschafter ein Beschluss gefasst wurde, die Stimmrechtsvollmacht nicht der Schriftform bedarf. Das **LG Berlin** (GmbHR 1996, 50 ff.) hat unter kurzer Auseinandersetzung mit der strittigen Literaturmeinung die Schriftlichkeit der Stimmrechtsvollmacht ausdrücklich nicht für ein gesetzliches Wirksamkeitserfordernis gehalten. Vielmehr regelt § 47 Abs. 3 GmbHG nur die Legitimation des Bevollmächtigten gegenüber den anderen Gesellschaftern. Dies gelte selbst dann, wenn der Alleingesellschafter einen anderen mündlich bevollmächtigt. Das **KG** (NZG 2000, 787 ff.) hat jüngst in einem anderen Zusammenhang ebenfalls ausdrücklich entschieden, dass eine Stimmrechtsvollmacht für die Gesellschafterversammlung abweichend von § 47 Abs. 3 GmbHG auch mündlich oder konkludent erteilt werden kann, wenn die Erteilung sämtlichen Gesellschaftern bekannt ist und niemand Widerspruch erhebt. Es sei Zweck der für die Vertretung in der Gesellschafterversammlung vorgeschriebenen Schriftform der Vollmacht, die Gesellschafterversammlung in die Lage zu versetzen, die Bevollmächtigung zu prüfen. Einer schriftlichen Vollmacht bedürfe es deshalb dann nicht, wenn die Vollmachterteilung sämtlichen Gesellschaftern bekannt ist und niemand Widerspruch erhebt (Verweisung auf BGHZ 49, 194). Dabei könne der Rechtsgedanke des § 174 BGB herangezogen werden (ebenso Lutter/Hommelhoff, § 47

GmbHGRn. 9). Danach ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, nur dann unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Im dort entschiedenen Fall wurde die Vertretung ohne gleichzeitiges Vorlegen einer schriftlichen Vollmacht offengelegt und kein Gesellschafter hatte Widerspruch erhoben.

d) Im **Ergebnis** ist festzustellen, dass derzeit noch die wohl überwiegende Meinung in der Literatur und in der Rechtsprechung grundsätzlich von der **Schriftform als Wirksamkeitsvoraussetzung** für eine Vollmacht nach § 47 Abs. 3 GmbHG ausgeht. Nur für den **Sonderfall**, dass **alle übrigen Gesellschafter unwidersprochen die Vertretung aufgrund mündlich behaupteter Vollmacht zulassen**, wird nach einhelliger Meinung auf das Schriftformerfordernis nach § 47 Abs. 3 GmbHG verzichtet (größtenteils insofern aber LG Berlin, GmbHG 1996, 50).

e) Für den **hier vorliegenden Fall** ist u. E. zweifelhaft, welche Konsequenz sich aus der h. M. ergibt. Da sich alle Gesellschafter von einem einzigen Mitgesellschafter aufgrund mündlicher Vollmacht vertreten lassen, kann rechtstechnisch der allgemein anerkannte Ausnahmefall von BGHZ 49, 194 nicht herangezogen werden. Denn es nehmen keine übrigen Gesellschafter, die die Stimmabgabe des mündlich bevollmächtigten Mitgesellschaftern unwidersprochen hinnehmen, an der entscheidenden Gesellschafterversammlung teil. Da § 47 Abs. 3 GmbHG weniger im öffentlichen Interesse als im Interesse der Rechtssicherheit für die Mitgesellschafter wirkt, stellt sich hier die Frage, wem gegenüber der Nachweis der Vertretung durch schriftliche Vollmacht überhaupt erfolgen muss. Zur Prüfung des Registerrichters vor Eintragung ins Handelsregister, ob die Gesellschafter bei der Beschlussfassung wirksam vertreten wurden, kann die schriftliche Vollmachtserteilung noch nachgereicht werden. Somit könnte man noch weiter differenzieren, dass die Vertretung aller Gesellschafter durch einen einzigen fremden Dritten überhaupt keine Prüfungsmöglichkeit durch die Gesellschafterversammlung insbesondere der abstimmenden Mitgesellschafter ermöglicht. Bei beurkundungsbedürftigen satzungsändernden Beschlüssen, wie hier, könnte diese Aufgabe der beurkundende Notar übernehmen. Bei einfachen Gesellschafterbeschlüssen, für die § 47 Abs. 3 GmbHG grundsätzlich auch gilt, ginge der Schutzzweck des § 47 Abs. 3 GmbHG auch bei Vorliegen schriftlicher Vollmachten insofern ins Leere. Allerdings könnte man auch argumentieren, dass auch der Vertreter von allen anderen Mitgesellschaftern insofern als Gesellschafterversammlung die jeweilige Wirksamkeit der Bevollmächtigungen prüfen kann. Dies wäre – ähnlich wie bei dem Konflikt nach § 181 BGB – möglich, wenn jeder Gesellschafter durch einen eigenen Vertreter in der Gesellschafterversammlung auftritt. Im hier vorliegenden Fall der Vertretung aller übrigen Gesellschafter durch nur einen Mitgesellschafter bleibt allerdings allenfalls die Argumentation, dass der Gesellschafter, der alle übrigen vertritt, in seiner weiter bestehenden Funktion als einziger Gesellschafter, der selbst unvertreten auftritt, die Prüfung der Vertretungsmacht vornimmt und insofern widerspruchlos auch die mündliche Bevollmächtigung durch die anderen Gesellschafter hinnimmt. Da dieser Gesellschafter als Bevollmächtigter aller übrigen sich der

mündlichen Bevollmächtigung sicher sein kann, könnte man unseres Erachtens hier erst recht einen Ausnahmefall von § 47 Abs. 3 GmbHG vergleichbar mit dem oben beschriebenen BGH-Fall annehmen. Diesbezüglich ist die Rechtslage jedoch unsicher, da für die hier vorliegende Fallkonstellation noch eine Bestätigung in der Rechtsprechung fehlt.

Anders wäre die Rechtslage unseres Erachtens nur einzuschätzen, wenn nur einer der Gesellschafter aufgrund mündlich erteilter Vollmacht vertreten würde, die anderen Gesellschafter anwesend sind und die Abstimmung aufgrund mündlicher Vollmachtsteilung widerspruchsfrei hinnehmen. Dann kann mit der ganz h. M. in der Lit. und Rspr. eine mündliche Vollmacht als ausreichend anerkannt werden.

Zu Frage 2:

Sieht man die Schriftform jedoch auch im hier vorliegenden Fall als Wirksamkeitsvoraussetzung an, würde der hier allein auftretende Gesellschafter jeweils als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die übrigen Gesellschafter handeln. Diese vollmachtslose Stimmabgabe kann nach ganz herrschender Meinung aber durch **Genehmigung** (§ 184 BGB) wirksam werden (BayObLG, DB 1989, 374; Lutter/Hommelhoff, § 47 Rn. 9, Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 87; Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 37; Hachenburg/Hüffer, § 47 Rn. 99; Rowedder/Koppensteiner, § 47 Rn. 42). Außer im Fall der Einmangengesellschaft ist diese Genehmigung auch nicht nach § 180 S. 1 BGB ausgeschlossen (Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 87). Streitig ist wiederum nur, ob diese Genehmigung formfrei erteilt werden kann (für Formfreiheit: Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 87; Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 37; Lutter/Hommelhoff, § 47 Rn. 9; a. A. Roth/Altmeppen, § 47 Rn. 27).

Druckfehlerberichtigung zu Gutachten DNotI-Report 2001, 1 UmwG §§ 5, 20, 55 - Verschmelzung zwischen zwei Schwestergesellschaften

Im Gutachten DNotI-Report 1/2001, S. 1, 2, vorletzter Absatz, findet sich ein sinnentstellender Druckfehler: Eine **Kapitalerhöhung in DM** ist nach dem zitierten § 86 Abs. 1 S. 4 GmbHG (wie auch andere Kapitalmaßnahmen in DM) noch möglich, sofern sie **bis zum 31.12.2001 in das Handelsregister eingetragen** wird (und nicht, wie irrtümlich angegeben, bis zum 31.12.2000). Zu empfehlen ist allerdings, bei Kapitalmaßnahmen zugleich auch eine Umstellung auf Euro vorzunehmen.

Gutachten im Faxabruf

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

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

**MaBV § 3; GewO § 34c Abs. 1 Nr. 2a
Sanierungsmodell als Bauträgerkauf oder
Bauherrenmodell**
Fax-Abruf-Nr.: **11184**

**WEG § 3 Abs. 2
Abgeschlossenheit einer Wohnung, wenn Bad, Toilette
und Küche nur über den Gemeinschaftsflur erreichbar
sind**
Fax-Abruf-Nr.: **11185**

**BGB §§ 1018, 1019, 1092, 894, 242
Beschränkte persönliche Dienstbarkeit; Anspruch auf
Erteilung der Löschungsbewilligung wegen
Unmöglichkeit der Ausübung (Schließung des
Industriebetriebes, dessen Immissionen zu dulden
sind)**
Fax-Abruf-Nr.: **11186**

**BGB § 1093; BSHG § 90
Sozialrechtliche Behandlung eines dinglichen
Wohnungsrechts; Vermietung durch den Eigentümer
bzw. den Wohnungsberechtigten oder Umwandlung in
Zahlungspflicht bei notwendigem Umzug des
Berechtigten in ein Pflegeheim**
Fax-Abruf-Nr.: **11187**

**BGB §§ 1812, 1821, 1822, 1960, 2042
Mitwirkung des Nachlasspflegers bei Abschluss eines
Erbauseinandersetzungsvertrages**
Fax-Abruf-Nr.: **1237**

Rechtsprechung

**MaBV § 3 Abs. 1 Nr. 2, 7; BGB §§ 812, 817
Bereicherungsanspruch bei Zahlung vor
Fälligkeit nach MaBV**

**Zahlt ein Erwerber im Bauträgervertrag vor
Fälligkeit, so ist der Bauträger zur Rückzahlung und
zur Herausgabe der gezogenen Nutzungen nach
Bereicherungsrecht verpflichtet. (Leitsatz des
Bearbeiters)**

OLG München, Beschl. v. 23.9.1999 - 19 U 6498/98
Kz.: L I 2 - § 7 MaBV
Fax-Abruf-Nr.: **1004**

Problem

Der Bauträger hatte Kaufpreistraten abgerufen, noch bevor eine Auflassungsvormerkung für den Erwerber eingetragen war (§ 3 Abs. 1, 2 MaBV). Die Erwerber zahlten zunächst, verlangten aber später die vom Bauträger bis zur Eintragung ersparten Zinsaufwendungen **nach Bereicherungsrecht**.

Entscheidung

Das OLG München gab der Klage gestützt auf § 817 BGB statt. Die Nichteinhaltung des durch § 3 MaBV ausgesprochenen Verbotes durch den Bauträger stelle einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB dar. Deshalb sei der **Bauträger zur sofortigen Rückerstattung verpflichtet** (ebenso die Literatur, vgl. Basty, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rn. 32; Drasdo/Hofbauer, MaBV, 3. Aufl. 1996, § 3 MaBV Rn. 61, 62; Marcks, MaBV, 5. Aufl. 1991, § 3 MaBV Rn. 2). Seien die zu früh gezahlten Raten mittlerweile fällig geworden – wie hier infolge der zwischenzeitlich erfolgten Eintragung der Auflassungsvormerkung, so müssten doch die durch verfrühte Entgegennahme **gezogenen Nutzungen** herausgegeben werden.

In einem obiter dictum befasst sich das OLG München auch mit der vorliegenden Bürgschaft. Dies war insofern nicht entscheidungsrelevant, als die Beteiligten die Möglichkeit einer Bürgschaftsstellung und damit die Kaufpreisfälligkeit nach § 7 MaBV im Vertrag nicht vorgesehen hatten. Das OLG München merkte aber weiter an, dass eine Globalbürgschaft zugunsten mehrerer Erwerber nicht genüge, sondern **Einzelbürgschaften** für jeden einzelnen Erwerber erforderlich seien. Auch genüge die **Hinterlegung der Bürgschaftsurkunden beim Notar** nicht.

EGBGB Art. 187 Abs. 1 S. 2; GBO § 22 Nachweise für Eintragung einer altrechtlichen Dienstbarkeit

Eine altrechtliche Grunddienstbarkeit kann ohne Berichtigungsbewilligung im Grundbuch nur dann eingetragen werden, wenn die Entstehung und Fortbestand der Grunddienstbarkeit in der Form des § 29 GBO nachgewiesen sind. (Leitsatz des Bearbeiters)

BayObLG, Beschl. v. 28.9.2000 - ZZ BR 51/00
Kz.: LI 15 - Art. 187 EGBGB
Fax-Abruf-Nr.: 1005

Problem

Unter Vorlage eines Extraditionsplanes von 1832 sowie eines Planentwurfs des Landesvermessungsamts von 1930 und anderer Unterlagen beantragte ein Grundstückseigentümer die **Eintragung einer altrechtlichen Dienstbarkeit** an einem Nachbargrundstück. Der Eigentümer des angeblich belasteten Grundstücks wehrte sich dagegen.

Entscheidung

Das BayObLG sah jedenfalls den Nachweis, dass die Grunddienstbarkeit nicht durch **10-jährige Nichtausübung** erloschen sei als nicht erbracht an (Art. 189 Abs. 3, 218 EGBGB; Art. 57 Abs. 1, 56 Abs. 3 S. 1,

4, 5 AGBGB). Bei der 10-jährigen Nichtausübung handele es sich nicht nur um eine ganz entfernt liegende, theoretische Möglichkeit (vgl. BayObLGZ 1988, 102, 109 = DNotZ 1989, 164). Denn das angeblich herrschende Grundstück sei über einen anderen Weg bequemer und schneller zu erreichen.

WEG § 16 Abs. 2; BGB § 446 – Haftung für Sonderumlage bei Veräußerung

Bei Veräußerung des Wohnungseigentums haftet gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft für eine zuvor beschlossene und fällige Sonderumlage grundsätzlich der im Wohnungsgrundbuch eingetragene Eigentümer.

Zahlt statt diesem der werdende Wohnungseigentümer (Käufer) die Sonderumlage, so kann ihm gegenüber dem (noch als Eigentümer eingetragenen) Verkäufer ein Ersatzanspruch zustehen.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 20.11.2000 - 9 U 88/00
Kz.: LI 4 - § 16 II WEG
Fax-Abruf-Nr.: 1006

Problem

Der Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft zur Zahlung einer **Sonderumlage** v. 7.12.1998 war im Verfahren nach §§ 43 ff. WEG **angefochten** worden. Vor der Entscheidung des Amtsgerichts wurde eine Wohnungseigentumseinheit mit Urkunde v. 8.4.1999 verkauft. Danach bestätigte das Amtsgericht die Sonderumlage als rechtmäßig und setzte deren Fälligkeit auf den 31.12.1999 fest. Die Käufer zahlten die Sonderumlage. Da aber das Eigentum erst am 20.7.2000 umgeschrieben wurde, verlangten sie im Innenverhältnis vom Verkäufer Ersatz der Zahlung.

Entscheidung

Das OLG Düsseldorf entschied zunächst im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass der **im Grundbuch eingetragene Wohnungseigentümer** nach § 16 Abs. 2 WEG im Verhältnis zur Wohnungseigentümergeinschaft weiterhin verpflichtet war, die Lasten und Kosten des Wohnungseigentums zu tragen, auch wenn er bereits einen Veräußerungsvertrag abgeschlossen hatte (BGHZ 87, 138 = DNotZ 1984, 32 = NJW 1983, 1615; BGHZ 107, 285 = DNotZ 1990, 371 = NJW 1989, 2697; BGH DNotZ 1995, 602 = NJW 1994, 3352).

Im Innenverhältnis wäre der Käufer nach § 446 Abs. 1 S. 2 BGB zur Tragung der Last verpflichtet gewesen, da zum Zeitpunkt des Fälligwerdens Besitz, Nutzungen und Lasten bereits übergegangen waren. Da aber die Sonderumlage nach ursprünglichem Beschluss am 31.3.1999 fällig sein sollte – also noch vor Kaufvertragsschluss –, nahm das Gericht eine **Aufklärungspflicht der Verkäufer** über das schwebende Anfechtungsverfahren gegen den Beschluss an. Die Veräußerer hafteten deshalb aus **Verschulden bei Vertragsschluss** (cic) auf Schadensersatz. Die Zahlung der fremden Schuld verstand das Gericht deshalb als Geschäftsführung ohne Auftrag.

Aktuelles

Neufassung der bundeseinheitlichen Anordnung über die Benachrichtigung in Nachlasssachen (BeurkG § 34)

Die Benachrichtigungspflicht des Notars in Nachlasssachen ist durch bundeseinheitliche Anordnungen der jeweiligen Landesjustizverwaltung geregelt. Das federführende Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen hatte für seinen Zuständigkeitsbereich am 2.1.2001 eine Neufassung erlassen, die zum 1.3.2001 in Kraft tritt und die übrigen Landesjustizverwaltungen gebeten, entsprechend zu verfahren.

Gegenüber der bisherigen Fassung wurden die erforderlichen Angaben zur Person des Verfügenden, die der **Testamentsumschlag im Sinne des § 34 BeurkG** bzw. eine Benachrichtigung über die Verwahrung eines Erbvertrages oder einer sonstigen beurkundeten Erklärung, deren Inhalt die Erbfolge ändert, enthalten müssen, geringfügig modifiziert. Im Übrigen berücksichtigt die Neufassung die veränderten Gegebenheiten infolge der Wiedervereinigung sowie die Abschaffung des vorzeitigen Erbausgleichs für nichteheliche Kinder.

Damit verbunden sind Änderungen der anbei liegenden Vordrucke für Testamentsumschläge und Verwahrungsnachrichten. Mitteilungen über notariell verwahrte Verfügungen an die Hauptkartei für Testamente beim Amtsgericht **Berlin/Schöneberg** sind nicht mehr auf Karteikarten, sondern auf einem **neu geschaffenen Vordruck** zu machen, da in der Hauptkartei alle neu eintreffenden Mitteilungen in einer elektronischen Datei erfasst werden. Der amtliche Vordruck für Mitteilungen an die Hauptkartei kann beim Einsatz von Textverarbeitungsgeräten durch inhaltlich entsprechende Mitteilungen ersetzt werden.

Der Text in der Neufassung kann auf den Internetseiten der Bundesnotarkammer (www.bnotk.de) und des DNotI (www.dnoti.de – unter “Gesetzesänderungen”) abgerufen werden.

Deutsches Ständiges Schiedsgericht für Wohnungseigentum

Das Deutsche Ständige Schiedsgericht für Wohnungseigentumssachen, welches bislang seinen Sitz in Leipzig hatte, hat seinen Sitz mit Wirkung vom 8.3.2000 nach **Berlin** verlegt. Ebenso hat es seinen Namen geändert in: “Deutsches Ständiges Schiedsgericht für Wohnungseigentum”. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass nach dem Statut des Schiedsgerichts zukünftig auch Streitigkeiten aus **Bauträgerverträgen** im Rahmen des Schiedsgerichtsverfahrens entschieden werden können. Unter Bauträgerverträgen werden dabei alle Kaufverträge verstanden, welche den Erwerb und die

Fertigstellung von Eigentumswohnungen zum Inhalt haben.

Die neue Adresse lautet:

Deutsches Ständiges Schiedsgericht
für Wohnungseigentum
Ernst-Reuter-Haus
Straße-des-17. Juni 114
10623 Berlin
Tel.: 030/39 04 73 21
Fax: 030/39 04 73 19.

Das Statut des Deutschen Ständigen Schiedsgerichts für Wohnungseigentum finden Sie unter der **Fax-Abruf-Nr. 148**. Muster und Beispiele für die Anwendung des **schiedsgerichtlichen Verfahrens** in Wohnungseigentumssachen finden Sie unter Fax-Abruf-Nr. 14800.

Literaturhinweise

Wilms, Heinrich, ErbStG mit Nebenbestimmungen, Stollfuß-Verlag, Bonn 2000, 228 DM

Nun bietet auch der Stollfuß-Verlag in einem einbändigen Loseblatt-Werk eine Kommentierung zum ErbStG an. Der Kommentar unterscheidet sich von vergleichbaren Werken dadurch, dass er nicht nur die Regelungen des ErbStG darstellt, sondern dem Praktiker auch die für die Besteuerung wichtigsten Regelungen des **Bewertungsgesetzes** (z.B. Grundbesitzbewertung) und das **internationale ErbSt-Recht** in Grundzügen erläutert. Weiterhin werden die Texte der ErbSt-Doppelbesteuerungsabkommen wiedergegeben und die steuerlichen Auswirkungen an Hand von Beispielsfällen für vier EG-Länder dargestellt. In einem weiteren Kapitel werden praktische Gestaltungen (wie z.B. die **Kettenschenkung** oder der **modifizierte Zugewinnausgleich**) erklärt, die auch dem erbschaftssteuerlichen Laien den Einstieg in die Materie erleichtern.

Der Textfluss des Kommentars wird, was beim Lesen sehr angenehm ist, nicht durch Zitate unterbrochen; diese sind in Fußnoten verbannt. Der Kommentar wird weiterhin mit einer **CD** ausgeliefert, die es ermöglicht, durch Hyperlink-Funktionen auf den vollständigen Wortlaut von Entscheidungen oder Querverweisen zu springen. Der Kommentar ist für den Einstieg in die Materie gut geeignet. Es ist allerdings zu beachten, dass die neueste Rechtsprechung und Literatur nicht immer berücksichtigt ist. So wurde beispielsweise die Entscheidung des BGH vom September 1999, dass es bei einer GbR mbH keine allgemeine Haftungsbeschränkung im Kommentar, der im Juli 2000 Redaktionsschluss hatte, noch nicht berücksichtigt, sondern erst der entsprechende Erlass der Finanzverwaltung (vgl. DNotI-Report 2000, 147) zum Anlass genommen, einen aktuellen “Hinweis” nachzuliefern. Gestaltungen sollten daher nicht auf der Basis allein dieses Kommentars erfolgen.

Thomas Reich
(Notarassessor)

Postvertriebsstück: B 08129

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

S. Edenfeld, Der deutsche Erbschein nach ausländischem Erblasser, ZEV 2000, 482

H. P. Glöckner, Die Haftung des Minderjährigen. Von § 1629a BGB zu einer Gesamregelung der Minderjährigenhaftung, FamRZ 2000, 1397

F.-S. v. Gronau/R. Konold, Beratungspraktische Überlegungen zum BMF-Schreiben vom 18.7.2000 zur GmbH & Co. GbR mbH, DStR 2000, 1860

N. Herzig/Ch. Watrin/M. Walter, Grundzüge des spanischen Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts, ZEV 2000, 473

S. Hügel, Benutzungsregelung nach § 15 WEG für Doppelparker, NotBZ 2000, 349

R. Jaeger, Das Notarrecht in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle, ZNotP 2001, 2

H. Jaspert, Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Berufsrecht der Notare seit 1998, ZNotP 2000, 450

H. Keilbach, Die Prüfungsaufgaben der Registergerichte, MittRhNotK 2000, 365

B. Knittel, Neuregelung der Kindergeldanrechnung zum 1.1.2001

S. Lakomy, Erwerb von Immobilien durch Ausländer in Polen - Teil I -, NotBZ 2000, 402

B. Lange/M. Frank, Widerruflichkeit von Darlehensverträgen zur Finanzierung von Immobilienfonds nach dem Haustürwiderrufgesetz, WM 2000, 2364

K. W. Lange, Neuere Entwicklungen des IPR auf den Gebieten des Erbrechts und der Vermögensnachfolge, ZEV 2000, 469

M. Löhnig, Vollmachten bei kreditfinanzierenden Immobilien-Anlagegeschäften, ZIV 2000, 645

J. Mayer, Weiterhin ungeklärtes Verhältnis von Testierfreiheit und Pflichtteilsrecht, Anm. zum Beschluss des BVerfG v. 30.8.2000 (ZEV 2000, 399 ff.), ZEV 2000, 447 ff.

F. Odersky, Gestaltungsempfehlungen für Erbfälle mit anglo-amerikanischem Bezug, ZEV 2000, 492

J. Oechsler, Pflichtteil und Unternehmensnachfolge von Todes wegen, AcP 2000, 603

T. Reich, BMF-Schreiben: Zweifelsfragen der Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte, ZNotP 2000, 479

T. Reich, Private Veräußerungsgeschäfte bei Grundstücken, ZNotP 2000, 416

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: 09 31/3 55 76-0 Telefax 09 31/3 55 76-2 25
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: <http://www.dnoti.de>

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Christian Hertel, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

Jährlich 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