

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

10. Jahrgang
Februar 2002
ISSN 1434-3460

4/2002

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AktG § 119; BörsenG § 43 Abs. 4, 75 Abs. 3 – Delisting bzw. „going private“ und Zustimmung der Hauptversammlung gemäß der Holz Müller-Entscheidung

GBO § 29; BGB § 86 – Nachweis der Vertretungsbefugnis für eine Stiftung gegenüber dem Grundbuchamt

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB §§ 145, 147, 313 a. F. (§ 311 b Abs. 1 BGB n. F.) – Formwirksamkeit trotz inhaltlicher Unbestimmtheit

TKG § 57 Abs. 1 Nr. 1; BGB §§ 1018 ff. – Duldungspflicht für Telekommunikationsleitungen

GBO §§ 15, 22, 45; BGB §§ 873, 879 – Unrichtigkeit des Grundbuchs bei Verstoß gegen Rangbestimmung in Grundschuldbestellungsurkunde

AktG §§ 76 Abs. 2 Satz 2, 121 Abs. 2 Satz 1, 124 Abs. 3 Satz 1, 243 Abs. 4 – Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft: Vorschläge des Vorstandes zur Beschlussfassung

BNotO § 23; BeurkG § 54a Abs. 6 – Treuhandaufgabe der finanzierenden Bank nach vorbehaltloser Einzahlung unzulässig

Literatur

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AktG § 119; BörsenG § 43 Abs. 4, 75 Abs. 3 Delisting bzw. „going private“ und Zustimmung der Hauptversammlung gemäß der Holz Müller-Entscheidung

I. Sachverhalt

Eine Aktiengesellschaft, deren Aktien derzeit an der Börse am „Neuen Markt“ notiert sind, beabsichtigt, dass der Börsenhandel künftig im „SMAX“ durchgeführt wird. Die Gesellschaft muss damit rechnen, aus dem Neuen Markt ausgeschlossen zu werden, da sie die Voraussetzungen für den Verbleib nicht erfüllt.

II. Frage

Kann der Vorstand diese Entscheidung ohne Zustimmung der Hauptversammlung treffen?

III. Zur Rechtslage

1. Begriff des Delisting oder Going Private

Zieht sich eine Aktiengesellschaft ganz oder teilweise von der Börse zurück, so wird dieser Vorgang allgemein mit den Begriffen „Delisting“ bzw. „Going Private“ umschrieben (Groß, ZHR 165 (2001), 141; Schwark/Geiser, ZHR 161 (1997), 739; Schanz, Börseneinführung, 2. Aufl. 2001, § 17 Rn. 95 ff.; Mülbart, ZHR 165 (2001), 104 ff.; Kleindiek,

„Going private“ und Anlegerschutz, in: FS Bezenberger, 2000, 653 ff.; Bungert, BB 2000, 53; siehe dazu auch LG München DB 1999, 2458, und nachfolgend OLG München AG 2001, 364; Zetsche, NZG 2000, 1065).

In seinen Erscheinungsformen unterscheidet man weiter zwischen einem vollständigen und einem partiellen Delisting. Das **vollständige Delisting** ist der Totalrückzug von der Börse und erfordert, dass eine Gesellschaft den Widerruf ihrer Zulassung für alle Börsensegmente und Börsenplätze beantragt und zwar unabhängig davon, ob sie allein im Inland zugelassen, oder ob sie daneben auch oder gar ausschließlich im Ausland notiert ist (Mülbart, ZHR 165, 104, 106).

Beim **partiellen Delisting** gibt die Gesellschaft lediglich einzelne Börsennotierungen auf. Nach Mülbart (ZHR 165, 104, 107) gibt es hier vielfältige Formen. Als Beispiele nennt er die Fälle, dass sich die Gesellschaft ihrer Notierung in einem von mehreren Börsensegmenten begibt, dass die Gesellschaft in ein Marktsegment von höherer bzw. niedriger Qualität wechselt bzw. einen von mehreren Börsenplätzen aufgibt oder sich ganz an einen neuen Börsenplatz begibt.

2. Kapitalmarktrechtliche Fragen

Rechtsprobleme beim Delisting bzw. Going Private bestehen grundsätzlich unter zwei Aspekten. Zu klären sind ein-

mal die kapitalmarktrechtlichen Fragen des Delisting insbesondere nach dem BörsenG. Weiter hat das Delisting aber auch eine gesellschaftsrechtliche bzw. rein aktienrechtliche Dimension.

Soweit es um die kapitalmarktrechtlichen Fragen des Delisting geht, steht die Vorschrift des § 43 Abs. 4 BörsenG im Mittelpunkt. Die Norm betrifft unmittelbar die zur amtlichen Notierung zugelassenen Aktien. Sie gilt gem. § 75 Abs. 3 BörsenG entsprechend für die im geregelten Markt notierten Werte. Ob sie auch für den Freiverkehr gilt, ist gesetzlich nicht geregelt, dürfte nach unserer Auffassung aber wohl anzunehmen sein. Die Bestimmung betrifft die abschließende Delisting-Entscheidung der Börsenzulassungsstelle im verwaltungsrechtlichen Marktentlastungsverfahren. Die Norm regelt, unter welchen Voraussetzungen und mit welchem Inhalt die Zulassung einer Aktie widerrufen werden darf (Mülbert, ZHR 165, 104, 109, 116 ff.; Groß, ZHR 165, 141, 145 ff.; Schanz, § 17 Rn. 107 f.; Schwark/Geiser, ZHR 161, 739, 755 f.; Schäfer/Hamann, WPHG, Börsengesetz, 2001, § 43 BörsenG Rn. 24 ff.; Bungert, BB 2000, 53 f.).

3. Gesellschaftsrechtliche Fragen

Im Gesellschaftsrecht fehlt eine ausdrückliche Regelung des Delisting. Unter Anwendung der allgemeinen Vorschriften geht es beim Delisting unter gesellschaftsrechtlichen Aspekten im Wesentlichen um die Frage, wer für das Delisting innerhalb der Gesellschaft zuständig ist und ob hier insbesondere ein **Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung** gegeben ist. Weiter geht es dabei aber auch um die Frage, ob flankierende Schutzmaßnahmen für die **Minderheitsaktionäre** in Form eines Barabfindungsgebots geboten sind (Bungert, BB 2000, 53, 54 ff.; Mülbert, ZHR 165, 104, 110 f.; 124 ff.; Groß, ZHR 165, 141, 160 f.).

a) In der **Rechtsprechung** liegen nach unserem Kenntnisstand zum Delisting lediglich zwei veröffentlichte Entscheidungen vor. Der Fall betraf – im Gegensatz zu dem hier vorliegenden Sachverhalt – ein vollständiges Delisting einer Aktiengesellschaft, also den Totalrückzug der Gesellschaft von der Börse. Nach Auffassung des **LG München** (BB 1999, 2634 = DB 1999, 2458) stelle die Frage der Börsenzulassung eine Strukturmaßnahme von herausragender Bedeutung für die Gesellschaft dar, so dass grundsätzlich die Zustimmung der Hauptversammlung notwendig sei.

Das **OLG München** als Berufungsinstanz hat sich dieser Sichtweise angeschlossen (AG 2001, 364, 365). Es führt insoweit aus: „Nach den Grundsätzen der Holz Müller-Entscheidung (BGHZ 83, 122 = NJW 1982, 1703) besteht eine ungeschriebene Zuständigkeit für Maßnahmen der Gesellschaft, die in ihrer Tragweite für die Aktionäre denjenigen entsprechen, die das Gesetz der Entscheidungskompetenz der Hauptversammlung unterstellt. Erfasst werden danach solche Entscheidungen, die in die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre und deren im Anteilseigentum verkörpertes Vermögensinteresse so stark eingreifen, dass der Vorstand vernünftigerweise nicht annehmen kann, er dürfe sie ausschließlich in eigener Verantwortung treffen.“

Die streitgegenständliche Ermächtigung des Vorstandes stellt nach diesen Kriterien eine solche Grundlagenentscheidung dar. Die mit dem „Going Private“ verbundene Einschränkung der Handelbarkeit der Geschäftsanteile, die durch den Freiverkehr nicht ausgeglichen werden kann, der Wegfall von Publizitäts- und Verhaltenspflichten nach dem

Börsen- und Wertpapierhandelsgesetz, wie die kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten, §§ 44 ff. BörsenG und die ad-hoc-Publizität, § 15 WPHG, die den amtlichen oder geregelten Markt voraussetzen, tangieren massiv die wirtschaftlichen Interessen der Aktionäre. Vor allem die eingeschränkte Fungibilität der Aktien steht der ursprünglichen Investitionsentscheidung insbesondere der Minderheitsaktionäre relevant entgegen. Die Bedeutung der Handelbarkeit als Eigenschaft des Aktieneigentums liegt bei Beteiligungen an börsennotierten Aktiengesellschaften nämlich insbesondere darin, dass es den Aktionären – jedenfalls in Zeiten eines funktionierenden Kapitalmarktes – praktisch jederzeit möglich ist, die Aktien zu marktgerechten, ordnungsgemäß zustande gekommenen und staatlich überwachten Preisen veräußern zu können. Die Aktie ist aus der Sicht des Kleinaktionärs gerade deshalb so attraktiv, weil er sein Kapital hiermit nicht auf längere Sicht bindet, sondern die Aktie fast stets wiederveräußern kann.

Obwohl den Minderheitsaktionären bei einem Delisting die vermögensrechtlichen Ansprüche auf Bilanzgewinn, soweit er zur Verteilung kommt, das Recht auf den Bezug neuer Aktien bei einer Kapitalerhöhung, sowie das Recht auf Teilnahme am Liquidationserlös erhalten bleiben – ebenso wie die Verwaltungsrechte, die allerdings bei den Kleinaktionären in den Hintergrund treten –, rechtfertigt dieser mit dem Delisting verbundene Eingriff in die wirtschaftlichen und damit vermögensrechtlichen Interessen der Minderheit nach den Grundsätzen der Holz Müller-Doktrin, von einer Grundlagenentscheidung auszugehen.“

b) In der **Literatur** wird diese Sichtweise des OLG München, die im Wesentlichen auf den Ausführungen von Schwark/Geiser (ZHR 161, 739 ff.) beruht, jedenfalls für den Fall eines Totalrückzugs von den deutschen Börsen bejaht (Schanz, § 17 Rn. 116; Schäfer/Hamann, § 43 Rn. 29; MünchHdB-Wiesner, 2. Aufl. 1999, § 19 Rn. 8; Obermüller/Werner/Winden/Butzke, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, 4. Aufl. 2001, L Rn. 84; Semler/Volhard, HV-HdB, 1999, I A Rn. 182 und II U Rn. 52; Kleindiek, in: FS Bezenberger, 653, 655 ff.; Lutter, in: FS Zöllner, 363, 380 ff.). Umstritten ist dabei unter den Anhängern dieser Ansicht jedoch, ob ein Beschluss der Hauptversammlung mit **einfacher Stimmenmehrheit** genügt (Volmer/Grupp, ZGR 1995, 459, 466), ob dafür ein Beschluss mit satzungsändernder **3/4-Mehrheit** erforderlich ist (Lutter, in: FS Zöllner, 363, 378; Helwig, ZGR 1999, 781, 799 ff.; Kleindiek, in: FS Bezenberger, 653, 663 f.; Schanz, § 17 Rn. 116; Zetsche, NZG 2000, 1065, 1067) oder ob schließlich eine **90%-ige Mehrheit** notwendig sei (Grupp, Börseneintritt und Börsenaustritt, 1995, 198). Das LG München wie auch das OLG München haben hierzu nicht Stellung genommen.

c) Nach **a. A.** komme der Holz Müller-Entscheidung beim Delisting dagegen keine Bedeutung zu. Das Delisting stelle keinen Eingriff in Mitgliedschaftsrechte in der Intensität einer „Holz Müller-Maßnahme“ dar. Es genüge allein der Schutz der Aktionäre durch das vorrangig anzuwendende Kapitalmarktrecht (Bungert, BB 2000, 53, 55 f.; Mülbert, ZHR 165, 104, 129 ff.; Groß, ZHR 165, 141, 161 f.).

4. Teilweises Delisting

Zieht sich eine Gesellschaft demgegenüber lediglich teilweise von der Börse zurück, ohne insgesamt den Börsenhandel im Inland bzw. im Ausland zu beenden, so geht – soweit ersichtlich – die wohl überwiegende Ansicht davon

aus, dass hierin **keine Strukturmaßnahme im Sinne der „Holzmüller-Doktrin“** zu erkennen sei. Da die Aktien weiter an einer Börse gehandelt werden, bleibe in diesem Fall die **Fungibilität der Aktie erhalten** (Schwark/Geiser, ZHR 161, 739, 762; Bungert, BB 2000, 53, 55 f.; Semler/Volhard, HVHdB I A Rn. 182; Groß, ZHR 165, 141, 161 (Fn. 104), 163 ff.; Schäfer/Hamann, § 43 Rn. 30). Ein Mitspracherecht der Hauptversammlung beim Rückzug auf ein anderes Handelssegment würde daher zu weit gehen (Schanz, § 17 Rn. 112 für den Fall des Rückzugs auf einen Börsenplatz).

Nach unserer Auffassung dürfte dieser Ansicht grundsätzlich folgen zu sein. Schutzwürdige Interessen der Anleger sind durch ein solches partielles Delisting nicht beeinträchtigt, wenn jedenfalls die Aktien der Gesellschaft noch an einem Börsenplatz bzw. in einem Börsensegment gehandelt werden. Jedoch dürfte es dabei entscheidend darauf ankommen, ob für diesen Börsenplatz bzw. für das verbliebene Börsensegment im Wesentlichen die gleichen Schutzvorschriften gelten, wie sie auch vor dem teilweisen Delisting gegolten haben. Unter Zugrundelegung der Auffassung des OLG München (AG 2001, 364, 365) kommt es u. E. im Ergebnis darauf an, ob mit dem teilweisen Delisting eine derart intensive Einschränkung der Handelbarkeit der Geschäftsanteile einhergeht, „die durch den Freiverkehr (bzw. durch den verbleibenden Börsenhandel) nicht ausgeglichen werden kann. Weiter dürfte es aber auch darauf ankommen, ob damit gleichzeitig weitere Publizitäts- und Verhaltenspflichten nach dem Börsen- und Wertpapierhandelsgesetz, so insbesondere die **kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten** und die ad hoc-Publizität wegfallen, oder ob diese auch noch nach dem teilweisen Delisting für den Handel an dem jeweiligen Börsenplatz bzw. in dem jeweiligen Börsensegment weitergelten.

5. Anwendung auf den vorliegenden Fall

Überträgt man die vorstehenden Ausführungen auf den vorliegenden Sachverhalt, so ist zunächst festzustellen, dass der Börsenhandel für die in Rede stehenden Aktien grundsätzlich erhalten bleibt. Während die Aktien bislang im „Neuen Markt“ gehandelt wurden, sollen sie nunmehr im „SMAX“ gehandelt werden. Beim „Neuen Markt“ wie auch beim „SMAX“ handelt es sich um jeweils eigenständige Handelssegmente innerhalb des Marktsegments „Freiverkehr“ gem. § 78 BörsenG (als Gegensatz zum „amtlichen Markt“, d. h. dem Segment des Börsenhandels, in dem die Wertpapiere mit amtlicher Notierung gehandelt werden, § 36 Abs. 1 BörsenG).

Auch wenn der Handel im Neuen Markt im privatrechtlich geprägten Freiverkehr erfolgt, setzt die Zulassung zum Neuen Markt im Gegensatz zum „normalen“ Freiverkehr aber nach Ziff. 2.3 I der Zulassungsbedingungen für den Neuen Markt voraus, dass der Emittent das öffentlich-rechtliche Zulassungsverfahren des „Geregelten Marktes“ durchlaufen hat und darüber hinausgehende Zulassungsvoraussetzungen privatrechtlicher Herkunft erfüllt (Schanz, § 11 Rn. 43). Im Ergebnis werden die Aktien des Neuen Marktes zum „Geregelten Markt“ zugelassen, die Handelsaufnahme findet jedoch im Neuen Markt statt (<http://deutsche-boerse.com>).

Grundvoraussetzung für die Aufnahme in den „SMAX“ ist ganz allgemein eine Zulassung an der Frankfurter Wertpapierbörse zum „amtlichen Handel“ oder zum „Geregelten Markt“ (Schanz, § 11 Rn. 106; <http://deutsche-boerse.com>).

Da sich dieses Handelssegment jedoch ausschließlich an sog. „small caps“, d. h. an Unternehmen mit einer bestimmten Größe bezüglich des Umsatzes als auch der Mitarbeiterzahl richtet und eine Überschneidung mit anderen Börsensegmenten ausgeschlossen sein soll, ist eine Teilnahme am „SMAX“ nicht möglich, wenn die Aktien des Emittenten beispielsweise am Neuen Markt zugelassen sind (Schanz, a. a. O.).

Wenn hiernach aber eine Börsenzulassung zum Neuen Markt ebenso wie die Zulassung zum SMAX grundsätzlich eine Zulassung zum Geregelten Markt voraussetzt und diese Zulassung zum Geregelten Markt unberührt lässt, scheint deshalb bei einem Wechsel vom Neuen Markt zum „SMAX“ ein Delisting nicht erforderlich zu sein (so ausdrücklich Schanz, § 11 Rn. 107).

Diese Ansicht entspricht u. E. jedenfalls für den hier zu entscheidenden Einzelfall auch der vorgenannten Rechtsprechung. Entscheidend kommt es u. E. hiernach vielmehr darauf an, ob die für den „SMAX“ geltenden Publizitäts- und Verhaltenspflichten denen des „Neuen Marktes“ entsprechen und insbesondere auch die Informationspflichten dieselben sind. Solches ist nach unserer Auffassung im Hinblick auf die Folgepflichten einer Notierung am „Neuen Markt“ bzw. im „SMAX“ zu bejahen (vgl. hierzu <http://deutsche-boerse.com>; siehe dazu auch Schanz, § 11 Rn. 55 ff. und Rn. 106 ff.).

GB0 § 29; BGB § 86

Nachweis der Vertretungsbefugnis für eine Stiftung gegenüber dem Grundbuchamt

I. Frage

Wie kann die Vertretungsbefugnis bei einer Stiftung im Land Brandenburg gegenüber dem Grundbuchamt nachgewiesen werden?

II. Rechtslage

1. Vertretungsbefugnis und § 29 GBO

Da das Grundbuchamt die Wirksamkeit der Bewilligung bzw. der Einigung im Fall des § 20 GBO zu prüfen hat, hat es auch zu prüfen, ob der Vertreter im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Erklärung ausreichend mit Vertretungsmacht ausgestattet war. Für diesen Vertretungsnachweis gilt grundsätzlich das Formerfordernis des § 29 GBO (vgl. nur Schaub, in: Bauer/v. Oefele, GBO, 1999, AT VII Rn. 158 f.). Da Stiftungen in § 32 GBO nicht erwähnt sind, gilt die Maßgabe des § 29 GBO auch hier (vgl. hierzu allgemein Demharter, GBO, 24. Aufl. 2001, § 32 GBO Rn. 2).

2. Stiftungsverzeichnisse bzw. Stiftungsgeschäft

a) Es ist nun anerkannt, dass die in einigen Bundesländern – so auch in Brandenburg – geführten **Stiftungsverzeichnisse keine Register im Rechtssinn** sind, zumal die Eintragungen keinen Vertrauensschutz genießen. Dies geht in concreto aus § 23 Abs. 3 BrbgStiftG hervor, der klarstellt, dass Eintragungen nicht die Vermutung ihrer Richtigkeit begründen. Der Notar kann daher für Stiftungen keine Vertretungsbescheinigung gem. § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BNotO erstellen. Auch kann ein Auszug aus dem Stiftungsverzeichnis nicht genügen (Wachter, Stiftungen, Zivil- und Steuerrecht in der Praxis, 2001, H Rn. 6; Schaub, in: Bauer/v. Oefele, AT VII Rn. 299; Seifart/v. Campenhausen, Handbuch des Stiftungsrechts, 2. Aufl. 1999, § 9 Rn. 41).

b) Wäre das Stiftungsgeschäft bzw. die Stiftungssatzung in einer öffentlichen Urkunde enthalten und wären die Vertretungsberechtigten dort namentlich benannt, so kann der Vertretungsnachweis auf diesem Wege erfolgen. In der Praxis kommt dies jedoch kaum vor (vgl. Wachter, Rn. 6; andere Einschätzung bei Schaub, in: Bauer/v. Oefele, AT VII Rn. 301). Wir gehen auch für den vorliegenden Fall davon aus, dass ein Vertretungsnachweis nicht durch Vorlage der Urkunde über das Stiftungsgeschäft geführt werden kann.

3. Vertretungsbescheinigung der Aufsichtsbehörde

a) In einigen Bundesländern existiert nun eine gesetzliche Regelung für die Erteilung von Vertretungsbescheinigungen zum Zwecke des Nachweises der Vertretungsbefugnis des Stiftungsvorstands. Solche **von den Aufsichtsbehörden zu erteilenden Bescheinigungen** legitimieren die genannten Personen im Rechtsverkehr, so auch im Grundbuchverkehr. Brandenburg gehört allerdings nicht zu den Bundesländern, die insoweit eine gesetzliche Regelung begründet haben (vgl. hierzu Staudinger/Rawert, BGB, 13. Bearbeitung 1995, Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 80; Wachter, Rn. 6).

b) In der Literatur wird jedoch auch **ohne eine ausdrückliche gesetzliche Regelung** die Möglichkeit anerkannt, dass die Aufsichtsbehörde eine Vertretungsbescheinigung ausstellt, die die genannten Personen im Rechtsverkehr legitimiert (Seifart/v. Campenhausen, Rn. 36; Schaub, AT VII Rn. 299; Rawert, Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB, Rn. 80; Wachter, Rn. 6). Zum Teil wird geltend gemacht, dass Vertretungsbescheinigungen von den Stiftungsaufsichtsbehörden wegen der erheblichen Haftungsgefahr nur ausgestellt werden dürfen, „wenn die Vertretungsmacht der betreffenden Person urkundlich nachgewiesen ist und eindeutig feststeht“ (so die Niedersächsischen Ausführungsrichtlinien, vgl. Seifart/v. Campenhausen, a. a. O., Rn. 37).

Es dürfte aber zutreffen, dass die Stiftung einen **Rechtsanspruch auf Erteilung einer Vertretungsbescheinigung** hat, „sofern ihre Organe ihren aufsichtsrechtlichen Verpflichtungen zur Meldung von Veränderungen in der Zusammensetzung des Vorstands nachgekommen sind. Anderenfalls würde der Stiftung z. B. im Registerrecht die Handlungsfähigkeit genommen (vgl. § 29 GBO; § 12 HGB). Dies wäre mit dem Grundrechtsschutz der Stiftung nicht vereinbar“ (so Rawert, Vorbem. zu §§ 80 ff. BGB Rn. 80; dem folgend Wachter, Rn. 6; tendenziell auch Seifart/v. Campenhausen, Rn. 38 f.).

4. Ergebnis

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass der Vertretungsnachweis entweder durch Vorlage der Stiftungssatzung unter den oben genannten Voraussetzungen oder durch Vorlage einer von der Aufsichtsbehörde ausgestellten Vertretungsbescheinigung zu führen sein wird. Weitere Möglichkeiten sind nicht ersichtlich.

Gutachten im Fax-Abruf

BGB §§ 133, 138; BSHG §§ 2, 68 ff.

„Ruhen“ der vertraglich geschuldeten Pflege bei Anspruch auf häusliche Pflegehilfe oder Pflegegeld nach den gesetzlichen Vorschriften

Fax-Abruf-Nr.: 11241

BGB §§ 94, 95, 97

Sonnenkollektoren und Elektrovoltaikanlage als Bestandteil eines Grundstücks oder Zubehör

Fax-Abruf-Nr.: 11242

GBO § 29; Gesetz über die KfW §§ 6, 11, 12

Vertretung der Kreditanstalt für Wiederaufbau bei Abschluss eines Grundstückskaufvertrages

Fax-Abruf-Nr.: 11243

EGBGB Art. 25, 26

Österreich: Behindertentestament

Fax-Abruf-Nr.: 1499

Rechtsprechung

BGB §§ 145, 147, 313 a. F. (§ 311 b Abs. 1 BGB n. F.)

Formwirksamkeit trotz inhaltlicher Unbestimmtheit

Haben die Parteien dem Vereinbarten in der Urkunde Ausdruck gegeben, kommt eine Nichtigkeit wegen Formmangels nicht in Betracht; dem Risiko, dass das Vereinbarte wegen der Unbestimmtheit seines Inhalts keine Bindung zu erzeugen vermag, bleiben sie allerdings ausgesetzt (zur Bezeichnung noch nicht gebildeten Wohnungseigentums).

BGH, Urt. v. 23.11.2001 – V ZR 282/00

Kz.: L I 1 – § 313 BGB a. F.

Fax-Abruf-Nr.: 10136

Problem

Im Rahmen einer Vertriebsvereinbarung hatte sich die Vertrieberin verpflichtet, die bis zu einem bestimmten Termin nicht veräußerten Eigentumswohnungen zum Preis von 2.600 DM/qm von der Eigentümerin zu kaufen. In der Vereinbarung heißt es: „Eine Teilungserklärung zur Bildung von Wohnungs- und Teileigentum gem. § 8 WEG wurde bereits ... erstellt; diese Teilungserklärung soll jedoch abgeändert und neugefasst werden.“ Nähere Vorgaben für die Abänderung der Teilungserklärung enthielt die Vereinbarung nicht. Die Vertrieberin hielt die Vereinbarung für formunwirksam, da die betroffenen Wohnungseigentums-einheiten darin nicht bestimmt seien.

Entscheidung

Der BGH qualifizierte die Vereinbarung als Vorvertrag. Er ging davon aus, dass die Beteiligten über das Sondereigentum und die Größe des Miteigentumsanteils der betroffenen Wohnungseigentums-einheiten noch keine Vereinbarung getroffen hatten. Dann handele es sich aber nicht um eine Frage der Formnichtigkeit (da alles Vereinbarte beurkundet wurde), sondern allenfalls um eine Frage der inhaltlichen Bestimmtheit. Im vorliegenden Fall bejahte der BGH auch die inhaltliche Bestimmtheit, da er der Vereinbarung ein Bestimmungsrecht der Eigentümerin über die endgültige Aufteilung entnahm (§ 315 BGB).

**TKG § 57 Abs. 1 Nr. 1; BGB §§ 1018 ff.
Duldungspflicht für Telekommunikationsleitungen**

Die Duldungspflicht des Grundstückseigentümers nach § 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG ist nicht nur dann begründet, wenn bereits vorhandene Leitungen im Wege der Zweckänderung für telekommunikative Aufgaben genutzt werden sollen, sondern auch dann, wenn der Unternehmer den durch eine Dienstbarkeit geschützten Bereich, in dem bisher schon eine Versorgungsleitung unterhalten wurde, für die Neuerrichtung von Telekommunikationslinien in Anspruch nimmt.

BGH, Urt. v. 23.11.2001 – V ZR 419/00
Kz.: L I 1 – § 1018 BGB
Fax-Abruf-Nr.: 10137

Problem

Nach § 57 Telekommunikationsgesetz (TKG) (BGBl. 1996 I, S. 1120) müssen Grundstückseigentümer Errichtung und Betrieb von Telekommunikationslinien auf ihrem Grundstück dulden, soweit entweder hierfür eine andere auf dem Grundstück "durch ein Recht gesicherte Leitung oder Anlage" genutzt wird und die Nutzbarkeit des Grundstücks durch die zusätzliche Telekommunikationslinie "nicht dauerhaft zusätzlich eingeschränkt wird" (§ 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG) oder – auch wenn noch keine andere Anlage auf dem Grundstück besteht –, wenn "das Grundstück durch die Benutzung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt wird" (§ 57 Abs. 1 Nr. 2 TKG). Das Bundesverfassungsgericht hatte entschieden, dass § 57 Abs. 1 Nr. 2 TKG eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums enthält (BVerfG NJW 2000, 798, 799).

Strittig war nun, ob sich die Duldungspflicht im Rahmen des § 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG auf die tatsächlich in der Natur bereits vorhandene Anlage beschränkt (also insbesondere auf den Fall, dass neben Energieleitungen bereits leere Schutzrohre für Telekommunikationsleitungen verlegt sind – so OLG Düsseldorf NJW 1999, 956) oder ob insbesondere bei der Absicherung von Leitungsrechten durch Dienstbarkeiten der gesamte geschützte Bereich (Schutzstreifen) als "Anlage" im Sinne des § 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG anzusehen ist (so OLG Oldenburg NJW 1999, 957, 958; ebenso die ganz h. M. in der Literatur).

Entscheidung

Der BGH entschied in mehreren Parallelentscheidungen, dass Telekommunikationslinien nach § 57 Abs. 1 Nr. 1 TKG innerhalb des gesamten Schutzstreifen eines Leitungsrechtes zu dulden sind, nicht nur innerhalb des bereits bisher tatsächlich von anderen Leitungen genutzten Bereichs.

**GBO §§ 15, 22, 45; BGB §§ 873, 879
Unrichtigkeit des Grundbuchs bei Verstoß gegen Rangbestimmung in Grundschuldbestellungsurkunde**

Reicht der Urkundsnotar "gleichzeitig" mehrere von ihm errichtete Grundpfandrechtsbestellungen zum Vollzug ein, in denen ein bestimmtes Rangverhältnis der Grundpfandrechte untereinander bewilligt ist, so wird das Grundbuch unrichtig, wenn der Grundbuchführer

der Rangbestimmung zuwider Gleichrangvermerke in das Grundbuch einträgt. Entspricht die räumliche Anordnung der Eintragungen der bestimmten Rangfolge, ist das Grundbuch dahin zu berichtigen, dass die Gleichrangvermerke gelöscht werden.

OLG Brandenburg, Beschl. v. 3.9.2001 – 8 Wx 218/00
Kz.: L II 3 – § 45 GBO
Fax-Abruf-Nr.: 10138

Problem

Ein Notar reichte gleichzeitig die Vormerkung für einen Grundstückskaufvertrag (Angebot/Annahme) sowie zwei Finanzierungsgrundschulden beim Grundbuchamt zum Vollzug ein. In der Bewilligung zur Finanzierungsgrundschuld über 95.000 DM für die A-Bank hieß es, der Grundschuld dürften in Abs. II und III des Grundbuches keine Rechte vorgehen und weiter: "Die Grundschuld soll bereits entstehen an nächstoffener Rangstelle. Der Schuldner tritt mit der eingetragenen Vormerkung im Rang hinter das bestellte Grundpfandrecht zurück und bewilligt und beantragt die Eintragung des Rücktritts im Grundbuch." In der Bewilligung der Grundschuld über 105.000 DM hieß es, der Grundschuld dürften in Abt. II keine und in Abt. III eine Briefgrundschuld in Höhe von 95.000 DM für die A-Bank vorgehen. Außerdem waren wiederum die Erklärungen über die Entstehung an nächstoffener Rangstelle und den Rangrücktritt der Vormerkung enthalten.

Der Notar beantragte mit Formschriften den Vollzug der Vormerkung und der Grundschulden, letzterer "im Rang vor der Vormerkung in Abt. III an nächstoffener Rangstelle" sowie "Rangänderung". Bei der Eintragung vermerkte das Grundbuchamt den Vorrang beider Grundschulden vor der Vormerkung. Bei den Grundschulden wurde zunächst die Grundschuld über 95.000 DM, danach die über 105.000 DM eingetragen; jedoch beide mit Gleichrangvermerk untereinander. Das Grundbuchamt begründete dies damit, dass der Notar in seinem Antrag kein Rangverhältnis beider Grundschulden untereinander bestimmt habe.

Entscheidung

Das OLG Brandenburg wies das Grundbuchamt zur Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 GBO an. Aus den Eintragungsbewilligungen für die Grundschulden ergebe sich zweifelsfrei, dass die beiden Grundpfandrechte untereinander nicht im Gleichrang stehen sollten. Diese Rangbestimmung hätte im Antrag nicht wiederholt werden müssen. Im zugrunde liegenden Fall war sie jedoch im Antrag sogar enthalten, da der "Antrag" des Notars (§ 15 GBO) lediglich auf den "Vollzug" der in den Urkunden enthaltenen Anträge der Beteiligten gerichtet war. Die Erklärung, wonach die Rechte zunächst an "nächststoffener Rangstelle" einzutragen waren, bezog sich nicht auf das Rangverhältnis der Grundschulden untereinander, sondern auf im Rahmen der Kaufvertragsabwicklung noch zu löschende Voreintragungen.

**AktG §§ 76 Abs. 2 Satz 2, 121 Abs. 2 Satz 1, 124 Abs. 3 Satz 1, 243 Abs. 4
Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft:
Vorschläge des Vorstandes zur Beschlussfassung**

a) Die Verpflichtung, der Hauptversammlung zu den einzelnen Tagesordnungspunkten Vorschläge zur

Beschlussfassung zu unterbreiten, trifft den Gesamtvorstand als Leitungsaufgabe.

b) Bei dem Ausscheiden eines Vorstandsmitgliedes aus dem zweiköpfigen Vorstand einer mit einem Grundkapital von mehr als 3 Mio. DM (künftig: 3 Mio. €) ausgestatteten Aktiengesellschaft darf das verbleibende Mitglied grundsätzlich Aufgaben, die nur der Gesamtvorstand wahrnehmen kann, nicht ausführen.

c) Werden einem Aktionär Informationen vorenthalten, die für seine Mitwirkung an der Beschlussfassung der Hauptversammlung wesentlich sind, werden seine gesellschaftsrechtlichen Teilnahme- und Mitwirkungsrechte verletzt. Es ist davon auszugehen, dass sich dieser Informationsmangel – bei wertender Betrachtungsweise – in der Regel auf das Beschlussergebnis nachteilig auswirkt.

BGH, Urt. v. 12.11.2001 – II ZR 225/99
Kz.: L V 3 – § 76 AktG
Fax-Abruf-Nr.: **10139**

Problem

Die Wirksamkeit von Beschlüssen der Hauptversammlung wurde angegriffen, da die diesbezgl. Beschlussvorschläge nur von dem allein verbliebenen Vorstandsmitglied eingebracht worden waren. Das andere Vorstandsamt war nach dem Ausscheiden des zweiten Vorstandes unbesetzt geblieben (wohl weil man dies nach der Einleitung des Gesamtvollstreckungsverfahrens für nicht mehr erforderlich hielt). Damit wurde jedoch gegen **§ 76 Abs. 2 AktG** verstoßen, wonach bei Gesellschaften mit einem Grundkapital von früher mehr als 3 Mio. DM (jetzt 3 Mio. €) der Vorstand aus mindestens 2 Personen bestehen muss, sofern die Satzung nicht etwas anderes vorsieht.

Entscheidung

Der BGH hielt die Hauptversammlungsbeschlüsse für unwirksam, denn die Beschlussvorschläge seien nach § 124 Abs. 3 AktG vom Gesamtvorstand zu unterbreiten. Werde die Mindestzahl von Vorstandsmitgliedern nach § 76 Abs. 2 AktG unterschritten, so dürfe nicht etwa das verbleibende Vorstandsmitglied die Aufgaben ausführen, die nur dem Gesamtvorstand vorbehalten sind. Stattdessen hätte der Aufsichtsrat ein neues Vorstandsmitglied bestellen müssen (§ 84 Abs. 1 AktG). Dies gelte auch nach Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens; denn auch im Gesamtvollstreckungsverfahren bleibe die Stimme des Vorstands der Gesellschaft erhalten; lediglich sein Aufgabenbereich werde beschränkt (§§ 262 Abs. 1 Nr. 3, 264 Abs. 1 AktG). Dieser Verfahrensfehler wirke sich auch auf die Beschlussfassung aus, da die Hauptversammlung über nicht ordnungsgemäß bekannt gemachte Gegenstände der Tagesordnung nach § 124 Abs. 4 AktG keine Beschlüsse hätte fassen dürfen.

**BNotO § 23; BeurkG § 54a Abs. 6
Treuhandaufgabe der finanzierenden Bank nach vorbehaltloser Einzahlung unzulässig**

Gibt eine Bank Darlehensmittel zur Finanzierung eines Grundstückskaufes durch Kaufpreishinterlegung bei einem Notar aus der Hand, kann sie die erbrachte Leistung grundsätzlich nicht durch spätere einseitige Verwahrungsanweisungen einschränken.

BGH, Urt. v. 25.10.2001 – IX ZR 427/98
Kz.: L III 2 – § 54 a Abs. 6 BeurkG
Fax-Abruf-Nr.: **10140**

Problem

Bei einer Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto hatte die finanzierende Bank das Geld am 13.6. mit folgendem Vermerk gutgeschrieben: "Kaufpreiszahlung abzgl. Anzahlung ... zu treuen Händen". In der vorherigen Ankündigung der Überweisung per Fax war ebenfalls von einer Überweisung "zu treuen Händen" die Rede. Mit Schreiben vom 14.6., welches beim Notar am 19.6. einging, erteilte die Bank dann eine Treuhandaufgabe. Nachdem die Bank erfahren hatte, dass die Käuferin zahlungsunfähig sei, widersprach sie am 18.7. ihre Treuhandaufgabe und verlangte Rückzahlung.

Entscheidung

Nach der Entscheidung des BGH konnte die Bank eine Treuhandaufgabe spätestens mit der Überweisung des Kaufpreises auf das Notaranderkonto erteilen oder musste sich jedoch wenigstens erkennbar solche Weisung vorbehalten haben. Entgegen einer Literaturmeinung (Hertel, in: Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, 2000, § 54 c BeurkG Rn. 9) genüge nicht, wenn die Treuhandaufgabe – wie hier – binnen der üblichen Postlaufzeiten eingehe, denn die Rechte der Verwahrungsbeteiligten könnten nicht in der Schwebe bleiben.

Literaturhinweise

Demharter, Johann, Grundbuchordnung, 24. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2002, 1310 Seiten, 68 €

Aktuell, mit umfangreichen Rechtsprechungsnachweisen und dennoch knapp gehalten – diese Vorteile des *Demharter* charakterisieren auch die Neuauflage. Gegenüber der Voraufgabe von 2000 sind insbesondere das Gesetz zur Umstellung des Kostenrechts, das Zweite Eigentumsfristengesetz und das Lebenspartnerschaftsgesetz eingearbeitet – ebenso selbstverständlich die BVerfG-Entscheidung zur Gewährung rechtlichen Gehörs im Verfahren vor dem Rechtspfleger und zur Grundbucheinsicht der Presse. Wer sich aktuell und knapp über eine grundbuchrechtliche Frage informieren will, kommt am *Demharter* nicht vorbei.

Notar a. D. Christian Hertel

C. Armbrüster, Treuhänderische GmbH-Beteiligungen, Recht und Pflichten von Treuhänder und Treugeber in der Gesellschaft, GmbHR 2001, 941 und 1021

D. Boerner, Kaufrechtliche Sachmängelhaftung und Schuldrechtsreform, ZIP 2001, 2264

R. Brandhuber, Begründung einer Lebenspartnerschaft – Beizubringende Unterlagen, Lebenspartnerschaftsname, Lebenspartnerschaftsbuch, MittBayNot Sonderheft 2001, 11

E. Deimann, Abtretung des schuldrechtlichen Eigentumsverschaffungsanspruchs vor Eintragung einer Auflassungsvormerkung, Rpfleger 2001, 583

K. Ebling, Der Steuerabzug bei Bauleistungen, DStR Beihefte zu Heft 51-52

S. Frank, Die eingetragene Lebenspartnerschaft unter Beteiligung von Ausländern, MittBayNot 2001, Sonderheft S. 35

B. Grunewald/H.-F. Müller, Die Entwicklung des Gesellschaftsrechts in den Jahren 1999 und 2000, JZ 2001, 1120

M. Heidenhain, Nochmals: Der Zweck der Beurkundungspflicht für Veräußerungsverträge über GmbH-Geschäftsanteile, ZIP 2001, 2113

M. Jülicher, Zahlungen auf Pflichtteilergänzungsansprüche und ihre unterschiedliche Berücksichtigung im Erbschaftsteuerrecht, ZEV 2001, 428

D. Kaiser, Die Rechtsfolgen des Rücktritts in der Schuldrechtsreform, JZ 2001, 1057

R. Kanzleiter, Der Zweck der Beurkundungspflicht für Veräußerungsverträge über GmbH-Geschäftsanteile, ZIP 2001, 2105

A. Kersten, Verwahrungs- und Massenbuch nach der Neufassung der Dienstordnung für Notarinnen und Notare (DNotP) ZNotP 2001, 470

R. Körner, Das Bundes-Bodenschutzgesetz in der zivilrechtlichen Vertragsgestaltung, ZfIR 2001, 889

H.-F. Kreuß, Der Rückforderungsanspruch wegen Verarmung des Schenkers im Kontext des Sozialhilferechts, ZEV 2001, 417

G. H. Langhein, Notarieller Rechtsverkehr mit englischen Gesellschaften, NZG 2001, 1123

F. Lingenfelsen, Zur Bedeutung des § 14 Heimgesetz, BWNotZ 2001, 118

K. Lautner, Auswirkungen der Rechts- und Parteifähigkeit der (Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts auf die notarielle Tätigkeit im Grundstücksrechtsverkehr, MittBayNot 2001, 425

A.-K. Lingk, Die Regelung der Lasten- und Kostentragung im Wohnungseigentumsrecht, RNotZ 2001, 421

M. Lutter, Europäische Aktiengesellschaft – Rechtsfigur mit Zukunft?, BB 2002, 1

K. Muscheler, Kindespflichtteil und Erbschaftsteuer beim Berliner Testament, ZEV 2001, 377

S. Mutter/R. Mikus, Das "Stuttgarter Modell": Steueroptimierte Stock Option-Programme ohne Beschluss der Hauptversammlung, ZIP 2001, 1949

Veranstaltungen

Termine für **April 2002** – Anmeldung und nähere Information bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 (www.anwaltsinstitut.de).

Intensivkurs Internationales Privatrecht (Riering/Schotten/Wandel), 11.4. – 13.4.2002 Berlin

Vermögensnachfolge – Privatvermögen – (Spiegelberger), 19.4.2002 Hildesheim

Steuerrecht für Notare II (Kiefer/Köhler/Rauh/Schuck), 25.4. – 26.4.2002 Lübeck

Gestaltung und Sicherung der typischen Unternehmerpflichten beim Überlassungsvertrag (Amann/Wegmann), 26.4.2002 Münster

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 155,00 € Einzelheft 6,50 € 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