

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

5/1993 · Juli 1993

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 181 - Untervollmacht bei Insichgeschäft

GmbHG §§ 7, 8, 9 - Rechtsgeschäfte vor Anmeldung der GmbH bei Sachgründung

BGB §§ 873, 925 - Sachlicher Zusammenhang zwischen Grundbucheintragung und Auflassung

Rechtsprechung

ZPO § 794; MaBV § 3; AGBG § 11 Nr. 15 - Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag

LwAnpG §§ 65, 69, 42; GenG § 79a - Umwandlung einer LPG nach dem 31.12.1991

TreuhG § 11 - Umwandlung eines volkseigenen Gutes in Kapitalgesellschaft i.A.

Aktuelles

Verdeckte Gewinnausschüttung bei Verletzung des Wettbewerbsverbots in der GmbH

Sehr geehrte Frau Kollegin, sehr geehrter Herr Kollege,

das Deutsche Notarinstitut ist bemüht, zu vergleichbaren ausländischen Einrichtungen des Notariats Kooperationsbeziehungen aufzubauen, um auf diese Weise insbesondere bei Sachverhalten mit Auslandsbeziehung Hilfestellung leisten zu können. Wir freuen uns, Ihnen mitteilen zu können, daß das Deutsche Notarinstitut mit dem niederländischen Notarieel Juridisch Bureau, einer Einrichtung der Koninklijke Notariële Broederschap, in Zukunft zusammenarbeiten wird. Bei Sachverhalten mit Bezug zum niederländischen Recht werden wir daher in unserer Arbeit durch dieses holländische Notarinstitut unterstützt.

Mit freundlichen kollegialen Grüßen

Dr. Peter Limmer

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 181

Verbot des Selbstkontrahierens, Vollmacht, Unterbevollmächtigung

Frage:

Kann ein Unterbevollmächtigter, handelnd als Verkäufer eines Grundstückskaufvertrages, dem Untervollmacht ausdrücklich ohne Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt wurde, seinerseits in Grundstückskaufverträgen Vollzugsvollmacht auf Notarangestellte unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB mit dem Inhalt erteilen, weitere Erklärungen abzugeben, die zum Vollzug der Urkunde notwendig sind, insbesondere auch (bei Teilflächenverkäufen) die Auflassung zu erklären?

Kann ein Unterbevollmächtigter des Verkäufers die Erklärungen eines Käufers, der bei der Beurkundung auch als vollmachtloser Vertreter für den Verkäufer handelt, nachträglich genehmigen?

Sachverhalt:

Die Treuhandanstalt hat die BVVG Bodenverwertungs- und -verwaltungs GmbH bevollmächtigt, ehemals volkseigene land- und forstwirtschaftliche Grundstücke und Gebäude zu veräußern. Die Vollmachtsurkunde, in der die Bevollmächtigung erfolgte, enthält keine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB. Die BVVG ihrerseits hat mit notarieller Urkunde dem Leiter einer Treuhandniederlassung eine entsprechende Vollmacht erteilt, ausdrücklich ohne Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB.

Antwort:

1. Das BayObLG hat mit Urteil vom 16.2.1993 entschieden, daß ein Vertreter einen Unterbevollmächtigten nur dann vom Verbot des Selbstkontrahierens befreien kann, wenn er selbst davon befreit ist (BayObLG, DB 1993, 928 f. = DNotI-Report 2/1993). Gegenstand des Verfahrens war die Frage, ob die von einem Notariatsangestellten als Vertreter der an einem Kaufvertrag Beteiligten abgegebene Auflassungserklärung wirksam war, insbesondere ob eine wirksame Bevollmächtigung des Notariatsangestellten im Kaufvertrag vorlag. In dem Kaufvertrag war eine Vollmacht enthalten, nach der der Notariatsangestellte die Vertragsparteien unter Befreiung von den

Beschränkungen des § 181 BGB vertreten durfte mit dem Inhalt, den Vertrag in allen Teilen abzuändern und zu ergänzen, die Auffassung zu erklären und Anträge zu stellen. Bei den Beteiligten des Kaufvertrages handelte es sich um Kommanditgesellschaften, für die deren gesetzliche Vertreter handelten. Das BayObLG hielt die vom Notariatsangestellten abgegebene Auffassung mangels wirksamer Bevollmächtigung durch die Vertreter der Kommanditgesellschaften für unwirksam. Das BayObLG führt aus, daß ein Vertreter bei einer Bevollmächtigung seinerseits nur dann von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit kann, wenn er selbst davon befreit ist, weil sonst die Schutzbestimmung des § 181 BGB durch Bestellung eines gemeinsamen Unterbevollmächtigten umgangen würde. Es war im vorliegenden Fall nicht nachgewiesen, daß die für die Beteiligten handelnden Vertreter ihrerseits vom Verbot des Selbstkontrahierens befreit waren.

2. § 181 BGB regelt grundsätzlich zwei Fallgruppen: Beim Selbstkontrahieren schließt der Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich selbst im eigenen Namen ab. Im Falle der sogenannten Mehrvertretung vertritt der Vertreter mehrere Personen und schließt zwischen ihnen ein Rechtsgeschäft. Bei der Bevollmächtigung des Notariatsangestellten zur Vornahme einer Auffassung handelt es sich um die zweite Fallgruppe. § 181 BGB beschränkt die Vertretungsmacht. Das bedeutet, daß ein Rechtsgeschäft, das durch Insichgeschäft vorgenommen ist, schwebend unwirksam ist (Münchener Kommentar/Thiele, 2. Aufl. 1984, § 181, Rz. 730 m. w. N.).

3. § 181 sieht eine Ausnahme von dem angeordneten Vertretungsverbot vor, wenn dem Vertreter "ein anderes gestattet" ist. Eine solche Gestattung von Insichgeschäften muß bei einer gewillkürten Vertretung in der Vollmacht vorgesehen sein oder gesondert ausgesprochen werden. Die Gestattung muß grundsätzlich durch den Vertretenen erfolgen. Problematisch ist in Fällen der Untervollmacht, ob der Vertreter, dem ein Insichgeschäft nicht gestattet ist, einem Untervertreter die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilen oder ein Insichgeschäft des Unterververtreters genehmigen kann. Nach der ganz herrschenden Meinung gilt, daß die Untervollmacht als abgeleitete Fähigkeit in ihrem Umfang nicht weitergehen kann als die Hauptvollmacht (Staudinger/Dilcher BGB, 12. Aufl. 1980, § 167, Rz. 67; Münchener Kommentar/Thiele, a.a.O., § 167, Rz. 77.) Die herrschende Meinung folgert hieraus, daß der Vertreter, dem ein Insichgeschäft nicht gestattet ist, dies auch einem Untervertreter nicht gestatten kann und auch nicht ein Insichgeschäft des Unterververtreters genehmigen kann (so ausdrücklich Staudinger/Dilcher, a.a.O., § 167, Rz. 67; Erman/Brox, 9. Aufl. 1993, § 181, Rz. 25; Harder, AcP 1970, 302; Soergel/Leptien, BGB, 12. Aufl. 1987, § 181, Rz. 36). Soweit ersichtlich, ist diese Frage allerdings noch nicht Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen geworden, so daß keine neueren Urteile mit Ausnahme des Urteils des BayObLG vorliegen. Allerdings hat das Kammergericht im Jahr 1941 entschieden, daß ein zur Bestellung eines Unterbevollmächtigten Befugter, aber von der Beschränkung des § 181 BGB nicht befreiter Bevollmächtigter regelmäßig nicht in der Lage ist, eine Untervollmacht ohne die Beschränkung des § 181 BGB zu erteilen (KG DNotZ 1941, 164 ff.) Der BGH hat bisher, soweit ersichtlich, nur zu der vergleichbaren Frage entschieden, ob ein Vertreter dem anderen Vertreter derselben Person das Selbstkontrahieren gestatten kann, wenn er nicht selbst zumindest

vom Verbot des Selbstkontrahierens befreit ist (BGHZ 33, 192 f.). Der BGH hat dies verneint. Man wird wohl daher davon ausgehen müssen, daß die Erklärungen eines Unterbevollmächtigten, der nicht wirksam vom § 181 BGB befreit werden konnte, schwebend unwirksam sind.

4. Fraglich ist, ob der Hauptvertreter, dem nicht Befreiung von § 181 BGB erteilt wurde, ein ohne rechtsgültige Gestattung vorgenommenes Insichgeschäft des Unterververtreters wirksam genehmigen kann. Das Kammergericht hat in dem genannten Beschluß diese Frage bejaht: Ein von dem Unterbevollmächtigten aufgrund der Untervollmacht mit sich selbst abgeschlossenes Rechtsgeschäft könne dadurch rechtswirksam werden, daß der Hauptbevollmächtigte es namens des Vollmachtgebers genehmigt (KG DNotZ, 1941, 164). Das Kammergericht führt aus, der Untervertreter habe die Auffassung, um die es dort ging, "nur der Form nach mit sich selbst, der Sache nach aber mit dem Hauptbevollmächtigten" vorgenommen (zustimmend auch Soergel/Leptien, § 181, Rz. 36). Ein Teil der Literatur ist allerdings der Auffassung, daß auch die Genehmigung nur durch den Vertretenen oder von einem Vertreter erfolgen kann, der selbst von § 181 BGB befreit ist (so Erman/Brox, a.a.O., § 181, Rz. 25; Harder, AcP 1970, 304).

5. Fraglich ist aber, ob im vorliegenden Fall nicht die Gestattung durch konkludentes Handeln oder durch Auslegung gewonnen werden kann. So wird überwiegend eine Gestattung durch schlüssiges Handeln angenommen, wenn die Kaufvertragsparteien derselben Person in Kenntnis der Bevollmächtigung durch die andere Seite, also etwa in derselben Urkunde jeder für sich Aufassungsvollmacht erteilen (so Staudinger/Dilcher, a.a.O., § 181, Rz. 35; Soergel/Leptien, a.a.O., § 181, Rz. 38; Landgericht Kassel DNotZ 1958, 429; Erman/Brox, a.a.O., § 181, Rz. 24). Allerdings handelt es sich bei dem vorliegenden Fall um eine etwas andere Sachverhaltskonstellation, da der Bevollmächtigte und nicht der Vertretene die Vollmacht erteilt hat. Man könnte hier allenfalls argumentieren, daß die Veräußerer, d.h. die Treuhandanstalt bzw. die BVVG, den Vertrag und die darin enthaltenen Vollzugsvollmachten an die Notariatsangestellten mit ihrer Befreiung von § 181 BGB kennen, so daß hier wohl eine konkludente oder durch Auslegung ermittelte Befreiung von § 181 vorliegt. Diese Argumentation ist allerdings sehr unsicher, da in der Vollmacht des BVVG die Befreiung von § 181 BGB ausdrücklich nicht aufgenommen wurde.

6. Schließlich könnte ein Fall gegeben sein, in dem gem. § 181 BGB das Selbstkontrahieren gesetzlich gestattet ist, nämlich wenn das Rechtsgeschäft ausschließlich in "der Erfüllung einer Verbindlichkeit" besteht. § 181 S. 2 BGB bezieht sich auch bei Mehrvertretung auf die Erfüllung von Verbindlichkeiten des einen Vertretenen gegenüber dem anderen Vertretenen. Die Verbindlichkeit muß rechtsverbindlich sein; daß sie dies erst durch die Erfüllung wird, reicht nicht aus.

Im o. g. Fall des BayObLG konnte diese Alternative nicht eingreifen, da das Grundgeschäft wegen Nichteintritt einer Bedingung nicht zustande gekommen war (vgl. BayObLG DB 1993, 929). Nach überwiegender Meinung erfolgt die Auffassung nur dann in Erfüllung einer Verbindlichkeit, wenn ein rechtswirksamer, insbesondere nach § 313 formgerechter obligatorischer Vertrag zugrundeliegt (RGZ 94, 147; Soergel/

Leptien, § 181, Rz. 43; Erman/Brox, § 181, Rz. 27; Staudinger/Dilcher, § 181, Rz. 45).

Man könnte daher die Vollmacht an Notariatsangestellte als einen Anwendungsfall dieser Ausnahme von § 181 BGB ansehen, da die Auflassung die Erfüllung der im Kaufvertrag schuldrechtlich vereinbarten Verpflichtung darstellt. Dieses wird allerdings problematisch, wenn, wie bei Teilflächenverkäufen üblich, aufgrund von Flächenänderungen auch der Kaufvertrag hinsichtlich seiner Verbindlichkeiten neu formuliert werden muß. Nach h. L. gilt die Ausnahme von § 181 BGB nur, wenn das Insichgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht; das ist nur dann der Fall, wenn die Verbindlichkeit durch das Insichgeschäft glatt, ohne Abweichung von der geschuldeten Leistung erfüllt wird und durch die Erfüllung nicht zugleich rechtsgeschäftlich eine neue Verbindlichkeit begründet wird (so ausdrücklich Soergel/Leptien, § 181 BGB, Rz. 43; ähnlich auch Münchener Kommentar/Thiele, § 181, Rz. 49). Angesichts dieser im Ergebnis doch bestehenden Auslegungsunsicherheit kann den Beteiligten als sicherer Weg nur die ausdrückliche Befreiung von § 181 BGB im Falle der Unterbevollmächtigung geraten werden.

Die Problematik der Vollzugsvollmacht bei Notariatsangestellten kann aber dadurch relativ leicht entschärft werden, daß nicht ein Notariatsangestellter für die beiden Beteiligten des Kaufvertrages handelt, sondern jeweils ein Notariatsangestellter für den Verkäufer und einer für den Käufer. Die Vollmachten in den Kaufverträgen müßten dann allerdings auch auf mehrere Notariatsangestellte lauten.

7. Zu der Frage, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn auf Veräußererseite kein Vertreter der BVVG zur Beurkundung erscheint, so daß der Käufer gleichzeitig den Verkäufer vollmachtlos vertritt, kann folgendes festgestellt werden. Wie oben ausgeführt (Ziff. 4), ist die Frage, ob der nicht von § 181 BGB befreite Vertreter ein Insichgeschäft des Untervertreeters genehmigen kann, ebenfalls umstritten. Nach einem Teil der Literatur ist, wie oben dargelegt, auch eine solche Genehmigung nachträglich nicht zulässig. Im vorliegenden Fall handelte allerdings der Käufer nicht aufgrund einer Untervollmacht, sondern als vollmachtloser Vertreter, so daß fraglich ist, ob auf diesen Fall überhaupt § 181 BGB anwendbar ist. Die Literatur ist z. T. der Auffassung, daß in den Fällen, in denen ein Vertreter ohne Vertretungsmacht so für mehrere Beteiligte handelt, daß, wäre er Bevollmächtigter, eine Befreiung von § 181 BGB nötig wäre; die bloße Genehmigung des jeweils Vertretenen genügt, ohne daß die Genehmigung ausdrücklich oder konkludent eine Befreiung von § 181 BGB enthalten müßte und ohne daß es darauf ankommt, ob ein Fall des § 181 BGB überhaupt vorliegt (so ausdrücklich Meikel/Lichtenberger, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 1988, § 20, Rz. 163; Hägele/Schröder/Stöber, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 1989, Rz. 3557). Das BayObLG hat zwar 1986 entschieden, daß in dem Fall, in dem ein Vertreter für einen Beteiligten aufgrund einer Vollmacht und für den anderen als vollmachtloser Vertreter handelt, hinsichtlich der Vollmacht eine Befreiung von § 181 BGB notwendig ist (BayObLG, MittBayNot, 1986, 68), es hat dies aber vor allen Dingen damit begründet, daß der Interessenkonflikt insbesondere für den aufgrund der Vollmacht Vertre-

ten entstehen kann. Es hat aber auch darauf hingewiesen, daß der Umstand, daß der Vertreter für die eine Beteiligte ohne Vollmacht gehandelt hat und deshalb die Wirksamkeit des Vertrages von deren Genehmigung abhängt, lediglich die Gefahr ausschloß, daß diese Beteiligte benachteiligt werden konnte. Auf diese Argumentation stützt sich die genannte Literaturmeinung. Eine ausdrückliche Befreiung von § 181 BGB bei nachträglicher Genehmigung eines vollmachtlos geschlossenen Rechtsgeschäftes ist nicht notwendig, so daß diesbezüglich die Problematik bei fehlender Befreiung von § 181 BGB beim Unterbevollmächtigten nicht besteht.

8. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, daß im Falle der Unwirksamkeit der abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, insbesondere der Auflassung, eine Heilung nach § 313 S. 2 BGB nicht in Frage kommt. Voraussetzung für die Heilung ist, daß die Auflassung rechtswirksam ist. Ist sie z. B. schwebend unwirksam aufgrund unwirksamer Vollmacht, tritt Heilung nach ganz herrschender Meinung erst mit der Genehmigung ein (Münchener Kommentar/Kanzleiter a. a. O., § 313, Rz. 60; BGHZ 29, 9 ff.).

GmbHG §§ 7, 8, 9

Kapitalerhöhung, Sacheinlage, verdeckte Sacheinlage

Frage:

Darf die Geschäftsführung einer GmbH über Gegenstände einer Sacheinlage, die anlässlich einer Sachkapitalerhöhung einzubringen ist, bereits vor Leistung der Sacheinlage vom Gesellschafter an die Gesellschaft mit einem Dritten einen schuldrechtlichen Vertrag über den Verkauf des Gegenstandes dieser Sacheinlage schließen?

Falls ja, wie wirkt sich das auf die von der Geschäftsführung abzugebende Versicherung über die Leistung der Sacheinlage aus?

Sachverhalt:

Mehrere Gemeinden in den neuen Bundesländern haben im Wege der Bargründung eine Wohnungsgesellschaft gegründet. Anlässlich einer Kapitalerhöhung hat sich eine dieser Gemeinden verpflichtet, im Wege der Sacheinlage ihren Wohnungsbestand in diese Wohnungsgesellschaft einzubringen. Da noch Vermessungen notwendig sind, ist die Auflassung noch nicht erklärt und bleibt einer späteren Messungsanerkennung und Auflassung vorbehalten. Außerdem stehen noch sämtliche Genehmigungen (GVO, Kommunalverfassung bzw. Gemeindeordnung) aus. Demgemäß konnte die Kapitalerhöhung auch noch nicht zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden.

Die den Wohnungsbestand einbringende Gemeinde hatte bereits Vorverhandlungen mit Kaufinteressenten für einzelne der Wohnungen geführt und möchte nun, daß diesen Kaufinteressenten möglichst zügig die Wohnungen verschafft werden. Die einbringende Gemeinde drängt deshalb die Geschäftsführung der Wohnungsgesellschaft, schon jetzt mit den Kaufinteressenten Kaufverträge über einzelne Wohnungen abzuschließen. Die Geschäftsführung der Wohnungsgesellschaft hat Bedenken, ob sich dann noch bei Anmeldung der Kapitalerhöhung zum

Handelsregister der Gegenstand der Sacheinlage in ihrer endgültigen freien Verfügung befindet, wie von der Geschäftsführung dann zu versichern sein wird.

Antwort:

1. In der Literatur und Rechtsprechung der letzten Jahre war insbesondere die Problematik der "verdeckten Sacheinlage" eingehend diskutiert und Gegenstand einiger höchstrichterlicher Entscheidungen geworden. In diesem Zusammenhang wird insbesondere auch das Merkmal der "freien Verfügung" zur Abgrenzung der zulässigen von der unzulässigen Bareinlage diskutiert (vgl. zusammenfassend Roth, DNotZ 1989, 3; Mühlbert, ZHR 1990, 145 ff.). § 7 Abs. 3 GmbHG bestimmt, daß Sacheinlagen vor der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister so an die Gesellschaft zu bewirken sind, daß sie endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen. Nach der überwiegenden Meinung in der Literatur gelten die Grundsätze hinsichtlich der freien Verfügung über Bareinlagen entsprechend für die freie Verfügbarkeit der Geschäftsführer über die zu erbringenden Sacheinlagen (so Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1992, § 7, Rz. 55; Scholz/Winter, GmbHG, 8. Aufl., § 7, Rz. 42).

2. Die Frage, welche Rechtsgeschäfte hinsichtlich der Sacheinlage vor Eintragung der GmbH die endgültige freie Verfügung dieser Einlage nach § 7 Abs. 3 GmbHG hindern, ist, soweit ersichtlich, bisher noch nicht Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen geworden. Sie ist daher äußerst schwierig zu beurteilen, ein endgültiges Urteil bleibt der Rechtsprechung vorbehalten. Es läßt sich allerdings auf der Grundlage der zur freien Verfügbarkeit der Bareinlage ergangenen Urteile und literarischen Stellungnahmen folgendes festhalten:

Zwei zeitliche Bereiche sind bei dieser Frage zu unterscheiden:

- * Rechtsgeschäfte vor der Anmeldung
- * Rechtsgeschäfte über die Sacheinlage nach der Anmeldung, aber vor Eintragung der GmbH.

Bei beiden Fallgruppen kann man die Sachverhalte dahin unterscheiden, ob das Stammkapital bereits wertmäßig geschmälert wurde, oder ob es nach den Rechtsgeschäften vor der Anmeldung zwar nicht mehr gegenständlich, wohl aber wertmäßig noch vorhanden ist.

a) Rechtsgeschäfte vor der Anmeldung

Das BayObLG (DNotZ 1989, 34 = WM 1988, 622) hatte entschieden, daß bei Bareinlagen, die vor Eingang der Anmeldung bei Gericht aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarungen verwendet werden, die Einlagen nicht mehr zur endgültigen freien Verfügung stehen und auch die Versicherung des Geschäftsführers objektiv falsch ist. Das Gericht war der Auffassung, daß die Einlage bereits vor der Anmeldung dadurch tatsächlich vorbelastet war, daß sich die Vorgesellschaft verpflichtet hatte, einem Dritten in der Höhe der Einlage ein Darlehen zu gewähren. Es komme aber bei dieser Sachlage insbesondere nicht darauf an, daß die in Gründung befindliche Gesellschaft nunmehr über eine Darlehensforderung verfüge. Das BayObLG scheint sich daher für eine gegenständliche Betrachtung auszusprechen und auch die Vorbelastung von Bareinlagen durch schuldrechtliche Geschäfte vor der Anmeldung verbieten zu wollen. Das BayObLG prüft nicht, ob wertmäßig das Stammkapital ungeschmälert vorhanden ist. Danach

scheinen also Geschäfte vor Anmeldung der GmbH die Eintragung zu hindern.

In der Entscheidung vom 1.10.1991 hat das Bayerische Oberste Landesgericht festgestellt, daß Geschäfte der Gesellschaft vor der Anmeldung jedenfalls dann der Eintragung entgegenstehen, wenn die geleisteten Bareinlagen durch Vorbelastungen entwertet sind, wenn das Vermögen der Gesellschaft also bereits durch diese Geschäfte unter den Betrag des Stammkapitals geschmälert ist (BayObLG, DNotZ 1992, 180 ff.).

Auch das OLG Köln hat zur Frage der Geschäfte vor der Anmeldung der GmbH ähnlich entschieden (DNotZ 1989, 39 ff.). Das OLG hatte eine Eintragung abgelehnt, wenn und soweit Vorbelastungen aus der Zeit vor der Anmeldung vorhanden seien, wenn also der Geschäftsführer über die eingezahlten Beträge nicht mehr frei verfügen könne, sondern sie in bestimmter Weise zur Deckung anderweitig begründeter Verbindlichkeiten der Vorgesellschaft verwenden müsse. Erst recht stehe ein Geldbetrag nicht mehr zur freien Verfügung, wenn über ihn im Zeitpunkt der Einreichung des Eintragungsantrags bereits verfügt worden ist. Es komme insbesondere nicht darauf an, daß die Gesellschaft mit den Mitteln einen Gegenwert erlangt habe.

Demgegenüber wird in der Literatur für Geschäfte vor der Anmeldung z. T. vertreten, daß lediglich die Rechtsgeschäfte die Eintragung hindern, die die Einlagen durch Vorbelastung entwerten (Hachenburg/Ulmer, a.a.O., § 7, Rz. 56; Roth, DNotZ 1989, 3, 11; Mayer, Handbuch des Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts, GmbH, Rz. 115), während ein anderer Teil der Literatur unter Hinweis auf die Unterbilanzhaftung der Auffassung ist, daß die Verwendung der Einlageleistung, egal zu welchem Zweck, nie die Ablehnung des Eintragungsantrags rechtfertigt, dies wohl auch vor Anmeldung der GmbH (so wohl Lutter, NJW 1989, 2649, 2452 f. in Auseinandersetzung der o.g. OLG-Urteile; Lutter/Hommelhoff, a.a.O., § 7, Rz. 15; K. Schmidt, AG 1986, 106 ff.; Gehling, DNotZ 1991, 837 ff.).

Zu beachten ist, daß auch die Meinungen, die lediglich wertmindernde Vorgeschäfte verbieten, darauf hinweisen, daß man der Praxis raten müsse, sich jedenfalls bis zur Anmeldung auf die strengere Haltung der obergerichtlichen Rechtsprechung einzustellen (so Roth, DNotZ 1989, 11; Mayer, a.a.O.; Gehling, DNotZ 1991, 837).

Es ist allerdings darauf hinzuweisen, daß sich auch der BGH mittlerweile der Literaturmeinung insofern annähert, als er darauf hinweist, daß schuldrechtliche Verwendungsabsprachen, durch die die Geschäftsführung der Gesellschaft verpflichtet wird, mit den in Vollzug einer Kapitalerhöhung eingezahlten Mitteln in bestimmter Weise zu verfahren, aus der Sicht der Kapitalaufbringung unschädlich seien, wenn sie weder mittelbar noch unmittelbar dazu bestimmt sind, die eingezahlten Mittel wieder an den Einleger zurückfließen zu lassen (BGH DNotZ 1991, 824, 825, zu der Frage der Leistung einer Bareinlage auf ein debitorisches Bankkonto; das Urteil betraf allerdings nicht die Frage, ob ein Eintragungshindernis bei derartigen Geschäften vor Eintragung der GmbH besteht.) Im Urteil vom 18.2.1991 (DNotZ 1991, 847 f. "Schütt aus, hol zurück") hat der BGH in einem obiter dictum festgestellt, daß der Meinung von K. Schmidt insofern zu folgen sei, als es darum

gehe, herauszuarbeiten, daß das Merkmal der freien Verfügung allein auf die Erfüllungswirkung der fraglichen Leistung ziele, nicht aber darüber hinaus auf eine zusätzliche zeitliche Komponente des Inhalts, daß die Einzahlung auch bei Anmeldung noch als solche, d.h. unverändert in ihrer ursprünglichen Gestalt, im Gesellschaftsvermögen vorhanden sein müsse. Es bleibt allerdings abzuwarten, ob der BGH diesen Ausführungen, die in den genannten Entscheidungen nicht entscheidungserheblich waren, auch hinsichtlich der Frage der Eintragung folgen wird.

U.E. spricht einiges dafür, daß die wertneutrale Umsetzung auch im Zeitpunkt vor der Anmeldung insbesondere bei Sacheinlagen kein Eintragungshindernis bilden dürfte. Man wird allerdings wohl verlangen müssen, daß die Geschäftsführer im Rahmen der Versicherung nach § 8 Abs. 2 GmbHG anzugeben haben, inwieweit die Sacheinlage durch zwischenzeitliche Geschäfte vorbelastet ist (so Roth, DNotZ 1989, 11; Mayer, a.a.O., Rz. 115).

b) Rechtsgeschäfte nach der Anmeldung.

Auch für Rechtsgeschäfte nach der Anmeldung haben die Obergerichte entschieden, daß zumindest Geschäfte, die das Stammkapital wertmäßig verringern, ein Eintragungshindernis darstellen (so OLG Hamm, Beschl. v. 1.12.1992 - 15 W 275/92; BayObLG DNotZ 1992, 180 ff.; OLG Frankfurt, OLGZ 1992, 388, 393, ebenso Roth, DNotZ 1989, 3, 7). Ein Teil der Lehre läßt allerdings für den Zeitraum zwischen Anmeldung und Eintragung wertneutrale Geschäfte, die nicht zu einer Verminderung des Stammkapitals führen, zu (so Roth, DNotZ 1989, 10; Lutter, NJW 1989, 262; Mayer, a.a.O., Rz. 117), während nach anderer Auffassung generell Verfügungen oder sonstige Vorbelastungen des Gesellschaftsvermögens, die nach Anmeldung aufgrund des Geschäftsbegins eingetreten sind, unschädlich sind (so Hachenburg/Ulmer, § 7, Rz. 57; Lutter/Hommelhoff, § 7, Rz. 15). Nach dieser Auffassung besteht auch keine Pflicht des Geschäftsführers zur Berichtigung der Anmeldung (Hachenburg/Ulmer, a.a.O., Lutter/Hommelhoff, a.a.O., Scholz/Winter, § 8, Rz. 24: Die Einlagen am Anmeldestichtag müssen nicht mehr gegenständlich, sondern wertmäßig versichert werden; ebenso Rowedder/Rittner, 2. Aufl., § 8, Rz. 20).

BGB §§ 873, 925

Einigung, Eintragung, Grundbuch, Gütergemeinschaft, Grundbuchberichtigung

Frage:

1. Ist zum wirksamen Erwerb des Alleineigentums in erstgenanntem Fall eine Eintragung im Grundbuch erforderlich?
2. Ist die Frage anders zu beantworten, wenn, wie im Fall 2 der spätere Alleineigentümer noch nie Alleineigentümer des Grundstücks war?

Sachverhalt:

1. Der Betroffene war Alleineigentümer eines Grundstücks und als solcher im Grundbuch eingetragen. Das Grundstück fiel mit nachfolgender Eheschließung in das Gesamthandseigentum

beider Ehegatten in Gütergemeinschaft, was aber im Grundbuch nicht vermerkt wurde. Die Gütergemeinschaft wurde dann in notarieller Urkunde dahingehend auseinandergesetzt, daß der ursprüngliche Alleineigentümer das Grundstück wieder zu Alleineigentum zugewiesen und aufgelassen erhält.

2. Einer der in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten erwirbt das Grundstück aufgrund einer notariellen Urkunde, in der nicht berücksichtigt wurde, daß der Erwerber in Gütergemeinschaft lebt, und in der der erwerbende Ehegatte als alleiniger Erwerber aufgeführt ist.

Antwort:

1. Gemäß §§ 873, 925 BGB ist Voraussetzung für den wirksamen Erwerb von Grundeigentum die Auflassung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch. Auflassung und Eintragung sind in ihrer Reihenfolge beliebig, es kommt auch nicht auf den zeitlichen Zwischenraum zwischen beiden an (vgl. etwa Münchener Kommentar/Wacke, BGB, 2. Aufl. 1986, § 813, Rz. 49; Erman/Hagen, BGB, 9. Aufl. 1993, § 873, Rz. 21). Im vorliegenden Fall ist fraglich, ob eine von Anfang an unrichtige oder unrichtig gewordene Eintragung durch nachfolgende Auflassung "verwendet" werden kann mit der Folge der wirksamen Grundstücksübertragung. Der BGH hat im Urteil vom 12.1.1973 (NJW 1973, 613 f.) diese Möglichkeit tatsächlich zugelassen: Er hat entschieden, daß eine unrichtige Eintragung zum Rechtserwerb ausreicht, wenn der Eingetragene die Auflassung mit dem wahren Eigentümer nachholt. Gotzler (NJW 1973, 2014 f.) hat darauf hingewiesen, daß der BGH mit dieser Entscheidung stillschweigend eine ständige Rechtsprechung verläßt. Nach früheren Urteilen mußte die Eintragung sich wenigstens auf den Gegenstand der nachträglichen Einigung beziehen (RGZ 131, 99; BGH NJW 1952, 622). In letztgenannter BGH-Entscheidung war der Beklagte zu Unrecht im Grundbuch eingetragen, es wurde aber in Vollziehung eines Vermächtnisses an ihn aufgelassen. Der BGH verneinte die Wirksamkeit der Übereignung, da sich die Eintragung nicht auf die nachfolgende Auflassung beziehe. Neuere Urteile, die das Urteil aus dem Jahr 1973 bestätigen, sind uns nicht bekannt. Dieses Urteil ist daher u.E. mit Vorsicht anzuwenden. Hagen weist darauf hin, daß nicht sicher sei, ob der BGH die bisherige Rechtsprechung aufgeben will, nach seiner Ansicht wäre es aber vertretbar (vgl. Erman/Hagen, a.a.O., § 873, Rz. 21). Die Literatur folgt überwiegend der Entscheidung vom 12.1.1973 und läßt es zu, daß kein Zusammenhang zwischen Eintragung und Rechtsänderung besteht, daß also die Eintragung sich nicht notwendigerweise auf diejenige Rechtsänderung beziehen muß, die den Gegenstand der nachfolgenden Auflassung ausmacht (so wohl Münchener Kommentar/Wacke, a.a.O., § 873, Rz. 50; Palandt/Bassenge, 52. Aufl. 1993, § 873, Rz. 2; Gotzler, NJW 1973, 2015; Staudinger/Ertl, 12. Aufl. 1989, § 873, Rz. 186; Westermann, Sachenrecht, Bd. II, 6. Aufl. 1988, S. 103). Will man aber sichergehen, wird man wohl zur Vorsicht eine vorhergehende Grundbuchberichtigung erreichen müssen.

2. Die Rechtslage ändert sich nicht, wenn das Grundstück erst nach Eheschließung erworben wurde.

ZPO § 794; MaBV § 3; AGBG § 11 Nr. 15

Zwangsvollstreckungsunterwerfung, Bauträgervertrag, Kaufpreisfälligkeit, Allgemeine Geschäftsbedingungen

1. Ist eine gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO notariell beurkundete Unterwerfungserklärung nach Form und Inhalt zur Zwangsvollstreckung geeignet und mit der Vollstreckungsklausel versehen, ist eine Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO unabhängig davon zulässig, ob die Unterwerfungserklärung aus materiell-rechtlichen Gründen unwirksam ist (abweichend vom Senatsurteil v. 21.5.1987 = NJW-RR 1987, 1149).

2. Die Unwirksamkeit des Titels wird in einer auf Einwendungen gegen den titulierten Anspruch gestützten Vollstreckungsgegenklage nicht geprüft. Der Erwerber genügt seiner Darlegungslast für das Vorliegen allgemeiner Geschäftsbedingungen durch Vorlage eines Bauträgervertrages, der nach seiner inhaltlichen Gestaltung allem Anschein nach für eine mehrfache Verwendung entworfen und vom Bauträger gestellt wurde. Das dem Erwerber gegenüber dem Ratenzahlungsverlangen zustehende Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB kann in einem Formularvertrag nicht dahin beschränkt werden, daß es nur wegen anerkannter oder rechtskräftig festgestellter Forderung geltend gemacht werden dürfe.

BGH, Urt. v. 14.5.1993 - VII 2R 204/90
Kz.: L II 1 - § 794 ZPO (=DB 1993, 1110)

Problem:

In der Rechtsprechung und in der Literatur ist umstritten, ob eine Unterwerfungserklärung in einem notariellen Bauträgervertrag, die ohne Nachweis der Kaufpreisfälligkeit mit der Vollstreckungsklausel versehen werden darf, wirksam ist. Überwiegend wird diese Frage bejaht (vgl. den Überblick zum Meinungsstreit Wolfsteiner DNotZ 1990, 531).

Gegenstand des Verfahrens war ein Bauträgervertrag, in dem eine entsprechende Zwangsvollstreckungsunterwerfung enthalten war. Der BGH hatte im Rahmen einer Vollstreckungsgegenklage über die Wirksamkeit des Titels zu entscheiden. Darüber hinaus enthielt der Vertrag eine Regelung, daß die Aufrechnung sowie die Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten nur mit anerkannten oder rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen zulässig sei.

Lösung:

Der BGH läßt die Frage offen, ob die Unterwerfungserklärung wegen eines Verstoßes gegen die MaBV oder das AGBG unwirksam ist. Denn selbst wenn diese Frage zu bejahen sei, liege ein vollstreckungsfähiger Titel vor. Der BGH hatte im Urteil vom 21.5.1987 (NJW-RR 1987, 1149) eine Vollstreckungsgegenklage als unzulässig abgewiesen, da die Unterwerfungserklärung wegen fehlerhafter Beurkundung des notariellen Vertrages unwirksam war. In konsequenter Anwendung dieser Rechtsprechung ist von den Gerichten, die die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in einem Bauträgervertrag für

unwirksam halten, die auf Mängel des Bauwerks gestützte Vollstreckungsgegenklage ebenfalls als unzulässig abgewiesen worden (OLG Koblenz BauR 1988, 748; LG Mainz DNotZ 1990, 567). Der BGH hält an dieser Rechtsprechung nicht mehr fest. Entscheidend sei allein, ob ein Titel nach Form und Inhalt zur Zwangsvollstreckung geeignet und mit Vollstreckungsklausel versehen sei, es komme nicht mehr auf die materiell-rechtliche Wirksamkeit an.

Der BGH weist außerdem in seinem Urteil darauf hin, daß die vertragliche Beschränkung des Leistungsverweigerungsrechtes gegen § 11 Nr. 2 AGBG verstoße. Danach seien Bestimmungen unwirksam, durch die das Leistungsverweigerungsrecht, das dem Vertragspartner des Verwenders nach § 320 BGB zustehe, ausgeschlossen oder eingeschränkt wird. Der BGH führt weiter aus, daß der vorliegende Bauträgervertrag seinem ersten Anschein nach ein Formularvertrag sei, da der Beklagte als gewerblich tätiger Bauträger erfahrungsgemäß mit Formularverträgen arbeite. Außerdem enthalte der Vertrag auch zahlreiche formelhafte Klauseln, die typischerweise in Bauträgerverträgen enthalten seien. Der Bauträgervertrag sei in aller Regel ein Formularvertrag, auf den das AGBG Anwendung finde. Dies gelte auch, wenn er vom Notar entworfen worden sei.

LwAnpG §§ 65, 69, 42; GenG § 79 a

LPG-Umwandlung, Fortsetzungsbeschluß, Umwandlung

1. Zur Entscheidung über ein Rechtsmittel gegen eine Verfügung des Handelsregister-Gerichts, betreffend eine umgewandelte LPG, sind die für das FGG-Verfahren zuständigen Gerichte, nicht die Landwirtschaftsgerichte, zuständig.

2. §§ 69 Abs. 3, 42 LwAnpG i. V. m. § 79 a GenG ermöglichen einer LPG auch nach dem 31.12.1991 ihre Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft nach Maßgabe der Umwandlungsvoraussetzungen des Genossenschaftsgesetzes.

3. Entsprach der nicht rechtzeitig zur Eintragung angemeldete, auf das LwAnpG gestützte Umwandlungsbeschluß auch den Voraussetzungen des Genossenschaftsgesetzes, braucht nach dem 31.12.1991 nicht nochmals die Umwandlung beschlossen werden.

Bezirksgericht Erfurt, Beschl. v. 22.3.1993 - W 23/92
Kz.: L VI 5 - § 69 LwAnpG (=AgrarR 1993, 192)

Problem:

§ 69 Abs. 3 LwAnpG bestimmt, daß eine LPG, die bis zum 31.12.1991 nicht in eine Personen- oder Kapitalgesellschaft umgewandelt wurde, kraft Gesetzes aufgelöst ist. Seit einiger Zeit ist die Frage umstritten, ob eine solche LPG in Liquidation einen Umwandlungsbeschluß fassen kann mit der Folge, daß das Unternehmen wieder zur werbenden Gesellschaft wird. Man könnte argumentieren, daß die LPG in Liquidation gem. §§ 79a GenG, 69 Abs. 3, 42 LwAnpG einen Fortsetzungsbeschluß mit der Folge fassen kann, daß das Unternehmen zur werbenden Gesellschaft wird und anschließend sofort in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt werden kann (so Turner/Kast DtZ 1992, 33, 35 f.). Im Schrifttum war die Auffassung im Vordringen, daß ein solcher Fortsetzungsbeschluß nicht mög-

lich sei (so Schwarz, in: Rädler/Raupach/Betzenberger, Vermögen in der ehemaligen DDR, LwAnpG, Anhang, Rz. 83; Schweizer, Das Recht der landwirtschaftlichen Betriebe nach dem LwAnpG, 1992, S. 95). Gerichtliche Entscheidungen hierzu fehlten bisher. Der Entscheidung des Bezirksgerichts lag ein Fall zugrunde, in dem im November 1991 auf einer Mitgliederversammlung der LPG die Umwandlung in eine GmbH beschlossen wurde. Der Antrag auf Eintragung der GmbH in das Handelsregister ging allerdings erst im Januar 1992 beim Kreisgericht ein. Das Registergericht lehnte den Antrag auf Eintragung mit der Begründung ab, daß eine solche Umwandlung nur bis zum 31.12.1991 möglich war.

Lösung:

Das Bezirksgericht ist der Auffassung, daß aufgrund der Verweiskette in § 69 Abs. 3 S. 3, § 42 LwAnpG i. V. m. § 79a GenG den kraft Gesetzes aufgelösten LPG die Möglichkeit eröffnet ist, einen sogenannten Fortsetzungsbeschluß zu fassen, wenn die Verteilung des Genossenschaftsvermögens unter den Genossen noch nicht begonnen hat und wenn die Generalversammlung die Fortsetzung der Genossenschaft mit mindestens Dreiviertelmehrheit beschließt. Dieser durch die §§ 42 Abs. 1 LwAnpG, 79a, Abs. 1 GenG eröffnete Weg sei auch noch nach dem 31.12.1991 gangbar. Entstehungsgeschichte und der mit der Verweisung im § 42 LwAnpG verbundene Zweck würden einer Einschränkung entgegenstehen.

TreuHG § 11

Volkseigenes Gut, Umwandlung, Kapitalgesellschaft

Die ehemaligen volkseigenen Güter (VEG) sind nicht nach dem Treuhandgesetz in Kapitalgesellschaften umgewandelt worden.

KG Berlin, Urt. v. 22.1.1993 - 7 U 3266/92

Kz.: L VI 8 - § 11 TreuHG (= Agrarrecht 1993, 194)

Problem:

Volkseigene Güter wurden im Gesetz über die Übertragung volkseigener Güter, staatlicher Forstwirtschaftsbetriebe und anderer volkseigener Betriebe der Land- und Forstwirtschaft in das Eigentum der Länder und Kommunen vom 22. Juli 1990 geregelt. Diese DDR-Abwicklungsvorschrift, die die Möglichkeit der Umwandlung volkseigener Güter vorsah, ist allerdings im Einigungsvertrag nicht aufrechterhalten worden. Fraglich war daher, ob die volkseigenen Güter von § 11 Abs. 1 TreuHG erfaßt sind mit der Folge, daß es sich um Kapitalgesellschaften im Aufbau handelt. § 2 der dritten DVO zum TreuHG bestimmt, daß die Privatisierung der volkseigenen Güter auf der Grundlage des § 1 Abs. 1 TreuHG erfolgt und die übrigen Bestimmungen des TreuHG entsprechend anwendbar sind. Das Bezirksgericht Dresden hat in einem Beschluß inzident die Anwendung anerkannt (VIZ 1992, 116). Auch die Treuhandanstalt geht in ihrer Privatisierungspraxis davon aus, daß § 11 Abs. 2 TreuHG anwendbar ist. Offensichtlich wurde auch ein großer Prozentsatz der VEG im Handelsregister als Kapitalgesellschaften eingetragen. In der Literatur wird allerdings diese Anwendung bestritten (Busche, in: Rechtshandbuch Vermögen und Investitionen in der ehemaligen DDR, § 11 TreuHG,

Rz. 18; Rother, in: Beratungshandbuch Eigentum und Investitionen in den neuen Bundesländern, Fach 4120, Rz. 21).

Lösung:

Das Kammergericht folgt nicht der Auffassung der Treuhandanstalt. Es verweist darauf, daß § 11 Abs. 3 TreuHG ausdrücklich VEG von der gesetzlichen Umwandlung ausgenommen hat. Dieses Ergebnis folge auch insbesondere daraus, daß die VEG gerade nicht - wie das volkseigene Wirtschaftsvermögen - privatisiert, sondern kommunalisiert, d.h. ins Eigentum der Gebietskörperschaften überführt werden. Das Kammergericht ist der Auffassung, daß gerade der Erlaß der dritten DVO deutlich mache, daß eine gesetzliche Umwandlung nicht stattgefunden habe. Die dritte DVO habe vielmehr mit dem Tag des Inkrafttretens am 30.8.1990 dazu geführt, daß das VEG als selbständige juristische Person nach DDR-Recht seine Stellung verloren habe und nur noch eine unselbständige Vermögensmasse in der treuhänderischen Verwaltung der Treuhandanstalt geworden sei.

Hinweis:

Vgl. auch Gutachten des DNotI, Az.: M VI 5 - Allg. - 17

ErbStG § 5; BGB § 1371

Gütertrennung, Ehevertrag, Zugewinngemeinschaft

Der Bundesfinanzhof bleibt bei der im Urteil vom 28. Juni 1989 (BFHE 157, 229) vertretenen Auffassung, daß Eheleute nach Gütertrennung auch mit erbchaftsteuerlicher Wirkung auf den Tag der Eheschließung Zugewinngemeinschaft vereinbaren können.

BFH, Urt. v. 12.5.1993 - II R 37/89

Kz.: L IX 3 - § 5 ErbStG

Problem:

Bekanntlich hatte der BFH im Urteil vom 28.6.1989 (BFHE 157, 229 BStBl II 1989, 897) entschieden, daß Eheleute, die in Gütertrennung leben, in einem Ehevertrag auch mit erbchaftsteuerrechtlicher Wirkung rückwirkend ab dem Tag der Eheschließung Zugewinngemeinschaft mit der Folge vereinbaren können, daß die Höhe des nach § 5 Abs. 1 ErbStG als Zugewinnausgleich steuerfreien Betrages nach dem Zugewinn des Zeitraums zu ermitteln sei, der sich infolge der rückwirkenden Vereinbarung des Güterstandes als Berechnungszeitraum ergebe. Die Finanzverwaltung hat diese Entscheidung bisher in einem Nichtanwendungserlaß abgelehnt. Der BFH hatte nunmehr Gelegenheit, erneut zu dieser Frage zu entscheiden. Die Beteiligten hatten rückwirkend in einer notariellen Urkunde die Gütertrennung aufgehoben und den gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft vereinbart. Dieser sollte, vom Tage der Eheschließung an, spätestens jedoch mit sofortiger Wirkung gelten.

Lösung:

Der BFH stellt fest, daß das der Klägerin von ihrem Ehemann von Todes wegen zugewendete Vermögen in Höhe des gemäß § 5 Abs. 1 ErbStG errechneten Betrages nicht als Erwerb von Todes wegen gilt. Denn die Klägerin hätte einen entsprechen-

den Betrag als Ausgleichsforderung gemäß § 1371 Abs. 2 BGB geltend machen können, weil sie und ihr Ehemann durch den Ehevertrag in zivilrechtlich zulässiger Weise mit Wirkung auf den Zeitpunkt der Eheschließung den Güterstand der Gütertrennung aufgehoben und den der Zugewinnsgemeinschaft vereinbart hatten. Der BFH lehnt die abweichende Auffassung der Finanzverwaltung damit ausdrücklich ab.

Aktuelles

Verdeckte Gewinnausschüttung bei Verletzung des Wettbewerbsverbots durch den beherrschenden Gesellschafter oder den Geschäftsführer einer GmbH.

Das Bundesministerium der Finanzen hat zur Frage der verdeckten Gewinnausschüttung bei Verletzung des Wettbewerbsverbots durch den beherrschenden Gesellschafter oder den Geschäftsführer einer GmbH in Ergänzung zu dem BMF-Schreiben vom 4. Februar 1992 erneut Stellung genommen.

BMF Schreiben v. 29.6.1993, Az.: IV B 7 - S 2742 - 54/93

1. Die Befreiung des beherrschenden Gesellschafters oder des Gesellschafter-Geschäftsführers vom Wettbewerbsverbot ist zivilrechtlich wirksam, wenn sie entweder in der ursprünglichen Satzung enthalten ist oder durch späteren satzungsändernden Beschluß in sie aufgenommen worden ist. Für eine zivilrechtlich wirksame Befreiung vom Wettbewerbsverbot reicht die Aufnahme einer sog. Öffnungsklausel in die Satzung aus, durch die die Gesellschafterversammlung ermächtigt wird, durch Beschluß mit einfacher Mehrheit im Einzelfall die Be-

freiung vom Wettbewerbsverbot zu erteilen und die näheren Einzelheiten (z.B. Aufgabenabgrenzung, Entgeltsvereinbarung) zu regeln.

2. Die Befreiung vom Wettbewerbsverbot muß auch im Verhältnis zwischen Steuerberater und Steuerberatungsgesellschaft eine klare und eindeutige Aufgabenabgrenzung zwischen der Gesellschaft auf der einen Seite und dem beherrschenden Gesellschafter oder dem Geschäftsführer auf der anderen Seite enthalten, die eine spätere willkürliche Zuordnung von Geschäften unmöglich macht. Eine Vereinbarung, die dem beherrschenden Gesellschafter und dem Geschäftsführer eine Konkurrenztaetigkeit erlaubt und dabei hinsichtlich der Aufgabenabgrenzung allein auf die Wahl der Mandate abstellt, reicht zur Vermeidung einer verdeckten Gewinnausschüttung nicht aus. Es wird jedoch nicht beanstandet, wenn ausnahmsweise durch ausdrückliche schriftliche Erklärung des Mandanten, die nicht Teil der Auftrags- oder Vollmachtserteilung sein darf, einem beherrschenden Gesellschafter oder Geschäftsführer abweichend von der allgemeinen Aufgabenabgrenzung ein Mandat erteilt wird. Die vorstehende Regelung gilt für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften sowie für Buchprüfer und Buchprüfungsgesellschaften entsprechend.

Hinweis:

Staatssekretär Dr. Zeitler hat ergänzend erklärt, daß zur Bemessung des Entgelts für die Befreiung vom Wettbewerbsverbot die besonderen Umstände des Einzelfalls maßgebend seien. Wenngleich sich generelle Grenzen nicht festlegen ließen, werde es im Regelfall nicht beanstandet, wenn die in der Literatur vorgeschlagenen Sätze von 3 bis 5 % vom Umsatz bzw. 20 bis 25 % vom Gewinn vereinbart werden. (BMF Finanznachrichten, 30.6.1993, 46/93)