

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

9. Jahrgang  
September 2001  
ISSN 1434-3460

18/2001

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

EGAktG § 4 Abs. 3; AktG §§ 8 Abs. 2 S. 4, 182 Abs. 1 S. 4, S. 5 – Euro-Umstellung bei einer AG durch Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln; Neustückelung; gebrochene Euro-Nennbeträge als Zwischenergebnis; Glättung durch Zusammenlegung  
BNotO § 23; BeurkG § 54b Abs. 3; InsO § 21 Abs. 2 Nr. 2, § 22 – Insolvenz des Verkäufers bei Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto

### Gutachten im Fax-Abruf

### Rechtsprechung

BGB §§ 133, 157, 305, 765 – Grundsatz beiderseits interessengerechter Vertragsauslegung

WEG § 3 Abs. 2, 4, § 7 Abs. 4 Nr. 2; BGB §§ 873, 925,

313 – Abgeschlossenheitsbescheinigung bei Übertragung von Sondereigentum  
BGB §§ 883 Abs. 1 S. 2, 1939, 2174 – Ankaufsrecht als Gegenstand eines Vermächtnisses  
GmbHG §§ 9c, 29 Abs. 3 – Prüfungskompetenz des Registergerichts bei GmbH-Satzungsänderungen; Öffnungsklausel für von Satzung abweichenden Beschluss  
GmbHG § 15 Abs. 4 S. 2 – Heilung eines privatschriftlichen GmbH-Geschäftsanteilskaufvertrages  
AktG §§ 15, 16 Abs. 3, 312 Abs. 1; HGB § 307 Abs. 2 – Keine Begründung der Unternehmereigenschaft über Zurechnungsregel des § 16 Abs. 4 AktG  
EGBGB Art. 25; BGB § 2368; VermG §§ 1, 3 – Testamentsvollstreckerzeugnis für "executor" nach US-Recht

### Literatur

### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### EGAktG § 4 Abs. 3; AktG §§ 8 Abs. 2 S. 4, 182 Abs. 1 S. 4, S. 5

### Euro-Umstellung bei einer AG durch Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln; Neustückelung; gebrochene Euro-Nennbeträge als Zwischenergebnis; Glättung durch Zusammenlegung

#### I. Sachverhalt

Eine AG hat ein Grundkapital von 33.000.000,- DM, eingeteilt in 33.000 Aktien mit einem Nennbetrag von 1.000,- DM. Sie stellt ihr Grundkapital auf 16.872.632,08 Euro um (gerundet 511,29188 Euro pro Aktie) und erhöht zur Glättung das Grundkapital auf 16.873.000,- Euro (gerundet 511,3030 Euro = 1000,0218 DM pro Aktie). Durch Vereinigung von Aktien soll dann das Grundkapital eingeteilt sein in 16.873 Aktien zum Nennwert von je 1.000,- Euro.

#### II. Frage

Ist die Euro-Umstellung mit Kapitalerhöhung bei einer AG nur möglich, wenn sich nach der Kapitalerhöhung ein glatter Euro-Betrag für die einzelnen Nennbetragsaktien ergibt? Oder reicht es aus, wenn anschließend durch Vereinigung von Aktien glatte Euro-Beträge für die einzelnen Nennbetragsaktien entstehen?

#### III. Rechtslage

##### 1. Die gesetzlichen Möglichkeiten zur Kapitalerhöhung

Der Gesetzgeber hat verschiedene Möglichkeiten zur Umstellung einer AG auf Euro vorgesehen (vgl. dazu ausführlich mit Mustern Kopp/Heidinger, Notar und Euro 1999, S. 24 ff.). Die hier gewählte Vorgehensweise beinhaltet zunächst eine **Umrechnung** der 1.000,- DM-Nennbetragsaktien in **krumme Euro-Beträge**. Dies allein betrachtet ist nach § 3 Abs. 2 S. 3, Abs. 4 EGAktG zulässig.

Die darauffolgende Kapitalerhöhung zur Glättung müsste grundsätzlich eine **Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln** sein, da nur damit die Nennbeträge der einzelnen **Aktien aufgestockt werden** können. Denn

§ 4 Abs. 3 S. 1 1. Alt. EG AktG sieht speziell für die Euro-Umstellung eine Ausnahme von § 207 Abs. 2 i. V. m. § 182 Abs. 1 S. 4 AktG vor, wonach die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln grds. nur durch Ausgabe neuer Aktien erfolgen kann. Demgegenüber gibt es eine solche Ausnahme für die Kapitalerhöhung gegen Einlagen nicht. Daher muss dort § 182 Abs. 1 S. 4 AktG beachtet werden, wonach eine Kapitalerhöhung gegen Einlagen nur durch Ausgabe neuer Aktien ausgeführt werden kann. Somit ist eine **Kapitalerhöhung gegen Bareinlage nicht zur Glättung von Aktiennennbeträgen** im Zuge der Euro-Umstellung geeignet.

## 2. Unzulässigkeit im konkreten Fall

Im hier vorliegenden Fall wird die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln aber so durchgeführt, dass die einzelnen Nennbeträge der Aktien **weiterhin einen krummen Euro-Betrag** ergeben. Dies verstößt gegen die allgemein auch bei der Euro-Umstellung geltende Regelung des § 8 Abs. 2 S. 4 AktG, wonach Nennbetragsaktien mit einem höheren Aktiennennbetrag als einem Euro auf volle Euro lauten müssen. Die hier beabsichtigte Kapitalerhöhung wird man auch nicht als eine Aufstockung auf glatte Nennbeträge unter Bildung von Teilrechten nach § 213 AktG für den überschießenden Teil interpretieren können. Denn für die bisher noch bestehenden 33.000 Nennbetragsaktien gibt es keinen glatten Euro-Betrag, der hier rechnerisch zu erreichen wäre.

Auch die **spätere Zusammenlegung** aller Aktien wohl zu einer einzigen Aktie mit einem dann glatten Nennbetrag von 16.873.000,- Euro kann u. E. an diesem Ergebnis nichts ändern. Denn die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und die darauffolgende Zusammenlegung sowie die noch anschließende Stückelung in 16.873 Aktien zu 1.000,- Euro sind gesellschaftsrechtlich streng **voneinander zu unterscheidende Akte**, die jeder für sich betrachtet den Vorgaben des AktG Genüge leisten müssen. Diese Heilungsmöglichkeit wurde bisher weder in Literatur noch Rechtsprechung zugelassen.

Jüngst nahm allerdings das **Kammergericht** (GmbHR 2001, 520) für den Fall der Stückelung eines GmbH-Geschäftsanteils unter Verstoß gegen § 5 Abs. 1 GmbHG eine Heilung an, da in der gleichen Urkunde die entsprechenden, zu kleinen Geschäftsanteile zu einem Geschäftsanteil mit zulässigem Nennbetrag zusammengelegt wurden. Wir halten diese Entscheidung jedoch nicht für verallgemeinerungsfähig. Insbesondere ging es dabei nicht um eine nicht zulässige krumme Stückelung, sondern um die Unterschreitung des Mindestbetrages von damals 500,-DM.

## 3. Alternative Gestaltungen

### a) Stückaktie

Das Gesetz bietet für die hier beabsichtigte Euro-Umstellung auch andere zulässige Wege mit gleichem Ergebnis. Der Gesetzgeber führte die Stückaktie in § 8 AktG ausdrücklich zur Erleichterung der Euro-Umstellung ein (Stückaktiengesetz vom 25.3.1998, BGBI. I, 590). Stellt man hier zunächst die 1.000,- DM-Nennbetragsaktien auf Stückaktien um, kann eine Umstellung auf Euro durch **einfache Umrechnung** erfolgen, **ohne dass überhaupt eine Glättung erforderlich wäre**. Denn die Stückaktien haben keinen festen Nennbetrag. Für sie ergibt sich nur ein innerer rechnerischer Wert durch

Division des Grundkapitals durch die Anzahl der Stückaktien. Hier könnte also dauerhaft der innere rechnerische krumme Euro-Wert von 511,29188 Euro je Stückaktie bestehen bleiben.

Will man – an sich systemwidrig – **aus optischen Gründen auch diesen inneren Wert der Stückaktie glätten**, kommt auch hier nur die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln in Frage. Denn § 182 Abs. 1 S. 5 AktG schreibt für die Kapitalerhöhung gegen Einlagen vor, dass sich bei Gesellschaften mit Stückaktien die Zahl der Aktien in demselben Verhältnis wie das Grundkapital erhöhen muss. Daher wäre auch bei Stückaktien eine **Kapitalerhöhung gegen Einlagen** zur “Glättung bei Gelegenheit der Euro-Umstellung” **nicht geeignet**.

§ 207 Abs. 2 S. 2 AktG sieht für die **Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln** aber ganz allgemein, also unabhängig von der Euro-Umstellung, vor, dass **Gesellschaften mit Stückaktien ihr Grundkapital auch ohne Ausgaben neuer Aktien erhöhen können**. Hierbei erfolgt keine Aufstockung von Nennbeträgen, da die Stückaktien überhaupt keine Nennbeträge besitzen. Vielmehr wird lediglich das Grundkapital um den gewünschten Betrag durch Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln erhöht. Der innere Wert der Stückaktie errechnet sich dann wiederum durch Division des Grundkapitals durch Anzahl der Stückaktien und kann dann (zufällig gewollt) einen glatten Euro-Betrag ergeben.

Somit wäre bei Einführung der Stückaktien hier zunächst eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln auf 16.873.000,- Euro zulässig. Dabei ist der weiterhin krumme Wert je Stückaktie zulässig. Auf Basis der Stückaktien ist dann die Zusammenlegung der 33.000 Aktien und Neustückelung in 16.873 Aktien wiederum nach allgemeinem Aktienrecht zulässig. Somit erreicht man im Ergebnis ein Grundkapital von 16.873.000,- Euro, aufgeteilt in 16.873 Stückaktien mit einem inneren rechnerischen Wert von jeweils 1.000,- Euro.

### b) Die Neueinteilung von Nennbetragsaktien

Will man bei Nennbetragsaktien bleiben, stellt das EG AktG in § 4 Abs. 3 eine weitere Lösung zur Verfügung. Danach kann – allerdings nur speziell zur Euro-Umstellung – eine **Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln** auch **durch Neueinteilung der Aktiennennbeträge** ausgeführt werden (S. 1).

Diese Neueinteilung der Nennbeträge bedarf allerdings der **Zustimmung aller betroffenen Aktionäre**, auf die nicht ihrem Anteil entsprechend volle Aktien oder eine geringere Zahl an Aktien als zuvor entfallen (S. 2). Die Neueinteilung ist nur bei teileingezahlten Aktien ausgeschlossen (§ 4 Abs. 3 S. 2, 2. Hs. EG AktG). Mit dieser Umstellungsmethode kann hier nach der reinen Umrechnung auf Euro eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln dergestalt in einem gesellschaftsrechtlichen Akt durchgeführt werden, dass die 33.000 Nennbetragsaktien zu 511,29188 Euro pro Aktie neu eingeteilt werden in 16.873 Nennbetragsaktien zu 1.000,- Euro. Hierdurch wird in einem Schritt ein zulässiger Nennbetrag von 1.000,- Euro unter Beachtung von § 8 Abs. 2 S. 4 AktG erreicht.

## **BNotO § 23; BeurkG § 54b Abs. 3; InsO § 21 Abs. 2 Nr. 2, § 22 Insolvenz des Verkäufers bei Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto**

### **I. Sachverhalt**

Ein Grundstückskaufvertrag soll über **Notaranderkonto** abgewickelt werden. Für den Käufer wurde am 15.1.2001 eine Auflassungsvormerkung eingetragen. Die vertraglich vereinbarten Auszahlungsvoraussetzungen vom Notaranderkonto liegen seit dem 1.2.2001 vor. Eine abzulösende Gläubigerin verlangt den vollen Kaufpreis für sich als Ablösungsbetrag.

Mit Beschluss des AG vom 20.1.2001 wurde die **vorläufige Insolvenzverwaltung** über das **Vermögen der Verkäuferin** angeordnet. Zugleich wurde nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 InsO angeordnet, dass Verfügungen der Schuldnerin über Gegenstände ihres Vermögens nur noch mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind (allgemeiner Zustimmungsvorbehalt – hingegen kein allgemeines Verfügungsverbot). Unter Hinweis hierauf verlangt der vorläufige Insolvenzverwalter, von einer Auszahlung vom Notaranderkonto einstweilen abzusehen.

### **II. Frage**

Kann eine Auszahlung des auf Notaranderkonto verwahrten Kaufpreises bei Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters und trotz Erlass eines allgemeinen Zustimmungsvorbehaltes für den Verkäufer erfolgen?

### **III. Rechtslage**

#### **1. Keine Zugehörigkeit der verwahrten Beträge zur Insolvenzmasse**

a) Zunächst ist festzustellen, dass die auf dem **Notaranderkonto** verwahrten Beträge **nicht zur Insolvenzmasse gehören** (und zwar weder bei einer Insolvenz des Käufers noch des Verkäufers).

Gegenüber der Bank ist aus dem Notaranderkonto allein der Notar berechtigt. Den Beteiligten gegenüber hat der Notar lediglich Amtspflichten, die verwahrten Beträge bei Vorliegen der Auszahlungsvoraussetzungen bzw. einer einvernehmlichen Anweisung der Verwahrungsbeteiligten ausbezahlen; diese Amtspflichten stellen auch einen (zusammen mit dem zugrundeliegenden Kaufpreisanspruch) abtretbaren und pfändbaren „Auskehrungsanspruch“ dar.

Bei der Insolvenz eines Beteiligten fällt daher nicht der verwahrte Betrag in die Insolvenzmasse (Bräu, Verwahrungstätigkeit des Notars, 1991, Rn. 253; Kawohl, Notaranderkonto, 1995, Rn. 116). Allenfalls steht der Insolvenzmasse – bei Vorliegen der Auszahlungsvoraussetzungen – ein entsprechender Auskehrungsanspruch gegen den Notar zu.

b) Eine Auszahlung vom Notaranderkonto stellt deshalb keine Verfügung über Vermögen der Gemeinschuldnerin dar. Die **Auszahlung unterliegt daher nicht einem allfällig angeordneten allgemeinen Verfügungsverbot** bzw. einem (hier angeordneten) Zustimmungsvorbehalt des vorläufigen Insolvenzverwalters nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO.

### **2. Wahlrecht des Insolvenzverwalters**

a) Es besteht auch **kein Wahlrecht des Insolvenzverwalters** nach § 103 InsO. Zeitlich bestünde dieses Wahlrecht erst ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Aber auch dann wäre es hier in der Insolvenz des Verkäufers ausgeschlossen, da bereits zuvor eine **Vormerkung** zugunsten des Käufers eingetragen wurde (§ 106 Abs. 1 InsO).

b) Allenfalls könnte man erwägen, ob mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die **Verwahrungsanweisung an den Notar nach § 116 InsO bereits kraft Gesetzes erlischt**. Der BGH hatte dies für den inhaltsgleichen § 23 KO bejaht (BGH NJW 1962, 1201). Jedoch betraf die Entscheidung noch eine vor Inkrafttreten der BNotO vorgenommene und damit nach ganz überwiegender Auffassung privatrechtliche Verwahrung („Treuhandvertrag“). Auf die hoheitliche Verwahrung nach § 23 BNotO läßt sich dies nicht übertragen; diese ist keine Geschäftsbesorgung i. S. d. § 23 KO oder des § 116 InsO (Hertel, in: Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, 2000, § 23 BNotO Rn. 44; Kawohl, Notaranderkonto, 1995, Rn. 119; im Ergebnis ebenso Keidel/Winkler, BeurkG, 14. Aufl. 1999, § 54b BeurkG Rn. 48; Weingärtner/Schöttler, DNot, 7. Aufl. 1995, Rn. 182; a. A. Bräu, Verwahrungstätigkeit des Notars, 1992, Rn. 255).

### **3. Auszahlung an abzulösende Gläubigerin**

a) Trotz der Insolvenz der Verkäuferin kann und muß daher die Auszahlung zur **Ablösung der dinglichen Gläubiger** entsprechend der im Kaufvertrag enthaltenen Auszahlungsanweisung erfolgen. In der Verwahrungsanweisung im Kaufvertrag wurde hier eine Vereinbarung zur Ablösung vorrangiger dinglicher Gläubiger getroffen (vgl. insbesondere Gutachten **DNotI-Report 1997, 189** mit Formulierungsvorschlägen aus der Literatur). Da hier die abzulösende Gläubigerin den vollen Kaufpreis als Ablösungsbetrag verlangt, ist der volle Kaufpreis bei Vorliegen der Auszahlungsvoraussetzungen an sie auszukehren.

b) Lediglich **Auszahlungen an den Verkäufer selbst** wären ohne Mitwirkung des vorläufigen Insolvenzverwalters hier nicht möglich, da dem Verkäufer aufgrund des nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO angeordneten Zustimmungsvorbehaltes die (alleinige) Verfügungsbefugnis zur Entgegennahme fehlt.

## **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.

**BGB §§ 164, 168, 892; WEG §§ 4, 8**  
**Fortbestand einer Untervollmacht bei Aufteilung in Wohnungseigentum**  
Fax-Abruf-Nr.: 11227

**BGB § 1365; GBO §§ 19, 20**  
**Zwischenverfügung des Grundbuchamts; Verlangen nach Erklärung über Vermögen bei Verfügung eines in Zugewinnsgemeinschaft lebenden Ehegatten**  
Fax-Abruf-Nr.: 1246

**BGB § 2229; FGG § 12; BeurkG §§ 11, 28**  
**Anscheinsbeweis im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit; Nachweis der Testierunfähigkeit; Überprüfung der Testierfähigkeit durch den Notar**  
Fax-Abruf-Nr.: 1247

**GBBerG § 8; EGBGB Art. 5; ZGB-DDR §§ 321, 322; BGB § 917**  
**Erlöschen eines im Beitrittsgebiet notariell vereinbarten Mitbenutzungsrechts nach dem 31.12.2000; Bestehen eines Notwegerechts**  
Fax-Abruf-Nr.: 11228

**EGBGB Art. 14, 15, 17; BGB §§ 1408, 1585c**  
**Brasilien; Ehevertrag: Gütertrennung, Ausschluss des Versorgungsausgleichs, Unterhaltsverzicht**  
Fax-Abruf-Nr.: 1476

## Rechtsprechung

**BGB §§ 133, 157, 305, 765**  
**Grundsatz beiderseits interessengerechter Vertragsauslegung**

Es verletzt den Grundsatz beiderseits interessengerechter Vertragsauslegung, eine mit "Bürgschaftsvereinbarung" überschriebene Abrede ausschließlich nach dem Wortlaut auszulegen und ihre Wirksamkeit nach formalrechtlichen Kriterien zu verneinen, wenn nach dem Sinn des Vertrages anzunehmen ist, dass der eine Teil den anderen in jedem Fall von einer Inanspruchnahme durch dessen Gläubiger hat freistellen wollen.

BGH, Urt. v. 9.7.2001 – II ZR 228/99  
Kz.: LI 1 - § 133 BGB  
Fax-Abruf-Nr.: 1083

### Problem

Der Alleingesellschafter einer Vor-GmbH hatte sich für ein der Vor-GmbH gewährtes Darlehen verbürgt. Das Darlehen sollte zum Umbau einer von der GmbH anzumietenden Gaststätte verwendet werden. Deshalb verlangte und erhielt der Alleingesellschafter seinerseits vom Eigentümer der Gaststätte eine Bürgschaft. Nachdem die Eintragung der GmbH und damit auch die Anmietung der Gaststätte scheiterte, verlangte der Alleingesellschafter vom Gaststätteneigentümer Freistellung gegenüber dem Darlehensgeber (einer Brauerei).

### Entscheidung

Formal ging es zunächst um die Frage, ob der Alleingesellschafter einer Vor-GmbH sich für eine Schuld der GmbH verbürgen könne. Die Vorinstanz hatte das verneint, weil dann Hauptschuldner und Bürge identisch seien.

Der BGH rügte, dass diese Auslegung zu sehr am Wortlaut der Urkunde haften und deshalb gegen den **Grundsatz beiderseits interessengerechter Interpretation** (BGH NJW 1994, 2228; NJW-RR 1995, 1201 = WM 1995, 1545; DNotI-Report 1998, 183 = NJW 1998, 3268 = WM 1998, 1883; NJW 2000, 2099 = WM 2000, 1195) verstoße. Im vorliegenden Fall entnahm der BGH der Auslegung, dass sich die Eigentümerin dem Alleingesellschafter gegenüber zur Freistellung bzw. zur Zahlung verpflichtet hatte, falls die Gründung der Gesellschaft scheiterte (und damit der Eigentümerin der Vorteil aus dem Umbau ohne Gegenleistung verblieb).

**WEG § 3 Abs. 2, 4, § 7 Abs. 4 Nr. 2; BGB §§ 873, 925, 313**

**Abgeschlossenheitsbescheinigung bei Übertragung von Sondereigentum**

1. Verändern sich durch die Übertragung von Sondereigentum an einzelnen Räumen die Grenzen des bestehenden Sondereigentums, bedarf es, wie im Fall der Unterteilung, der Vorlage eines neuen bestätigten Aufteilungsplans sowie einer Bescheinigung der Baubehörde über die Abgeschlossenheit der neu gebildeten Einheiten.

2. Werden bereits getrennt gelegene Räume übertragen, reicht hinsichtlich der Restwohnung die frühere Abgeschlossenheitsbescheinigung jedenfalls dann nicht aus, wenn nach dem neuen Aufteilungsplan Änderungen eingetreten sind, wonach die infolge Übertragung der Räume verkleinerte Wohnung nicht (mehr) als in sich abgeschlossene gelten kann (hier: Bad ohne WC).

OLG Zweibrücken, Beschl. v. 23.2.2001 – 3 W 39/01  
Kz.: LI 4 – § 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG  
Fax-Abruf-Nr.: 1084

### Problem

Es geht um einen Fall der **Übertragung von im Sondereigentum stehenden Räumen** von einer Wohnungseigentumseinheit auf eine andere Wohnungseinheit. Konkret handelte es sich um drei, von der übrigen Wohnung durch das Treppenhaus getrennte Räume, die im Aufteilungsplan als Gästezimmer, WC und Abstellraum bezeichnet sind. Diese waren bisher der (ebenfalls im ersten Obergeschoss gelegenen) Wohnung Nr. 2 zugeordnet. Künftig sollen sie der Wohnung Nr. 3 zugeordnet werden. Für den grundbuchlichen Vollzug der Änderung wurde eine **Abgeschlossenheitsbescheinigung nur für die drei übertragenen Räume** vorgelegt. Das Grundbuchamt verlangte darüber hinaus eine Abgeschlossenheitsbescheinigung, dass auch die verbleibenden Räume der Wohnung Nr. 2 in sich abgeschlossen seien.

### Entscheidung

Die Übertragung einzelner im Sondereigentum stehender Räume zwischen zwei Wohnungseigentumseinheiten erfordert eine **Auflassung** (§ 4 WEG i. V. m. §§ 823, 925 BGB). Zum grundbuchamtlichen Vollzug bedarf es eines neuen **Aufteilungsplanes** sowie einer **Abgeschlossenheitsbescheinigung für die neu gebildeten Einheiten**.

Hier war die Abgeschlossenheit des **Wohnungseigentums Nr. 3** dadurch nachgewiesen, dass für die bereits bisher zur Wohnung Nr. 3 gehörenden Räume die alte Abgeschlossenheitsbescheinigung vorlag und durch die neue Abgeschlossenheitsbescheinigung die Abgeschlossenheit auch der hinzukommenden Räume bescheinigt war.

Es fehlte jedoch eine Abgeschlossenheitsbescheinigung für die **Wohnung Nr. 2** in der neuen, verkleinerten Form. Insoweit ist nach der Entscheidung des BayObLG eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht erforderlich, soweit ein von vornherein in sich abgeschlossener Raum (z. B. Garage oder Keller) übertragen wird (ebenso bereits OLG Celle DNotZ 1975, 42, 44). Das BayObLG ließ dahinstehen, ob die alte Abgeschlossenheitsbescheinigung (nach der die beiden Teile der Wohnung Nr. 2 ja bereits durch Gemeinschaftseigentum getrennt waren) grundsätzlich zum Nachweis der Abgeschlossenheit auch des verbleibenden Teils ausreichen würde. Ungenügend sei die alte Abgeschlossenheitsbescheinigung jedoch jedenfalls dann, wenn - wie hier - der **neue Aufteilungsplan in einem wesentlichen Punkt nicht mehr mit dem alten übereinstimme**. Hier war in dem Bad der verbleibenden Wohnung kein WC im Aufteilungsplan verzeichnet (anders als im ursprünglichen Aufteilungsplan). Da zu jeder Wohnung aber ein WC gehören müsse, sei damit die Abgeschlossenheit der verbliebenen Räume der Wohnung Nr. 2 nicht mehr nachgewiesen.

---

### BGB §§ 883 Abs. 1 S. 2, 1939, 2174 Ankaufsrecht als Gegenstand einer Vermächtnisses

a) **Durch Vermächtnis kann ein Anspruch gegen den Beschwerten auch in der Weise begründet werden, dass der Bedachte die Leistung fordern kann, wenn er die vom Erblasser vorgesehene Gegenleistung anbietet (Ankaufsrecht).**

b) **Ein solcher Anspruch kann, auch wenn er von weiteren Voraussetzungen in der Person des Beschwerten und anderer Beteiligter abhängt, durch Vormerkung gesichert werden.**

BGH, Urt. v. 27.6.2001 - IV ZR 120/00  
Kz.: LI 1 - § 2174 BGB  
Fax-Abruf-Nr.: 1085

### Problem

In einem eigenhändigen gemeinschaftlichen Testament hieß es: "Das Haus ... soll mindestens 50 Jahre nach unser beider Ableben im Familienbesitz bleiben. Sollte es trotzdem vor dieser Zeit veräußert werden müssen, so haben die Blutsverwandten das uneingeschränkte

Vorkaufsrecht ... und zwar zu einem Preis von 50% des amtlichen Schätzwerts." Nachdem die Eltern gestorben waren, verlangte eine Tochter von den Erben die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung ihres Ankaufsrechtes aus dem Testament.

### Entscheidung

Der BGH hielt mit der ganz überwiegenden Literatur auch ein **Ankaufsrecht für einen zulässigen Gegenstand eines Vermächtnisses**. Als Gegenstand eines Vermächtnisses könne alles vorgesehen werden, was als Inhalt der Leistungspflicht einer Schuld nach § 241 BGB vereinbart werden könne. Ebenso könne die Leistungspflicht des Vermächtnisbeschwerten auch dadurch eingeschränkt werden, dass der Bedachte den Anspruch aus dem Vermächtnis nur durchsetzen könne, wenn er sich zur Übernahme einer Gegenleistung entschließt.

Ob ein Anspruch auf **dingliche Sicherung** des Ankaufsrechtes durch Vormerkung bestand, war durch Auslegung des Testamentes zu entscheiden (RG DNotZ 1932, 539). Hier entnahm der BGH den Anspruch auf dingliche Sicherung aus dem Zweck des Testamentes, das Haus noch mindestens 50 Jahre nach dem Ableben der Eltern im Familienbesitz zu erhalten.

---

### GmbHG §§ 9c, 29 Abs. 3 Prüfungskompetenz des Registergerichts bei GmbH-Satzungsänderungen; Öffnungsklausel für von Satzung abweichenden Beschluss

1. **Die Bestimmung des § 9c Abs. 2 GmbHG gilt nicht für die Prüfung von Satzungsänderungen.**

2. **Die Satzung einer GmbH kann vorsehen, dass die Gesellschafter unter Zustimmung des beeinträchtigten Gesellschafters alljährlich über eine von der satzungsmäßigen Regelung abweichende Gewinnverteilung beschließen.**

BayObLG, Beschl. v. 23.5.2001 - 3Z BR 31/01  
Kz.: L V 2 - § 29 Abs. 3 GmbHG  
Fax-Abruf-Nr.: 1086

### Problem

Nach § 9c Abs. 2 GmbHG darf das Registergericht die Eintragung einer Gesellschaft aufgrund **mangelhafter Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages** nur in bestimmten eng umgrenzten Fällen ablehnen, insbesondere wenn Gläubigerschutzvorschriften verletzt sind oder der Mangel die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages zur Folge hätte. Im vorliegenden Fall hatte das Registergericht die Eintragung einer Satzungsänderung abgelehnt, weil diese gegen § 29 Abs. 3 GmbHG verstieße. Die beanstandete Klausel lautete: "Der ausgeschüttete Gewinn steht den Gesellschaftern entsprechend ihren Geschäftsanteilen zu, soweit sie nicht unter Zustimmung des Betroffenen etwa anders beschließen."

### Entscheidung

Zunächst entschied das BayObLG in Übereinstimmung mit der h. M., dass bei **Satzungsänderungen** das Prüfungsrecht des Registergerichts (anders als bei Neueintragung einer GmbH) nicht durch § 9c Abs. 2 GmbHG beschränkt ist, da § 57a GmbHG nur auf § 9c Abs. 1 GmbHG verweist.

Die beanstandete Klausel verstößt jedoch nach der Entscheidung des BayObLG nicht gegen § 29 Abs. 3 S. 1 GmbHG. Wird in der GmbH-Satzung selbst eine andere Art der Gewinnverteilung festgelegt, so müssen sich die abweichenden Maßstäbe deutlich aus der Satzung ergeben. Hier lag aber eine sog. **Öffnungsklausel** vor, d. h. eine Ermächtigung in der Satzung, die eine Abweichung von bestimmten materiellen Satzungsbestandteilen zulässt, ohne dass die Satzung selbst geändert werden müsste. Eine derartige, jeweils punktuelle Regelung für die Gewinnverteilung eines Geschäftsjahres ist zulässig. Auch der Minderheitenschutz sei gewährleistet, da ein entsprechender Beschluss nach der Satzungsbestimmung nur mit Zustimmung des betroffenen Mitgesellschafters erfolgen könne.

---

### **GmbHG § 15 Abs. 4 S. 2 Heilung eines privatschriftlichen GmbH- Geschäftsanteilskaufvertrages**

**Zur Heilung eines privatschriftlichen Kaufvertrages über Geschäftsanteile an einer GmbH, wenn der spätere "Verkaufs- und Übertragungsvertrag" mit anderen Personen auf Erwerberseite und zu anderen schuldrechtlichen Bedingungen geschlossen wurde.**

BGH, Urt. v. 27.6.2001 – VIII ZR 329/99  
Kz.: L V 2 - § 15 Abs. 4 GmbHG  
Fax-Abruf-Nr.: 1087

#### **Problem**

Privatschriftlich wurde eine Vereinbarung über die Veräußerung von GmbH-Geschäftsanteilen abgeschlossen. Darin verpflichtete sich der Beklagte zugleich, den Verkäufer von bestimmten Verbindlichkeiten (Bürgschaften) freizustellen. Später wurden die GmbH-Geschäftsanteile abgetreten - jedoch nicht an die ursprünglich als Käuferin vorgesehene Gesellschaft, sondern unmittelbar an den Beklagten und dessen Bruder.

Es kam zum Streit um die Freistellungsverpflichtung des Beklagten. Das Oberlandesgericht bejahte die Freistellungsverpflichtung, da die Veräußerung an den Beklagten und seinen Bruder "bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise" der an die ursprünglich vorgesehene Gesellschaft gleichstehe.

#### **Entscheidung**

Nach der Entscheidung des BGH war die privatschriftliche Freistellungsvereinbarung nach § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG i. V. m. § 125 BGB wegen Formmangels unwirksam. Das **Beurkundungserfordernis** für die Veräußerung der GmbH-Geschäftsanteile **erstreckte sich auch auf die Freistellungsverpflichtung als Nebenabrede** (vgl. BGH WM 1969, 1257; NJW 1983, 1843).

Auch eine Heilung nach § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG trat nicht ein, da die GmbH-Anteile an andere Personen abgetreten wurden als im privatschriftlichen Verpflichtungsvertrag vereinbart. Auch bei einer beiderseitig interessengerechten Auslegung ergebe sich kein anderes Ergebnis.

### **AktG §§ 15, 16 Abs. 4, 312 Abs. 1; HGB § 307 Abs. 2**

### **Keine Begründung der Unternehmereigenschaft über Zurechnungsregel des § 16 Abs. 4 AktG**

**a) Der Mehrheitsaktionär, der zugleich Vorstandsvorsitzender der Aktiengesellschaft ist und Beteiligungen von 9% bzw. 15% an deren Tochtergesellschaften hält, in denen er zugleich Vorsitzender des Aufsichtsrates ist, wird nicht über die Zurechnungsregelung des § 16 Abs. 4 AktG Unternehmen i. S. d. §§ 15 ff. AktG.**

**b) Die Zurechnungsregelung des § 16 Abs. 4 AktG setzt die Eigenschaft des Normadressaten als Unternehmen voraus, vermag sie jedoch nicht zu begründen.**

BGH, Urt. v. 18.6.2001 - II ZR 212/99  
Kz.: L V 3 - § 16 Abs. 4 AktG  
Fax-Abruf-Nr.: 1088

#### **Problem**

Für **verbundene Unternehmen** (§ 15 AktG) bestehen diverse Sonderregelungen. Unter anderem ist ein Abhängigkeitsbericht zu erstellen (§ 312 AktG).

Nach der Rechtsprechung des BGH ist auch ein einzelner **Aktionär dann Unternehmen im konzernrechtlichen Sinne** (d. h. insbesondere nach § 15 AktG), wenn er neben der Beteiligung an der Aktiengesellschaft anderweitige wirtschaftliche Interessenbindungen hat, die nach Art und Intensität die ernsthafte Sorge begründen, er könne wegen dieser Bindung seinen aus der Mitgliedschaft folgenden Einfluss auf die Aktiengesellschaft zu deren Nachteil ausüben - insbesondere als Mehrheitsaktionär (BGHZ 69, 334, 346 - VEBA/Gelsenberg; BGHZ 135, 107, 113 = NJW 1997, 1855 - VW).

Konzernverbunden sind insbesondere die in **Mehrheitsbesitz** eines anderen Unternehmen stehenden Unternehmen (§ 16 Abs. 1 AktG). Dabei sind als Anteile des herrschenden Unternehmens nach § 16 Abs. 4 AktG auch die Anteile zu zählen, die einem anderen von ihm beherrschten Unternehmen gehören. Nun war strittig, ob aufgrund dieser Regelung auch der Mehrheitsaktionär der Holding als herrschendes Unternehmen gegenüber den (mehrheitlichen) Töchtern der Holding anzusehen sei.

#### **Entscheidung**

Der BGH entschied, dass eine **Zurechnung nach § 16 Abs. 4 AktG nur möglich sei, wenn der Betroffene selbst bereits Unternehmen ist**. Die Töchter waren damit zwar von der Holding als solche abhängig, nicht aber vom Mehrheitsaktionär der Holding. Auch der Schutzzweck der Norm gebiete nichts anderes, da Kontrollmechanismen für den Einfluss des Mehrheitsaktionärs auf der Ebene der Muttergesellschaft bestünden.

**EGBGB Art. 25; BGB § 2368; VermG §§ 1, 3  
Testamentsvollstreckerzeugnis für "executor"  
nach US-Recht**

**Ein – gegenständlich beschränktes – Testamentsvollstreckerzeugnis betreffend den Nachlass eines US-amerikanischen Erblassers ist dem vom Erblasser benannten "executor" nur dann zu erteilen, wenn zum einen Tatsachen feststehen, aus denen sich ergibt, dass der Erblasser einen Testamentvollstrecker deutschen Rechts einsetzen wollte und zum anderen der in Deutschland befindliche Nachlass unbewegliches Vermögen ist. Besteht nur ein Restitutionsanspruch nach dem VermG auf Rückgabe entzogenen unbeweglichen Vermögens, so ist dieser originär in der Person des Rückgabeberechtigten bzw. seiner Erben entstanden. Er unterliegt nicht den Beschränkungen der Testamentsvollstreckung.**

Brandenburgisches OLG, Beschl. v. 2.4.2001 – 8 Wx 165/00

Kz.: R 4100 – Int. NachlassverfR

Fax-Abuf-Nr.: 1089

**Problem**

Die Erblasserin war Staatsangehörige der USA mit Wohnsitz in New Jersey. Testamentarisch ernannte sie zwei Personen zu "executors of my wills". Das Testament wurde vom Nachlassgericht in New Jersey eröffnet. Gleichzeitig wurden die *executors* ernannt. Ein *executor* verstarb.

Vor dem Generalkonsulat der Bundesrepublik Deutschland in New York beantragte die verbleibende als *executor* benannte Beteiligte ein **gegenständlich beschränktes Testamentvollstreckerzeugnis**, welches das Amtsgericht in Potsdam erließ. Darin ist sie zur Testamentsvollstreckerin nach dem Recht des US-Bundesstaates New Jersey ernannt worden. Das Testamentsvollstreckerzeugnis bezog sich allein auf den in Deutschland befindlichen Nachlass. Das Nachlassgericht Potsdam beabsichtigte 1998, das Testamentsvollstreckerzeugnis als unrichtig einzuziehen. Hiergegen legte die Beteiligte Beschwerde ein.

**Entscheidung**

Im Verfahren der weiteren Beschwerde gab das OLG zu bedenken, dass hinsichtlich in Deutschland belegener Grundstücke lediglich ein **Restitutionsanspruch** bestehen könnte. Dieser sei allerdings **im Zeitpunkt des Erbfalls 1986 noch nicht existent** gewesen, sondern vielmehr erst mit Inkrafttreten des Vermögensgesetzes am 29.9.1990 entstanden und dann unmittelbar in der Person des Erben. Der Restitutionsanspruch sei kein Nachlassgegenstand, über den die Erblasserin mit der Beschränkung der Testamentsvollstreckung hätte verfügen können. Eine Beschränkung durch Testamentsvollstreckung könne somit nicht vorliegen.

Sofern sich hingegen herausstellen sollte, dass zum Nachlass unbewegliches Vermögen gehöre, sei zu beachten, dass die Benennung eines *executors* zwar im Einzelfall auch eine Testamentsvollstreckung im Sinne des deutschen Rechts sein könne, dies aber die

Feststellung von Tatsachen voraussetze, aus denen sich ergebe, dass ein **Testamentsvollstrecker i. S. d. deutschen Rechts** eingesetzt werden sollte.

**Literaturhinweise**

**Kanzleiter, Rainer/Wegmann, Bernd, Vereinbarungen unter Ehegatten, RWS Verlag, 6. Aufl. 2001, 161 Seiten, DM 68,- (Euro 34, 74)**

Das in der Reihe "RWS-Skript" erscheinende Werk liegt in überarbeiteter und aktualisierter Fassung vor (letzte Auflage 1997). Nach wie vor handelt es sich hierbei um einen **zuverlässigen Ratgeber in allen Fragen der Ehevertragsgestaltung**, wobei auch sonstige, vermögenszuordnende Vereinbarungen unter Ehegatten nicht ausgespart werden. Für die notarielle Praxis ist das Skript deswegen so wertvoll, weil es **auf relativ wenigen Seiten viel materielles Wissen vermittelt**, das mit Hilfe der vorhandenen Formulierungsbeispiele bzw. umfassenden Formulierungsvorschläge ohne weiteres praktisch umgesetzt werden kann. Prädikat daher: **besonders empfehlenswert**.

**Dr. Gabriele Müller**

**Viskorf, Hermann-Ulrich/Glier, Josef/Hübner, Heinrich/Knobel, Wolfgang/Schuck, Stefan, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, NWB Verlag Neue Wirtschafts-Briefe, Herne, Berlin, 2001, 1.606 Seiten, 198,- DM (Subskriptionspreis bis zum 23.10.2001 158,- DM)**

Der neue Doppelkommentar stellt nicht nur das ErbStG umfassend dar, sondern auch sämtliche Vorschriften des **Bewertungsgesetzes**, die für das ErbStG von Bedeutung sind. Das Werk hebt sich damit von der Vielzahl der bereits angebotenen ErbStG-Kommentare ab und bietet dem Praktiker ein hervorragendes Arbeitsmittel. Da die Erbschaftsteuerbelastung – wie bei kaum einer anderen Steuer – maßgeblich von der konkreten Einzelfallgestaltung abhängt, ist es besonders wichtig, dass sich der Berater **ohne großen Zeitaufwand ein umfassendes Bild** über die Meinung der Finanzverwaltung, Literatur und Rechtsprechung machen kann, ohne sich dabei in für die Praxis weniger relevanten Spezialproblemen zu verlieren. Diese Anforderungen erfüllt das Werk in einzigartiger Weise. Der Lesefluss ist angenehm, die Fundstellen sind in Fußnoten verbannt, Probleme sind einheitlich an einer Stelle des Buches umfassend dargestellt. Für die Qualität spricht auch das Autorenteam, dessen Mitglieder bereits aus zahlreichen, einschlägigen Veröffentlichungen bekannt sind. Dem Autorenteam ist ein Werk gelungen, dass aus einem Guss ist und jedem Notar nur nachdrücklich und uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden kann.

**Notarassessor Thomas Reich**

## Postvertriebsstück: B 08129

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

### Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 1999, Otto Schmidt Verlag, Köln 2000, 273 Seiten, DM 98,-

Der Tagungsband fasst Vorträge und Diskussionen beim zweiten Jahrestreffen der **Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung** im Oktober 1999 zusammen. So findet sich eine Rechtsprechungsübersicht zum Gesellschaftsrecht von BGH-Richter *Röhrich* in der I. Abteilung, Referate von *Bayer* und *Schiessl* zur aktienrechtlichen Anfechtungsklage in der II. Abteilung. Die III. Abteilung, die fast 2/3 des Tagungsbandes ausmacht, ist verschiedenen Bewertungen des **Centros-Urteils** des EuGH (DNotZ 1999, 593 = NJW 1999, 2027; vgl. Gutachten DNotI-Report 15/2001, 121) gewidmet (Beiträge von *Kindler*, *Merkt*, *Koppensteiner*, *Kiem*, *Hemeling* und *Hilman*). Der Band vereinigt damit gerade für den an aktuellen Debatten im **Internationalen Gesellschaftsrecht** Interessierten eine Vielfalt lesenswerter Beiträge.

Notar a. D. Christian Hertel

## Veranstaltungen

Termine für **November 2001** – Anmeldung und nähere Information bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 14, Fax(0234) 70 35 07 ([www.bnotk.de/DAI/dai.htm](http://www.bnotk.de/DAI/dai.htm)).

**Intensivkurs Gesellschaftsrecht** (Langenfeld/Spiegelberger), 8.-10.11.2001, Bad Kissingen

**Grundkurs für angehende Anwaltsnotare V** (Steinbauer/Dickhuth-Harrach/Schotten), 8.-10.11.2001, Bochum, DAI-Ausbildungszentrum

**Internationales Erbrecht** (Riering/Kindler/Wandel/Schuck), 10.11.2001, Wiesbaden

**Erbrecht in der Kautelarpraxis** (Brambring/Kanzleiter/Reimann), 12./13.11.2001, München

**Kapital- oder Personengesellschaft** (Herzig/Priester/Spiegelberger), 16./17.11.2001, München

**Grundkurs für angehende Anwaltsnotare VI** (Spiegelberger/Grauel/Engfer), 22.-24.11.2001, Bochum

**Praxis der Hauptversammlung** (Buchmeier/Marsch-Barner/Zimmermann), 24.11.2001, Frankfurt

**Modernisierung des Schuldrechts - Einführung unter Berücksichtigung der notariellen Praxis** - (Brambring/Hertel/Amann/Kallrath/Wegmann), 3.11. Berlin, 9.11. Düsseldorf, 10.11. München, 6.12. Bochum, 7.12.2001 Bremen

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](mailto: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.

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

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

#### Verlag:

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

#### Druck:

Druckerei Franz Scheiner  
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg