

4/09 April

NotBZ

Herausgeber:
Ländernotarkasse Leipzig
i.V.m. den Notarkammern
Brandenburg, Mecklenburg-
Vorpommern, Sachsen,
Sachsen-Anhalt, Thüringen

Zeitschrift für die
notarielle Beratungs- und
Beurkundungspraxis

PVSt 43318

Herausgeberbeirat: Notar Dr. Matthias Cremer, Dresden; Notar Dr. Heribert Heckschen, Dresden; Notar a. D. Christian Hertel, LL. M., Geschäftsführer des Dt. Notarinstituts, Würzburg; Notar Dr. Alfons Hueber, Chemnitz; Notar Prof. Dr. Stefan Hügel, Weimar; Notar Thomas Krause, Staßfurt; Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, München; Notar Prof. Dr. Peter Limmer, Würzburg; Notar Dr. Wolfgang Reetz, Köln; Notar Hagen Stavorinus, Fürstenwalde; Notar Dr. Roland Suppliet, Rostock; Notar Dr. Oliver Vossius, München; Notar Thomas Wachter, München; JR Notar a. D. Prof. Dr. Hans-Armin Weirich, Ingelheim

Aus dem Inhalt

Beiträge

■ Wegzugsbeschränkungen für Gesellschaften in Deutschland nach Cartesio

Rechtsanwalt Dr. Ekkehard Nolting, Dresden – S. 109

■ Abschlagszahlungen und Wertzuwachs während des Immobilienerwerbs – Anmerkungen zur Vertragsgestaltung nach Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes

Notar Dr. Roland Suppliet, Lehrbeauftragter an der Universität Rostock, Rostock – S. 114

■ Notarrelevante Rechtsprechung zum Steuerrecht

Notaranwärter und Diplom Finanzwirt (FH) Sebastian Mensch, Stuttgart – S. 119

Kostenrecht

■ Aus der Praxis der Ländernotarkasse
Betreuungsgebühr für die Einholung einer Pfandfreigabe der Finanzierungsbank des Käufers

Prüfungsabteilung der Ländernotarkasse A.d.ö.R. – S. 124

Rechtsprechung kompakt

Ehegattenselbstbehalt beim Trennungsunterhalt
(BGH, Urteil v. 17.12.2008 – XII ZR 63/07)

Notar Thomas Krause, Staßfurt – S. 125

Sicherungsumfang der Bürgschaft nach § 7 MaBV
(BGH, Urteil v. 5.12.2008 – V ZR 144/07)

Notar Dr. Roland Suppliet, Rostock – S. 125

Abgrenzung von Krankheits- und Aufstockungsunterhalt

(BGH, Urteil v. 26.11.2008 – XII ZR 131/07)

Notar Thomas Krause, Staßfurt – S. 127

Ende der Zwangsverwaltung bei Antragsrücknahme
(BGH, Beschluss v. 10.7.2008 – V ZB 130/07)

Notar Dr. Alfons Hueber, Chemnitz – S. 127

Rechtsprechung

Zu den Grenzen einer kommunalrechtlich gestatteten Bevollmächtigung für einen Kreis von Geschäften bei vom Gesetz im Grundsatz angeordneter Gesamtvertretung

(BGH, Urteil v. 27.10.2008 – II ZR 158/06 – „Trabrennbahn“) – S. 135

www.notbz.de



Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

Ihr Leitstern im Mietrecht.

Darauf haben alle gewartet: auf den neuen Sternel – seit jeher eines der zentralen Werke zum deutschen Mietrecht. Denn kaum einer hat die Materie über Jahrzehnte so nachhaltig mitgeprägt wie der Autor dieses Buches.

Mietrecht ist Fallrecht, das im Wesentlichen von der Rechtsprechung geprägt wird. Und dieses Werk gibt Ihnen den problemorientierten Überblick über die gesamte aktuelle Judikatur: Das ist eine Fülle von unzähligen Rechtsprechungszitaten mit ihren Kernsätzen und Sachverhalten; akribisch zusammengetragen, ausgewertet, mit kritischen Stellungnahmen versehen und auf über



Sternel **Mietrecht aktuell** Von Vors. Richter am LG a.D. Prof. Dr. Friedemann Sternel. 4., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2009, 1.919 Seiten Lexikonformat, gbd. 99,- €. ISBN 978-3-504-45015-1

1.900 Seiten nach dem typischen Verlauf eines Mietverhältnisses systematisiert. Vom Vertragsabschluss bis zur Vollstreckung. Für Wohnraum wie für gewerbliche Mietobjekte.

Zur schnellen und sicheren Orientierung ist der Sternel damit für jeden, der auch nur entfernt mit Mietrecht zu tun hat, ein absolutes Muss. Denn mit diesem Buch sind Sie einfach immer auf der sicheren Seite. Erstens: durch das Präjudiz einer zitierten Entscheidung. Zweitens: durch die allseits anerkannte Kompetenz des Autors.

Sternel, Mietrecht aktuell. Ihr Leitstern im Mietrecht. Leseprobe? www.otto-schmidt.de

----- **Bestellschein** ausfüllen und faxen (02 21) 9 37 38-9 43 ----- ✂

Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Sternel **Mietrecht aktuell** 4. Auflage, gbd. 99,- € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-45015-1

Name _____ Straße _____ PLZ _____ Ort _____

Telefon _____ Fax _____ Datum _____ Unterschrift _____ 03/09

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

Herausgeberbeirat: Notar Dr. Matthias Cremer, Dresden; Notar Dr. Heribert Heckschen, Dresden; Notar a.D. Christian Hertel, LL.M., Geschäftsführer des Deutschen Notarinstituts, Würzburg; Notar Dr. Alfons Hueber, Chemnitz; Notar Prof. Dr. Stefan Hügel, Weimar; Notar Thomas Krause, Staßfurt; Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, Hof; Notar Prof. Dr. Peter Limmer, Würzburg; Notar Dr. Wolfgang Reetz, Köln; Notar Hagen Stavorinus, Fürstenwalde; Notar Dr. Roland Suppliet, Rostock; Notar Dr. Oliver Vossius, München; Notar Thomas Wachter, München; JR Notar a. D. Prof. Dr. Hans-Armin Weirich, Ingelheim

NotBZ

13. Jahrgang Heft 4 April 2009

Inhaltsverzeichnis

Beiträge

Wegzugsbeschränkungen für Gesellschaften in Deutschland nach Cartesio <i>Rechtsanwalt Dr. Ekkehard Nolting, Dresden</i>	109
Abschlagszahlungen und Wertzuwachs während des Immobilienerwerbs – Anmerkungen zur Vertragsgestaltung nach Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes <i>Notar Dr. Roland Suppliet, Lehrbeauftragter an der Universität Rostock, Rostock</i>	114
Notarrelevante Rechtsprechung zum Steuerrecht <i>Notaranwärter und Diplom Finanzwirt (FH) Sebastian Mensch, Stuttgart</i>	119

Kostenrecht

Aus der Praxis der Ländernotarkasse Betreuungsgebühr für die Einholung einer Pfandfreigabe der Finanzierungsbank des Käufers <i>Prüfungsabteilung der Ländernotarkasse A.d.ö.R.</i>	124
---	-----

Rechtsprechung kompakt

Ehegattenselbstbehalt beim Trennungsunterhalt (BGH, Urteil v. 17.12.2008 – XII ZR 63/07) <i>Notar Thomas Krause, Staßfurt</i>	125
Sicherungsumfang der Bürgschaft nach § 7 MaBV (BGH, Urteil v. 5.12.2008 – V ZR 144/07) <i>Notar Thomas Krause, Staßfurt</i>	125
Abgrenzung von Krankheits- und Aufstockungsunterhalt (BGH, Urteil v. 26.11.2008 – XII ZR 131/07) <i>Notar Thomas Krause, Staßfurt</i>	127
Ende der Zwangsverwaltung bei Antragsrücknahme (BGH, Beschluss v. 10.7.2008 – V ZB 130/07) <i>Notar Dr. Alfons Hueber, Chemnitz</i>	127

Rechtsprechung

Zum Anspruch auf rechtliches Gehör im Adoptionsverfahren (BVerfG, Beschluss v. 20.10.2008 – 1 BvR 291/06)	128
Protokollierung einer Hauptversammlung – Fertigstellung des Hauptversammlungsprotokolls (BGH, Urteil v. 16.2.2009 – II ZR 185/07)	128
Eigenkapitalersatzrecht der GmbH (BGH, Urteil v. 26.1.2009 – II ZR 260/07)	134
Zum Schutzzweck der Amtspflichten des Versteigerungsgerichts (BGH, Versäumnisurteil v. 22.1.2009 – III ZR 172/08)	134
Kein Vertragsschluss des Grundstückseigentümers mit Versorgungsunternehmen durch Annahme einer Realofferte bei bestehendem – auch konkludent geschlossenem – Versorgungsvvertrag mit Grundstücksnutzer (BGH, Urteil v. 10.12.2008 – VIII ZR 293/07)	134
Zu den Grenzen einer kommunalrechtlich gestatteten Bevollmächtigung für einen Kreis von Geschäften bei vom Gesetz im Grundsatz angeordneter Gesamtvertretung (BGH, Urteil v. 27.10.2008 – II ZR 158/06 – „Trabrennbahn“)	135
Quantitative Teilbarkeit einer sittenwidrigen Vertragsklausel (BGH, Urteil v. 17.10.2008 – V ZR 14/08)	136
Zeitliche Begrenzung und Herabsetzung des nachehelichen Aufstockungsunterhalts (OLG Brandenburg, Urteil v. 23.9.2008 – 10 UF 15/08)	138
Zeitliche Begrenzung des Anspruchs auf nachehelichen Unterhalt (OLG Frankfurt, Urteil v. 13.8.2008 – 5 UF 185/07)	139

Zeitliche Begrenzung des Anspruchs auf nachehelichen Unterhalts – Zusammenhang des Auftretens einer Krankheit zur Ehe rein zeitlich (OLG Koblenz, Urteil v. 10.9.2008 – 9 UF 238/08)	140
Zur Verpflichtung einer vor dem 1.11.2008 eingetragenen AG nach Inkrafttreten des MoMiG ihre inländische Geschäftsanschrift anzumelden (OLG München, Beschluss v. 2.2.2009 – 31 Wx 09/09)	142
Zur Verpflichtung einer vor dem 1.11.2008 eingetragenen GmbH nach Inkrafttreten des MoMiG ihre inländische Geschäftsanschrift anzumelden (OLG München, Beschluss v. 28.1.2009 – 31 Wx 05/09)	142
Auslegung der Anmeldung durch das Registergericht (inländische Geschäftsanschrift) (LG Gera, Beschluss v. 26.11.2008 – 2 HK T 58/08)	144
Negativattest zu dinglichem Vorkaufsrecht muss nicht gesiegelt sein (LG Schwerin, Beschluss v. 24.10.2008 – 5 T 187/08)	145
Zur Mitunternehmerinitiative bei Anteilsschenkung unter Vorbehaltsrechten (BFH, Urteil v. 10.12.2008 – II R 34/07)	146

Buchbesprechung

Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis (Notar Christian Salzig, Oschatz)	146
---	-----

Rechtsprechung

■ Der u.a. für Familiensachen zuständige XII. Zivilsenat des BGH hatte sich in seinem Urteil vom 18.3.2009 in der Sache XII ZR 74/08 erstmals mit Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem zum 1.1.2008 geänderten Anspruch auf nahehelichen Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB) zu befassen. Das in der Presse breit aufgegriffene Urteil ist nun vom BGH veröffentlicht und kann auf dessen Internetseite (www.bundesgerichtshof.de) im Volltext abgerufen werden. Eine Besprechung dieser grundlegenden Entscheidung durch *Notar Dr. Wolfgang Reetz*, Köln, ist für die nächste Ausgabe der NotBZ vorgesehen. Im Folgenden werden die Leitsätze wiedergegeben.

1. Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung über eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen nach § 1570 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB ist stets zunächst der individuelle Umstand zu prüfen, ob und in welchem Umfang die Kindesbetreuung auf andere Weise gesichert ist oder in kindgerechten Betreuungseinrichtungen gesichert werden könnte. Denn mit der Neugestaltung des nahehelichen Betreuungsunterhalts in § 1570 BGB hat der Gesetzgeber für Kinder ab Vollendung des dritten Lebensjahres den Vorrang der persönlichen Betreuung aufgegeben.

2. Ein Altersphasenmodell, das bei der Frage der Verlängerung des Betreuungsunterhalts aus kindbezogenen Gründen allein auf das Alter des Kindes abstellt, wird diesen Anforderungen nicht gerecht.
3. Soweit die Betreuung des Kindes auf andere Weise sichergestellt oder in einer kindgerechten Einrichtung möglich ist, kann einer Erwerbsobliegenheit des betreuenden Elternteils auch entgegenstehen, dass der ihm daneben verbleibende Anteil an der Betreuung und Erziehung des Kindes zu einer überobligationsmäßigen Belastung führen kann (im Anschluss an das Senatsurteil vom 16.7.2008 – XII ZR 109/05, FamRZ 2008, 1739 [1748f.]).

■ Baustoffe, die bei der Errichtung eines Wohnhauses gebräuchlich waren (hier: Asbest), später aber als gesundheitsschädlich erkannt worden sind, können einen offenbarungspflichtigen Sachmangel begründen. Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn Baumaterialien Stoffe enthalten, die schon in geringen Dosen karzinogen wirken, und die ernsthafte Gefahr besteht, dass diese Stoffe bei üblicher Nutzung, Umgestaltung oder Renovierung des Kaufobjekts austreten. Insbesondere liegt eine erhebliche Einschränkung der Nutzbarkeit eines Wohngebäudes vor, wenn übliche Umgestaltungs- Renovierungs- und Umbaumaßnahmen nicht ohne gravierende Gesundheitsgefahren vorgenommen werden können. Das gilt jedenfalls für solche Arbeiten, die üblicherweise auch von Laien und nicht nur von mit dem Umgang gefährlicher Baustoffe vertrauten Betrieben des Fachhandwerks vorgenommen werden. So der BGH am 27.3.2009 (V ZR 30/08).

■ Der u.a. für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat des BGH hat in seinem Urteil vom 11.3.2009 in der Sache VIII ZR 127/08 entschieden, dass die Sperrfristen des § 577a BGB nach Wohnungsumwandlung nicht zur Anwendung gelangen, wenn die Kündigung eines Wohnraummietverhältnisses erfolgt, weil die Wohnung für eine Betreuungsperson benötigt wird, die nicht dem Haushalt des Vermieters angehört. Mit dieser Vorschrift wollte der Gesetzgeber den Mieter besonders davor schützen, dass umgewandelte Eigentumswohnungen häufig zur Befriedigung eigenen Wohnbedarfs erworben werden. Dieses gesetzgeberische Ziel lässt sich nicht ohne weiteres auf andere Kündigungsgründe i.S.v. § 573 Abs. 1 Satz 1 BGB übertragen. Dass ein Vermieter ein berechtigtes Interesse an einer Kündigung hat, weil er die Wohnung zur Unterbringung einer Hausangestellten benötigt, ist nicht in demselben Maß wahrscheinlich wie ein Eigenbedarf des Erwerbers nach Umwandlung in Wohnungseigentum und birgt deshalb auch nicht dieselbe Gefahr einer Verdrängung des Mieters. Daher ist die Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 577a BGB durch den Gesetzgeber auf die Fälle der Eigenbedarfs- und der Verwertungskündigung zu respektieren und scheidet eine analoge Anwendung der Vorschrift aus, weil keine Gesetzeslücke besteht.

Institute für Notarrecht

■ Die Notarkammer Sachsen-Anhalt veranstaltet gemeinsam mit der Martin-Luther-Universität Halle-Wit-

GESELLSCHAFTSRECHT

Wegzugsbeschränkungen für Gesellschaften in Deutschland nach Cartesio*Rechtsanwalt Dr. Ekkehard Nolting, Dresden*

Am 16.12.2008 hat der Europäische Gerichtshof in der mit Spannung erwarteten Rechtssache „Cartesio“¹ nunmehr entschieden, dass Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates der EU nicht im Widerspruch zu der in Art. 43 und 48 EGV gewährleisteten Niederlassungsfreiheit stehen, die es einer nach dem nationalen Recht dieses Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaft verwehren, ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen und dabei ihre Eigenschaft als Gesellschaft des nationalen Rechts des Wegzugsstaates, nach dem sie gegründet worden ist, zu behalten. Damit grenzt der EuGH zugleich die sog. „Wegzugsfälle“ von den bisher entschiedenen Zuzugsfällen Centros², Überseering³ und Inspire Art⁴ sowie dem Verschmelzungsfall SEVIC Systems⁵ ab.

I. Ausgangslage

Ausgangspunkt des Streitiges war eine nach ungarischem Recht gegründete Kommanditgesellschaft, die Cartesio Oktató és Szolgáltató bt (im weiteren „Cartesio“). Die Gesellschaft wollte den Sitz ihrer Hauptverwaltung nach Italien verlegen, dabei ihre Eigenschaft als ungarische Kommanditgesellschaft jedoch behalten. Das ungarische Registergericht weigerte sich, die Sitzverlegung einzutragen und vertrat den Standpunkt, dass mit dem Wegzug der Gesellschaft nach ungarischem Recht zwingend die Auflösung der Gesellschaft verbunden sei.

II. Die Entscheidung des EuGH

Der EuGH folgt – selten und überraschend genug – den Schlussanträgen des Generalanwaltes⁶ nicht. Der EuGH schließt vielmehr an seine in der Daily Mail-Entscheidung⁷ entwickelten Grundsätze an. Bereits dort hatte er ausgeführt, dass eine nach dem nationalen Recht eines Mitgliedstaates gegründete Gesellschaft jenseits dieser

Rechtsordnung keine Realität habe. Die auf die Gesellschaft anzuwendende Rechtsordnung bestimme die Existenz, die Entstehung und den Tod der Gesellschaft:

„Im Gegensatz zu natürlichen Personen werden Gesellschaften aufgrund einer Rechtsordnung, beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts aufgrund einer nationalen Rechtsordnung, gegründet. Jenseits der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, haben sie keine Realität.“⁸

Art. 52 und 58 EWGV (a.F. – nunmehr Artt. 43, 48 EGV) gewährten diesen Gesellschaften kein Recht, den Sitz ihrer Geschäftsleitung unter Bewahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaft des Mitgliedsstaates ihrer Gründung in einen anderen Mitgliedsstaat zu verlegen, wenn und soweit das ihr nationales Gründungsrecht nicht vorsehe.

Daran knüpft der EuGH in Cartesio an: Für die Anwendbarkeit des Art. 48 EGV stelle es eine Vorfrage nationalen Rechts dar, ob eine Gesellschaft im Sinne dieser Bestimmung bestehe. Erst wenn das nationale Recht ergebe, dass eine Gesellschaft überhaupt (noch) existiere, der die Niederlassungsfreiheit zukommen könne, stelle sich die Frage, ob diese Gesellschaft in der Ausübung dieser Freiheit durch Beschränkungen behindert werde (Tz. 109). Wenn also – mit anderen Worten – das nationale Recht bestimme, dass eine Gesellschaft ihr inländisches Rechtskleid verliere, wenn sie ihren Sitz ins Ausland verlege⁹, sei dies als Vorfrage vom EGV hinzunehmen. Eine solche Gesellschaft könne sich demzufolge mangels Fortexistenz auch nicht mehr auf die Niederlassungsfreiheit berufen.

Zugleich nimmt der EuGH eine Abgrenzung zu den sog. Zuzugsfällen (Centros¹⁰, Überseering¹¹ und Inspire Art¹²) vor: In jenen Fällen habe die Ausgangsrechtsordnung, nach deren Recht die Gesellschaft gegründet worden war, angeordnet, dass diese Gesellschaft auch bei Wegzug fortexistiere. Dies habe die nationale Rechtsordnung des Zuzugsstaates ebenso wie der EGV hinzunehmen mit der Folge, dass sich diese fortbestehende Gesellschaft auf Art. 48 EGV berufen könne und demzufolge Beschränkungen des Zuzugsstaates Art. 48 EGV entgegenstünden.

Des Weiteren grenzt der EuGH die Entscheidung zu den SEVIC-Fällen¹³ ab: Dort sei es darum gegangen, dass die unstreitig bestehende Gesellschaft deutschen Rechts von der ihr zustehenden Niederlassungsfreiheit in der Weise Gebrauch machen wollte, dass sie sich auf die Luxemburgische Gesellschaft verschmelzen wollte. Die grenzüberschreitende Verschmelzung sieht der EuGH als einen Anwendungsfall der Ausübung der Niederlassungsfreiheit.¹⁴ Wenn eine solche Verschmel-

1 EuGH v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06, ZIP 2009, 24.
 2 EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97, ZIP 1999, 438.
 3 EuGH v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00, ZIP 2002, 2037.
 4 EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01, ZIP 2003, 1885.
 5 Schlussanträge des Generalanwalts Tizzano in ZIP 2005, 2311; EuGH v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03, NZG 2006, 112.
 6 Schlussanträge des Generalanwalts Maduro, ZIP 2008, 1067.
 7 EuGH v. 27.9.1988 – Rs. C-81/87, NJW 1989, 2186.
 8 EuGH v. 27.9.1988 – Rs. C-81/87, NJW 1989, 2186 (2187).
 9 S. näher dazu Teichmann, ZIP 2009, 393, der wohl zutreffend und allgemeiner darauf abhebt, dass die Gesellschaft ihre Anknüpfung an das sie konstituierende Recht aufgibt.
 10 EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97, ZIP 1999, 438.
 11 EuGH v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00, ZIP 2002, 2037.
 12 EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01, ZIP 2003, 1885.
 13 EuGH v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03, NZG 2006, 112.
 14 EuGH v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03, NZG 2006, 112 (Rz. 19).

Wegzugsbeschränkungen nach Cartesio

zung zwischen zwei deutschen Gesellschaften möglich, grenzüberschreitend aber ausgeschlossen sei, stelle dies eine nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung dar, die mit Art. 48 EGV nicht in Einklang stehe.¹⁵ Bei SEVIC war die Vorfrage, die für Cartesio entscheidungserheblich war, ob nämlich die betroffene Gesellschaft (SEVIC) nach ihrem nationalen Recht existierte, positiv zu beantworten und es ging dann nur noch um die Frage, ob diese Gesellschaft sich auf die Niederlassungsfreiheit berufen konnte – was zu bejahen ist – und ob diese Freiheit betroffen war – was der EuGH ebenfalls bejaht hat.

III. Einordnung der Entscheidung

1. Schlussanträge des Generalanwalts

Generalanwalt Maduro hatte in seinen Schlussanträgen vom 22.5.2008¹⁶ noch vorgeschlagen, die Vorlagefrage aus Ungarn dahingehend zu bescheiden, dass die Art. 43 und 48 EGV nationalen Vorschriften entgegenstehen, die eine nach nationalem Recht gegründete Gesellschaft daran hindern, ihren operativen Geschäftssitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen. Er sieht zwar zunächst ebenfalls, dass der Gerichtshof im Urteil „Daily Mail und General Trust“¹⁷ noch ausgeführt hatte, dass der Staat, nach dessen Recht die Gesellschaft gegründet wurde, über „Leben und Tod“ der Gesellschaft entscheide. Er nimmt dann aber die weitere Entwicklung in den Urteilen Centros¹⁸, Überseering¹⁹ und Inspire Art²⁰ mit in den Blick und hält schließlich die daraus in Abgrenzung zu Daily Mail notwendige Unterscheidung zwischen Zuzugs- und Wegzugsfällen für nicht mehr schlüssig. Den Mitgliedstaaten sei nach dem heutigen Stand des Gemeinschaftsrechts kein „Freibrief“ erteilt, nach Belieben die „Todesstrafe“ über eine nach ihrem Recht gegründete Gesellschaft zu verhängen, nur weil sie sich zur Ausübung ihrer Niederlassungsfreiheit entschließe.²¹ Das generelle Todesurteil allein aufgrund des Umstandes, dass eine Gesellschaft sich zur Ausübung der ihr vom EG-Vertrag gewährten Niederlassungsfreiheit entschließe, sei mit der Niederlassungsfreiheit nicht vereinbar. Das schließe allerdings nicht aus, dass die nationalen Rechtsordnungen Beschränkungen aus zwingenden Gründen des allgemeinen öffentlichen Interesses erlassen könnten, die dann nach den Grundsätzen des EuGH gerechtfertigt sein könnten.²² Auf diesem Wege versucht der Generalanwalt die Brücke zu Daily Mail zu schlagen.

2. Hughes de Lasteyrie du Saillant: Parallelität der Wegzugsbeschränkungen bei natürlichen Personen?

Nahrung hatte die Ansicht, dass mit den Urteilen Überseering und Inspire Art nun auch die Wegzugsbeschränkungen künftig der Niederlassungsfreiheit zum Opfer fallen könnten, durch die Entscheidung des Gerichtshofs im Fall Hughes de Lasteyrie du Saillant²³ erhalten. Der französische Staatsangehörige Hughes de Lasteyrie du Saillant beabsichtigte seinen Wohnsitz von Frankreich nach Belgien zu verlegen. Nach französischem Steuerrecht unterlag dabei sein Wertpapierbesitz einer

Wegzugsbesteuerung. Die Differenz von Anschaffungswert und gemeinem Wert zum Zeitpunkt des Verlassens Frankreichs war zu versteuern. Schon Generalanwalt Mischo hatte in seinen Schlussanträgen vom 13.3.2003²⁴ dies für nicht vereinbar mit Art. 43 EGV gehalten. Die Besteuerung behindere die Freizügigkeit und diskriminiere den Wegziehenden im Verhältnis zu seinen zurückbleibenden Mitbürgern. Dies sei auch nicht aus Gründen der Sicherung der wirksamen Steuerkontrolle und des Kampfes gegen Steuerumgehung gerechtfertigt. Der EuGH ist in seiner Entscheidung vom 11.3.2004²⁵ den Schlussanträgen gefolgt. Er führt ausdrücklich aus:

„Auch wenn Art. 52 EG-Vertrag ebenso wie die anderen Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit nach seinem Wortlaut insbesondere die Inländerbehandlung im Aufnahmemitgliedstaat sichern soll, so verbietet er es doch auch, dass der Herkunftsmitgliedstaat die Niederlassung seiner Staatsangehörigen in einem anderen Mitgliedstaat behindert.“²⁶

Allerdings unterscheidet sich der Fall Hughes de Lasteyrie du Saillant in einem entscheidenden Punkt von den hier erörterten Fällen des Wegzugs von Gesellschaften eines Mitgliedstaates: Sie betrifft eine natürliche Person. Art. 48 EGV stellt zwar juristische Personen gleich. Der EuGH hat jedoch in Daily Mail zutreffend anerkannt, dass sie gleichwohl ein künstlich geschaffenes Produkt einer bestimmten (nationalen) Rechtsordnung bleiben und diese Rechtsordnung auch darüber bestimmt, wie weit ihre Existenz reicht.²⁷ Natürliche Personen hingegen findet der Staat „naturgegeben“ vor. Über ihre Existenz kann er nicht verfügen.

3. Zwangsliquidation als unvermeidbare Folge kollisionsrechtlicher Anknüpfung

Dennoch wäre in der Sache auch eine andere Entscheidung denkbar gewesen. Das ist eine Frage des Ausgangspunktes:

Der EuGH hat sich in der Rechtssache Cartesio auf den Standpunkt gestellt, die Existenz des Rechtssubjektes sei Vorfrage des nationalen Rechts. Wenn nach Maßgabe des nationalen Rechts schon gar kein Rechtsobjekt

15 EuGH v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03, NZG 2006, 112 (Rz. 22 f.).

16 EuGH v. 22.5.2008 – Rs. C-210/06 (GA), ZIP 2008, 1067.

17 EuGH v. 27.9.1988 – Rs. C-81/87, NJW 1989, 2186.

18 EuGH v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97, ZIP 1999, 438.

19 EuGH v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00, ZIP 2002, 2037.

20 EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01, ZIP 2003, 1885.

21 EuGH v. 22.5.2008 – Rs. C-210/06 (GA), ZIP 2008, 1071.

22 Zu den Voraussetzungen s. EuGH v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – Inspire Art, ZIP 2003, 1885 (1892) Rz. 133.

23 EuGH v. 11.3.2004 – Rs. C-9/02, ZIP 2004, 662.

24 EuGH v. 11.3.2004 – Rs. C-9/02, ZIP 2004, 662.

25 EuGH v. 11.3.2004 – Rs. C-9/02, ZIP 2004, 662.

26 EuGH v. 11.3.2004 – Rs. C-9/02, ZIP 2004, 662 (664) Rz. 42; EuGH v. 13.4.2000 – Rs. C-251/98, ZIP 2000, 697 Rz. 28 (Rechtssache Baars).

27 S. dazu grundlegend auch Flume, Die juristische Person (1983), S. 1 sowie Teichmann, ZIP 2009, 393 (397 f.).

Wegzugsbeschränkungen nach Cartesio

(mehr) existiere, sei auch eine Berufung auf die Niederlassungsfreiheit ausgeschlossen. Das scheint schlüssig.

Man hätte aber auch anders argumentieren können und wohl auch müssen: Der Staat, der einmal nach seinem nationalen Recht eine juristische Person ins Leben gerufen hat, die Träger von Rechten und Pflichten sein kann, hat auch die diesem Träger damit zukommenden Rechte zu achten. Mit der Gründung juristischer Personen kommen diesen dann auch die Freiheitsrechte des EG-Vertrages, insbesondere also die Niederlassungsfreiheit zu. Bestimmt nun ein nationales Recht, dass eine solche Gesellschaft ihre Existenz verlieren soll, weil sie von diesem EG-rechtlich garantierten Recht Gebrauch macht, steht dies im Widerspruch zu diesem Recht. Dieses höherrangige Recht muss sich dann gegen das niederrangige einfache Recht durchsetzen.²⁸ Die äußeren, durch einfaches nationales Gesetz gesetzten Grenzen der Existenz einer einmal ins Leben gerufenen juristischen Person stehen also unter dem Vorbehalt, dass sie auch mit höherrangigem Recht in Einklang stehen müssen, weil die Existenz des einmal geschaffenen „Geschöpfes“ eben auch von diesem höherrangigen Recht geschützt wird und auch dieser Schutz von dem einfachen Recht zu achten ist. Es steht sonach zwar zur Disposition des einfachen Gesetzgebers zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen er solche Körperschaften schafft; die Ausübung von Freiheitsrechten durch die einmal geschaffenen juristischen Personen steht hingegen nicht mehr zu seiner Disposition.²⁹

Nur diese Sicht läge im Übrigen in der Konsequenz der SEVIC-Entscheidung: Dort hat der EuGH der deutschen Gesellschaft unter dem Gesichtspunkt der Niederlassungsfreiheit zugestanden, sich auf die luxemburgische Gesellschaft über die Grenze hinweg zu verschmelzen. Er kam zu diesem Ergebnis, weil er zuvor die Frage bejaht hatte, dass die deutsche Gesellschaft als Rechtsträger noch existiere. Dann muss aber die Gesellschaft erst recht davor geschützt werden, dass sie in ihrer Existenz sogar vernichtet werden soll, nur weil sie von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch macht.

4. Keine Zwangsliquidation bei Verlegung des Satzungssitzes

Andererseits ist der EuGH so weit von der Lösung nicht entfernt, wenn er ergänzt, dass der Gründungsstaat ihm zwar infolge Wegfalls der kollisionsrechtlichen Anknüpfung das inländische Rechtskleid entziehen kann, ihn aber nicht zur Liquidation zwingen darf, wenn der Zuzugsstaat ihm auch rechtlich eine neue Heimat gibt

und ein neues, nämlich sein inländisches Rechtskleid überwirft und damit die Voraussetzung seiner Fortexistenz in neuem Gewande schafft.³⁰ Das muss der Wegzugsstaat hinnehmen und die neue Rechtsform anerkennen. Insoweit enthält die Entscheidung doch eine wesentliche Einschränkung: Die Verlegung des *Verwaltungssitzes* unter Beibehalten des inländischen Satzungssitzes und der inländischen Rechtsform mag das Inlandsrecht untersagen und daran die Rechtsfolge knüpfen, dass die Gesellschaft auch ihre inländische Rechtsfähigkeit verliert. Nimmt die Gesellschaft aber auch ihren *Satzungssitz* mit und wandelt sich – nach dem Recht des Zuzugsstaates zulässigerweise – in eine Rechtsform des Zuzugsstaates um, ist dieser Vorgang von der Niederlassungsfreiheit erfasst.

Eine andere Frage ist, ob der grenzüberschreitenden Umwandlung auf dem Wege der Verlegung des Satzungssitzes im Einzelfall überwiegende Gemeinwohlbelange entgegenstehen können, die eine Beschränkung **rechtfertigen** könnten.³¹ Zu denken ist in erster Linie an den Gläubigerschutz. Die Gläubiger werden durch die Umwandlung mit einer neuen Rechtsform – zudem für sie oftmals fremden, ausländischen – konfrontiert. Für die Frage, ob und in welchem Maße hier Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit aus europarechtlicher Sicht gerechtfertigt sein können, lassen sich möglicherweise Art.4 Abs.2 Satz1 der Verschmelzungsrichtlinie³² und die Kommentierungen zu §122j UmwG³³ heranziehen.

5. Zwischenergebnis

Bei Licht besehen bleibt daher dem Wegzugsstaat nur die Befugnis, der wegziehenden Gesellschaft die Beibehaltung ihres inländischen Satzungssitzes und damit die Anerkennung als *inländisches* Rechtssubjekt wegen Wegfalls der kollisionsrechtlichen Anknüpfung zu versagen. Nimmt sie ihren Satzungssitz mit und findet im Zuzugsstaat Asyl, existiert sie als ausländisches Rechtssubjekt fort und ist weiter anzuerkennen.³⁴ Nur wenn sie keine Aufnahme findet, ist sie zu liquidieren. Die Liquidation ist dann zwangsweise Folge aus der Aberkennung der Rechtssubjektivität. Sie kann daher nur liquidiert werden.

Dennoch bleibt es nach hier vertretener Auffassung dabei, dass auch in diesem Fall das EU-Recht dem nationalen Kollisionsrecht vorgeht und diese Folge aus der Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit Art.48 EGV widerspricht. Zu Recht weist Teichmann auf die Konsequenz hin, dass damit praktisch die uneingeschränkte Rechtswahlfreiheit eröffnet würde.³⁵ Dass diese weithin abgelehnt wird und dass das zudem mit rechtspolitisch guten Gründen geschieht, ist dabei aber nur ein schwaches Argument. Auch muss man sehen, dass diese Rechtswahlfreiheit für Rechtsformen aus Jurisdiktionen, die der Gründungstheorie folgen, längst besteht. Die Freude darüber, dass der EuGH eine letzte Bastion erhalten hat, mag man teilen. Nur die Frage muss erlaubt bleiben, wie lange sie noch halten wird.

28 Zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts s. *Streinz* in Sachs, GG, 4. Aufl. (2007), Rz. 59 zu Art. 23.

29 So wohl auch *Teichmann*, ZIP 2009, 399.

30 EuGH v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06, ZIP 2009, 24 (Rz. 111 ff.).

31 S. dazu etwa *Knoff/Mock*, ZIP 2009, 33.

32 RL 2005/56/EG.

33 *Vossius* in Widmann/Mayer, UmwG, Rz. 7 zu § 122j.

34 *Teichmann*, ZIP 2009, 393.

35 *Teichmann*, ZIP 2009, 400.

IV. Folgen der Entscheidung im deutschen Recht

Die Rechtslage in Deutschland ist der in Ungarn vergleichbar: Auch das deutsche Recht kennt Wegzugsbeschränkungen für Gesellschaften. Die h.M. und ständige Rechtsprechung nehmen an, dass die Verlegung des Sitzes der Geschäftsleitung bzw. Hauptverwaltung (Verwaltungssitz) einer Gesellschaft über die Grenze die zwangsweise Auflösung der Gesellschaft zur Folge habe.³⁶ Damit werden auch deutsche Gesellschaften gehindert, über die Grenze hinweg von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen.

1. Zwangsliquidation als Rechtsfolge des Statutenwechsels

Die Begründung für diese Rechtsfolge nimmt ihren Ausgang im Kollisionsrecht: Auch in Deutschland war bisher kollisionsrechtlich die Sitztheorie vorherrschend.³⁷ Danach beurteilen sich die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft nach dem Recht am Ort des effektiven Verwaltungssitzes. Zur wirksamen Gründung nach dem Gründungsrecht ist es damit erforderlich, dass die Gesellschaft auch ihren tatsächlichen Verwaltungssitz im Gründungsstaat hat.³⁸ Verlegt sie diesen Verwaltungssitz nach ihrer Gründung aus dem Gebiet der Bundesrepublik hinaus, wechselt sie nach der Sitztheorie ihr Personalstatut; aus der Sicht des deutschen Kollisionsrechts beurteilt sich die Gesellschaft fortan nicht mehr nach den deutschen Bestimmungen etwa des GmbHG, sondern nach dem am Verwaltungssitz geltenden materiellen Gesellschaftsrecht. Ein entsprechender Sitzverlegungsbeschluss der Gesellschafterversammlung ist nach der Rechtsprechung daher als Auflösungsbeschluss zu behandeln.³⁹

Die Sitztheorie wird von der Rechtsprechung als „Schutztheorie“ gerechtfertigt.⁴⁰ Auf die juristische Person soll dasjenige Recht anwendbar sein, das ihren wirtschaftlichen Aktivitäten am nächsten ist und daher am Ort dieser Aktivitäten den bestmöglichen Schutz für Gläubiger und Minderheitsgesellschafter gewährleistet und größte Sachnähe hat.⁴¹ Verlässt eine deutsche Gesellschaft ihren Rechtsraum und verlegt ihre Hauptaktivitäten in eine andere Jurisdiktion, bestimmt danach diese über das weitere Schicksal und die Existenz dieser Gesellschaft. Aus deutscher Sicht endet die Existenz der deutschen Gesellschaft. Die Gesellschaft wird infolge kollisionsrechtlicher Anknüpfung zur Auslandsgesellschaft und kann als solche auch im Handelsregister nicht eingetragen werden bzw. bleiben.⁴²

Eine materiell-rechtliche Argumentation kam bisher hinzu: Der Gesetzgeber hatte bereits 1937 in § 5 AktG einen Abs. 2 angefügt. Danach hatte die Satzung i.d.R. als Sitz der Gesellschaft den Ort zu bestimmen, an dem sich die Geschäftsleitung befindet.⁴³ Geregelt wird in § 5 AktG der Satzungssitz.⁴⁴ Dieser sollte nicht frei gewählt werden können, sondern mit dem Verwaltungssitz übereinstimmen. Bei nachträglicher Änderung der tatsächlichen Verhältnisse, also des Auseinanderfallens von Satzungs- und Verwaltungssitz sollte nach h.M. die Zwangslöschung der Gesellschaften nach § 144a Abs. 1 FGG erfolgen.⁴⁵

Im GmbH-Gesetz wurde eine entsprechende Regelung erst 1998 mit § 4a Abs. 2 aufgenommen. Bis dahin war überwiegend eine entsprechende Anwendung von § 5 Abs. 2 AktG auf die GmbH abgelehnt worden.⁴⁶ Das Erlöschen der Gesellschaft bei Sitzverlegung ins Ausland konnte allein mit dem ausländischen Personalstatut und dem Erlöschen als inländische Gesellschaft begründet werden. Seit der Einfügung von § 4a Abs. 2 GmbHG aber wird die Zwangslöschung bei Verlegung des Verwaltungssitzes auch auf § 144a FGG gestützt.⁴⁷

2. Änderungen durch das MoMiG

§ 4a Abs. 2 GmbHG und § 5 Abs. 2 AktG sind durch das MoMiG 2008 ersatzlos gestrichen worden.⁴⁸ Erklärte Absicht des Gesetzgebers war es dabei vor allem auch, Kapitalgesellschaften – GmbHs und Aktiengesellschaften – die Möglichkeit zu eröffnen, ihren Verwaltungssitz über die Grenze zu verlegen.⁴⁹

Dieses Ziel wäre nur erreicht worden, wenn die von der Rechtsprechung gesehene Rechtsfolge der Zwangsauflösung aus einer Verletzung von § 4a Abs. 2 GmbHG bzw. § 5 Abs. 2 AktG hergeleitet worden wäre. Das aber ist nicht der Fall: Durch die Streichung von § 4a Abs. 2 GmbHG ist der Gesetzgeber formal lediglich zur Rechtslage vor der Einfügung dieser Bestimmung im Jahre 1998 zurückgekehrt. Auch damals stand für die Rechtsprechung fest, dass eine Gesellschaft, die ihren

36 S. dazu näher *Scholz*, GmbHG, 10. Aufl. (2006), Einl. Rz. 124 ff. m.w.N.; teilweise werden sie sogar als nicht existent behandelt.

37 BGHZ 51, 27 [28]; 53, 181, 183; 78, 318; 97, 269, 271; 134, 116, 118; MünchKomm.-*Kindler*, Int. Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. (2006), Rz. 5 zu „IntGesR“ m.w.N.

38 MünchKomm.-*Kindler*, BGB, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. (2006), Rz. 400 zu IntGesR.

39 BayObLG v. 7.5.1992 – BReg.3 Z 14/91, ZIP 1992, 842 [843]; OLG Hamm v. 30.4.1997 – 15 W 91/97, ZIP 1997, 1696; nach *Staudinger-Großfeld*, BGB, 12. Aufl. (1994), Int-GesR Rz. 368 ff. ist der Beschluss nichtig; OLG München v. 4.10.2007 – 31 Wx 36/07, ZIP 2007, 2124.

40 BayObLG v. 7.5.1992 – BReg.3 Z 14/91, ZIP 1992, 842 [843]; BGH v. 23.10.2008 – II ZR 158/06 – Trabrennbahn, ZIP 2008, 2411; MünchKomm.-*Kindler*, Int. Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. (2006), Rz. 401, 403 zu „IntGesR“.

41 BayObLG v. 7.5.1992 – BReg.3 Z 14/91, ZIP 1992, 842 [843]; BGH v. 23.10.2008 – II ZR 158/06 – Trabrennbahn, ZIP 2008, 2411; *Hüffer*, AktG, 8. Aufl. (2008), Rz. 32 f zu § 1.

42 *Scholz-Emmerich*, GmbHG, 10. Aufl. (2006), Rz. 6 zu § 4.

43 Dazu *Hoffmann*, ZIP 2007, 1581.

44 *Hüffer*, AktG, 8. Aufl. (2008), Rz. 4 ff. zu § 5.

45 *Hüffer*, AktG, 8. Aufl. (2008), Rz. 11 zu § 5 m.w.N.; a.A. *Fleischer* in Schmidt/Lutter, AktG (2008), Rz. 25 zu § 5; für die GmbH nach Inkrafttreten des § 4a Abs. 2 GmbHG ebenso LG Memmingen, NZG 2002, 95.

46 BayObLG v. 8.3.1982 – BReg.1 Z 71/81, DNotZ 1983, 195; *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, 15. Aufl. (2005), Rz. 5 zu § 144a.

47 LG Memmingen, NZG 2001, 95; a.A. *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, 15. Aufl. (2005), Rz. 5 zu § 144a.

48 Dazu *Nolting*, ZAP 2008, Fach 15, S. 567, 574.

49 RegE MoMiG v. 25.5.2007, BR-Drucks. 354/07, S. 65.

Wegzugsbeschränkungen nach Cartesio

Verwaltungssitz ins Ausland verlegt, aufgelöst ist.⁵⁰ Diese Rechtsfolge war damals – wie heute wieder – nicht positivrechtlich im Sachrecht kodifiziert; sie ergab sich als zwangsläufige Folge aus dem Statutenwechsel und damit aus dem Kollisionsrecht. Dieses aber ist unverändert geblieben.

Der Gesetzgeber hat zwar eine Gesetzesinitiative zum Internationalen Gesellschaftsrecht auf den Weg gebracht.⁵¹ Danach soll künftig positiv-rechtlich die Gründungstheorie im IPR kodifiziert werden (Art. 10 EGBGB-E). Das Vorhaben ist jedoch massiver Kritik vor allem von Gewerkschaftsseite ausgesetzt und daher ins Stocken geraten. Es wird wohl der Diskontinuität zum Opfer fallen.⁵² Der BGH hat diese Diskussion nun auch zum Anlass genommen, seinen bisherigen Standpunkt zu bekräftigen und an der Sitztheorie ausdrücklich festgehalten.⁵³

Praxishinweis:

Vor diesem Hintergrund ist daher bei der Verlegung des Verwaltungssitzes zur Vorsicht zu raten. Die Konsequenzen scheinen derzeit nicht absehbar. Unter gar keinen Umständen sollte die Satzung die Geschäftsführung ermächtigen, den Verwaltungssitz in eigener Zuständigkeit und nach eigenem unternehmerischen Ermessen auch ins Ausland zu verlegen.⁵⁴ Im schlimmsten Fall könnte das der Ermächtigung gleich kommen, die Gesellschaft aufzulösen.

3. Keine Zwangsliquidation bei kollisionsrechtlicher Rückverweisung

Die Streichung von § 4a Abs. 2 GmbHG bzw. § 5 Abs. 2 AktG führt daher nicht weiter: Verlegt die Gesellschaft ihren Verwaltungssitz, so mag das materiell-rechtlich zwar zulässig sein. Soll der Sitz aber über die Grenze verlegt werden, führt das nach wie vor zum Statutenwechsel. Dann kommt es auf die Zulässigkeit nach § 4a GmbHG nicht mehr an, da diese Vorschrift auf die Gesellschaft nicht mehr anwendbar ist.

50 BGH v. 21.3.1986 – V ZR 10/85, BGHZ 97, 269 [271 ff.]; BayObLG v. 7.5.1992 – BReg.3 Z 14/91, ZIP 1992, 842; BGHZ 25, 134 [144]; OLG Hamm v. 1.2.2001 – 15 W 390/00, NJW 2001, 2183.

51 RefE eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen vom 14.12.2007.

52 Äußerungen aus dem Justizministerium ist aber zu entnehmen, dass das Vorhaben für die nächste Legislaturperiode oberste Priorität haben wird.

53 BGH v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, ZIP 2008, 2411 („Trabrennbahn“), Rz. 22.

54 So die Empfehlung von *Otte*, BB 2009, 344.

55 BGHZ 25, 134 [144]; BayObLG v. 7.5.1992 – 3Z BR 14/92, NJW-RR 1993, 43; OLG Düsseldorf v. 26.3.2001 – 3 Wx 88/01, NJW 2001, 2184; OLG Hamm v. 1.2.2001 – 15 W 390/00, NJW 2001, 2183; differenzierend MünchKomm.-*Kindler*, Int. Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. (2006), Rz. 503 zu Int-GesR m.w.N.

56 MünchKomm.-*Kindler*, Int. Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. (2006), Rz. 501 zu „IntGesR“.

57 BGH v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, ZIP 2008, 2411 („Trabrennbahn“).

a) Zielstaat mit Sitztheorie

Das gilt jedenfalls dann, wenn es sich bei dem neuen Sitzstaat um einen solchen handelt, der ebenfalls die Sitztheorie anwendet. Denn auch der ausländische Sitzstaat würde sein materielles Gesellschaftsrecht, nicht hingegen das deutsche anwenden. Denn wegen der doppelten Anwendung der Sitztheorie – sowohl in Deutschland als auch im Zielstaat – findet § 4a GmbHG auf die im Ausland ansässige Gesellschaft eben gerade keine Anwendung.

b) Zielstaat mit Gründungstheorie

Anders verhält es sich, wenn der neue Sitzstaat die Gründungstheorie anwendet und damit auf das deutsche Gründungsrecht zurückverweist (Art. 4 Abs. 1 EGBGB). Danach wäre materiell-rechtlich eine Verlegung des Verwaltungssitzes an einen anderen Ort als den Ort des Satzungssitzes jedenfalls nicht mehr unzulässig. Ob damit auch eine Verlegung an einen Ort im Ausland materiell-rechtlich zulässig wäre, ist aber gerade die Frage. Richtig ist bisher allein, dass der Gesetzgeber § 4a Abs. 2 GmbHG gestrichen hat. Ob damit positiv geregelt ist, dass eine deutsche Gesellschaft ihren Verwaltungssitz auch im Ausland nehmen kann, ohne zwangsweise aufgelöst zu werden, ist damit nicht ausgemacht. Im GmbHG gibt es nämlich weder eine Rechtsnorm, die besagt, dass bei einem solchen Wegzug die Gesellschaft zwingend aufzulösen ist, noch umgekehrt eine Vorschrift, die besagt, dass der Wegzug ins Ausland die Existenz der Gesellschaft nach deutschem Recht unberührt lässt. Die herrschende Meinung hat aber auch in diesen Fällen bisher zwingend eine Auflösung der Gesellschaft angenommen.⁵⁵ Allein der Hinweis auf die Motive des Gesetzgebers bei Streichung von § 4a Abs. 2 GmbHG dürfte nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen ein zu schwaches Argument sein, um den BGH und die Instanzgerichte von ihrer jahrzehntelangen Rechtsprechung Abstand nehmen zu lassen.

Aber: Das Zusatzargument aus § 144a FGG ist jedenfalls entfallen. Denn es gibt keine Bestimmung mehr, die verlangte, in der Satzung als Sitz den Ort zu bestimmen, an dem auch tatsächlich die Hauptverwaltung angesiedelt ist.

Es bleibt das bisherige Argument, wonach der Statutenwechsel zur Liquidation der deutschen Gesellschaft zwingt, weil es eine solche danach nicht mehr gebe. Beim Renvoi kommt ein solcher Statutenwechsel wegen Art. 4 Abs. 1 EGBGB aber gerade nicht zum Tragen.⁵⁶ Das wäre nur dann anders, wenn die Rückverweisung Sinn und Zweck der Verweisung widerspräche (Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB). Zweck der Sitztheorie ist – wie gesehen – das sachnähere Recht zur Anwendung kommen zu lassen. Es soll aus Sicht des deutschen Kollisionsrechts vor allem Gläubiger- und Gesellschafterinteressen schützen. Damit wird in erster Linie in Zugzugsfällen die Nichtanerkennung im Ausland gegründeter Gesellschaften begründet.⁵⁷ Wenn aber bei Wegzugsfällen das ausländische Recht für seine Jurisdiktion dieses Schutzbedürfnis nicht sieht und es beim deut-

Abschlagszahlungen und Wertzuwachs

schen materiellen Recht belassen will, muss das deutsche Kollisionsrecht diese Entscheidung nicht überprüfen und gar korrigieren. Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB steht der Rückverweisung mithin nicht im Wege.

4. Zwischenergebnis

Das internationale Gesellschaftsrecht ist in jüngster Zeit von zwei Fragen beherrscht worden:

a) Europarechtlich stand die Frage im Zentrum, inwieweit die in Deutschland vorherrschende Sitztheorie mit der Niederlassungsfreiheit des EG-Vertrages in Einklang steht. Dabei geht es jedoch allein um die Folgenbetrachtung: Beim Zuzug von EU-Auslandsgesellschaften kann die Sitztheorie nicht mit der Folge angewendet werden, dass diese infolge eines Statutenwechsels ihr (ausländisches) Rechtskleid gegen ein deutsches eintauschen müssen; das verletzt wegen Missachtung der Fortexistenz der aus ihrem Gründungsstaat wegziehenden Gesellschaft deren Niederlassungsfreiheit. Beim Wegzug hingegen hilft der EuGH mit seiner *Cartesio*-Entscheidung in dieser Frage nicht weiter. Er gibt die Beantwortung zurück an das nationale (Kollisions- und Sach-) Recht und damit auch an das deutsche Richterrecht. Die deutschen Gerichte werden danach jedenfalls nicht durch höherrangiges EU-Recht an ihrer bisherigen Rechtsprechung gehindert, wonach deutsche Gesellschaften bei Wegzug ihr deutsches Rechtskleid abgeben müssen. Und so steht nach allem zu erwarten, dass der BGH auch weiterhin – im Rahmen des völker- und EU-rechtlich Zulässigen und damit insbesondere bei Wegzugsfällen – über die Sitztheorie das deutsche (Richter-)Recht weiter anwendet und – auch unbeschadet der Streichung von §§ 4a Abs. 2 GmbHG, 5 Abs. 2 AktG – von einer Zwangsliquidation nach deutschem Recht ausgehen wird.

b) Im deutschen Kollisionsrecht geht es um die Verabschiedung der Sitztheorie. Dem hat der BGH im Hinblick auf die politische Diskussion eine Absage erteilt und die Entscheidung – zu Recht – dem Gesetzgeber überlassen. Sie gilt daher – soweit nicht Völker- oder EU-Recht entgegenstehen – fort.⁵⁸ Die von der Rechtsprechung daraus gezogene Konsequenz bei Wegzugsfällen – Zwangsauflösung wegen Statutenwechsels – bedarf jedoch einer Korrektur insoweit, als bei einer Rückverweisung aus einem Zuzugsstaat mit Gründungstheorie über Art. 4 Abs. 1 EGBGB doch wieder

deutsches materielles Recht anzuwenden ist. Sie bedarf nach „*Cartesio*“ einer weiteren Korrektur dahin, dass die Zwangsliquidation bei Verlegung des Satzungssitzes dann ausscheidet, wenn das Recht des Zuzugsstaats den liquidationslosen Wechsel in eine Rechtsform des eigenen Rechts zulässt.

V. Ergebnis

1. In Deutschland gilt nach „*Trabrennbahn*“ kollisionsrechtlich weiter die Sitztheorie. Bei Verlegung des **Verwaltungssitzes** ins Ausland verliert die Gesellschaft die Anknüpfung an das deutsche Recht. Sie ist zu liquidieren.

2. Diese Anknüpfung wird vom Europarecht grundsätzlich hingenommen. Die Zwangsliquidation als Folge der Sitztheorie bei **Verwaltungssitz**verlegung verstößt nach „*Cartesio*“ nicht gegen Art. 48 EGV. Dieses Ergebnis mag rechtspolitisch gewünscht sein, ist dogmatisch aber zweifelhaft.

3. *Erste Einschränkung*: Erkennt der Zuzugsstaat aber den Fortbestand der Gesellschaft nach dem deutschen Sachrecht an, weil er der Gründungstheorie folgt, existiert die Gesellschaft auch aus Sicht des deutschen Kollisionsrechts fort und genießt Niederlassungsfreiheit.

4. *Zweite Einschränkung*: Erkennt der Zuzugsstaat die liquidationslose Verlegung des **Satzungssitzes** und Umwandlung in eine seiner inländischen Rechtsformen an, genießt die Gesellschaft ebenfalls Niederlassungsfreiheit und die deutsche Rechtsordnung hat das hinzunehmen. Allerdings kann im Einzelfall aus Allgemeinwohlinteressen eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gerechtfertigt sein.

5. Die Zwangsliquidation durch den Wegzugsstaat bleibt damit nur noch zulässig in den Fällen der Verlegung des Verwaltungssitzes in ein Land mit Sitztheorie – hier fehlt eine kollisionsrechtliche Anknüpfung, die den Fortbestand der Gesellschaft gewährleistet – und den Fällen der Satzungssitzverlegung, in denen der Zuzugsstaat ebenfalls die Umwandlung nicht anerkennt. Ob sich aber nicht auch in diesen Fällen die vorrangige Niederlassungsfreiheit des EU-Vertrages durchsetzen muss, wird noch weiterer Diskussion bedürfen.

⁵⁸ BGH v. 27.10.2008 – II ZR 158/06, ZIP 2008, 2411 („*Trabrennbahn*“).

GRUNDSTÜCKS- UND WERKVERTRAGSRECHT

Abschlagszahlungen und Wertzuwachs während des Immobilienerwerbs

Anmerkungen zur Vertragsgestaltung nach Inkrafttreten des Forderungssicherungsgesetzes

Notar Dr. Roland Suppliet, Lehrbeauftragter an der Universität Rostock, Rostock

Das Forderungssicherungsgesetz (FoSiG) vom 23.10.2008 (BGBl. I 2008, 2022) zwingt zur Überprüfung bisheriger Praktiken in allgemeinen Bauverträgen, und zwar insbesondere von Bauverträgen, die ein Unterneh-

mer einem Verbrauchern stellt (sog. „B2C-Vertrag“). Das betrifft die Vereinbarung des Teils B der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/B) „im Ganzen“ und die Abschlagszahlungen nach § 632a

Abs. 1 Satz 1 BGB. Anschließend wird untersucht, welche Auswirkungen die Änderung der Rechtslage auf die Gestaltung von Immobilienkaufverträgen hat.

I. Inhaltskontrolle der VOB/B

Die gesetzliche Grundlage für die Abwicklung eines Bauvertrags sind die Bestimmungen über den Werkvertrag in §§ 631 ff. BGB. Die dortigen Regelungen werden jedoch häufig für unzureichend gehalten, weshalb Bauunternehmer die VOB/B als ihre allgemeinen Geschäftsbedingungen für Bauverträge mit anderen Unternehmern oder mit Verbrauchern verwenden. Zweifellos stellt das Klauselwerk der VOB/B Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen dar.¹ Früher vertrat der BGH die Ansicht, die VOB/B bildeten ein in sich *ausgewogenes* Regelwerk.² Folge war, dass ein Bauvertrag, der die VOB/B „als Ganzes“ einbezogen hatte, der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle entzogen war.³

Diese Privilegierung der VOB war aus mehreren Gründen fraglich. Die VOB/B sind für Verträge entwickelt worden, bei denen die öffentliche Hand Auftraggeber ist. Erarbeitet wird das Klauselwerk im Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss, der auf Seiten der Auftraggeber vor allem von den obersten Bundes- und Landesbehörden besetzt wird. Für die Auftragnehmer verhandeln in diesem Ausschuss Verbandsvertreter der Bauwirtschaft (Bundesverband der Deutschen Industrie, Zentralverband des Deutschen Handwerks, Deutscher Industrie- und Handelskammertag).⁴ Ob die VOB ausgewogene Bestimmungen für Verbraucher enthalten, stand schon deshalb im Zweifel, weil Verbraucherorganisationen im Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss nicht vertreten sind.⁵ Darüber hinaus war in der Rechtspraxis kaum ein Vertrag anzutreffen, in dem ein Bauunternehmer gegenüber einem Verbraucher die „VOB als Ganzes“ unmodifiziert vereinbart hatte.⁶

Durch das FoSiG sind nunmehr die Fragen zur Wirksamkeit und Reichweite der Privilegierung der VOB/B geklärt. In § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB ist bestimmt, dass eine Inhaltskontrolle bei Verträgen mit Unternehmern oder der öffentlichen Hand nicht erfolgt, wenn die VOB/B in der jeweils zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung ohne inhaltliche Abwei-

chungen insgesamt einbezogen sind. Im Umkehrschluss unterliegt (auch) ein Bauvertrag, der von einem Bauunternehmer einem Verbraucher unter Einbeziehung der VOB/B als Ganzes stellt, der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB.

Folge ist u.a., dass die fünfjährige Verjährungsfrist aus § 634a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB durch § 13 Nr. 4 VOB/B nicht auf vier Jahre verkürzt werden kann, weil eine solche Verkürzung gegen § 309 Nr. 8 b) ff) BGB verstößt.⁷

Die Bauwirtschaft muss ihr Klauselwerk an die neue Rechtslage anpassen und kann seit dem 1.1.2009 Verbrauchern gegenüber die VOB/B nicht mehr verwendet – auch nicht mehr im Ganzen. Die Eigentümerschutzgemeinschaft Haus & Grund und der Zentralverband des Deutschen Baugewerbes (ZDB) haben sich zwischenzeitlich auf die neue Lage eingestellt und Musterverträge entwickelt, die unentgeltlich über das Internet abrufbar sind.⁸ Sofern ein Muster „Verbrauchervertrag für Bauleistungen Einfamilienhaus/Schlüsselfertigbau“ zur Verfügung gestellt wird, sollte der Verwender darauf achten, dass das Muster davon ausgeht, dass der Auftraggeber (Verbraucher) bereits Eigentümer des Grundstücks ist, auf dem der Unternehmer Bauleistungen erbringen soll.

II. Abschlagszahlungen

Im Werkvertragsrecht ist die Vergütung nach § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB bei der Abnahme des Werks zu entrichten. Gäbe es keine Bestimmungen über Abschlagszahlungen, wäre der Werkunternehmer bis zur Abnahme vorleistungspflichtig. Das Recht, Abschläge fordern zu dürfen, mindert also wirtschaftlich die grundsätzlich bestehende Vorleistungspflicht des Bauunternehmers.

1. Voraussetzungen

Haben die Parteien nichts Abweichendes vereinbart, kann nach § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB ein Bauunternehmer von dem Besteller für eine vertragsgerecht erbrachte Leistung eine Abschlagszahlung in der Höhe verlangen, in der der Besteller durch die Leistungen einen Wertzuwachs erlangt hat.

Die Anzahl der Teilbeträge, die der Bauunternehmer im Wege von Abschlagszahlungen verlangen kann, ist entgegen § 3 Abs. 2 Satz 1 MaBV nicht bestimmt. Die Anzahl der Raten ist dispositiv; das Ob von Abschlägen und deren Anzahl kann und sollte daher von den Vertragsparteien im Bauvertrag festgelegt werden.

Nach der Neufassung ist nicht mehr erforderlich, dass „in sich abgeschlossene Teile des Werks“ erstellt worden sind;⁹ auch eine Teilabnahmefähigkeit ist keine Voraussetzung (mehr) für das Verlangen auf Abschlagszahlung. Liegen unwesentliche Mängel vor, hat der Besteller kein grundsätzliches Leistungsverweigerungsrecht. Durch die Verweisung auf § 641 Abs. 3 BGB kann der in Anspruch genommene Besteller jedoch in der Regel das Doppelte der für die Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten von der geforderten Abschlagszahlungsrate einbehalten.

1 *Christensen* in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 10. Aufl. 2006, Anh. § 310 Rz. 990 ff.

2 BGH v. 16.12.1982 – VII ZR 92/82, NJW 1983, 816.

3 § 24a AGBG a.F.; BGH v. 24.7.2008 – VII ZR 55/07, ZIP 2008, 1729.

4 *Karsten*, Das Forderungssicherungsgesetz, NJ, 2008, 530 f.

5 BT-Drucks. 16/9787, 18.

6 *Leinemann*, Das Forderungssicherungsgesetz – Neue Perspektiven im Bauvertragsrecht? NJW 2008, 3745. Auch vor dem 1.1.2009 haben daher Bauunternehmer, die die VOB/B gegenüber Verbrauchern verwendet haben, damit rechnen müssen, dass eine Inhaltskontrolle erfolgt (BGH, NZBau 2008, 640).

7 *Hügel*, Das Forderungssicherungsgesetz in der notariellen Praxis, NotBZ 2008, 437.

8 www.haus-und-grund.net, www.zdb.de (Stand: 18.3.2009).

9 § 632a BGB (a.F.) in der Fassung des Gesetzes zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30.3.2000, BGBl. I 2000, 330.

Abschlagszahlungen und Wertzuwachs

Im Umkehrschluss gilt – auch nach der Gesetzesbegründung –,¹⁰ dass bei Vorliegen wesentlicher Mängel kein Recht auf Zahlung eines Abschlags besteht.¹¹

Eine Voraussetzung für das Verlangen von Abschlagszahlungen ist, dass die Leistungen durch eine Aufstellung nachgewiesen sind, die eine rasche und sichere Beurteilung der Leistung ermöglichen muss (§ 632a Abs. 1 Satz 4 BGB).

Verlangt der Bauunternehmer von einem Verbraucher für die Errichtung oder den Umbau eines Hauses eine Abschlagszahlung, hat er seinerseits nach § 632a Abs. 3 BGB Sicherheit zu leisten. Dem Besteller ist bei der ersten Abschlagszahlung eine Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel i.H.v. 5% des Vergütungsanspruchs zu gewähren. Auf Verlangen des Bauunternehmers ist die Sicherheitsleistung durch Einbehalt dergestalt zu erbringen, dass der Besteller die Abschlagszahlungen bis zu einem Gesamtbetrag der geschuldeten Sicherheit zurückhält. Sollte durch die Abschlagszahlung die Last der Vorleistungspflicht des Bauunternehmers gelindert werden, erfolgt hier nun wieder die Rücksicherung des Verbraucher-Bestellers durch eine Fertigstellungssicherheit.¹²

Liegen die Voraussetzungen des § 632a Abs. 1 und 3 BGB vor, wird der Anspruch auf Zahlung des Abschlags mit dem entsprechenden Verlangen unter Beifügung der Leistungsaufstellung sofort fällig. Verweigert der Besteller die Zahlung der Abschläge unberechtigt, hat der Bauunternehmer ein Leistungsverweigerungsrecht (§ 320 BGB). Zugleich kann ein für den Bauunternehmer wichtiger Grund zur Vertragskündigung vorliegen.¹³

2. Tatbestandsmerkmal des Wertzuwachses

Tatbestandsmerkmal des § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB ist, dass der Besteller durch die Leistung einen *Wertzuwachs* erlangt hat. Nach der Gesetzesbegründung soll damit sichergestellt werden, dass der Unternehmer nur dann eine Abschlagszahlung verlangen kann, wenn der Besteller einen „festen Wert“ bekommen hat: „Dies kann der Erwerb des Eigentums nach § 946 ff. BGB sein, ist aber nicht zwingend. So kann ein bereits ausformuliertes Teilgutachten auch ohne Eigentumsübergang schon einen Wertzuwachs beim Besteller darstellen und eine Abschlagszahlung auslösen. Keine Abschlagszahlung soll dagegen ausgelöst werden, wenn der Gutachter eine Besichtigung durchgeführt und sich erste Gedanken zum Thema gemacht hat“.¹⁴ Im Ergebnis muss irgendein Vermögenswert in die Sphäre des Bestellers gelangen, damit die Zahlung eines Abschlags gerechtfertigt ist.¹⁵

Bislang wurde in der einschlägigen Literatur der Begriff des Wertzuwachses v.a. problematisiert in Bezug auf mehrere hintereinander gestaffelte Werkverträge.¹⁶ Hier ist fraglich, welchen Wertzuwachs ein Generalunternehmer erhalten hat, der als Auftraggeber eines Nachunternehmers Leistungen für den Bauherren erbringt. Diese Problematik soll hier jedoch nicht erörtert werden.

Das Merkmal des Wertzuwachses steht insbesondere in den Fällen in Frage, in denen der Besteller das Grundstück von einem Immobilienverkäufer erhalten soll, auf dem Bauleistung von einem personenverschiedenen Dritten ausgeführt werden sollen. Vor Eigentumsübergang erfolgt hier ein etwaiger Wertzuwachs beim Immobilienverkäufer, mit dem der Bauunternehmer keinen Vertrag hat, aber nicht beim Besteller. Die Zweifelsfragen betreffen vor allem Neubaugebiete, in denen erst noch Erschließungsarbeiten ausgeführt werden sollen, bevor der Kaufpreis fällig ist und die Eigentumsumschreibung bewirkt werden soll. Ferner zählen hierzu Grundstücke, die erst noch katastermäßig zu vermessen sind. Erfahrungsgemäß liegen in diesen Fällen erhebliche Zeitspannen zwischen dem Abschluss des Erwerbsvertrags über die Immobilie und dem späteren Eigentumsübergang.

3. Inhaltskontrolle § 16 Nr. 1 VOB/B

Während der Erwerbsphase, also vom Abschluss des Grundstückskaufvertrags bis zum Eigentumsübergang, wurden bislang in allgemeinen Bauverträgen für Bauleistungen Abschlagszahlungen verlangt. Anspruchsgrundlage waren Vereinbarungen, die sich an § 16 Nr. 1 VOB/B orientierten. Hierin heißt es, dass Abschlagszahlungen auf Antrag in Höhe des Wertes der jeweils nachgewiesenen vertragsgemäßen Leistung einschließlich des ausgewiesenen, darauf entfallenden Umsatzsteuerbetrags in möglichst kurzen Zeitabständen zu gewähren sind. Bei Neufassung des § 632a BGB wurde ausdrücklich auf diese Parallelbestimmung hingewiesen.¹⁷ § 632a Abs. 1 Satz 1 BGB ist dennoch nicht gleichlautend, sondern unterscheidet sich in zwei Punkten von § 16 Nr. 1 VOB/B:

- Nach der gesetzlichen Neureglung schuldet der Besteller bei Vorliegen wesentlicher Mängel keine Abschläge.
- Während nach § 16 Nr. 1 VOB/B der Besteller keinen „festen Wert“ erlangen muss, gebietet die gesetzliche Neureglung für eine Abschlagszahlung einen Wertzuwachs.

Ist der Verwender der VOB/B der Auftragnehmer, weicht § 16 Nr. 1 VOB/B in seiner aktuellen Fassung von dem wesentlichen Grundgedanken (§ 307 Abs. 2

10 BT-Drucks. 16/511, 14.

11 A.A. *Leinemann*, Das Forderungssicherungsgesetz – Neue Perspektiven im Bauvertragsrecht?, NJW 2008, 3745 ff.

12 DNotI-Report 1/2009 S. 1 ff. (2).

13 Palandt/*Sprau*, 68. Aufl. 2009, § 632a Rz. 13.

14 BT-Drucks. 16/9787, 18.

15 *Leitzen*, Das Forderungssicherungsgesetz und seine Auswirkungen auf den Inhalt von Bauträgerverträgen, ZNotP 2009, S. 3 ff. (6).

16 *Hildebrandt*, Das neue Forderungssicherungsgesetz (FoSiG), BauR 2009, 4 ff. (6); *Leinemann*, Das Forderungssicherungsgesetz – Neue Perspektiven im Bauvertragsrecht?, NJW 2008, 3745 ff.

17 BT-Drucks. 16/511, 14.

Abschlagszahlungen und Wertzuwachs

Nr.1 BGB) der gesetzlichen Neuregelung in § 632a Abs.1 BGB ab.¹⁸ Diese Neuregelung gehört zu den wesentlichen Grundgedanken des Werkvertragsrechts in allgemeinen B2C-Bauverträgen.¹⁹ Da der Bauunternehmer bei unberechtigter Zahlungsverweigerung des Bestellers seinerseits ein Leistungsverweigerungsrecht und ggf. ein Kündigungsrecht erhält, steht einer Einschränkung der Rechte des Verbrauchers durch § 16 Nr.1 VOB/B die Klauselverbotsnorm des § 309 Nr.2 BGB entgegen.

Die nunmehr angeordnete Inhaltskontrolle bei allgemeinen B2C-Bauverträgen²⁰ verwehrt dem Bauunternehmer Abschlagszahlungen zu verlangen, bis der Besteller Eigentum an der Immobilie erlangt hat. Einen Wertzuwachs durch Werkleistungen des Bauunternehmers kann der Besteller nicht erlangen, bevor dieser nicht *Eigentum* am Grundstück²¹ erlangt hat. Dem Eigentum am Grundstück dürfte der Fall gleichgestellt sein, dass der Besteller eine Vormerkung am Grundstück erlangt hat und dass – mit Ausnahme der steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung wegen der Grunderwerbsteuer – alle zur Eigentumsumschreibung erforderlichen Unterlagen vorliegen, einschließlich derer zur Lastenfreistellung aus dem Kaufpreis. Dagegen dürfte nicht ausreichend sein, wenn im Erwerbsvertrag lediglich die Auffassung erklärt wurde. Dadurch ist noch nicht sicher gestellt, dass der Berechtigte vertragsgerecht Eigentum erhält. Würde die vertragsgerechte Eigentumsübertragung auf den Besteller beispielsweise an der fehlenden Lastenfreistellung scheitern, erschiene es wenig interessengerecht zu sein, dass er bereits hat Abschläge auf Bauleistungen an den Werkunternehmer zahlen müssen. Der Besteller hat hier noch keinen „festen Wert“ an der Immobilie bekommen, an der die Bauleistungen ausgeführt werden.

18 So auch *Hildebrandt*, Das neue Forderungssicherungsgesetz (FoSiG), BauR 2009, 4 ff. (7).

19 *Basty* in Der Bauträgervertrag, 6. Aufl. 2009, Rz. 43 ff.

20 Palandt/*Grüneberg*, BGB-Kommentar, 68. Aufl. 2009, Überbl. v § 311 Rz. 9; B2C = business to customer.

21 So auch *Leitzen*, Das Forderungssicherungsgesetz und seine Auswirkungen auf den Inhalt von Bauträgerverträgen, ZNotP 2009, S. 3 ff. (6).

22 *Basty*, Forderungssicherungsgesetz und Bauträgervertrag, DNotZ 2008, 891; *Leitzen*, Das Forderungssicherungsgesetz und seine Auswirkungen auf den Inhalt von Bauträgerverträgen, ZNotP 2009, 3 (6 ff.).

23 *Leitzen*, Das Forderungssicherungsgesetz und seine Auswirkungen auf den Inhalt von Bauträgerverträgen, ZNotP 2009, 3 (6 ff.).

24 EuGH v. 27.11.2008 – Rs. C-156/08, UR 2009, 136. Gleiches gilt, wenn ein unbebautes Grundstück und noch ausstehende Bauleistungen in einem einheitlichen Vertragswerk verkauft werden.

25 Aktuelles Beispiel: Ein örtliches Kreditinstitut hat einen Erschließungsträger an der Hand, der seine Grundstücke nur an Verbraucher verkauft, die zuvor mit einer erlesenen Gruppe von Bauunternehmern Hausbauverträge abgeschlossen haben, die dem Kreditinstitut ihrerseits „verbunden“ sind. Es erhalten die Grundstücke nur die Verbraucher, die sich zugleich verpflichten, über das Kreditinstitut zu finanzieren. Hier geht es nicht um die Einsparung von Kosten oder GrEst, sondern um den Ausschluss von möglichen Mitbewerbern.

Die neue Regelung in § 632a Abs.1 BGB führt damit dazu, dass Bauunternehmer zeitlich später mit Baumaßnahmen beginnen werden, weil sie frühestens eine Abschlagszahlung anfordern können, wenn der Besteller seinerseits „einen festen Wert“ an seinen Leistungen und damit am zu erwerbenden Grundstück erlangt hat.

III. Folge für Gestaltung von Immobilienkaufverträge

Es sind die Bestimmungen über Abschlagszahlungen in allgemeinen Bauverträgen abzugrenzen gegenüber denjenigen in Bauträgerverträgen. Abschlagszahlungen in Bauträgerverträgen sind in § 632a Abs.2 BGB n.F. geregelt.²²

1. Spezialregelung für Bauträgerverträge

Diese Norm bevorzugt Bauträger insofern, als sie bereits zu einem vorgelagerten Zeitpunkt Abschlagszahlungen verlangen dürfen, in dem der Besteller noch keinen Wertzuwachs erhalten hat.²³ Damit liegt ein Paradigmenwechsel vor, dem besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden sollte. Die Geschichte des Bauträgervertrags war bislang gezeichnet von Vermeidungs- und Umgehungsstrategien. Erst jüngst entschieden wurde der Streit über die doppelte Belastung von Bauleistungen mit Umsatz- und Grunderwerbsteuer, die der EuGH im Sinne der vorherrschenden Meinung entschieden hat.²⁴ Insbesondere die Einbeziehung von Bauleistungen in die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer bildete einen Antrieb auf der Suche nach Modellen, mit deren Hilfe einheitliche Vertragswerke aufgespalten werden in (beurkundungspflichtige) Immobilienerwerbe und (angeblich formfreie) Werkverträge. Vertragsgestaltungen auf der Grundlage der MaBV wurden vermieden und sind in der Praxis in weiten Landstrichen kaum noch anzutreffen. Tatsächlich steht jedoch vielfach weniger das Motiv im Vordergrund, Steuern und Kosten für den erwerbenden Verbraucher zu ersparen, als vielmehr eine professionelle Abschottung von Marktanteilen gegen Konkurrenz.²⁵

Nach der Neufassung des Rechts der Abschlagszahlungen muss es Bauunternehmern von Häusern nunmehr geradezu als vorteilhaft erscheinen, wenn § 3 MaBV i.V.m. § 632 Abs.2 BGB Anwendung fände, weil sie dann frühzeitiger Abschlagszahlungen verlangen könnten. Das gilt jedenfalls für B2C-Bauverträge, bei denen sich der Besteller noch das Eigentum von einem außenstehenden Dritten verschafft. Gerade in diesen Fallgruppen findet jedoch zugunsten des Bauunternehmers § 632a Abs.2 BGB keine Anwendung. Das Privileg frühzeitiger Abschlagszahlung kann sinnvoller Weise nur dort gewährt werden, wo vertraglich eine Verkopplung zwischen Eigentumsverschaffung und Abschlagszahlung hergestellt wird; diese erfolgt rechtlich durch §§ 3 Abs. 1 und 2 bzw. 7 MaBV.

Als Zwischenergebnis lässt sich zumindest festhalten, dass das Forderungssicherungsgesetz 2009 das Bestreben um Aufspaltung einheitlicher Vertragswerke in Immobilienkauf und Werkvertrag nicht befördert.

2. Vertragsgestaltung bei zu erschließenden Grundstücken

Ist das Grundstück im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags noch nicht erschlossen und hat der Verkäufer die Verpflichtung übernommen, das Grundstück im erschlossenen Zustand, jedoch ohne den Hausbau zu verschaffen, war bislang lebhaft umstritten, wie der Erwerber zu sichern ist. Nach richtiger Ansicht findet in diesen Fällen auf den Grundstückskaufvertrag die MaBV Anwendung.²⁶ Der Streit dürfte nunmehr durch zwei Umstände eine neue Wendung erhalten haben. Zum einen durch die Neufassung des § 632a BGB (s.o. III. 1.) und zum anderen durch die Entscheidung des BGH zu den Amtspflichten der Notare bei der Beurkundung ungesicherter Vorleistungen, sofern der Verkäufer zugleich Erschließungs- und Anschlusskosten übernimmt.²⁷ Im Ergebnis darf der gesamte Kaufpreis erst dann fällig gestellt werden, wenn die Erschließung durchgeführt ist oder jedenfalls eine Sicherheit für den Erschließungskostenanteil des Kaufpreises gestellt ist. Umgekehrt wird der Verkäufer der Eigentumsumschreibung erst dann zustimmen, wenn sein gesamter Kaufpreisanspruch (Gegenleistung für Rohbauland plus Erschließungskosten plus Gewinn) erfüllt oder jedenfalls sichergestellt ist. Bis zu diesem Zeitpunkt verwehrt jedoch § 632a Abs. 1 BGB dem vom Grundstücksverkäufer unabhängigen Bauunternehmer den Anspruch auf Abschlagszahlung.

Eine nahe liegende Lösung liegt darin, den Vertrag über den Immobilienerwerb seinerseits in zwei rechtlich selbständige Vereinbarungen aufzuteilen, und zwar in eine Abmachung über Rohbauland und eine weitere, rechtlich eigenständige über die Durchführung der Erschließung bzw. die Freihaltung oder -stellung von Erschließungsbeiträgen. Hierzu sind jeweils eigenständige Geldforderungen und Leistungspflichten zu vereinbaren, die beurkundungsverfahrensrechtlich zusammen beurkundet werden müssen. Der Kaufpreisteil, der für die Erschließungskosten zu leisten ist, darf nicht fällig sein, bevor in Bezug auf das Grundstück die allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen aus § 3 Abs. 1 MaBV vorliegen. Ferner müssen die Erschließungsleistungen erbracht oder (etwa durch eine Bürgschaft) sichergestellt sein.

Diese Gestaltung hätte zudem einen Kostenvorteil für sich. Die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer wird nur aus dem Kaufpreis des Rohbaulandes ermittelt; das Entgelt für die Erschließungsverpflichtung wäre dagegen nicht Grunderwerbsteuerpflichtig.²⁸ Auf diesem Weg könnte die Eigentumsumschreibung des Rohbaulandes zeitnah erfolgen und zwar unabhängig von der Durchführung der vertraglich vereinbarten Erschließungsmaßnahmen.

Für den Grundstückserwerber bleibt jedoch ein gesteigertes Risiko; denn er hat kaum noch ein Druckmittel, dass die zugesagte Erschließung zeitgerecht abgeschlossen wird. Um dieses Risiko zu senken, bietet es sich an, gegen den Immobilienverkäufer (= Erschließungsverpflichteten) die Zahlung einer Vertragsstrafe

bei Zeitüberschreitung zu vereinbaren. Eine Vertragsstrafe gegen den Grundstücksverkäufer ist AGB-rechtlich unproblematisch, weil sie sich gegen den Verwender der AGB selbst richtet.²⁹ Kein Zweifel: Eine dingliche Sicherung des Käufers in Bezug auf die Durchführung der Erschließung und deren Zeitpunkt besteht hier nicht.³⁰

Diese Klimmzüge gestatten eine frühzeitige Eigentumsübertragung und dieses wiederum eröffnet die Möglichkeit einer frühzeitigen Abschlagsforderung durch den Werkunternehmer. Dieses kann auch im Interesse des Bestellers liegen. Denn der möchte erreichen, dass sein Eigenheim bald nach Abschluss des Immobilienerwerbs errichtet wird und er hat die Kenntnis, dass der diesbezügliche Baufortschritt wirtschaftlich und rechtlich von der Zahlung von Abschlägen abhängt.

IV. Zusammenfassung

1. Durch das Forderungssicherungsgesetz können seit Anfang 2009 in allgemeinen Bauverträgen die VOB/B nicht mehr gegenüber Verbrauchern verwendet werden. Die VOB/B halten in B2C-Bauverträgen einer Inhaltskontrolle im Hinblick auf Verjährungsfristen und Abschlagszahlungen nicht stand.

2. Abschlagszahlungen in allgemeinen B2C-Bauverträgen können nur verlangt werden, wenn der Besteller durch die Leistung einen Wertzuwachs erhält. Wird die Bauleistung an einem Grundstück erbracht, das dem Besteller (noch) nicht gehört, kann der Bauunternehmer erst dann einen Abschlag verlangen, wenn der Besteller an dem Grundstück „einen festen Wert“ erlangt hat. Das ist regelmäßig erst der Fall, wenn das Immobilien-eigentum auf den Besteller übergegangen ist.

3. An der Privilegierung des § 632a Abs. 2 BGB n.F., der Abschlagszahlung vor Eigentumsübergang gestattet, nimmt der Bauunternehmer mit einem allgemeinen B2C-Bauvertrag nicht teil.

4. Verpflichtet sich der Grundstücksverkäufer auch dazu, Erschließungsleistungen zu erbringen, kommt eine Aufteilung von Zahlungen und Leistungspflichten im Erwerbsvertrag in Betracht. Der Grundstückskäufer ist dabei angemessen zu sichern.

26 *Basty*, Der Bauträgervertrag, 6. Aufl. 2009, Rz. 113 m.w.N.; Arbeitspapier der Notarkammer Mecklenburg-Vorpommern in NotBZ 1997, 105.

27 BGH, Urt. v. 17.1.2008 – III ZR 136/07, DNotZ 2008, 280 = ZNotP 2008, 168.

28 Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 30.10.2002. Gz. 36 – S 4521 – 006 – 46222/02; zit. nach *Gottwald, Stefan*, Grunderwerbsteuer, 3. Aufl. 2008 (Anhang 4).

29 Der Grundstücksverkäufer ist als Erschließungsunternehmer und Verwender von AGB nicht durch § 309 Nr. 6 BGB geschützt.

30 Hier bietet sich an, eine Erfüllungsbürgschaft zu stellen, entweder ggü. dem Erwerber oder ggü. der Gemeinde im Wege eines Vertrags zugunsten Dritter, wobei zu diskutieren wäre, ob der Erwerber ein eigenes Forderungsrecht erhalten sollte.

 STEUERRECHT

Notarrelevante Rechtsprechung zum Steuerrecht

Notaranwärter und Diplom Finanzwirt (FH) Sebastian Mensch, Stuttgart

Der Beitrag analysiert sieben neuere Entscheidungen des BFH, die Bezug zur notariellen Praxis haben. Die Ausführungen sind nach Steuerfachgebieten sortiert. Die Reihenfolge innerhalb der Fachgebiete ist willkürlich gewählt.

I. Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht

1. Schenkungsteuerrechtliche Folgen der entgeltlichen Ablösung eines vorbehaltenen Nießbrauchs

Der BFH hatte mit Urteil vom 19.12.2007 zu entscheiden¹, ob oder inwieweit sich eine entgeltliche Ablösung eines vorbehaltenen Nießbrauchs bei der Berechnung der Schenkungsteuer auswirkt.

Dem Kläger wurde im Jahr 1993 von seiner Mutter ein Grundstück unter Nießbrauchsvorbehalt übertragen. Auf dem Grundstück lastende Schulden wurden vom Kläger nicht übernommen.

Im Jahr 1997 löste der Kläger den Nießbrauch gegen Zahlung einer, dem Verkehrswert des Grundstücks entsprechenden, Geldsumme ab. Zwei Jahre später verstarb die Mutter des Klägers und er wurde Alleinerbe.

Gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 ErbStG werden mehrere, von derselben Person innerhalb von 10 Jahren anfallende, Vermögensvorteile bei der Besteuerung des Letzt-erwerbs, mit Erbschafts- oder Schenkungsteuer, zusammengerechnet.

Dies geschieht in der Weise, dass die früheren Erwerbe mit ihrem früheren Wert hinzugerechnet werden. Die Anrechnung der Steuer, gem. § 14 Abs. 1 Satz 2 ErbStG, erfolgt mit dem zum Todeszeitpunkt nach § 19 Abs. 1 ErbStG gültigen Tarif.

Behält sich der Schenker die Nutzungen des zugewendeten Vermögens vor, ist der Erwerb ohne Berücksichtigung dieser Belastung zu besteuern. Die Steuer, die auf dem Kapitalwert der Nießbrauchsbelastung beruht, wird gem. § 25 ErbStG bis zu dem Erlöschen der Belastung gestundet.

Das Finanzamt ermittelte die Erbschaftsteuer unter Berücksichtigung der Schenkung von 1993 und der Erbschaft von 1999.

Der Kläger wandte gegen die Annahme eines gem. § 14 Abs. 1 Satz 1 ErbStG relevanten Vorerwerbs ein, dass die entgeltliche Ablösung des Nießbrauchs zu einem insgesamt entgeltlichen Vorgang führe. Die Annahme

einer Schenkung widerspreche dem Bereicherungsprinzip gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG und führe zu einer unzulässigen Doppelbelastung.

Der BFH teilte die Ansicht des Klägers nicht und stimmte dem Vorgehen der Finanzverwaltung zu.

In der Vorgehensweise der Finanzverwaltung liegt keine, dem Bereicherungsprinzip widersprechende, doppelte Erfassung des Nießbrauchsrechts. Das Nießbrauchsrecht wurde nur einmal, im Rahmen von § 25 ErbStG, bei der ursprünglichen Grundstücksschenkungen, als Abzugsposten berücksichtigt.

Einer Zusammenrechnung der Grundstücksschenkungen mit dem Erwerb von Todes wegen, steht die entgeltliche Ablösung des Nießbrauchsvorbehalts nicht entgegen. Der Rechtsverzicht auf den Nießbrauch durch die Mutter, stellt einen eigenen steuerbaren Vorgang dar. Es entfällt hier eine Schenkungsteuerpflicht, da der Rechtsverzicht entgeltlich erfolgte.

Allerdings wirkt die entgeltliche Ablösung des Nießbrauchsrechts rechtlich nicht in der Weise auf die Grundstücksschenkungen zurück, dass diese nachträglich zu einem entgeltlichen Vorgang wird und damit die Zusammenrechnung nach § 14 ErbStG ausscheidet.

Eine, auf einer wirtschaftlichen Betrachtung beruhende, saldierende Bewertung der Schenkung unter Nießbrauchsvorbehalt und der späteren Ablösung des Nießbrauchs vermag, nach Auffassung des BFH, an den für die Erbschaftsteuer allein maßgeblichen rechtlichen Gegebenheiten, insbesondere der rechtlichen Selbständigkeit beider Vorgänge, nichts zu ändern.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der entgeltlichen Ablösung eines vorbehaltenen Nießbrauchsrechts für die schenkungssteuerliche Beurteilung der ursprünglichen Grundstücksschenkungen keine Bedeutung zukommt.

2. Unanwendbarkeit der Grundsätze des sog. Erbvergleichs auf Vergleich mit Dritten

In diesem Fall² war streitig, ob Zahlungsansprüche des Erblassers, die von den Erben außergerichtlich durchgesetzt wurden, zu den Besteuerungsgrundlagen im Sinne der Erbschaftsteuer gehören.

Der Erblasser soll einen höheren Geldbetrag zu Händen eines Bankberaters überreicht haben. Es ist nicht abschließend geklärt, ob tatsächlich eine Forderung ggü. der Bank besteht. Zur näheren Klärung des Sachverhalts erfolgte eine Rücküberweisung an das FG. Die Erben machten diesen Geldbetrag, zzgl. Zinsen, ggü. der

¹ BFH v. 19.12.2007 – II R 34/06, FamRZ 2008, 693 (Az.), NJW-RR 2008, 749.

² BFH v. 26.2.2008 – II R 82/05 (Az.), FamRZ 2008, 1176.

Bank geltend. Die Bank einigte sich außergerichtlich mit den Erben.

Das Finanzamt bezog die Zahlung der Bank in die Berechnung der Erbschaftsteuer mit ein. Dabei wandte das Finanzamt die Rechtsgrundsätze zum sog. Erbvergleich analog an. In dem außergerichtlichen Vergleich sah das Finanzamt ein rückwirkendes Ereignis i.S.v. § 175 AO und änderte seinen ursprünglichen Erbschaftsteuerbescheid entsprechend.

Dagegen wehrten sich die Erben mit der Begründung, das Finanzamt habe das Stichtagsprinzip, gem. § 9 ErbStG i.V.m. § 11 ErbStG, unzulässigerweise nicht berücksichtigt.

Der BFH gab der Revision der Kläger statt und verneinte die Berücksichtigung der außergerichtlich erwirkten Zahlungen für die Bemessungsgrundlage der Erbschaftsteuer.

In seiner Entscheidung stellte der BFH klar, dass der sog. Erbvergleich eine Besonderheit darstellt und nicht weitergehend interpretiert werden darf. Im Erbvergleich einigen sich die Miterben über streitige Erbverhältnisse, einschließlich etwa bestehender Ungewissheiten über einzelne Erbteile oder die dem Erben zufallenden Beiträge. Dieser Erbvergleich ist nach ständiger Rechtsprechung des BFH der Erbschaftsteuer zugrunde zu legen.³

In diesem Fall liegt kein Erbvergleich vor. Eine analoge Anwendung der Rechtsgrundsätze des Erbvergleichs scheidet bei einer Einigung mit einem Dritten aus. Die Bereicherung der Miterben muss seinen letzten Rechtsgrund im Erbrecht finden und nicht, wie in diesem Fall, in schuldrechtlichen Ansprüchen gegenüber einem Dritten.

Formal stellte der BFH klar, dass der von den Erben mit dem Dritten geschlossene Vergleich kein rückwirkendes Ereignis i.S.v. § 175 Abs. 1 Satz 1 AO ist. Eine Änderung des ursprünglichen Steuerbescheides ist vielmehr über § 173 Abs. 1 AO möglich.

Der BFH hat das Verfahren zur Feststellung der korrekten Erbschaftsteuerhöhe zurückverwiesen. Schwierigkeiten bereitet die Tatsache, dass es sich lediglich um eine behauptete Kapitalforderung handelt, die somit entgegen der allgemeinen Grundsätze nicht mit dem Nennwert berücksichtigt werden kann. Inwieweit die Forderung der Erbschaftsteuer zugrunde gelegt werden kann, ist in einem Schätzverfahren zu ermitteln. Berücksichtigt wird dabei vor allem das Prozessrisiko einer Geltendmachung der Kapitalforderung. Der außergerichtlich getroffene Vergleich ist insoweit ein Anhaltspunkt zur Forderungsbewertung, allerdings nicht per se, wie bei einem Erbvergleich, in dieser Höhe der Erbschaftsteuer zu unterwerfen.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Grundsätze des sog. Erbvergleichs auf einen Vergleich zwischen Miterben und einem nicht am Nachlass beteiligten Dritten, über Grund und Höhe möglicher Ansprüche des Erblassers, nicht anwendbar sind.

II. Grunderwerbsteuerrecht

1. Erwerb des Erbbaurechts durch den Grundstückseigentümer

Gemäß den §§ 1 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. 2 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG unterliegt ein Rechtsgeschäft, welches den Anspruch auf Übertragung eines Erbbaurechts begründet, der Grunderwerbsteuer. Bemessungsgrundlage ist dabei die Gegenleistung i.S.v. § 8 Abs. 1 GrEStG. Zur Gegenleistung gehören nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 GrEStG die Belastungen, die auf dem Erbbaurecht ruhen und kraft Gesetzes auf den Erwerber übergehen. Ausnahme hiervon sind dauernde Lasten, wobei die Erbbauzinsverpflichtung, nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 GrEStG, ausdrücklich keine dauernde Last darstellt.

In dem vom BFH mit Urteil vom 14.11.2007 entschiedenen Fall⁴ war streitig, ob der Kapitalwert des Erbbauzinses, wenn der Eigentümer des Erbbaurechtsgrundstücks das Erbbaurecht erwirbt, zur Grunderwerbsteuerlichen Gegenleistung gehört.

Der Kläger erwarb vom Erbbauberechtigten das Erbbaurecht, ausdrücklich mit allen im Erbbaugrundbuch eingetragenen Belastungen. Zu diesen Belastungen zählte auch der Erbbauzins, der nicht auf den Kaufpreis angerechnet wurde.

Das Finanzamt setzte, in Anwendung von § 9 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG, einen Grunderwerbsteuerbescheid fest, der als Bemessungsgrundlage den Kaufpreis und den kapitalisierten Wert der Erbbauzinsverpflichtung heranzog.

Der Kläger wandte sich gegen diese Festsetzung und rügte eine falsche Anwendung des Terminus „Gegenleistung“.

Der BFH gab der Revision statt und entschied, dass der kapitalisierte Wert der Erbbauzinsverpflichtung in diesem Fall nicht zur Gegenleistung gehört.

Grundsätzlich ist beim Erwerb des Erbbaurechts durch den Eigentümer des Erbbaurechtsgrundstücks § 9 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG erfüllt. Die Erbbauzinsreallast geht kraft Gesetzes auf den Erwerber über. Ein Erlöschen der Erbbauzinsreallast durch Konsolidation findet gem. § 889 BGB nicht statt. Die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit beim erwerbenden Grundstückseigentümer führt vielmehr zur Entstehung einer Eigentümerreallast.

Die Eigentümerreallast stellt für den Grundstückseigentümer – anders als bei dem Erwerb durch einen Dritten – keine Belastung dar. Dem Übergang der verdinglichten Verpflichtung auf Zahlung des Erbbauzinses fehlt der Charakter einer Gegenleistung. Insofern kann, entgegen dem Wortlaut von § 9 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG, der kapitalisierte Wert der Erbbauzinsverpflichtung nicht als Gegenleistung für die Berechnung der Grunderwerbsteuer zugrunde gelegt werden.

³ BFH v. 25.8.1998 – II B 25/98 (Az.), DStR 1998, 1599; *Storz*, ZEV 2008, 308.

⁴ BFH v. 14.11.2007 – II R 64/06 (Az.), DStR 2008, 720.

2. Anteilsvereinigung in Person einer Gesamthand ist nicht nach § 5 Abs. 1 GrEStG begünstigt

Der vom BFH zu entscheidende Sachverhalt⁵ war dergestalt, dass eine A-GmbH zwei Gesellschafter (natürliche Personen) hatte. Diese A-GmbH war ihrerseits an mehreren anderen Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu 100 Prozent beteiligt. Im Gesellschaftsvermögen der übrigen Gesellschaften befanden sich Grundstücke.

Die Gesellschafter der A-GmbH gründeten eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) und brachten in die GbR ihre Anteile an der A-GmbH ein.

Mit der Einbringung der Anteile an der A-GmbH haben sich bei der GbR mittelbar alle Anteile an den grundbesitzenden GmbHs vereinigt.

Das Finanzamt beurteilte, gem. § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG, die Übertragung der GmbH-Anteile an die GbR als steuerbare, mittelbare Vereinigung aller Anteile an den grundbesitzenden GmbHs in der Hand der GbR.

Demnach erhob das Finanzamt mit gesondertem Bescheid eine Grunderwerbsteuer für diesen Vorgang.

Die GbR widersprach diesem Vorgehen und war ihrerseits der Ansicht, dass § 5 Abs. 1 GrEStG Anwendung finde. In § 5 Abs. 1 GrEStG wird der Übergang eines Grundstücks in Miteigentum auf eine Gesamthand von der Grunderwerbsteuer befreit, soweit die Beteiligung an der Gesamthand den vorherigen Miteigentumsanteilen entspricht.

Hilfsweise wandte sich die GbR gegen eine Besteuerung mit dem Hinweis auf einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG und gegen Gemeinschaftsrecht, insbesondere gegen die sechste Mehrwertsteuerrichtlinie.⁶

Der BFH kommt zu dem Ergebnis, dass auf die Anteilsvereinigung, gem. § 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 GrEStG, in der Person einer Gesamthand, die Steuervergünstigung des § 5 Abs. 1 GrEStG nicht anwendbar ist.

Gegenstand der Besteuerung ist nicht der Anteilserwerb als solcher, sondern die Zuordnung aller Anteile in einer Hand.

Unerheblich ist es nach Auffassung des BFH, dass die Grundstücksanteile nur mittelbar auf die Gesamthand übergegangen sind. Durch die Anteilsübertragung wird eine Sachherrschaft der GbR begründet.

Die noch vorgebrachten Bedenken der GbR hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht und Art. 3 Abs. 1 GG teilte der BFH nicht.

Eine Verletzung des Gebots der Folgerichtigkeit und der Widerspruchsfreiheit der Rechtsanwendung ist durch die Versagung der Steuerbegünstigung nach § 5 Abs. 1 GrEStG nicht gegeben. Des Weiteren liegt keine verfassungsrechtlich bedenkliche Übermaßbesteuerung

vor. Zwar erfolgt in diesem Fall eine Besteuerung ohne messbare Gegenleistung, allerdings erfasst die Grunderwerbsteuer auch Rechtsträgerwechsel, die nicht Teil eines Leistungsaustausches sind.

Im Bezug auf das Gemeinschaftsrecht verneinte der BFH die Anwendung der sechsten Mehrwertsteuerrichtlinie, da es sich bei der Grunderwerbsteuer nicht um eine mit der Umsatzsteuer vergleichbare Steuer handelt. Von der Einholung einer Vorabentscheidung, durch den europäischen Gerichtshof, gem. Art. 234 Abs. 3 EGV, wurde, wegen aus Sicht des BGH eindeutiger Rechtslage, abgesehen.

Der Erwerb einzelner Anteile an einer grundbesitzenden GmbH kann Grunderwerbsteuerlich nicht mit dem Erwerb von Miteigentumsanteilen an Grundstücken der GmbH gleichgesetzt werden. Demgemäß ordnen, so der BFH, § 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 GrEStG erstmals die Herrschaftsmacht über die Grundstücke der Gesellschaft dem Erwerber zu, in dessen Person sich die Anteile vereinigen. In dieser erstmaligen Vereinigung sieht der BFH den entscheidenden Unterschied zu den von § 1 Abs. 3 Nr. 3 und Nr. 4 GrEStG erfassten Fällen, denen ein (fingierter) Grundstückserwerb zugrunde liege und bei denen der BFH deshalb die Vergünstigungsvorschrift des § 5 Abs. 1 GrEStG für entsprechend anwendbar hält. Insoweit gehe es um Fälle einer Übertragung bereits vereinigter Anteile auf eine Gesamthand. In den Fällen der Anteilsvereinigung (§ 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 GrEStG) scheidet nach Auffassung des BFH hingegen eine solche Fiktion eines Grundstückserwerbs der Gesellschaft aus.

Es bleibt festzuhalten, dass die Vergünstigungsvorschrift des § 5 Abs. 1 GrEStG auf eine Anteilsübertragung, durch die erstmals eine Anteilsvereinigung in der Person einer Gesamthand eintritt, nicht anwendbar ist.

III. Umsatzsteuerrecht

Separate Sonderwünsche zum Bauträgervertrag sind umsatzsteuerfrei, aber Grunderwerbsteuerpflichtig

Der BFH hatte die Frage zu beantworten⁷, ob außerhalb des Notarvertrags vereinbarte Zusatzleistungen eines Bauträgers von der Umsatzsteuer befreit sind.

Ein Bauträger hat in diesem Sachverhalt mit mehreren Erwerbern weitestgehend inhaltsgleiche, notarielle Kaufverträge abgeschlossen. In diesen verpflichtete er sich zur Lieferung der entsprechenden Wohnungen zu einem Festpreis mit einer entsprechenden Grundausstattung. Gleichzeitig vereinbarte der Bauträger, außerhalb der notariellen Urkunde, mit fast allen Erwerbern die Erbringung von Zusatzleistungen. Diese Sonderwünsche variierten von der Verwendung besserer Materialien, über Veränderungen im Zuschnitt, bis hin zur Schaffung neuer Wohn- und Abstellflächen.

Der Bauträger hat nach Abschluss der Bauarbeiten eine einheitliche Rechnung über die Lieferung der Wohnungen, inkl. erbrachter Zusatzleistungen, gestellt. Diese Rechnung erfolgte ohne gesonderten Ausweis von Umsatzsteuer.

⁵ BFH v. 2.4.2008 – II R 53/06, GmbHR 2008, 715 m. Anm. Klass (Az.), MittBayNot 2008, 502.

⁶ Richtlinie zur Harmonisierung der Umsatzsteuer – 77/388/EWG.

⁷ BFH v. 24.1.2008 – V R 42/05 (Az.), DStRE 2008, 883.

Rechtsprechung zum Steuerrecht

Das Finanzamt rügte dieses Vorgehen und vertrat die Ansicht, dass die Zusatzleistungen normale steuerbare und steuerpflichtige Leistungen i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG seien. Gleichzeitig gestand das Finanzamt dem Bauträger einen entsprechenden Vorsteuerabzug im Rahmen der mit den nun steuerpflichtigen Ausgangsumsätzen getätigten Eingangsumsätzen zu.

Der Bauträger widersprach dem Vorgehen der Finanzverwaltung und berief sich seinerseits auf § 4 Nr. 9a UStG. Nach § 4 Nr. 9a UStG sind die Umsätze, die unter das Grunderwerbsteuergesetz fallen, umsatzsteuerfrei.

Den Ausführungen des Bauträgers folgte der BFH mit seinem Urteil vom 24.1.2008.

Entscheidend war in diesem Zusammenhang die Frage, ob es sich bei den erbrachten Sonderleistungen des Bauträgers um unselbständige Nebenleistungen im Bezug auf die Lieferung des Grundstücks handelt. Nebenleistungen zu einer umsatzsteuerfreien Hauptleistung teilen das steuerliche Schicksal der Hauptleistung.

Eine unselbständige Nebenleistung wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn sie für den Leistungsbezieher keinen eigenen Nutzen hat.

Der BFH nahm mit der Erfüllung der Sonderwünsche durch den Bauträger Leistungen an, die den Wohnwert der Grundstückslieferung über das vertraglich vereinbarte Niveau hinaus anheben sollen.

Die Immobilie wird dem Erwerber in einem umfangreicheren oder verbesserten Zustand übergeben.

Um Nebenleistungen im klassischen Sinne handelt es sich nach Auffassung des BFH nicht. Die Zusatzleistungen dienen nicht nur dazu, die Hauptleistung optimal in Anspruch nehmen zu können.

Für den Erwerber allerdings, stellen diese Leistungen, bis zur Übergabe der Wohnungen, einen einheitlich zu betrachtenden Tatbestand dar.

Nach der Übergabe der Wohnung erbrachte Leistungen fallen möglicherweise nicht unter die Steuerbefreiung des § 4 Nr. 9a UStG. Dies ließ der BFH in seiner Entscheidung offen. Er deutete jedoch an, dass entscheidend für die Beurteilung der unmittelbare Sachzusammenhang mit der Grundstückslieferung ist.

Im zweiten Schritt klärte der BFH, dass die Entgelte für die vereinbarten Sonderleistungen gem. § 9 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG zu den Grunderwerbsteuerlich relevanten Gegenleistungen zählen. Eine Steuerbefreiung ist somit auch aus Sicht des Wortlauts von § 4 Nr. 9a UStG gegeben, in dem alle unter das Grunderwerbsteuerrecht fallenden Umsätze befreit sind.

Für die umsatzsteuerliche Beurteilung ist es letztlich unerheblich, ob die vereinbarten Zusatzleistungen in den notariell beurkundeten Vertrag aufgenommen sind, oder später gesondert festgehalten wurden.

Als Leitsatz bleibt, dass die beim Verkauf eines neu errichteten Gebäudes über die Grundausstattung hinausgehende Erfüllung von Sonderwünschen⁸ durch den Verkäufer jedenfalls dann umsatzsteuerbefreit ist, wenn das Gebäude dem Erwerber im höherwertigen Zustand übergeben wird.

IV. Einkommensteuerrecht

1. Einbringung von Grundstücken in eine personen- und teilweise beteiligungsidentische Vermietungs-GbR

Der BFH hatte in diesem Sachverhalt⁹ zu beurteilen, in welcher Höhe gegebenenfalls Abschreibung für Abnutzung (AfA) zu gewähren ist.

In diesem Fall hatten acht Personen eine GbR gegründet. Als Einlagen erbrachten Sie sechs- bis siebenstelligen DM Beträge. Diese GbR sollte Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung¹⁰ realisieren.

Kurz nach der Gründung der Gesellschaft schloss sie einen notariellen Kaufvertrag mit allen acht Gesellschaftern über den Erwerb von mehreren Miteigentumsanteilen an 3 vermieteten Grundstücken.

Die acht Gesellschafter waren in unterschiedlicher Höhe an wenigstens einem der 3 Grundstücke beteiligt. Der von der Gesellschaft erbrachte Kaufpreis entsprach fast genau dem, was die Gesellschafter als Einlage geleistet hatten.

Die Miteigentumsanteile an den Grundstücken stimmten weitestgehend mit der Beteiligung an der GbR überein. Verschiebungen ergaben sich dadurch, dass nicht alle Gesellschafter an allen Grundstücken und auch nicht immer in der gleichen Höhe an jedem der 3 Grundstücke beteiligt waren. Ein Teil der Miteigentumsanteile an den Grundstücken war mit Nießbrauch belastet.

Den Erwerb der Grundstücke behandelte die GbR wie eine Anschaffung und machte in den Feststellungserklärungen der folgenden Jahre hohe AfA Aufwendungen als Werbungskosten geltend.

Unter Hinweis auf § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO ließ das Finanzamt nur einen sehr geringen Bruchteil der geltend gemachten Aufwendungen zum Abzug zu. In § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO ist festgehalten, dass bei Wirtschaftsgütern, die mehreren zur gesamten Hand zustehen, eine getrennte Zuordnung für jeden Beteiligten erfolgt, soweit dies für die Besteuerung erforderlich ist. Das Finanzamt bezweifelte somit einen Rechtsträgerwechsel und damit einen Anschaffungsvorgang in der Person der GbR.

Der BFH stimmte dem Finanzamt in der Anwendung des § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO zu.

Zur weiteren Sachverhaltsaufklärung verwies der BFH die Klage zurück an das FG. In diesem Zusammenhang hat das FG insbesondere zu klären, inwieweit sich die Nießbrauchsbelastung einiger Miteigentumsanteile auf die generelle Berechtigung zum Abzug von AfA auswirkt.

Grundsätzlich stellte der BFH mit seinem Urteil klar, dass es sich nur dann um einen Erwerb handeln kann,

⁸ Der BFH beschrieb den Begriff des Sonderwunsches mit dem Einbau von zusätzlichen Wänden, Treppen, Fenstern und Duschen, der Errichtung von Garagen und Freisitzüberdachungen, sowie der Verwendung höherwertigen Materials.

⁹ BFH v. 2.4.2008 – IX R 18/06 (Az.), NJW 2008, 3662.

¹⁰ § 21 EStG.

Rechtsprechung zum Steuerrecht

wenn eine Überführung eines Gegenstandes von der fremden in die eigene wirtschaftliche Verfügungsmacht erfolgt.

Eine solche Überführung kann angenommen werden, wenn zu fremdüblichen Bedingungen ein Vertrag zwischen einer Personengesellschaft und deren Gesellschaftern geschlossen wird. Eine Ausnahme hiervon bildet die Übertragung von Wirtschaftsgütern auf eine vermögensverwaltende Personengesellschaft, soweit die Übertragung durch die Gesellschafter erfolgt. In diesem Fall findet steuerrechtlich kein Wechsel des Rechtsträgers statt.

Anders als im Grunderwerb- oder Umsatzsteuerrecht stellt eine Personengesellschaft im Ertragsteuerrecht kein eigenes Steuersubjekt dar. Aufgrund dieser partiellen Steuerrechtsfähigkeit sind die Gesellschafter weiterhin die Steuersubjekte.

Soweit die Beteiligungsquoten an der Gesellschaft den vorherigen Miteigentumsanteilen an den Grundstücken entsprechen, handelt es sich um keinen Anschaffungsvorgang. Der BFH bejahte jedoch das Vorliegen eines Anschaffungsvorgangs, soweit sich die Anteile der Gesellschafter an den jeweiligen Grundstücken ggü. den bisherigen Beteiligungsquoten erhöht haben. In diesem Umfang haben die Gesellschafter untereinander, durch die Übertragung ihrer Miteigentumsanteile auf die GbR, Tauschgeschäfte realisiert.

An der Eigenschaft als Tauschgeschäft ändert auch die Vereinbarung eines Kaufpreises nichts. Da die Zahlungen der GbR nahezu identisch mit den zuvor erbrachten Einlagen der Gesellschafter sind, kann bei wirtschaftlicher Betrachtung, keine Durchbrechung des Tauschcharakters gesehen werden. Hier hat der BFH, in Anwendung von § 42 AO, einen steuerrechtlich unerheblichen Vorgang erkannt.

Ist aufgrund der veränderten Beteiligungsquote von einem Anschaffungsvorgang auszugehen, sind den Gesellschaftern Anschaffungskosten entstanden, die die AfA Bemessungsgrundlage erhöhen. Die Anschaffungskosten bemessen sich dabei nach dem gemeinen Wert des hingegebenen Gebäudeteils.

Im Ergebnis können Anschaffungsvorgänge nur vorliegen, insoweit sich die Anteile der Gesellschafter an den jeweiligen Grundstücken ggü. den bisherigen Beteiligungsquoten erhöht haben.

2. Veräußerungsfreibetrag wegen Vollendung des 55. Lebensjahres

Nach § 16 Abs. 4 EStG muss der Gewinn bei Betriebsveräußerung nur teilweise versteuert werden, wenn der Veräußerer das 55. Lebensjahr vollendet hat oder berufsunfähig ist.

Der BFH hatte in diesem Zusammenhang mit Urteil vom 28.11.2007 zu klären¹¹, wann der Steuerpflichtige das 55. Lebensjahr vollendet haben muss, damit dieser Veräußerungsfreibetrag zur Anwendung kommt.

Der Kläger in diesem Sachverhalt war Kommanditist einer GmbH & Co. KG. Diese GmbH & Co. KG veräußerte ihre wesentlichen Betriebsgrundlagen in einem einheitlichen Vorgang.

Zum Zeitpunkt der Veräußerung und der folgenden Betriebsaufgabe war der Kläger 54 Jahre alt. Bis zum Ende des Veranlagungszeitraumes vollendete der Kläger sein 55. Lebensjahr.

Der Kläger begehrte die Berücksichtigung des Veräußerungsfreibetrages gem. § 16 Abs. 4 EStG. Die Finanzverwaltung setzte indes ein um den Veräußerungsgewinn erhöhtes Ergebnis bei den Einkünften aus Gewerbebetrieb¹² fest.

Gegen diese Festsetzung wehrte sich der Kläger mit der Begründung, dass es dem § 16 Abs. 4 EStG nicht zu entnehmen sei, dass das 55. Lebensjahr bereits bei der Veräußerung vollendet sein muss. Vielmehr sei es ausreichend, wenn das 55. Lebensjahr im Veranlagungszeitraum vollendet werde.

Der BFH gab der Klage nicht statt und bestätigte die Auffassung der Finanzverwaltung.

Zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb gehören auch Gewinne aus der Veräußerung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils. Eine Veräußerung ist auch gegeben mit der Aufgabe des Betriebs durch einheitliche Veräußerung aller wesentlichen Betriebsgrundlagen.

Da mit der Veräußerung die stillen Reserven des Unternehmens und der Wirtschaftsgüter aufgedeckt werden,¹³ bieten die §§ 16 Abs. 4 und 34 Abs. 1 und 3 EStG eine Entlastung bei der Besteuerung.

Voraussetzung für die Gewährung des Freibetrages nach § 16 Abs. 4 EStG, ist die Vollendung des 55. Lebensjahres oder eine im Sinne des Sozialversicherungsrechts vorliegende dauernde Berufsunfähigkeit.

Bis zum Jahressteuergesetz 1996 war der Wortlaut des § 16 EStG eindeutig und für die Gewährung des Freibetrags war es erforderlich, das 55. Lebensjahr zum Veräußerungszeitpunkt vollendet zu haben. Der dann gewählte Wortlaut ließ Raum für Spekulation über den maßgeblichen Zeitpunkt.

Der BFH hat diese Spekulation beendet, indem er feststellte, dass weiterhin der Veräußerungszeitpunkt entscheidend ist. Aus dem geänderten Wortlaut der Vorgängervorschrift des heutigen § 16 Abs. 4 EStG kann nicht geschlussfolgert werden, dass der Gesetzgeber einen anderen zeitlichen Anknüpfungspunkt für das Vorliegen der persönlichen Voraussetzungen gewollt habe.

Der Gesetzgeber wollte mit seiner Begünstigung bewusst eine Abgrenzung zum laufenden Gewinn des Unternehmers erreichen. Daher muss die Veräußerung von wesentlichen Betriebsgrundlagen, mit der entsprechenden Aufdeckung der stillen Reserven, in einem zeitlich zusammenhängenden Vorgang erfolgen. Eine Bewertung, ob es sich tatsächlich um eine Veräußerung (Aufgabe) eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils handelt, erfolgt immer zum Veräußerungszeitpunkt.

11 BFH v. 28.11.2007 – X R 12/07 (Az.), DStRE 2008, 268.

12 § 15 i.V.m. § 15a EStG.

13 *Mensch*, BWNZ 2007, 140.

Die Aufdeckung der stillen Reserven erfolgt ebenfalls zum Veräußerungszeitpunkt und damit auch die Berechnung des Veräußerungsgewinns.

Aus den vorstehenden Überlegungen schloss der BFH, dass es auch für das Vorliegen der persönlichen Voraussetzungen des § 16 Abs. 4 EStG auf den Veräußerungszeitpunkt ankommt.

Dem Ende des Veranlagungszeitraums kommt im Zusammenhang mit § 16 Abs. 4 EStG keine Bedeutung zu. Maßgebend für die Bestimmung des Veräußerungszeitpunktes ist dabei nicht der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts, sondern der tatsächliche Übergang.

Der Veräußerungsfreibetrag kann nur gewährt werden, wenn der Veräußerer das 55. Lebensjahr bereits zum Zeitpunkt der Veräußerung des Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils, vollendet hat.

V. Fazit

Die vorstehenden Urteile des BFH zeigen, wie komplex das Steuerrecht weiterhin ist. In vier¹⁴ von den sieben besprochenen Fällen hatte die Revision gegen die Entscheidung des FG Erfolg.

Der Notar ist die Verbindungsstelle zwischen den persönlichen Wünschen der Klienten und den juristisch möglichen Gestaltungen.

Er hat den wahren Willen der Beteiligten zu erforschen und entsprechende Verträge und Erklärungen zu formulieren. Dem Notar obliegt es, mit den Beteiligten die Konsequenzen zu besprechen und auf mögliche Gefahren hinzuweisen.

Gerade weil der Notar sich in dieser hervorgehobenen Stellung befindet und das besondere Vertrauen der Klienten genießt, ist es wünschenswert, dass er ein gewisses Problembewusstsein für mögliche steuerrechtliche Fragestellungen hat. Dies kann und soll jedoch nicht soweit führen, dass der Notar den Steuerberater ersetzt.

Im notariellen Alltag empfiehlt sich daher immer die Hinzuziehung eines Steuerberaters, wenn steuerliche Konsequenzen zu befürchten sind. Dabei ist manchmal, selbst für erfahrene und versierte Juristen nicht erkennbar, ob im konkreten Sachverhalt ein steuerliches Problem steckt.

In diesem Zusammenhang wäre eine grundlegende Vereinfachung des Steuerrechts wünschenswert.

¹⁴ BFH v. 26.2.2008, FamRZ 2008, 1176 (Ziff. I. 2); BFH v. 14.11.2007, DStR 2008, 720 (Ziff. II. 1); v. 2.4.2008, MittBayNot 2008, 502 (Ziff. II. 2); v. 2.4.2008, NJW 2008, 3662 (Ziffer IV. 1).

Kostenrecht

Aus der Praxis der Ländernotarkasse

Betreuungsgebühr für die Einholung einer Pfandfreigabe der Finanzierungsbank des Käufers

I. Sachverhalt

Der Notar beurkundete einen Grundstückskaufvertrag über eine Teilfläche. Um dem Käufer die Finanzierung des Kaufpreises zu ermöglichen, gestattete der Verkäufer zunächst die Belastung des gesamten Grundstücks mit der Grundschuld der Finanzierungsbank. Nach erfolgter Vermessung soll nunmehr der nicht mitverkaufte Grundstücksteil aus der Mithaft entlassen werden. Der Notar wird beauftragt, die Pfandfreigabe der Finanzierungsbank des Käufers einzuholen. Ist diese Tätigkeit ein gebührenpflichtiges Nebengeschäft und nach § 147 Abs. 2 KostO zu vergüten?

II. Anmerkung

Das Tätigwerden des Notars erfolgt hier im Zusammenhang mit der bereits vor vollzogener Teilung vorgenommenen Belastung des Grundstücks mit dem Finanzierungsgrundpfandrecht des Käufers. Es fällt also nicht unter die Vollzugstätigkeit im Zusammenhang mit dem Grundstückskaufvertrag, bei dem die Einholung einer Pfandfreigabeerklärung/Löschungsbewilligung auf-

grund der Pflicht des Verkäufers, das Grundstück lastenfrei auf den Käufer zu übertragen, unter § 146 Abs. 1 S. 1 HS 1 KostO fällt (BGH v. 12.7.2007 – V ZB 113/06, BGHReport 2007, 1106 m. Anm. Waldner = MDR 2008, 111 = NotBZ 2007, 406 m. Anm. Wudy im Heft S. 381 ff. = ZNotP 2007, 397 m. Anm. Tiedtke im Heft, S. 363 = JurBüro 2007, 537 = RNotZ 2007, 556 = MittBayNot 2008, 71 = DNotZ 2008, 229).

Die Einholung einer Pfandfreigabe der Finanzierungsbank könnte jedoch dem Vollzug der Grundschuldbestellung dienen. Damit wäre diese Tätigkeit ein gebührenfreies Nebengeschäft gem. § 35 KostO (BGH v. 13.7.2006 – V ZB 87/05, FamRZ 2006, 3428 = MDR 2007, 242 = NotBZ 2006, 359 m. Anm. Filzek = BGHReport 2006, 1332 = ZNotP 2006, 397 = JurBüro 2006, 600 = DNotZ 2007, 420). Nach dem neuen Vollzugsbegriff des BGH (BGH v. 12.7.2007 – V ZB 113/06, BGHReport 2007, 1106 m. Anm. Waldner = MDR 2008, 111 = NotBZ 2007, 406) dienen dem Vollzug alle Tätigkeiten, die zu den beurkundeten – schuldrechtlichen oder dinglichen – Vereinbarungen der Beteiligten notwendigerweise hinzukommen müssen, um deren Wirksamkeit herbeizuführen und ihre Ausführungen zu ermöglichen. Das OLG Rostock hatte in einer Entscheidung vom 6.7.2005 (OLG Rostock v. 6.7.2005 – 1 W 11/04, OLGReport Rostock 2006, 413 = NotBZ 2005, 372) dem Notar für die Einholung einer Pfandfreigabe der Finanzierungsbank eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zugesprochen. In der Entscheidungsbegründung führt es hierzu aus, dass diese Tätigkeit dem – von vornherein vereinbarten – Vollzug der Be-

schränkung der Belastung auf die kaufgegenständliche Teilfläche im Interesse des Verkäufers dient.

Auch nach neuer Vollzugsdefinition steht dem Notar die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zu, denn für die Eintragung der Grundschuld am ganzen Grundstück bedarf es keiner Vollzugstätigkeit des Notars. Belastungsgegenstand ist zunächst grundbuch- und sachenrechtlich das ganze Grundstück. Auf dieses erstrecken sich auch die dingliche Einigung und die Grundbucheintragungen. Letztlich soll die „überschüssige Belastung“ aber wieder zurückgenommen werden, was in einem zweiten

Schritt am einfachsten durch Pfandfreigabe erfolgt und nicht durch Löschung am ganzen Grundstück und Neu- bestellung am vermessenen Kaufgrundstück. Die Vereinbarung der Rücknahme der „überschüssigen Belastung“ erfolgt in einer Art Treuhandabrede. Nimmt der Notar dem Käufer die Einholung der Pfandfreigabe nach Erstellung des amtlichen Veränderungsnachweises ab, so dient dies allein dem zweiten Schritt, der Treuhandabrede, und nicht dem Vollzug der Grundschuld- bestellung.

Prüfungsabteilung der Ländernotarkasse A.d.ö.R

Rechtsprechung kompakt

Mit ● gekennzeichnete Entscheidungen haben einen redaktionellen Leitsatz, mit ○ versehene Leitsätze stammen vom Einsender. Amtliche Leitsätze bleiben ohne Kennzeichnung.

Die NotBZ wird die auch in zahllosen anderen Quellen zugängliche Rechtsprechung der obersten Gerichte, insbesondere des BGH, in Zukunft verstärkt in aufbereiteter Form darstellen. Im Vordergrund der neuen Rubrik „Rechtsprechung kompakt“ stehen die für die Arbeit des Notars relevanten Entscheidungsinhalte, sinnvoll ergänzt durch praxisbezogene Umsetzungshinweise. Soweit der jeweilige Senat seiner Entscheidung Leitsätze mitgegeben hat, finden Sie diese in der NotBZ weiterhin im amtlichen Originalton. Wer die Entscheidungen im Volltext lesen muss oder will, kann sie z.B. abrufen über die Internetportale der Gerichte, z.B. <http://www.bundesgerichtshof.de> sowie komfortabel aufbereitet über <http://www.zr-report.de> (Letzteres kostenpflichtig).

Ehegattenselbstbehalt beim Trennungsunterhalt

BGB §§ 1361, 1581; ZPO § 287

1. Zum Ehegattenselbstbehalt im Rahmen des Trennungsunterhalts bei Betreuung eines minderjährigen Kindes.

2. Zu den Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast bei berufsbedingten Fahrten zur Arbeitsstätte.

BGH, Urteil v. 17.12.2008 – XII ZR 63/07

I. Sachverhalt

Die Parteien streiten um Trennungsunterhalt. Der Beklagte ist von Beruf Elektroingenieur. Er erzielt neben seinem Erwerbseinkommen Einnahmen aus Verpachtung. Die Klägerin ist Ingenieurin für Elektroenergieanlagen. Sie ließ sich aber während des Zusammenlebens der Parteien zur Reiseverkehrskauffrau umschulen und war als solche nur zeitweilig tätig; zuletzt arbeitete sie bis Ende 2005 im Rahmen einer Geringverdienertätigkeit. Seit Anfang 2006 ist sie arbeitslos. Aufgrund einer Rheumaerkrankung ist sie mit einem Grad der Behinderung von 40 % schwerbehindert.

II. Rechtsproblem

Für den Trennungsunterhalt fehlt eine § 1581 BGB entsprechende Regelung, die den Selbstbehalt des unterhaltspflichtigen Ehegatten sicherstellt.

III. Entscheidung

Der BGH weist zunächst darauf hin, dass es geboten ist, den Selbstbehalt ggü. dem Unterhaltsanspruch eines geschiedenen Ehegatten nach § 1581 BGB mit einem Betrag zu bemessen, der nicht unter dem notwendigen (§ 1603 Abs. 2 BGB), aber auch nicht über dem angemessenen (§ 1603 Abs. 1 BGB) Selbstbehalt liegt. Er hält es insoweit für zulässig, wenn der Tatrichter für diesen – pauschalen – Ehegattenselbstbehalt im Regelfall von einem etwa in der Mitte zwischen diesen Beträgen liegenden Betrag ausgeht. Auch wenn für den Trennungsunterhalt keine § 1581 BGB vergleichbare Regelung existiert, gebietet es nach Ansicht des BGH der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, diese Vorschrift entsprechend auf den Trennungsunterhalt anzuwenden, da sich auch der Anspruch auf Trennungsunterhalt wie jeder Unterhaltsanspruch an der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen auszurichten hat. Der BGH hat mit dieser Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung bestätigt.

IV. Hinweis

Die Verpflichtung zum Familienunterhalt während der Ehezeit ist sowohl beim Zusammenleben wie auch Getrenntleben der Ehegatten zwingend. Ein Verzicht hierauf, etwa in einem Ehevertrag, ist nicht wirksam. Dies ergibt sich aus den §§ 1360a Abs. 3, 1614 Abs. 1 BGB, wonach für die Zukunft nicht auf den Unterhalt verzichtet werden kann. Möglich sind dagegen Vereinbarungen der Ehegatten über die Art und Höhe des Unterhalts.

Auf den Trennungsunterhalt ist § 1581 BGB entsprechend anzuwenden.

Notar Thomas Krause, Staßfurt

Sicherungsumfang der Bürgschaft nach § 7 MaBV

BGB § 823 Abs. 2 Bf; MaBV §§ 3, 7

1. § 3 und § 7 MaBV sind Schutzgesetze i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB.

2. Eine Bürgschaft gem. § 7 MaBV sichert auch den Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an dem verkauften Grundstück.

BGH, Urteil v. 5.12.2008 – V ZR 144/07

I. Sachverhalt

Die Bkl. zu 1., deren Geschäftsführer der Bkl. zu 2. ist, verkaufte dem Kläger 1993 eine noch zu vermessene

Trennfläche, die als „Flurstück 75/32 (neu)“ bezeichnet war und eine Größe von 319 qm haben sollte. Ferner verpflichtete sie sich, auf der Trennfläche eine Doppelhaushälfte mit Carport zu errichten. Der Kläger zahlte den vollen Kaufpreis und erhielt im Gegenzug eine Bankbürgschaft in derselben Höhe. Nachfolgend wurde ein „Flurstück 75/32“ mit einer Größe von 237 qm herausgemessen. Hierzu gaben die Beteiligten eine Identitätserklärung ab, in der sie jedoch zugleich festhielten, dass wegen der Flächenabweichung vertragliche und gesetzliche Ansprüche unverändert offen bleiben.

Im März 1995 wurde zugunsten des Klägers eine Vormerkung für das 237 qm große Flurstück eingetragen. Anschließend informierte die Bekl. zu 1. die Bürgin, dass sich die Bürgschaft um diesen Betrag verringere.

Inzwischen ist der Kläger als Eigentümer des Flurstücks 75/32 mit 237 qm im Grundbuch eingetragen. Die Aufforderungen des Klägers, ihm den verkauften Gegenstand zu verschaffen, blieben erfolglos. Mit der Klage gegen die Bekl. zu 1. beehrte der Kläger im Wege des großen Schadensersatzes die Rückabwicklung des Kaufvertrags; hiermit war er bei den Vorinstanzen erfolgreich. Den Bekl. zu 2. nimmt der Kläger u.a. wegen Verletzung der Bestimmungen der MaBV i.H.v. 313 754,59 € in Anspruch; insofern sind Klage und Berufung in den Vorinstanzen erfolgreich geblieben.

II. Rechtsproblem

Das Berufungsgericht war der Ansicht, der Bekl. zu 2. müsse deshalb nicht haften, weil der Kläger mit dem Flurstück 75/32 mit 237 qm das Eigentum an dem errichteten Bauwerk erlangt habe.

III. Entscheidung

Der BGH erachtete dagegen die Ansprüche gegen den Geschäftsführer der GmbH dem Grunde nach für gegeben. Wegen noch ausstehender Feststellungen u.a. zum Verschulden des Bekl. zu 2. und der Schadenshöhe wurde die Sache an das Berufungsgericht zurückgewiesen.

Das an den Bauträger gerichtete Verbot, Zahlungen entgegenzunehmen, ohne dass die in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 – 4 MaBV genannten Voraussetzungen vorliegen, bezweckt den Schutz des Erwerbers vor Vermögensschädigungen durch ungesicherte Vorleistungen. Die Verbraucherschutzbestimmung soll i.V.m. § 3 Abs. 2 MaBV (Zahlung nach Baufortschritt) sicherstellen, dass Leistungen des Erwerbers ein entsprechender Gegenwert gegenüber steht. Entsprechendes gilt für § 7 MaBV, der ebenfalls den Schutz des vorauszahlenden Erwerbers bezweckt. Die Vorschrift soll sicherstellen, dass der Erwerber entweder die zugesagten Leistungen des Bauträgers oder aber die Rückzahlung seiner Mittel erhält, wenn der Wert der Leistung des Bauträgers hinter dem zurückbleibt, was der Bauträger schuldet.

Der Geschäftsführer einer Bauträgergesellschaft kann wegen der Verletzung eines Schutzgesetzes der GmbH auch persönlich haften. Zwar handelt der Geschäftsführer im Rahmen seines Aufgabenkreises als organschaftlicher Vertreter der juristischen Person, so dass diese nach § 31 BGB für Schäden haftet, die der Geschäftsführer in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung einem Dritten zufügt. Dieser Grundsatz schließt eine *daneben* bestehende eigene Haftung des Geschäftsführers nach § 823 Abs. 2 BGB nicht

aus, wenn er persönlich den Schaden durch eine unerlaubte Handlung herbeigeführt hat (BGH v. 5.12.1989 – VI ZR 335/88, BGHZ 109, 297 [302]).

Der Kläger hat an dem 319 qm großen Kaufgegenstand weder eine Vormerkung erlangt, noch das Eigentum. Vielmehr hat er nur an einer Teilfläche davon Eigentum erlangt. Der Bekl. zu 2. hat die Bürgschaft nach § 7 MaBV nicht aufrechterhalten, bis die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV erfüllt sind, also u.a. eine Vormerkung am Vertragsobjekt eingetragen wurde. „Vertragsobjekt“ i.S.v. § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MaBV ist nicht etwa nur die Fläche, auf der das zu errichtende Gebäude steht, sondern das Grundstück, das der Kläger nach dem Vertrag zu beanspruchen hatte.

Vorsorglich weist der BGH darauf hin, dass die von der Bekl. zu 1. gestellte Bürgschaft offenbar eine *Abschmelzungsklausel* enthält. Eine Bürgschaft nach § 7 MaBV ist indes in voller Höhe aufrechtzuerhalten (BGH v. 6.5.2003 – XI ZR 33/02, NJW-RR 2003, 1171), andernfalls ist es dem Bauträger untersagt, Zahlungen entgegenzunehmen, bevor die allgemeinen Fälligkeitsvoraussetzungen nach § 3 Abs. 1 Satz 1 MaBV vorliegen. Auch wenn im Zeitpunkt der Zahlung im Jahr 1994 sich die Erkenntnis noch nicht allgemein durchgesetzt hatte, dass Abschmelzungsklauseln mit der MaBV unvereinbar waren, kann der Bekl. zu 2. dennoch schuldhaft gehandelt haben; er hätte bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt erkennen müssen, dass eine solche eingeschränkte Bürgschaft ihren Zweck nur erfüllen konnte, wenn der Eigentumsverschaffungsanspruch des Erwerbers gesichert war, also die in § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 MaBV genannten Voraussetzungen vorlagen.

IV. Hinweis

Der – in der Sache zutreffend entschiedene – Fall bietet Gelegenheit, auf den Sicherungsumfang einer Bürgschaft nach § 7 MaBV in den Fällen der Vorauszahlung des Kaufpreises hinzuweisen. Der BGH stellt klar, dass eine Bürgschaft nach § 7 MaBV auch den Anspruch auf Verschaffung des Eigentums an der veräußerten Grundstücksfläche erfasst. Das gilt selbst dann, wenn die veräußerte Grundstücks(teil)fläche nach dem Bauträgervertrag nicht bebaut werden soll. Einen guten Überblick über die durch Bürgschaft nach § 7 gesicherten Ansprüche gibt *Basty* in Der Bauträgervertrag, 6. Aufl. Rz. 621 ff.; die Grenzen der Sicherung werden dort unter Rz. 626 dargestellt.

Nach der Rechtsprechung des BGH soll die Bürgschaft nach § 7 MaBV nicht nur die Rückzahlung des voraus gezahlten Kaufpreises sichern, sondern auch Haftungsansprüche wegen Mängel, die über die Rückzahlung hinausgehen. Das kommt gerade in den Fällen zum Tragen, in denen der Käufer nicht nur wandeln möchte, sondern – wie vorliegend – Schadensersatz begehrt.

Die Kritik an der unscharfen Kontur des Sicherungsumfangs der Bürgschaft nach § 7 MaBV hat nun dadurch an Bedeutung gewonnen, dass bei Bauträgerverträgen neben die MaBV-Bürgschaft eine Fertigstellungssicherheit nach dem Forderungssicherungsgesetz (§ 632a Abs. 3 BGB n.F.) tritt. Die Bürgschaft nach dem Forderungssicherungsgesetz dient als Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel. Sie ist eine Vertragserfüllungsbürgschaft (s. hierzu DNotI-Report 1/2009 S. 1). Da sich beide Bürgschaften in ihrem Sicherungsumfang zwar teilweise überschneiden, teilweise aber auch

nicht decken, wird derzeit ein vorsichtiger Vertragsgestalter – sollte der Bauträger Bürgschaften stellen wollen – die Stellung *beider* Bürgschaften vorsehen: Die Bürgschaft über 100 % des Kaufpreises nach § 7 MaBV sowie eine weitere über 5 % des Kaufpreises nach dem Forderungssicherungsgesetz. Diese neue Lage lässt es geboten erscheinen, den jeweiligen Sicherungsumfang der beiden Bürgschaften schärfer gegeneinander abzugrenzen.

Notar Dr. Roland Suppliet, Rostock

Abgrenzung von Krankheits- und Aufstockungsunterhalt

BGB §§ 1572, 1573, 1578b

1. Zur Abgrenzung von Krankheitsunterhalt nach § 1572 BGB und Aufstockungsunterhalt nach § 1573 Abs.2 BGB (im Anschluss an das Senatsurteil v. 27.1.1993 – XII ZR 206/91, FamRZ 1993, 789).

2. Zur Befristung des Krankheitsunterhalts gem. § 1578b Abs.2 BGB.

BGH, Urteil v. 26.11.2008 – XII ZR 131/07

I. Sachverhalt

Die Parteien sind geschiedene Eheleute. Sie streiten um nahehelichen Unterhalt und dessen Befristung. Die Parteien heirateten 1994. Für den Antragsgegner war es die zweite Ehe. Die Antragstellerin war seinerzeit 36 Jahre alt, der Antragsgegner 47 Jahre. Nach der Eheschließung führten sie zunächst noch getrennte Haushalte. Bis zur Trennung im Mai 2003 lebten sie fünf Jahre zusammen. Kinder sind aus der Ehe nicht hervorgegangen. Die Antragstellerin ist Versicherungskauffrau. Der Antragsgegner ist gelernter Klempner und Installateur. Er arbeitete zuletzt als Maschinenführer. Seit 1998 ist er krankheitsbedingt nicht mehr erwerbstätig und bezieht neben der gesetzlichen Rente wegen Erwerbsminderung eine Betriebsrente. Er begehrt von der Antragstellerin nahehelichen Unterhalt.

II. Rechtsproblem

Das Berufungsgericht hat den Unterhaltsanspruch des Antragsgegners nicht auf § 1572 BGB (Unterhalt wegen Krankheit oder Gebrechen), sondern auf § 1573 Abs.2 BGB (Aufstockungsunterhalt) gestützt und nach § 1573 Abs.5 BGB a.F. auf drei Jahre nach Rechtskraft befristet.

III. Entscheidung

Der Senat hält an seiner bisherigen Rechtsprechung fest. Er unterscheidet für die Abgrenzung der Anspruchsgrundlagen wegen eines Erwerbshindernisses aus §§ 1570 bis 1572 BGB und aus § 1573 Abs.2 BGB (Aufstockungsunterhalt) danach, ob wegen des vorliegenden Hindernisses eine Erwerbstätigkeit vollständig oder nur zum Teil ausgeschlossen ist. Wenn der Unterhaltsberechtigte an einer Erwerbstätigkeit vollständig gehindert ist, ergibt sich der Unterhaltsanspruch allein aus §§ 1570 bis 1572 BGB, und zwar auch für den Teil des Unterhaltsbedarfs, der nicht durch das Erwerbshindernis verursacht worden ist, sondern auf dem den angemessenen Lebensbedarf übersteigenden Bedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen (voller Un-

terhalt) gem. § 1578 Abs.1 Satz 1 BGB beruht. Nur bei einer lediglich teilweisen Erwerbshinderung ist der Unterhalt nach Ansicht des BGH allein wegen des durch die Erwerbshinderung verursachten Einkommensausfalls auf §§ 1570 bis 1572 BGB zu stützen und im Übrigen auf § 1573 Abs.2 BGB.

Die durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz vom 21.12.2007 (BGBl. I 2007, 3189) mit Wirkung zum 1.1.2008 eingeführte Vorschrift des § 1578b Abs.2 BGB lässt nunmehr auch beim Krankheitsunterhalt nach § 1572 BGB eine zeitliche Begrenzung zu. Dies ist der Fall, wenn ein zeitlich unbegrenzter Unterhaltsanspruch unbillig wäre. Die Kriterien für die Billigkeitsabwägung ergeben sich aus den nach § 1578b Abs.2 Satz 2 BGB entsprechend anzuwendenden Gesichtspunkten für die Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs auf den angemessenen Lebensbedarf nach § 1578b Abs.1 Satz 2, 3 BGB. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Befristung auf drei Jahre nach Rechtskraft der Scheidung erfüllt im konkreten Fall auch nach Ansicht des BGH die Anforderungen des § 1578b Abs.2 BGB.

IV. Hinweis

Das reformierte Unterhaltsrecht ermöglicht nunmehr auch eine Befristung des Krankheitsunterhalts, die nach bisherigem Recht nicht zulässig war. Dies kann in Altfällen zu einer neuen rechtlichen Würdigung des Ehegattenunterhalts führen.

Ist der Unterhaltsberechtigte an einer Erwerbstätigkeit vollständig gehindert, ergibt sich der Unterhaltsanspruch allein aus §§ 1570 bis 1572 BGB.

Notar Thomas Krause, Staßfurt

Ende der Zwangsverwaltung bei Antragsrücknahme

ZVG §§ 148, 161 Abs. 1

Nimmt der Gläubiger den Antrag auf Anordnung der Zwangsverwaltung während des Verfahrens uneingeschränkt zurück, endet die Beschlagnahme des Grundstücks und der von ihr umfassten Gegenstände nicht schon mit dem Eingang der Rücknahmeerklärung bei dem Vollstreckungsgericht, sondern erst mit dem Aufhebungsbeschluss.

BGH, Beschluss v. 10.7.2008 – V ZB 130/07

I. Sachverhalt

Grundbesitz, in Bezug auf den die Zwangsverwaltung angeordnet worden war, wurde veräußert. Danach nahm die betreibende Gläubigerin den Antrag – zunächst uneingeschränkt – zurück. Auf Nachfrage des Gerichts bei der Zwangsverwalterin und deren Bitte um Ermächtigung zur Fortführung eines Rechtstreits wegen rückständiger Pachtzinsen hin, hob das Gericht das Verfahren auf unter Ermächtigung der Zwangsverwalterin den Prozess zu Ende zu führen.

II. Rechtsproblem

Nach bisher sichtlich einheitlicher Rechtsprechung, gestützt durch einen Teil der Literatur, sollte bereits der Ein-

gang der Rücknahmeerklärung bei Gericht die materiell-rechtlichen Wirkungen der Beschlagnahme entfallen lassen, so dass dem nachfolgenden Aufhebungsbeschluss des Vollstreckungsgerichts nur noch deklaratorische Wirkung zukommen konnte. Demgegenüber wurde, insbesondere in der jüngeren Literatur, wesentlich begründet mit § 12 Abs. 1 Satz 1 der neuen Zwangsverwalterverordnung, wonach die Beendigung der Zwangsverwaltung mit dem gerichtlichen Aufhebungsbeschluss erfolgt, vertreten dass erst der Aufhebungsbeschluss die Beschlagnahme beendet. Auf der Basis der bislang herrschenden Meinung lag es zumindest sehr nahe, bei einer einschränkungslos erklärten Rücknahmeerklärung davon auszugehen, dass die konstitutive Wirkung eine spätere Einschränkung durch den Aufhebungsbeschluss von vornherein ausschließt.

III. Entscheidung

Der BGH folgt der überwiegend neueren Literaturmeinung und begründet dies ausführlich und überzeugend. In der Tat entbehrte es der Überzeugungskraft anzunehmen, dass die Beschlagnahme als hoheitliche Maßnahme durch Erklärung eines Privaten sollte aufgehoben werden können. Auch endet bei der Mobilvollstreckung die Beschlagnahme erst mit der Aufhebung durch ein (staatliches) Vollstreckungsorgan und nicht schon mit der Freigabeerklärung des Gläubigers.

IV. Hinweis

Kaufverträge über vollstreckungsbefangenen Grundbesitz sind regelmäßig solche, in denen (auch) die Zwangsversteigerung angeordnet ist. Bei der Vertragsgestaltung steht dann die Sicherung der Aufhebung des Zwangsversteigerungsverfahrens im Vordergrund. Daneben sollte jedoch auch dem ohnehin fast immer vom selben Gläubiger betriebenen Zwangsverwaltungsverfahren Aufmerksamkeit geschenkt werden. So wird wohl durchgängig die Sicherstellung der Aufhebung des Zwangsverwaltungsverfahrens Kaufpreisfälligkeit voraussetzung sein. Daneben ist zu beachten und sachgerecht zu regeln, wann die Erträge (i.a.R. die Mietzinsansprüche) dem Käufer zustehen.

Die Entscheidung des BGH schafft bei der Frage des maßgeblichen Zeitpunkts für die Aufhebung der Beschlagnahme und die Einschränkung der Aufhebung insofern erfreuliche Klarheit als für beides auf den gerichtlichen Aufhebungsbeschluss abzustellen ist. Im Urteil vom 8.5.2003 (BGH v. 8.5.2003 – IX ZR 385/00, NJW-RR 2003, 1419 ff.) hatte der BGH – vor der neuen Zwangsverwalterverordnung – zwar für den Fall der Beendigung des Zwangsverwaltungsverfahrens durch Antragsrücknahme entschieden, dass mit dem Aufhebungsbeschluss auch die Prozessführungsbefugnis des Zwangsverwalters für anhängige Prozesse erlischt, zum Aufhebungszeitpunkt selbst jedoch, da hierzu auch kein Anlass bestand, nicht Stellung genommen. Nunmehr steht fest, dass es keinen Zwischenzeitraum mehr gibt zwischen einer Aufhebung durch Zugang der Rücknahmeerklärung und einem, u.U. die Aufhebung einschränkenden bzw. eine fortdauernde Prozessführungstätigkeit des Zwangsverwalters erst beendenden Aufhebungsbeschluss. Rechtsklarheit wird auch hinsichtlich einer Einschränkung der Verfahrensaufhebung hergestellt. Zwar mag die Rücknahmeerklärung des Gläubigers diesbezüglich noch der Auslegung bedürfen, letztere findet jedoch im allein maßgeblichen Aufhebungsbeschluss bereits ihren Niederschlag.

Ist aus alledem zu folgern, dass der Kaufpreis erst fällig werden soll, wenn (auch) der Aufhebungsbeschluss erfolgt ist statt abzustellen auf Vorlage einer unwiderruflichen uneingeschränkten Rücknahmeerklärung? Bei einer Treuhandkontenführung des Notars bietet sich das für die Auszahlungsfälligkeit vom Notaranderkonto an. Bei einem Kaufvertrag ohne Anderkontenführung, der im gegenständlichen Zusammenhang von vornherein risikobeladener ist, wird es praktisch immer daran scheitern, dass der Gläubiger mit der zum Aufhebungsbeschluss führenden Vorlage der Rücknahmeerklärung zum Vollstreckungsgericht vor Zahlung des meist den gesamten Kaufpreisbetrag ausmachenden Ablösungsbetrages nicht einverstanden ist. Insofern wird es bei bisherigen Vertragsgestaltungen verbleiben müssen. Zu überlegen wird in jedem Fall sein, inwieweit das mit der Maßgeblichkeit des Aufhebungsbeschlusses verbundene Hinausschieben des Endes der Zwangsverwaltung auf der Ebene des Übergangs von Besitz, Nutzen und Lasten Berücksichtigung finden kann. Erfahrungsgemäß ist allerdings die Neigung betreibender Gläubiger gering, hier „Zugeständnisse“ zu machen. Die Anderkontenführung kann das Problem wenigstens mildern; sie ist auch deshalb vorzuziehen.

Erst der gerichtliche Beschluss über die Aufhebung der Zwangsverwaltung beendet die Beschlagnahme des Grundbesitzes, so dass erst ab diesem Zeitpunkt Grundstückserträge wieder dem Grundstückseigentümer zustehen. Für Einschränkungen der Aufhebung kommt es ebenfalls nur auf den Aufhebungsbeschluss an.

Notar Dr. Alfons Hueber, Chemnitz

Rechtsprechung

Zum Anspruch auf rechtliches Gehör im Adoptionsverfahren

BGB § 1769

1. Der Anspruch auf rechtliches Gehör steht jedem zu, demgegenüber die gerichtliche Entscheidung materiell-rechtlich wirkt und der deshalb von dem Verfahren rechtlich unmittelbar betroffen wird.

2. Zu den materiell Betroffenen in diesem Sinne gehören bei einer Adoption die Kinder des Annehmenden. Gemäß § 1769 BGB darf eine Annahme Volljähriger nicht ausgesprochen werden, wenn ihr überwiegende Interessen der Kinder des Annehmenden entgegenstehen. Dem entspricht es, dass die Kinder im Adoptionsverfahren anzuhören sind.

BVerfG, Beschluss v. 20.10.2008 – 1 BvR 291/06

Protokollierung einer Hauptversammlung – Fertigstellung des Hauptversammlungsprotokolls

AktG § 101 Abs. 1, §§ 130, 131, 132, 161, 241 Nr. 2, § 243 Abs. 4, § 246 Abs. 1, § 248 Abs. 1; BeurkG § 37 Abs. 1 Nr. 2, § 44a Abs. 2

1. Ein notarielles Hauptversammlungsprotokoll i.S.d. § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG hat den Charakter eines Be-

richts des Notars über seine Wahrnehmungen und muss von ihm nicht in der Hauptversammlung fertig gestellt, sondern kann auch noch danach im Einzelnen ausgearbeitet und unterzeichnet werden. Urkunde im Sinne des Gesetzes ist erst die von dem Notar autorisierte, unterzeichnete und in den Verkehr gegebene Endfassung.

2. Die Überwachung und Protokollierung der Stimmenausschüttung fällt nicht unter die zwingenden, mit der Nichtigkeitssanktion des § 241 Nr. 2 AktG bewehrten Protokollierungserfordernisse gem. § 130 Abs. 1, 2 und 4 AktG.

3. Eine Unrichtigkeit der gem. § 161 AktG vom Vorstand und Aufsichtsrat abzugebenden „Entsprechenserklärungen“ führt wegen der darin liegenden Verletzung von Organpflichten zur Anfechtbarkeit jedenfalls der gleichwohl gefassten Entlastungsbeschlüsse, soweit die Organmitglieder die Unrichtigkeit kannten oder kennen mussten.

4. Unrichtig ist oder wird eine Entsprechenserklärung gem. § 161 AktG, wenn entgegen Ziff. 5.5.3 DCGK nicht über das Vorliegen und die praktische Behandlung eines Interessenkonflikts in der Person eines Organmitglieds berichtet wird. Ein solcher Interessenkonflikt entsteht bereits, wenn ein Dritter eine Schadensersatzklage gegen die Gesellschaft erhebt, die auf einen Gesetzesverstoß des betreffenden Aufsichtsratsmitglieds während seiner früheren Vorstandstätigkeit gestützt wird.

5. Eine Satzungsregelung, welche die Durchführung einer Listenwahl der Aufsichtsratsmitglieder (§ 101 Abs. 1 AktG) in das Ermessen des Versammlungsleiters stellt, ist wirksam und kann nicht durch einen Geschäftsordnungsantrag einzelner Aktionäre, eine Einzelwahl durchzuführen, außer Kraft gesetzt werden.

6. Die Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses wegen Informationspflichtverletzungen (§ 131 Abs. 1 Satz 1, § 243 Abs. 4 AktG) setzt die konkrete Angabe der angeblich in der Hauptversammlung nicht beantworteten Fragen innerhalb der Frist des § 246 Abs. 1 AktG voraus.

7. Im Auskunftserzwingungsverfahren gem. § 132 AktG ergangene Entscheidungen binden das Gericht im Anfechtungsprozess nicht.

8. Der Erfolg der Anfechtungsklage eines von mehreren (notwendigen) Streitgenossen kommt im Hinblick auf § 248 Abs. 1 AktG auch den übrigen Streitgenossen zugute, ohne dass es einer Prüfung der von ihnen (zusätzlich) vorgebrachten Anfechtungsgründe gegen denselben Hauptversammlungsbeschluss bedarf (vgl. BGHZ 122, 211, 240).

BGH, Urteil v. 16.2.2009 – II ZR 185/07 – Kirch/Deutsche Bank

Tatbestand

Die drei Kläger sind Aktionäre der beklagten Großbank. An ihrer Jahreshauptversammlung, die am 10.6.2003 stattfand, nahmen – neben circa 4.000 weiteren Aktionären – die Kläger zu 1 und 2 durch Vertreter und der Kläger zu 3 persönlich teil. Den Beschlussfassungen ging eine mehr

als achtstündige Generaldebatte mit 34 Wortbeiträgen und 230 Fragen voran. Der Versammlungsleiter hatte zuvor gebeten, schriftliche Wortmeldungen auf dafür vorgesehenen Vordrucken abzugeben. Von den Aktionären gestellte, schriftlich fixierte Fragen wurden von mehr als 50 Mitarbeitern der Beklagten im sog. „back-office“ erfasst und mit Antwortvorschlägen versehen, die dann von dem Versammlungsleiter verlesen wurden. Der Vertreter der Klägerin zu 2 stellte eine Reihe von Fragen aus einem der Beklagten zuvor übersandten Schreiben, die zum Teil darauf zielten, dass die Beklagte eine ihr von der Unternehmensgruppe des Klägers zu 1 verpfändete Beteiligung von 40 % an der S.-Verlags AG zu einem circa 60 Mio. € unter der abgesicherten Kreditsumme liegenden Preis selbst ersteigert und die erworbene Beteiligung nicht mit einem „Paketzuschlag“ an einen einzelnen Erwerber, sondern zum Teil (10 %) an ein Mitglied der Familie S. veräußert hatte. Hintergrund dessen war der wirtschaftliche Niedergang der Unternehmensgruppe des Klägers zu 1, den er auf eine kreditschädigende Interviewäußerung des ehemaligen Vorstandssprechers Dr. B. der Beklagten vom 4.2.2002 zurückführt (vgl. dazu BGHZ 166, 84ff.). Dies hat ihn zur Erhebung einer Schadensersatzklage und zur Erstattung einer Strafanzeige veranlasst.

Der Kläger zu 3 übergab dem Versammlungsleiter mehrere Blätter mit insgesamt 308 handschriftlich gestellten Fragen. Inwieweit er diese auch mündlich gestellt hat und sie von der Beklagten beantwortet wurden, ist streitig.

Nach Beendigung der Generaldebatte fasste die Hauptversammlung jeweils mit großer Mehrheit die von der Verwaltung der Beklagten vorgeschlagenen Beschlüsse, u.a. über die Entlastung des Vorstandes (TOP 3) sowie des Aufsichtsrats (TOP 4) jeweils für das Geschäftsjahr 2002, die Wahl des Abschlussprüfers für das Geschäftsjahr 2003 (TOP 5) und über die (Listen-)Wahl der vorgeschlagenen Aufsichtsratsmitglieder (TOP 11). Streitig ist, ob seitens der Klägerin zu 2 ein Minderheitenverlangen auf Einzelentlastung gem. § 120 Abs. 1 Satz 2 AktG gestellt wurde und wie der Versammlungsleiter auf ihren Antrag zur Einzelwahl der Aufsichtsratsmitglieder reagiert hat. Der zur Beurkundung der Hauptversammlungsbeschlüsse hinzugezogene Notar (§ 130 AktG) Dr. v. Sche. fertigte in der Hauptversammlung unter Benutzung vorformulierter Unterlagen eine handschriftliche Aufzeichnung, unterzeichnete diese unmittelbar nach Ende der Hauptversammlung und wies sein Büro an, dieses Papier als seine Niederschrift der Beklagten zuzuleiten, falls ihm etwas zustoßen sollte und er die beabsichtigte Durchsicht und Korrektur deswegen nicht mehr sollte vornehmen können. Später erstellte der Notar nach Rücksprache mit der Beklagten die endgültige, auf den Tag der Hauptversammlung datierte Niederschrift, die er dann als Original zu seiner Urkundensammlung nahm und von der er eine beglaubigte Abschrift bei dem Handelsregister einreichte. Das am Hauptversammlungstag unterzeichnete Papier ist nicht mehr vorhanden.

Mit ihren innerhalb der Frist des § 246 Abs. 1 AktG eingereichten Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen greifen alle Kläger die Entlastungsbeschlüsse (TOP 3, 4), die Kläger zu 1 und 2 darüber hinaus die Bestellung des Abschlussprüfers (TOP 5) sowie die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder (TOP 11) an. Alle Kläger meinen, die Beschlüsse seien mangels ordnungsgemäßer Beurkundung, der Kläger zu 3 außerdem wegen fehlender Überwachung der Stimmausschüttung durch den Notar, gem. § 241 Nr. 2 AktG nichtig. Im Übrigen seien sie u.a. wegen Informationspflichtverlet-

zungen der Beklagten (§ 131 AktG) anfechtbar (§ 243 Abs. 4 Satz 1 a.F. AktG). Ob die Klage des Klägers zu 3 dem Aufsichtsrat der Beklagten „demnächst“ zugestellt worden ist (§ 167 ZPO), beurteilen die Parteien unterschiedlich.

Die Klagen blieben in den Vorinstanzen erfolglos. Dagegen richten sich die – von dem erkennenden Senat zugelassenen – Revisionen der Kläger.

Aus den Gründen

Die Revisionen aller drei Kläger führen zur Nichtigklärung der Entlastungsbeschlüsse vom 10.6.2003. Die weitergehenden Revisionen der Kläger zu 1 und 2 bleiben erfolglos.

A. Zur geltend gemachten Nichtigkeit der Beschlüsse

Entgegen der Ansicht der Revisionen sind die von den Klägern jeweils angegriffenen Beschlüsse nicht schon gem. § 241 Nr. 2 AktG wegen eines Beurkundungsmangels i.S.v. § 130 Abs. 1, 2 oder 4 AktG nichtig.

1. Nach den von den Parteien in der Revisionsinstanz insoweit nicht beanstandeten Feststellungen des Berufungsgerichts (OLG Frankfurt v. 17.7.2007 – 5 U 229/05, AG 2007, 672 = ZIP 2007, 1463) entspricht die bei den Akten befindliche, von dem Notar als „final“ bezeichnete Fassung des Hauptversammlungsprotokolls den formalen Erfordernissen des § 130 Abs. 1, 2 und 4 AktG, was auch die Parteien nicht in Abrede gestellt hätten. Soweit das Berufungsgericht weiter meint, es könne offen bleiben, ob sich aus § 130 Abs. 1 und Abs. 5 AktG das Verbot mehrfacher Beurkundung ergebe, weil entweder die erste, nicht mehr vorhandene Niederschrift oder die später gefertigte Endfassung wirksam sei (zustimmend *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 130 AktG Rz. 11), geht das zwar an der Argumentation der Kläger vorbei, welche die in der Hauptversammlung erstellte und unterzeichnete, jedoch nicht mehr vorhandene Urfassung für allein maßgeblich halten und „bestritten“ haben, dass diese die Vorgaben des § 130 AktG beachtet habe. Doch abgesehen davon, dass es das von der Revision behauptete Verbot einer Mehrfachbeurkundung der Hauptversammlung nicht gibt (vgl. *Happ/Zimmermann*, Aktienrecht, 3. Aufl., 10.17 Rz. 1 zu b; *Kanzleiter*, DNotZ 2007, 804 [808] m.w.N.; ebenso auch *Eylmann*, ZNotP 2005, 300 [303]), ist hier die von dem Notar nach der von ihm vorgenommenen Bearbeitung autorisierte und in den Rechtsverkehr gegebene „Endfassung“ die allein maßgebliche.

a) Die Kläger verkennen, dass § 130 Abs. 1 AktG zwar eine Beurkundung der Hauptversammlungsbeschlüsse durch eine „über die Verhandlung notariell aufgenommene Niederschrift“, nicht aber deren endgültige Fertigstellung in der Hauptversammlung voraussetzt (vgl. *Spindler/Stilz/Wicke*, AktG, § 130 Rz. 23; *K. Schmidt/Lutter/Ziemons*, AktG, § 130 Rz. 36; ebenso *Eylmann*, ZNotP 2005, 300 [301]). In der Praxis wird regelmäßig vor der Hauptversammlung anhand der Einberufungsunterlagen ein umfassender Entwurf erstellt, der dann anhand der Vorgänge in der Hauptversammlung handschriftlich oder stenografisch vervollständigt wird (vgl. *Happ/Zimmermann*, Aktienrecht, 3. Aufl., 10.17 Rz. 3; *Wicke*, AktG, § 130 Rz. 23). Dabei kann sich der Notar auch nur für ihn leserlicher Kürzel bedienen oder Protokollanten hinzuziehen (vgl. *Wicke*, AktG, § 130 Rz. 23; *Kubis* in MünchKomm/AktG, 2. Aufl., § 130

Rz. 16f.; *Zöllner* in KölnKomm/AktG, § 130 Rz. 75; *Wilhelmi*, BB 1987, 1331 [1336]). Erst danach wird das eigentliche Protokoll in Reinschrift erstellt, wobei Änderungen oder Ergänzungen ggü. den aufgenommenen Notizen oder auch gegenüber einem in der Hauptversammlung bereits fertig gestellten Protokoll aufgrund eigener Erinnerung des Notars ohne weiteres möglich sind, solange die bisherige Ausarbeitung noch ein „Internum“ bildet, mag sie auch von ihm schon unterzeichnet sein (vgl. *Zöllner* in KölnKomm/AktG, § 130 Rz. 75, § 130 Rz. 78 a.E.). Das gilt nicht nur nach Ansicht der Privatgutachter der Beklagten, sondern nach nahezu einhelliger Auffassung zumindest so lange, bis der Notar Ausfertigungen oder Abschriften der von ihm autorisierten Endfassung erteilt (vgl. *Bohrer*, NJW 2007, 2019 f.; *Görk*, MittBayNot 2007, 382; *Heidel/Terbrack/Lohr*, AktG, 2. Aufl., § 130 Rz. 16; *Kanzleiter*, DNotZ 2007, 804; *Krieger*, Festschrift Priester S. 400; *Maass*, ZNotP 2005, 50 [52]; 377 [379]; *Priester*, DNotZ 2006, 403 [417 f.]; *K. Schmidt/Lutter/Ziemons*, AktG, § 130 Rz. 41; *Spindler/Stilz/Wicke*, AktG, § 130 Rz. 125). Solange sich die Niederschrift noch im Gewahrsam des Notars befindet und er sich ihrer nicht entäußert hat, kann er sie auch vernichten und neu fertigen, wenn ihm Formulierungen nicht behagen oder er Unrichtigkeiten feststellt (vgl. *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl., § 37 Rz. 32 m.w.N.; *Görk*, MittBayNot 2007, 382 [383 f.]).

b) Eine gegenteilige Auffassung wird im neueren Schrifttum, soweit ersichtlich, nur von *Eylmann* (ZNotP 2005, 300 [302]; 2005, 458), dem Privatgutachter der Kläger, vertreten. Ihm hat sich in einem von dem Kläger zu 3 gegen den Notar Dr. v. Sche. eingeleiteten Klageerzwingungsverfahren wegen Verstoßes gegen §§ 267, 274, 348 StGB das OLG Frankfurt (OLG Frankfurt v. 29.11.2006 – 2 Ws 173/05, NJW 2007, 1221) mit der Begründung angeschlossen, dass die Beurkundung rechtsgeschäftlicher Erklärungen mit dem in § 13 BeurkG vorgeschriebenen Vorlesen, Genehmigen und Unterschreiben abgeschlossen sei und die Unterzeichnung durch den Notar auch bei sonstigen Beurkundungen i.S.v. §§ 36 ff. BeurkG den Schlusspunkt setze (a.A. LG Frankfurt/M. v. 29.11.2007 – 5/31 Qs 27/07, ZIP 2007, 2358).

Dieser Ansicht folgt der Senat nicht, weil sie die gebotene Unterscheidung zwischen den verschiedenen Beurkundungsformen ausblendet. Bei der Beurkundung von Willenserklärungen gem. § 13 BeurkG wirken die Erklärenden mit; bereits durch ihre Genehmigung und Unterzeichnung der Niederschrift wird deren Wortlaut festgelegt und darf daher nicht nachträglich einseitig von dem Notar verändert werden (abgesehen von offensichtlichen Unrichtigkeiten i.S.d. § 44a Abs. 2 BeurkG). Dagegen hat ein Hauptversammlungsprotokoll gem. § 130 AktG den Charakter eines Berichts des Notars über seine Wahrnehmungen (vgl. § 37 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG; *Barz* in Großkomm/AktG, 3. Aufl., § 130 Anm. 18), den er nicht in der Hauptversammlung herstellen und unterzeichnen muss, sondern auch nachträglich fertig stellen und deshalb – selbst nach Unterzeichnung – noch ändern kann, solange er sich seiner nicht entäußert hat. Bis dahin hat die Niederschrift nicht mehr Gewicht als ein Entwurf (vgl. *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl., § 37 Rz. 32; *Lerch*, BeurkG, 3. Aufl., § 37 Rz. 7; *Bohrer*, NJW 2007, 2019 [2020]; vgl. auch *Krieger*, Festschrift Priester S. 400; *MünchKomm/ErB*, StGB, § 267 Rz. 88). Dass im vorliegenden Fall der Notar seine Aufzeichnungen – einer verbreiteten Praxis entsprechend (vgl. *Görk*, MittBayNot 2007, 382 [383]; *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl., § 37

Rz. 33) – vorsorglich für den Fall seines plötzlichen Todes oder seiner Handlungsunfähigkeit unterzeichnet hat, ändert nichts daran, dass er sie nicht in Verkehr gegeben, sondern erst später eine von ihm autorisierte Endfassung erstellt hat, mit der Folge, dass bis zu deren Ausgabe der Beurkundungsvorgang noch nicht i.S.d. § 44a Abs. 2 BeurkG abgeschlossen war (vgl. *Bohrer*, NJW 2007, 2019 [2021]; *Görk*, MittBayNot 2007, 382 [383] mit Hinweis auf die Parallele in § 16 Abs. 1 FGG). Es handelt sich hier – entgegen der Ansicht der Revision des Klägers zu 3 – nicht um eine dem tatsächlichen Verhalten widersprechende bloße „Mentalreservation“. Ob im Todesfall des Notars die vorsorgliche Unterzeichnung zu einer gültigen Niederschrift i.S.d. § 130 AktG führen kann (vgl. dazu *Bohrer*, NJW 2007, 2019 [2020]; *Kanzleiter*, DNotZ 2007, 804 [811]), bedarf hier keiner Entscheidung.

e) Da nach allem die vorliegende Endfassung der Niederschrift maßgeblich ist, kommt es auf die von den Klägern gemutmaßten Mängel der ursprünglichen, nicht mehr vorhandenen Aufzeichnungen nicht an; erst recht ist ohne Bedeutung, dass die von dem Notar zu den Akten gegebene, nach seiner Zeugenaussage seine ursprünglichen Aufzeichnungen in der Hauptversammlung wiedergebende Leseabschrift von ihm, worauf die Revision des Klägers zu 3 hinweist, nicht unterzeichnet ist. Soweit die Revision des Klägers zu 3 die Übereinstimmung zwischen den ursprünglichen Aufzeichnungen und der Leseabschrift in Zweifel zieht und mutmaßt, diese sowie die Endfassung der Niederschrift beruhen – entgegen der Argumentation des Berufungsgerichts – nicht auf Wahrnehmungen und Schreibearbeiten des Notars in der Hauptversammlung, sondern auf Weisungen der Rechtsabteilung der Beklagten, sind dafür konkrete Anhaltspunkte nicht dargetan. Durch bloße Zweifel oder Mutmaßungen können die Gültigkeit und die Beweiskraft (§§ 415, 418 ZPO) der notariellen Beurkundung gem. § 130 AktG – hier in Gestalt der von dem Notar autorisierten Endfassung – nicht ausgeräumt werden, weil anderenfalls die von § 130 AktG vor allem bezweckte Rechtssicherheit (vgl. *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 130 AktG Rz. 1) über die von der Hauptversammlung gefassten – hier ihrem Inhalt nach auch gar nicht im Streit stehenden – Beschlüsse in ihr Gegenteil verkehrt würde; selbst gegenüber handschriftlichen Aufzeichnungen und/oder Korrekturen könnte eingewandt werden, sie seien erst nachträglich auf Weisung Dritter entstanden. Vielmehr ist bis zum Beweis des Gegenteils davon auszugehen, dass eine der Formvorschrift des § 130 AktG (vgl. Senat, Urt. v. 4.7.1994 – II ZR 114/93, AG 1994, 466 = MDR 1994, 996) entsprechende Beurkundung jedenfalls hinsichtlich der gem. § 241 Nr. 2 AktG relevanten Teile ordnungsgemäß zustande gekommen ist. Auf die entsprechende tatsächliche Schlussfolgerung des Berufungsgerichts, welche die Revisionen als haltlos rügen, kommt es daher nicht an.

Demgegenüber betreffen die von der Revision des Klägers zu 3 dargestellten Abweichungen der Endfassung der Niederschrift von der „Leseabschrift“ jedenfalls keine gem. § 241 Nr. 2 AktG nichtigkeitsrelevanten Teile, sondern sind eher marginal, mag auch die von dem Notar erstellte „Vergleichsversion“ insgesamt 52 Einfügungen und 49 Streichungen ausweisen. Es ist ohne weiteres nachvollziehbar, dass die über die Erfassung der Abstimmungs- bzw. Beschlussergebnisse hinausgehende Protokollierung des Ablaufs einer Hauptversammlung, an der rund 4.000 Aktionäre teilnahmen, in der über Stunden diskutiert wurde und in der eine Unzahl von Fragen und Anträgen gestellt wurde,

auf erhebliche Schwierigkeiten stößt und dabei nachträglich zu korrigierende Unzulänglichkeiten oder Fehler – etwa hinsichtlich gestellter Anträge oder der Reihenfolge oder der Namen der Redner – unterlaufen können. Daraus kann aber ein Nichtigkeitsgrund gem. § 241 Nr. 2 AktG nicht hergeleitet werden.

d) Ebenso wenig führt es zur Nichtigkeit gem. § 241 Nr. 2 AktG, dass in der vorliegenden Endfassung des Protokolls gem. § 130 Abs. 2 AktG nur das Datum der Hauptversammlung, nicht aber dasjenige der Fertigstellung des Protokolls angegeben ist und dieses nach dem Vortrag der Kläger nicht unverzüglich i.S.v. § 130 Abs. 5 AktG erstellt und zum Handelsregister eingereicht worden sein soll. Das fällt nicht unter einen der in § 241 AktG abschließend aufgeführten Nichtigkeitsgründe. Auch § 37 Abs. 2 BeurkG geht davon aus, dass Ort und Tag der Wahrnehmungen des Notars nicht mit Ort und Tag der Errichtung bzw. Fertigstellung der Urkunde zusammenfallen müssen, ohne dass dafür eine Frist bestimmt ist (vgl. *Krieger*, Festschrift Priester, S. 387 [400]). Selbst die für die Beurkundung einer Willenserklärung gem. § 13 BeurkG erforderliche Unterschrift des Notars kann unbefristet nachgeholt werden (vgl. *Winkler*, BeurkG, 16. Aufl., § 13 Rz. 88). Solange eine in der Hauptversammlung begonnene Protokollierung gem. § 130 AktG nicht abgeschlossen und deren Fertigstellung nicht endgültig unmöglich geworden ist, bleibt die Nichtigkeit gem. § 241 Nr. 2 AktG in der Schwebe.

e) Die unterbliebene Protokollierung eines angeblich von den Klägern gestellten Minderheitenverlangens gem. § 120 Abs. 1 Satz 2 AktG wäre ebenfalls kein Nichtigkeitsgrund i.S.d. § 241 Nr. 2 AktG (vgl. *Kubis* in MünchKomm/AktG, 2. Aufl., § 130 Rz. 77 m. Nachw.).

2. Entgegen der Ansicht der Revision des Klägers zu 3 sind die angegriffenen Beschlüsse auch nicht deshalb nichtig, weil der Notar sich während der Hauptversammlung durchgehend im Versammlungsraum aufgehalten und die Verbringung der eingesammelten Stimmkarten sowie deren Auszählung per Computer in einem anderen Raum nicht beaufsichtigt hat. Das von der Revision zur Stützung ihrer Ansicht angeführte Urteil des LG Wuppertal (LG Wuppertal v. 26.2.2002 – 14 O 82/01, AG 2002, 567 = ZIP 2002, 1621) ist vom OLG Düsseldorf (OLG Düsseldorf v. 28.3.2003 – 16 U 79/02, OLGReport Düsseldorf 2003, 464 = AG 2003, 510 = ZIP 2003, 1147) zu Recht aufgehoben worden. Die für § 241 Nr. 2 AktG relevanten Protokollierungspflichten des Notars sind in § 130 AktG abschließend geregelt. Die Überwachung und Protokollierung der Stimmentauszählung fällt nicht unter die „Art der Abstimmung“ i.S.v. § 130 Abs. 2 AktG; das dort weiter genannte „Abstimmungsergebnis“ ist aufgrund der Bekanntgabe des Versammlungsleiters zu protokollieren (vgl. OLG Düsseldorf v. 28.3.2003 – 16 U 79/02, OLGReport Düsseldorf 2003, 464 = AG 2003, 510 = ZIP 2003, 1147; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 130 Rz. 19; *Krieger*, ZIP 2002, 1597; *Priester*, EWIR 2002, 645; *Spindler/Stilz/Wicke*, AktG, § 130 Rz. 31, 51; a.A. wohl *Kubis* in MünchKomm/AktG, 2. Aufl., § 130 Rz. 35, 53). Soweit eine allgemeine Prüfungs- und Überwachungspflicht des Notars hinsichtlich evidenter Rechtsverstöße im Ablauf der Hauptversammlung postuliert wird (vgl. *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 130 AktG Rz. 12 m.w.N.), fällt deren Verletzung jedenfalls nicht unter § 241 Nr. 1 AktG (zutreffend vgl. OLG Düsseldorf v. 28.3.2003 – 16 U 79/02, OLGReport Düsseldorf 2003, 464 = AG 2003, 510 = ZIP 2003, 1147 [1151] m.w.N.; vgl. auch *Paefgen*, WuB II A § 130 AktG 1.03).

B. Zur geltend gemachten Anfechtbarkeit der Beschlüsse

Hinsichtlich der hilfsweise geltend gemachten Anfechtbarkeit der angegriffenen Beschlüsse haben die Revisionen aller Kläger hingegen Erfolg, soweit sie die Entlastungsbeschlüsse (TOP 3 und 4) betreffen. Nicht zu entscheiden braucht der Senat in diesem Zusammenhang, ob neben den von den Klägern zu 1 und 2 insoweit erfolgreich geltend gemachten Anfechtungsgründen (dazu unten I 1) auch diejenigen des Klägers zu 3 durchgreifen, weil ihm schon die insofern erfolgreiche Anfechtungsklage der beiden anderen Kläger zugute kommt. Unerheblich ist, ob die Kläger ihre Widersprüche (§ 245 Abs. 1 Nr. 1 a.F. AktG) vor oder nach den jeweiligen Beschlussfassungen eingelegt haben (vgl. Senat, Beschl. v. 11.6.2007 – II ZR 152/06, ZIP 2007, 2122 Tz. 6 = AG 2007, 863). Dagegen erweist sich das angefochtene Urteil als richtig, soweit die Anfechtungsklagen der Kläger zu 1 und 2 gegen die Beschlüsse zu TOP 5 (Wahl des Abschlussprüfers) und zu TOP 11 (Listwahl der Aufsichtsratsmitglieder) abgewiesen worden sind.

I. Revision der Kläger zu 1 und 2

1. Entlastungsbeschlüsse

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts sind die Entlastungsbeschlüsse (TOP 3, 4) wegen unrichtiger bzw. unvollständiger Organerklärungen gem. § 161 AktG anfechtbar (vgl. dazu *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 161 AktG Rz. 31), wie die Revision der Kläger zu 1 und 2 zu Recht rügt.

Gemäß § 161 AktG haben Vorstand und Aufsichtsrat der börsennotierten Gesellschaft jährlich zu erklären, dass den Empfehlungen der „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“ (nachfolgend DCGK) entsprechen wurde und wird oder welche Empfehlungen nicht angewendet wurden oder werden. Die Erklärung ist gem. § 161 Satz 2 AktG den Aktionären dauerhaft zugänglich zu machen und hat einerseits einen Vergangenheits-, andererseits einen Gegenwarts- und Zukunftsbezug (*Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 161 AktG Rz. 14, 20), bzw. den Charakter einer „Dauererklärung“, die jeweils binnen Jahresfrist zu erneuern und im Fall vorheriger Abweichung von den DCGK-Empfehlungen umgehend zu berichtigen ist (vgl. *Seibert*, BB 2002, 581 [583] zu III 1; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, Rz. 20; *Ringleb* in *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Deutscher Corporate Governance Kodex, 3. Aufl., Rz. 1579 m.w.N.; a.A. *Heckelmann*, WM 2008, 2146 [2148 f.]). Geschieht dies nicht oder entspricht die Erklärung von vornherein in einem – wie hier – nicht unwesentlichem Punkt nicht der tatsächlichen Praxis der Gesellschaft, liegt darin ein Gesetzesverstoß, der – ohne dass der Senat generell zu den Folgen eines Verstoßes gegen § 161 AktG Stellung nehmen müsste – jedenfalls dem genannten Verstoß zuwider gefasste Entlastungsbeschlüsse (§ 120 AktG) anfechtbar macht (vgl. *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 161 AktG Rz. 31; *Lutter* in *KölnKomm/AktG*, 3. Aufl., § 161 Rz. 65, 67; *K. Schmidt/Lutter/Spindler*, AktG, § 161 Rz. 61 f., 65). So verhält es sich im vorliegenden Fall. ...

b) Zu Recht stützen die Kläger zu 1 und 2 die Unrichtigkeit der genannten Entsprechenserklärung aber darauf, dass der Aufsichtsrat die Empfehlung 5.5.3 DCGK nicht befolgt hat. Nach dieser Bestimmung soll der Aufsichtsrat in seinem Bericht an die Hauptversammlung (§ 171 Abs. 2 AktG; vgl. *Ringleb/Kremer* in *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Deutscher Corporate Governance Kodex, 3. Aufl.,

Rz. 1139) „über aufgetretene Interessenkonflikte und deren Behandlung informieren“. Damit soll die Informationsgrundlage für die Entlastung des Aufsichtsrats (§ 119 Abs. 1 Nr. 3 AktG) verbessert werden (vgl. *Ringleb/Kremer* in *Ringleb/Kremer/Lutter/v. Werder*, Deutscher Corporate Governance Kodex, 3. Aufl., Rz. 1138). Eine entsprechende Information enthält der vorliegende Bericht unstreitig nicht.

aa) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts erübrigte sich ein Aufsichtsratsbericht über eine Interessenkollision in der Person des Aufsichtsratsvorsitzenden Dr. B. und über die Behandlung dieses Konflikts gem. Ziff. 5.5.3 Satz 1 DCGK nicht deshalb, weil die gegen ihn erhobenen „Vorwürfe“ des Klägers zu 1 in den Medien behandelt worden waren und daher bei einem aufmerksam am öffentlichen Leben teilnehmenden und an den Geschicken „seines“ Unternehmens interessierten Aktionär als bekannt vorausgesetzt werden konnten. ...

bb) ... Die Aufgabe des Aufsichtsrats (§ 111 Abs. 1 AktG), die Organtätigkeit auch ehemaliger Vorstandsmitglieder (vgl. BGHZ 157, 151 [153 f.]) einer nachgelagerten Recht- und Zweckmäßigkeitkontrolle zu unterziehen (vgl. BGHZ 135, 244 [252]; *Hüffer*, 8. Aufl. 2008, § 111 AktG Rz. 4 f.; *Habersack* in *MünchKomm/AktG*, 3. Aufl., § 111 Rz. 29) und in Wahrnehmung der Gesellschaftsinteressen das Bestehen etwaiger Schadensersatzansprüche ggü. dem betreffenden (ehemaligen) Vorstandsmitglied zu prüfen (vgl. BGHZ 135, 244 [252 ff.]), beginnt nicht erst dann, wenn ein bestimmter Schaden der Gesellschaft feststeht. Vielmehr besteht für einen die Sorgfaltspflichten gem. §§ 116, 93 Abs. 1 Satz 1 AktG beachtenden Aufsichtsrat bereits nach Zustellung einer auf angeblich pflichtwidriges Handeln eines Vorstandsmitglieds gestützten Schadenersatzklage Anlass, den Sachverhalt zu erforschen und etwaige Regressmöglichkeiten gegen das betreffende Vorstandsmitglied eigenverantwortlich zu prüfen. Das gilt zunächst einmal hinsichtlich der Prozesskosten, zumal wenn – wie hier – bereits ein erstinstanzlicher Kostentitel vorliegt. Darüber hinaus hat der Aufsichtsrat aber auch über im Interesse der Gesellschaft liegende vorsorgliche Maßnahmen zur Sicherstellung etwaiger Regressansprüche aus § 93 Abs. 2 AktG wie etwa über eine Streitverkündung (§ 72 ZPO) oder über die Geltendmachung eines Freistellungsanspruchs ggü. dem betreffenden Vorstandsmitglied (§ 426 Abs. 1 BGB i.V.m. § 93 Abs. 2 AktG) zu beraten und zu entscheiden. Alle derartigen Maßnahmen, die das Innenverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem betreffenden Vorstandsmitglied berühren, fallen unter die Prüfungs- und Entscheidungsprerogative des Aufsichtsrats, nicht in diejenige des Vorstands, welcher die Gesellschaft im Rechtsstreit mit dem Dritten zu vertreten hat (§ 78 Abs. 1 AktG) und dabei im Innenverhältnis zu der Gesellschaft wiederum der Kontrolle des Aufsichtsrats unterliegt. Es liegt auf der Hand, dass bei den genannten vom Aufsichtsrat zu treffenden Entscheidungen objektiv ein Interessengegensatz zwischen der Gesellschaft und dem betroffenen Aufsichtsratsmitglied besteht und deshalb ein Aufsichtsratsvorsitzender, der selbst Betroffener ist, daran nicht unbefangen mitwirken kann. ...

c) Zu weit geht es allerdings, soweit die Revision meint, es sei nicht nur über das Vorliegen und die Behandlung des Interessenkonflikts in der Person des Aufsichtsratsvorsitzenden Dr. B. gem. Ziff. 5.5.3 Satz 1 DCGK zu berichten, sondern aus diesem Konflikt gem. Ziff. 5.5.3 Satz 2 DCGK

auch die Konsequenz einer Beendigung seines Aufsichtsratsmandats zu ziehen gewesen. ...

d) Das Fehlen des in Ziff.5.5.3 Satz 1 DCGK empfohlenen Berichts über die Interessenkollision und deren Behandlung war zwar mangels Gesetzeskraft dieser Regelung nicht unmittelbar gesetzwidrig, führte aber dazu, dass die bis zur Hauptversammlung vom 10.6.2003 und darüber hinaus aufrecht erhaltene „Entsprechenserklärung“ (§ 161 AktG) des Vorstands und des Aufsichtsrats der Beklagten vom Oktober 2002 (vgl. oben II 1 a) in einer für die Organentlastung relevanten Hinsicht unrichtig war (vgl. Hüffer, 8. Aufl. 2008, § 161 AktG Rz.31; K. Schmidt/Lutter/Spindler, AktG, § 161 Rz.62, 65). Darin liegt ein Gesetzesverstoß, welcher zur Anfechtbarkeit der Entlastungsbeschlüsse insgesamt und nicht nur zur Teilanfechtbarkeit der Entlastung des Aufsichtsratsmitglieds Dr. B. führt, weil sämtliche Organmitglieder die für den Interessenkonflikt in der Person des Dr. B. und für die Unrichtigkeit der Entsprechenserklärung maßgeblichen Tatsachen kannten (vgl. Hüffer, 8. Aufl. 2008, § 161 AktG Rz.31) und die vorliegende Entsprechenserklärung nach ihrem Wortlaut von beiden Organen gemeinsam abgegeben worden ist (vgl. dazu Ringleb/Lutter, a.a.O., Rz.1540; zur Frage eines Gemeinamkeitserfordernisses bejahend Begr. RegE TransPuG, BT-Drucks. 14/8769, 21; Seibt, AG 2002, 249 [253]; a.A. Ulmer, ZHR 166, 150 [173]; Krieger, FS Ulmer, S.365 [369f.]; Hüffer, 8. Aufl. 2008, § 161 AktG Rz.10). ...

2. Listenwahl der Aufsichtsratsmitglieder

a) Entgegen der Ansicht der Revision geht das Berufungsgericht insoweit zutreffend davon aus, dass die von dem Versammlungsleiter vorgeschlagene Listenwahl zulässig war, weil gemäß der Satzung der Beklagten „der Leiter der Hauptversammlung berechtigt ist, über eine von der Verwaltung ... vorgelegte Liste mit Wahlvorschlägen abstimmen zu lassen“. Eine entsprechende Satzungsregelung ist wirksam und verstößt insbesondere nicht gegen § 23 Abs. 5 AktG, weil § 101 AktG keine Regelung zur Art der Abstimmung trifft (vgl. Spindler/Stilz/Spindler, a.a.O., § 101 Rz.36). Soweit § 101 Abs. 1 AktG von der Wahl der „Mitglieder des Aufsichtsrats“ spricht, ergibt sich daraus nichts Gegenteiliges, wie die Parallele in § 120 Abs. 1, 2 AktG zeigt (vgl. K. Schmidt/Lutter/Drygala, AktG, § 101 Rz.10). Die erst am 2.6.2005 beschlossene Empfehlung Ziff.5.4.3 DCGK, Wahlen zum Aufsichtsrat als Einzelwahlen durchzuführen, berührt die vorliegende Wahl im Juni 2003 nicht.

Da somit bereits in der Satzung der Beklagten über die Zulässigkeit der Listenwahl entschieden worden ist, kommt es – entgegen der Ansicht der Revision – auf die unter den Parteien streitige Behauptung nicht an, der Vertreter der Klägerin zu 2 habe vor Durchführung der Listenwahl beantragt, die Hauptversammlung darüber abstimmen zu lassen, dass über die Wahl der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder getrennt abgestimmt werde. Dies würde (entgegen der Ansicht von Bub, Festschrift Derleder, S.221 [229]) in die in der Satzung getroffene Regelung eingreifen, das Wahlverfahren dem Versammlungsleiter zu überlassen, dessen jeweiliger Entscheidung sich die satzunggebenden Aktionäre mit Wirkung für später beitretende Aktionäre unterworfen haben. Der Antrag auf Einzelabstimmung lief unter diesen Umständen, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, auf eine unzulässige Sitzungsdurchbrechung hinaus (zustimmend Habersack in MünchKomm/AktG, 3. Aufl., § 101 Rz. 22 m. Fn.59).

b) Aus dem Senatsurteil vom 21.7.2003 (BGHZ 156, 38 [41]) ergibt sich nichts Gegenteiliges. Dort fehlte eine Satzungsregelung. Nur in einem solchen Fall ist ein Hinweis des Versammlungsleiters sinnvoll und möglicherweise, was der Senat, BGHZ 156, 38 [41], allerdings offen gelassen hat, dahingehend erforderlich, dass derjenige Aktionär, der einen Kandidaten der Liste nicht wählen wolle, gegen die Liste insgesamt stimmen müsse, und dass bei deren mehrheitlicher Ablehnung eine Einzelwahl statfinde (vgl. dazu Hopt in Großkomm/AktG/M. Roth, a.a.O., § 101 Rz.51; Hüffer, 8. Aufl. 2008, § 101 AktG Rz.6). Dagegen ermächtigte im vorliegenden Fall schon die Satzung der Beklagten den Versammlungsleiter, eine Listenwahl anzuordnen. ...

d) Schließlich ist der angefochtene Beschluss über die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder auch nicht gem. § 243 Abs. 1, 4 a.F. AktG wegen angeblicher, von der Revision der Kläger zu 1 und 2 geltend gemachter Verletzungen des Informationsrechts der Aktionäre (§ 131 AktG) anfechtbar.

aa) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass es in diesem Zusammenhang nur auf die in der Klageschrift der Kläger zu 1 und 2 konkret als nicht oder nicht zutreffend beantwortet aufgeführten Fragen der Aktionärsvertreter E. (nachfolgend E.) und N. (nachfolgend N.) ankommt, weil Anfechtungsgründe in ihrem wesentlichen tatsächlichen Kern innerhalb der Anfechtungsfrist des § 246 Abs. 1 AktG in den Rechtsstreit eingeführt werden müssen (vgl. BGHZ 120, 141 [157] m.w.N.; Senat, Urt. v. 14.3.2005 – II ZR 153/03, AG 2005, 395 [397]). ...

bb) Entgegen der Ansicht der Revision war das Berufungsgericht und ist der Senat im vorliegenden Anfechtungsprozess an die auf Betreiben der Kläger zu 1 und 2 im Auskunftserzwingungsverfahren gem. § 132 AktG ergangene Entscheidung des OLG Frankfurt vom 13.10.2006 (20 W 54/05), das den Klägern einen Auskunftsanspruch wegen Nichtbeantwortung einiger in der Hauptversammlung gestellter Fragen (lit. d, f bis l) zuerkannt hat, nicht gebunden. ...

cc) Entgegen der Ansicht der Revision ist dem Berufungsgericht im Ergebnis darin zu folgen, dass eine Verletzung des Informationsrechts der Aktionäre (§ 131 AktG) in Bezug auf den Tagesordnungspunkt der Wahl der Aufsichtsratsmitglieder nicht vorliegt.

(aaa) Zutreffend geht das Berufungsgericht insoweit von den vorgelegten schriftlichen Antwortvorschlägen des „back-office“ der Beklagten aus. Zu Unrecht meint die Revision, das Berufungsgericht verkenne die Beweislast der Beklagten für die Unrichtigkeit des Vortrags der Kläger zu 1 und 2, die Auskünfte seien in freier Rede und teilweise abweichend von den schriftlichen Antwortvorschlägen erteilt worden. Das Berufungsgericht hat insoweit nicht eine Beweislastentscheidung getroffen, sondern mangels näherer Einlassung der Beklagten zu den pauschal behaupteten Abweichungen bereits ein zulässiges Bestreiten verneint (§ 138 Abs. 1, 2 ZPO). Richtigerweise trifft – entgegen der Ansicht der Revision – die Darlegungs- und Beweislast für die behaupteten Informationspflichtverletzungen der Beklagten ohnehin die Kläger. Eine Beweislastumkehr wegen Nichtvorlegung des Hauptversammlungsprotokolls (vgl. dazu Hüffer in MünchKomm/AktG, 2. Aufl., § 243 Rz. 138) findet hier nicht statt, weil ein notarielles Hauptversammlungsprotokoll vorliegt (vgl. oben A). Eine substantiierte Darlegung der angeblichen Abweichungen von den schrift-

lichen Antwortvorschlägen findet sich auch an den von der Revision angeführten Aktenstellen nicht. ...

(ccc) Jedenfalls besteht generell ein Anspruch auf Auskunft gem. § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG nur insoweit, als diese zur sachgemäßen Beurteilung des betreffenden Gegenstandes der Tagesordnung erforderlich ist, d.h. von einem objektiv urteilenden Aktionär als wesentliches Beurteilungselement benötigt wird (BGHZ 160, 385 [389]; Hüffer, AktG, 8. Aufl. 2008, § 131 Rz. 12 m.w.N.). Nach diesem Kriterium, welches das Informationsrecht gem. § 131 AktG in qualitativer und quantitativer Hinsicht sowie hinsichtlich seines Detaillierungsgrades begrenzt (vgl. Kubis, MünchKomm/AktG, 2. Aufl., § 131 Rz. 36), sind im vorliegenden Fall die nachgesuchten Informationen, soweit sie für die Meinungsbildung über die Eignung der vorgeschlagenen Aufsichtsratskandidaten erforderlich waren, – abgesehen von einer berechtigten Auskunftsverweigerung zu einzelnen Punkten – erteilt worden. ...

3. Wahl des Abschlussprüfers

a) Ohne Erfolg rügt die Revision, der für das Geschäftsjahr 2003 gewählte Abschlussprüfer sei wegen Befangenheit (§ 319 Abs. 2 HGB) entsprechend den im Senatsurteil vom 25.11.2002 (BGHZ 153, 32 ff.) aufgestellten Grundsätzen nicht wählbar gewesen, weil er die Bilanz der Beklagten für das Vorjahr 2002 mit uneingeschränktem Prüfvermerk versehen habe, obwohl die Bilanz keine Rückstellungen wegen der von dem Kläger zu 1 gegen die Beklagte erhobenen (auf die Interviewäußerungen des Dr. B. gestützten) Feststellungsklage auf Schadensersatz ausgewiesen und bei Erteilung des Prüfvermerks sogar schon das erstinstanzliche Urteil in jenem Rechtsstreit vorgelegen habe.

Das Berufungsgericht hat nicht das Senatsurteil vom 25.11.2002 (BGHZ 153, 32 ff.) „missverstanden“, sondern zutreffend darauf hingewiesen, dass der vorliegende Fall entscheidungserhebliche Unterschiede gegenüber demjenigen jenes Senatsurteils aufweise. Im dortigen Fall hatte der Abschlussprüfer an der Entstehung fehlerhaft vollendeter Tatsachen (Verschmelzungswertrelation) mitgewirkt und sich dadurch bereits Schadensersatzansprüchen in beträchtlicher Höhe ausgesetzt (a.a.O., S. 43). Demgegenüber weist das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler darauf hin, dass es im vorliegenden Fall um eine Wahrscheinlichkeitsbeurteilung des Bestehens von Schadensersatzansprüchen geht, die sich von Jahr zu Jahr ändern kann, ohne dass dies dem Eingeständnis eines früheren Fehlers gleichkommt und damit gerechnet werden muss, dass der Abschlussprüfer künftig in gleicher Weise verfahren werde. Hinzu kommt, dass der Prüfvermerk für das vor Erlass jenes Feststellungsurteils abgelaufene Geschäftsjahr 2002 zu erteilen und abzusehen war, dass der Nachweis eines bestimmten Schadens des Klägers zu 1 als Folge der Interviewäußerungen des Dr. B. auf nicht unerhebliche Schwierigkeiten stoßen wird. ...

Eigenkapitalersatzrecht der GmbH

GmbHG §§ 30, 31, 32a, 32b (i.d.F. vor dem 1.11.2008); EGInsO Art. 103 d

1. Das Eigenkapitalersatzrecht in Gestalt der Novellenregeln (§§ 32a, 32b GmbHG a.F.) und der Rechtsprechungsregeln (§§ 30, 31 GmbH a.F. analog) findet gemäß der Überleitungsnorm des Art. 103d EGInsO

wie nach allgemeinen Grundsätzen des intertemporalen Rechts auf „Altfälle“, in denen das Insolvenzverfahren vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 (BGBl. I 2008, 2026) eröffnet worden ist, als zur Zeit der Verwirklichung des Entstehungstatbestandes des Schuldverhältnisses geltendes „altes“ Gesetzesrecht weiterhin Anwendung.

2. Die Rückzahlungspflicht des bürgenden Gesellschafters nach Novellen- wie nach Rechtsprechungsregeln wird nicht durch das Vorhandensein einer Mehrzahl von Sicherheiten – hier: verlängerter Eigentumsvorbehalt und Wechselbürgschaft – berührt, solange sich unter den Sicherungsgebern auch ein Gesellschafter befindet. Da wirtschaftlich dessen Kredit-sicherheit in der Krise der Gesellschaft funktionales Eigenkapital darstellt, darf dieses nicht auf dem Umweg über eine Leistung an den Gesellschaftsgläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen dem Gesellschafter „zurückgewährt“ werden.

BGH, Urteil v. 26.1.2009 – II ZR 260/07 – „Gut Buschow“

Zum Schutzzweck der Amtspflichten des Versteigerungsgerichts

BGB § 839

Die Amtspflicht des Versteigerungsgerichts zur Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften im Zwangsversteigerungsverfahren schützt auch den Vollstreckungsgläubiger. Der Schutzzweck dieser Amtspflicht umfasst den Verlust, der dadurch eintritt, dass der Zuschlagsbeschluss wegen eines Zustellungsfehlers wieder aufgehoben wird und in einem nachfolgenden Versteigerungstermin ein geringerer Erlös erzielt wird (Abgrenzung zum Senat, Ur. v. 13.9.2001 – III ZR 228/00, NJW-RR 2002, 307).

BGH, Versäumnisurteil v. 22.1.2009 – III ZR 172/08

Kein Vertragsschluss des Grundstückseigentümers mit Versorgungsunternehmen durch Annahme einer Realofferte bei bestehendem – auch konkludent geschlossenem – Versorgungsvertrag mit Grundstücksnutzer

AVBWasserV § 2 Abs. 2; BGB § 433 Abs. 2, § 631 Abs. 1

Ein Vertrag über die Erbringung von Ver- und Entsorgungsleistungen für ein Grundstück kommt dann nicht durch Annahme einer sog. Realofferte mit dem Grundstückseigentümer zustande, wenn das Versorgungsunternehmen diese Leistungen gegenüber einem Dritten (hier: Grundstücksnutzer) aufgrund eines mit diesem bestehenden Vertrages erbringt (st.Rspr., zuletzt Senatsbeschluss v. 15.1.2008 – VIII ZR 351/06, WuM 2008, 139). Dafür ist es ohne Bedeutung, ob der mit dem Dritten bestehende Vertrag ausdrücklich oder konkludent geschlossen ist.

BGH, Urteil v. 10.12.2008 – VIII ZR 293/07

Zu den Grenzen einer kommunalrechtlich gestatteten Bevollmächtigung für einen Kreis von Geschäften bei vom Gesetz im Grundsatz angeordneter Gesamtvertretung

EGV Art.43; GmbHG §4a; BGB §164; ErbbauRG §11 Abs.1; NW GemeindeO §64

1. Eine in der Schweiz gegründete Aktiengesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland ist in Deutschland als rechtsfähige Personengesellschaft zu behandeln.

2. Eine Vollmacht, für eine nordrhein-westfälische Stadt Erklärungen „in allen Grundstücksangelegenheiten“ abzugeben, ist unwirksam.

BGH, Urteil v. 27.10.2008 – II ZR 158/06 – „Trabrennbahn“

Tatbestand

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit drei Aktionären, von denen einer den Verwaltungsrat bildet. Sie verlangt von der Beklagten aufgrund einer Mietvertragskündigung Herausgabe eines Grundstücks und Zahlung der Miete und Erstattung von Anwaltskosten ... Die Parteien streiten über die Rechts- und Parteifähigkeit der Klägerin sowie über die Fragen, ob zwischen ihnen ein Mietvertrag bestanden hat und ob er ggf. wirksam gekündigt worden ist.

Das streitige Grundstück ist Teil eines größeren Geländes, an dem die Stadt G. dem Trabrennverein G. e.V. ein Erbbaurecht bestellt hatte. Dieser hatte mit der Beklagten im Jahre 1978 – mit Neufassung in 1996 – einen „Pachtvertrag“ über eine Teilfläche zum Zwecke der Veranstaltung von Trödelmärkten geschlossen. Am 3.6.2002 wurde über das Vermögen des Trabrennvereins das Insolvenzverfahren eröffnet. Der Insolvenzverwalter schloss mit dem G. Rennverein (im Folgenden: GR) über das Gelände zwei Pachtverträge, denen zufolge auch die zu dem Geschäftsbetrieb gehörenden Verträge auf den GR übergehen sollten, soweit sie in einer Anlage aufgeführt waren. Der Mietvertrag mit der Beklagten war in der Anlage nicht aufgeführt. Gleichwohl vertraten sowohl der Insolvenzverwalter als auch der GR in der Folgezeit ggü. der Beklagten die Auffassung, der mit ihr bestehende Mietvertrag sei auf den GR übergegangen. Die Beklagte stellte das in Abrede.

Mit Vertrag vom 16.7.2004 veräußerte der Insolvenzverwalter das Erbbaurecht an die Klägerin. Nachdem die Stadt dieser Veräußerung zugestimmt hatte – ob ordnungsgemäß vertreten, ist streitig, wurde der Rechtsübergang am 24.9.2004 im Grundbuch eingetragen.

Offenbar um den Übergang des Mietvertrages auf die Klägerin zu verhindern, vereinbarte die Beklagte am 23.8.2004 mit dem GR – im Gegensatz zu ihrem bis dahin vertretenen Standpunkt – einen Nachtrag zu dem „Pachtvertrag“ aus 1996 und schloss vorsorglich einen eigenständigen „Unterpachtvertrag“ mit dem GR. Dementsprechend zahlte sie die Miete nicht an die Klägerin, sondern an den GR.

Gestützt auf das Sonderkündigungsrecht aus §111 InsO erklärte die Klägerin mit Schreiben vom 29.9.2004 die Kündigung des Mietvertrages. Mit Schreiben vom 9.12.2004 erklärte sie die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzuges. ...

Aus den Gründen

I. Die Klage ist zulässig. ...

II. Die somit zulässige Klage ist unbegründet.

Die Klägerin kann von der Beklagten weder Zahlung von Miete, noch Herausgabe des Grundstücks verlangen. Ebenso wenig steht ihr ein Anspruch auf Ersatz von Anwaltskosten zu. Sie hat das Erbbaurecht, aus dem sich diese Ansprüche allein ergeben könnten, nicht erworben, weil die hierfür erforderliche Zustimmungserklärung der Stadt G. von einem dazu nicht wirksam bevollmächtigten Beamten abgegeben worden ist.

Zum Erwerb des Erbbaurechts bedurfte es zunächst gem. §873 BGB i.V.m. §11 Abs.1 ErbbauRG einer Einigung und einer Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch. Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Darüber hinaus ist in §7 des zwischen der Stadt G. und dem Trabrennverein G. e.V. geschlossenen Erbbaurechtsvertrages vom 29.12.1978 vereinbart, dass jede Veräußerung des Erbbaurechts der schriftlichen Zustimmung der Stadt bedarf. Dieses Zustimmungserfordernis ist im Erbbau-Grundbuch eingetragen, wie sich der von der Klägerin vorgelegten Kopie des Grundbuchauszugs entnehmen lässt. Damit hängt die Wirksamkeit der Rechtsübertragung gem. §§5f. ErbbauRG von der Zustimmung ab. Fehlt die Zustimmung, sind sowohl das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft (schwebend) unwirksam (*von Oefele* in MünchKomm/BGB, 4. Aufl., §6 ErbbauVO Rz. 2).

1. Die Zustimmungserklärung, die der Stadtkämmerer in Vertretung des Oberbürgermeisters der Stadt G. unter dem 28.7.2004 abgegeben hat, ist – wie die Revision zu Recht geltend macht und was der Senat gem. §545 Abs.1 ZPO nachprüfen kann – gem. §164 Abs.1 BGB unwirksam. Der Stadtkämmerer hatte keine wirksame Vollmacht zur Vertretung der Stadt.

Nach §64 Abs.1 GO NW sind Erklärungen, durch welche die Gemeinde verpflichtet werden soll, in Schriftform abzugeben und von dem Bürgermeister oder seinem Stellvertreter und einem vertretungsberechtigten Beamten oder Angestellten zu unterzeichnen. Darin liegt die Anordnung einer Gesamtvertretung (BGH, Urt. v. 4.12.1981 – V ZR 241/80, NJW 1982, 1036 [1037]; v. 15.4.1998 – VIII ZR 129/97, NJW 1998, 3058 [3060]). Der Unterschrift dieser zwei Personen bedarf es nach §64 Abs.2 und 3 GO NW nur dann nicht, wenn ein Geschäft der laufenden Verwaltung betroffen ist oder wenn ein für ein bestimmtes Geschäft oder einen Kreis von Geschäften ausdrücklich Bevollmächtigter die Erklärung abgibt. Eine derartige Vollmacht ist allerdings nur wirksam, wenn sie nicht so weit gefasst ist, dass damit die Vorschriften über die Gesamtvertretung unterlaufen werden (vgl. BGH, Urt. v. 6.5.1997 – KZR 43/95, ZIP 1997, 2166 [2168]). Die Gesamtvertretung dient dem Schutz des Vertretenen. Sie kann deshalb von den Vertretern nicht geändert werden. Ihnen ist es auch versagt, eine Einzelvollmacht zu erteilen, die so weit geht, dass sie einer Alleinvertretung gleichkommt (Senat, Urt. v. 25.11.1985 – II ZR 115/85, ZIP 1986, 501 [503]).

Die Erklärung, dass der Veräußerung des Erbbaurechts zugestimmt werde, war eine Verpflichtungserklärung i.S.d. §64 Abs.1 GO NW. Dadurch sollte die Gemeinde verpflichtet werden, das Grundstück von nun an dem Erwerber des Erbbaurechts – der Klägerin – zu überlassen. Das ist schon deshalb eine bedeutsame Rechtsänderung, weil gem. §33 ErbbauRG beim Heimfall (§2 Nr.4 ErbbauRG) die von dem Erbbauberechtigten bewilligten Grundpfand-

rechte im Wesentlichen bestehen bleiben, die Person des Erbbauberechtigten für den Grundstückseigentümer also von erheblicher Bedeutung ist (von *Oefe* in MünchKomm/BGB, a.a.O., § 5 Rz. 1).

Die Erklärung betraf kein Geschäft der laufenden Verwaltung. Unter Geschäften der laufenden Verwaltung sind Geschäfte zu verstehen, die in mehr oder weniger regelmäßiger Wiederkehr vorkommen und nach Größe, Umfang der Verwaltungstätigkeit und Finanzkraft der beteiligten Gemeinde von sachlich weniger erheblicher Bedeutung sind (BGHZ 92, 164 [173]; BGH, Urt. v. 6.5.1997 – KZR 43/95, ZIP 1997, 2167). Schon das erste Merkmal, die regelmäßige Wiederkehr, ist hier nicht erfüllt.

Eine damit nach § 64 Abs. 3 GO NW erforderliche Vollmacht ist dem Stadtkämmerer nicht wirksam erteilt worden. Nach dem Inhalt der Vollmachtsurkunde vom 30.6.2004 sollte der Kämmerer berechtigt sein, die Stadt „in allen Grundstücksangelegenheiten“ zu vertreten. Damit betraf die Vollmacht einen wesentlichen Bereich der Geschäfte, für die nach § 64 Abs. 1 GO NW eine Gesamtvertretung angeordnet ist. Da die Geschäfte der laufenden Verwaltung davon ohnehin ausgenommen sind, sind es gerade die Grundstücksgeschäfte, die von der Gesamtvertretung erfasst werden. Für sie ist ein besonderer Schutz der Gemeinde angezeigt. Wenn für diesen Bereich eine umfassende Einzelvollmacht erteilt werden könnte, würde damit der von § 64 Abs. 1 GO NW bezweckte Schutz der Gemeinde unterlaufen. Die gesetzlich angeordnete Gesamtvertretung wäre dann für einen wichtigen Geschäftsbereich in eine Alleinvertretungsmacht umgewandelt. Das würde gegen den Zweck des § 64 GO NW verstoßen.

2. Die von dem Stadtkämmerer als Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegebene Erklärung ist von der Stadt nicht genehmigt worden. Dabei kann offen bleiben, ob die Zustimmung als einseitiges Rechtsgeschäft nach § 180 Abs. 2 BGB überhaupt genehmigungsfähig ist. Denn jedenfalls hätte die Stadt auch eine erneute und wirksame Zustimmungserklärung zu der Übertragung des Erbbaurechts abgeben können (vgl. BGHZ 33, 76 [85]), was jedoch ebenfalls nicht geschehen ist.

Eine Genehmigung oder – erneute – Zustimmungserklärung ist weder ausdrücklich noch konkludent abgegeben worden. Eine konkludente Erklärung liegt insbesondere nicht in dem von dem Oberbürgermeister unterzeichneten Schreiben vom 3.6.2005 an die Klägerin. Sie setzt nämlich voraus, dass sich der Erklärende zumindest der Möglichkeit bewusst ist, durch sein Handeln eine schwebend unwirksame Erklärung oder einen schwebend unwirksamen Vertrag zu genehmigen (BGH, Urt. v. 22.10.1996 – XI ZR 249/95, ZIP 1996, 2169 [2171]; v. 17.5.2002 – V ZR 149/01, WM 2002, 2342 [2343]). Dieses Bewusstsein oder auch nur der Zweifel, dass die Erklärung des Stadtkämmerers unwirksam sein könnte, ist dem Schreiben des Oberbürgermeisters nicht zu entnehmen. ...

Hinweis: Mit der vorstehend in ihrem kommunalrechtlichen Aussagen betreffenden Teil abgedruckten Entscheidung ins Blickfeld gerückte Fragen werden im nächsten Heft der NotBZ von Notarassessor *Marc Heggen*, Würzburg, behandelt in einem Beitrag mit dem Titel: „Zeitenwende“ bei der Beurkundung kommunaler Grundstücksgeschäfte mit bevollmächtigten Gemeindebediensteten? – Überlegungen zu den Auswirkungen der kommunalrechtlichen Aussagen der „Trabrennbahn“-Entscheidung des BGH für die Länder Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen.

Quantitative Teilbarkeit einer sittenwidrigen Vertragsklausel

BGB §§ 138, 139

Die Aufspaltung einer sittenwidrigen Vertragsklausel in einen wirksamen und einen unwirksamen Teil (sog. quantitative Teilbarkeit) kommt nur in Betracht, wenn konkrete, über allgemeine Billigkeitserwägungen hinausgehende Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, dass die Aufspaltung dem entspricht, was die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit ihrer Vereinbarung geregelt hätten.

BGH, Urteil v. 17.10.2008 – V ZR 14/08

Tatbestand

Die Beklagten betrieben etwa 30 Jahre lang auf ihnen gehörenden Grundstücken ein Hotel mit angeschlossenem Restaurant. Mit notariellem Vertrag vom 10.1.1992 verkauften sie das Anwesen an den Kläger zu 2. Seine Ehefrau, die Klägerin zu 1, erwarb das Inventar des Hotels. Als Kaufpreis wurden 450.000 DM für die Grundstücke und 171.000 DM für das Inventar vereinbart. Außerdem verpflichteten sich die Kläger, den Beklagten eine wertgesicherte Rente von 5.000 DM monatlich zu zahlen. Zur Absicherung dieser Verpflichtung bestellten die Kläger den Beklagten eine Reallast an den zu übertragenden Grundstücken.

Ferner enthält der Vertrag ein Belastungsverbot und eine Verfallklausel, die wie folgt lauten:

„Der Käufer ... verpflichtet sich, die Vertragsgrundstücke zu Lebzeiten der Eheleute K. [= Bekl.] weder ganz noch teilweise zu veräußern und nicht mit Grundpfandrechten zu belasten, ausgenommen eine Grundschuld bis zu 80.000 DM ohne Zinsen und ohne Nebenleistungen. Wenn der Käufer gegen diese Verpflichtung verstößt. ... oder der Käufer mit der ... Rentenzahlung mit mehr als zwei Monatsbeträgen im Rückstand ist, sind alle Grundstücke samt Zubehör an die Eheleute K., nach dem Tod eines Ehegatten auf den überlebenden Teil allein, ohne Gegenleistung zurückzuübertragen. Die bezahlten Kaufpreise von 450.000 DM und 171.000 DM und die bezahlten Rentenbeträge sind nicht zurückzuerstatten.

Zur Sicherung dieses Anspruchs der Eheleute K. wird die Eintragung einer Auflassungsvormerkung ... bewilligt und beantragt ...“

Der Vertrag wurde durchgeführt. Bis zum Jahr 2001 erbrachten die Kläger die monatlichen, sich zuletzt auf 3.128,55 € belaufenden Rentenzahlungen ordnungsgemäß. Die nachfolgenden Erhöhungen leisteten sie nicht mehr; ab Mitte 2005 stellten sie ihre Zahlungen ganz ein. Die Beklagten betreiben deshalb die Zwangsvollstreckung aus der Kaufvertragsurkunde.

Hiergegen wenden sich die Kläger mit einer Zwangsvollstreckungsgegenklage. Sie möchten ferner festgestellt wissen, dass sie nicht verpflichtet sind, die monatlichen Rentenzahlungen zu erbringen. ...

Aus den Gründen

I. Das Berufungsgericht meint, das Belastungsverbot und die Verfallklausel führten zu einer sittenwidrigen Übersicherung der Beklagten i.S.d. § 138 Abs. 1 BGB. Die Ren-

tenzahlungspflicht der Kläger bestehe jedoch fort, denn die aus der Sittenwidrigkeit folgende Nichtigkeit erfasse nicht den gesamten Vertrag. Zwar sei nicht anzunehmen, dass die Beklagten den Vertrag ohne das Belastungsverbot und die Verfallklausel abgeschlossen hätten. Beide Regelungen ließen sich aber in eindeutig abgrenzbarer Weise in einen nichtigen und einen wirksamen Teil aufteilen und daher nach § 139 BGB aufrechterhalten. Das Belastungsverbot sei nichtig, soweit es Belastungen betreffe, die Investitionen in die verkauften Grundstücke und den Hotelbetrieb absicherten; im Übrigen sei es wirksam. Die Verfallklausel sei wirksam, soweit die von den Beklagten erhaltenen und zurück zu gewährenden Leistungen den Wert der zurück zu übertragenden Grundstücke überstiegen. ...

II. Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Nicht zu beanstanden und auch von der Revisionserwiderung nicht in Zweifel gezogen ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, wonach das Belastungsverbot und die Verfallklausel sittenwidrig i.S.d. § 138 Abs. 1 BGB sind.

a) Das Belastungsverbot beschränkt die wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten der Kläger in einem Maße, dass diese ihre Selbständigkeit und wirtschaftliche Handlungsfreiheit in einem wesentlichen Teil eingebüßt haben, und stellt sich damit als sittenwidrige Knebelung dar (vgl. BGH, Urt. v. 7.1.1993 – IX ZR 199/91, NJW 1993, 1587 [1588] m.w.N.). Da das Grundstück als Sicherheit für Kredite nicht zur Verfügung steht und ein erheblicher Teil der laufenden Einnahmen an die Beklagten zu zahlen ist, können die Kläger – obwohl sie als Grundstückseigentümer und Betriebsinhaber das volle unternehmerische Risiko tragen – zu Lebzeiten der Beklagten keine größeren Mittel aufbringen, um das Hotel durch laufende Investitionen auf einem neuzeitlichen Stand zu halten und für Gäste attraktiv zu gestalten. Ihr wirtschaftlicher Misserfolg war durch die Vertragsgestaltung vorgezeichnet. Dies war auch für die Beklagten erkennbar, da sie nach den Feststellungen des LG wussten, dass die Kläger über keine finanziellen Reserven verfügten, sondern sie – im Gegenteil – eindringlich darum gebeten hatten, die Grundstücke in größerem Umfang belasten zu dürfen. Die weitreichende Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Kläger war auch nicht durch ein Sicherungsbedürfnis der Beklagten gerechtfertigt. Ihrem Interesse, die Grundstücke zur Sicherung ihres Rentenanspruchs zu nutzen, war bereits durch die zur ihren Gunsten eingetragene, etwaigen späteren Belastungen des Grundstücks im Rang vorgehende Reallast Rechnung getragen.

b) Die Verfallklausel stellt eine gänzlich unangemessene, die Beklagten einseitig begünstigende Regelung dar und ist deshalb ebenfalls nicht mit den guten Sitten zu vereinbaren. Ihre – scheinbare – Zielrichtung, die Kläger zu einer ordnungsgemäßen Zahlung der monatlichen Rente anzuhalten und den Beklagten im Verletzungsfall eine erleichterte Schadloshaltung zu ermöglichen, ist zwar nicht zu missbilligen. Tatsächlich ist die Klausel aber nicht an diesem Zweck ausgerichtet worden. Denn die bei einem Verzug mit der Rentenzahlung verfallende Summe entspricht den bis dahin erbrachten Leistungen, wächst also mit der Höhe der auf den Kaufpreis erbrachten Zahlungen. Die Kläger stehen mithin umso schlechter, je vertragstreuer sie sich verhalten, und desto besser, je früher sie die Rentenzahlungen einstellen. Damit wird die Druckfunktion der Verfallklausel in ihr Gegenteil verkehrt. Entsprechendes gilt für die Schadenspau-

schalierung. Indem die Beklagten im Fall ihres Rücktritts vom Vertrag die bis dahin erlangten Leistungen behalten dürfen, wird ihr Vorteil umso größer, je vertragstreuer sich die Kläger verhalten haben. Jegliche Verknüpfung mit dem tatsächlichen oder nach den Umständen zu erwartenden Schaden der Beklagten fehlt. Damit dient die Verfallklausel nur dazu, den Beklagten im Fall einer Rückabwicklung zu Lasten der Kläger den größtmöglichen Vorteil zu sichern: Sie sollen die von ihnen erbrachte Leistung zurückverlangen können, ohne die empfangenen Leistungen herausgeben zu müssen. Eine solche einseitige und völlig unverhältnismäßige Regelung verstößt gegen die guten Sitten und ist damit nichtig (vgl. BGH, Urt. v. 8.10.1992 – IX ZR 98/91, NJW-RR 1993, 243 [247]).

2. Nicht frei von Rechtsfehlern ist dagegen die Anwendung des § 139 BGB durch das Berufungsgericht. Die Vorschrift besagt, dass ein Rechtsgeschäft bei Nichtigkeit eines Teils des Geschäfts insgesamt nichtig ist, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Von Letzterem ist bei einem einheitlichen Rechtsgeschäft auszugehen, wenn die nach Abtrennung des von dem Nichtigkeitsgrund betroffenen Vertragsteils verbleibenden Vereinbarungen ein selbständiges Rechtsgeschäft bilden und anzunehmen ist, dass die Parteien bei Kenntnis der teilweisen Nichtigkeit ihrer Vereinbarungen dieses Rechtsgeschäft abgeschlossen hätten.

a) Bezogen auf das Belastungsverbot und auf die Verfallklausel im Ganzen ist hiernach von einer Nichtigkeit des gesamten Kaufvertrages auszugehen. Denn das Berufungsgericht hat sich erklärtermaßen nicht davon überzeugen können, dass die Beklagten den Vertrag auch ohne diese Klauseln abgeschlossen hätten.

b) Im Ansatz zutreffend nimmt das Berufungsgericht weiter an, dass die für eine Aufrechterhaltung eines Vertrages notwendige Abtrennung des von dem Nichtigkeitsgrund betroffenen Teils nicht ausschließlich durch das „Hinausstreichen“ der nichtigen Regelung erfolgen kann. Nach Sinn und Zweck von § 139 BGB, ein teilweise nichtiges Rechtsgeschäft nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten, wenn dies dem tatsächlichen oder hypothetischen Parteiwillen entspricht, ist grundsätzlich auch eine sog. quantitative Teilbarkeit möglich, also eine Aufspaltung der nichtigen Regelung in einen wirksamen und einen unwirksamen Teil. Sie kommt vor allem in Betracht, wenn eine Vertragsklausel wegen des Übermaßes der in ihr enthaltenen Rechte oder Pflichten nichtig ist und angenommen werden kann, dass die Parteien bei Kenntnis dieses Umstands an ihrer Stelle eine auf das zulässige Maß beschränkte Regelung getroffen hätten (BGH v. 19.9.1988 – II ZR 329/87, BGHZ 105, 213 [220 ff.]; BGH v. 5.6.1989 – II ZR 227/88, BGHZ 107, 351 [355 ff.]; BGH v. 14.11.2000 – XI ZR 248/99, BGHZ 146, 37 [47 f.]).

Eine solche quantitative Teilbarkeit von Vertragsklauseln ist jedoch nur möglich, wenn sich feststellen lässt, was die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit einer Regelung an deren Stelle gesetzt hätten. Das folgt aus Sinn und Zweck der Vorschrift des § 139 BGB, den hypothetischen Willen der Vertragsparteien zu verwirklichen (BGH, Urt. v. 13.3.1986 – III ZR 114/84, NJW 1986, 2576 [2577]). Wo dieser Wille nicht zu ermitteln ist, weil mehrere Möglichkeiten zur Ersetzung der nichtigen Bestimmung gegeben sind und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, welche von ihnen die Parteien gewählt hätten, ist der Regelungsbereich der Vorschrift überschritten (BGH v. 5.6.1989 – II ZR 227/88, BGHZ 107, 351 [356]). In einem solchen Fall kommt nur ein „Hinausstrei-

chen“ der nichtigen Bestimmung oder aber die Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäfts in Betracht.

Der Grenze zwischen der Verwirklichung des hypothetischen Parteiwillens und einer unzulässigen richterlichen Vertragsgestaltung (vgl. dazu BGH v. 5.6.1989 – II ZR 227/88, BGHZ 107, 351 [357]) kommt bei sittenwidrigen Regelungen besondere Bedeutung zu. Könnte ein Gericht bereits daraus, dass eine von ihm erwogene Aufspaltung in einen wirksamen und einen nichtigen Teil zu einem vernünftigen Interessenausgleich führt, folgern, diese entspräche dem hypothetischen Willen der Parteien, verlören sittenwidrige Rechtsgeschäfte das Risiko, mit dem sie infolge der gesetzlich angeordneten Nichtigkeitssanktion behaftet sind (vgl. BGH v. 14.11.2000 – XI ZR 248/99, BGHZ 146, 37 [47 f.]). Der Begünstigte könnte nämlich damit rechnen, schlimmstenfalls durch gerichtliche Festsetzung das zu bekommen, was die Parteien nach Auffassung des Gerichts bei redlicher Denkweise als gerechten Interessenausgleich hätten akzeptieren sollen. Fast jede sittenwidrige Vertragsklausel ließe sich auf diese Weise im Wege der quantitativen Teilbarkeit aufrechterhalten. Hierzu darf eine entsprechende Anwendung von § 139 BGB nicht führen. Im Grundsatz ist deshalb von der Nichtigkeit einer sittenwidrigen Klausel auszugehen. Nur ausnahmsweise kommt eine Aufspaltung in einen wirksamen und einen unwirksamen Teil entsprechend § 139 BGB in Betracht, wenn konkrete, über allgemeine Billigkeitserwägungen hinausgehende Anhaltspunkte den Schluss rechtfertigen, dass die Aufspaltung dem entspricht, was die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit ihrer Vereinbarung geregelt hätten (vgl. BGH v. 14.11.2000 – XI ZR 248/99, BGHZ 146, 37 [48]).

c) Entsprechende Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Soweit es davon ausgeht, die unwirksamen Teile des Belastungsverbots und der Verfallklausel ließen sich im Wege der quantitativen Teilbarkeit genau bestimmen und abtrennen, beruht dies ersichtlich auf eigenen Billigkeitserwägungen. Dies wird darin offenbar, dass das Berufungsgericht die auf der Hand liegenden vielfältigen anderen angemessenen Regelungen, die die Parteien an Stelle der unwirksamen hätten vereinbaren können, nicht ansatzweise erwägt. Beispielsweise hätte eine gleichwertige Möglichkeit, die Wirkungen des Belastungsverbots zu reduzieren, in einer deutlichen, unter Umständen nach Zeitabschnitten gestaffelten, Erhöhung des auf 80.000 DM beschränkten Betrages bestanden. Eine solche Lösung hätte Streit darüber vermieden, ob bestimmte Belastungen tatsächlich Investitionen in den Hotelbetrieb absicherten, und wäre von den Parteien möglicherweise gegenüber einer an dem Zweck der gesicherten Verbindlichkeit ausgerichteten Regelung bevorzugt worden. Entsprechendes gilt für die Verfallklausel. Das Berufungsgericht nennt wiederum nur eine der möglichen Regelungen, die die Parteien anstelle der getroffenen Regelung hätten vereinbaren können. Gemeint ist offenbar eine Begrenzung der im Fall eines Rücktritts der Beklagten nach den Vorschriften der §§ 346 ff. BGB a.F. geschuldeten Leistungen auf den aktuellen Wert der von den Klägern zurückzuübertragenden Grundstücke. Es kann schon bezweifelt werden, ob mit einer solchen Regelung dem Interesse der Beklagten hinreichend Rechnung getragen gewesen wäre, die Kläger durch Vereinbarung einer Sanktion dazu anzuhalten, ihrer Rentenzahlungspflicht nachzukommen. Jedenfalls wäre dieses Ziel durch andere wirksame Regelungen zu erreichen gewesen. Hierzu zählt insbesondere die Vereinbarung einer – wiederum in verschiedensten Ausgestaltungen denkbaren – Vertragsstrafe.

Könnte an die Stelle der nichtigen Bestimmungen aber jeweils eine von mehreren denkbaren Möglichkeiten gesetzt werden, wäre die von dem Berufungsgericht vorgenommene Aufspaltung in einen wirksamen und einen unwirksamen Teil, wie ausgeführt, nur zulässig, wenn sich ein entsprechender (hypothetischer) Wille der Parteien nicht nur an allgemeinen Billigkeitserwägungen, sondern an bestimmten objektiven Verhältnissen und Umständen festmachen ließe. Daran fehlt es vorliegend.

d) Hierin besteht zugleich der maßgebliche Unterschied zu den von dem Berufungsgericht herangezogenen Entscheidungen des BGH. Dort waren anderen Rechtsbeziehungen der Parteien oder einer gesetzlichen Regelung konkrete Anhaltspunkte für das zu entnehmen, worauf sich die Parteien bei Kenntnis der Unwirksamkeit ihrer Vereinbarung verständigt hätten (sog. Vorregelung, vgl. BGH v. 5.6.1989 – II ZR 227/88, BGHZ 107, 351 [358]). So wurde die in einem Gesellschaftsvertrag enthaltene sittenwidrige Regelung, die einem Gesellschafter das Recht einräumte, Mitgesellschafter nach freiem Ermessen aus der Gesellschaft auszuschließen, vor dem Hintergrund von § 140 HGB mit dem Inhalt aufrechterhalten, dass dieses Recht nur bei Vorliegen eines wichtigen Grunds gegeben war (BGH v. 5.6.1989 – II ZR 227/88, BGHZ 107, 351 [358]). Beispiele für die Reduzierung einer Klausel auf das nach der gesetzlichen Regelung zulässige Maß sind ferner die teilweise Aufrechterhaltung einer über drei Monatsmieten hinausgehenden Kautionsabrede (BGH, Urte. v. 30.6.2004 – VIII ZR 243/03, NJW 2004, 3045) und des Kündungsverzichts eines Mieters im Rahmen eines Staffelmietvertrages (BGH, Urte. v. 16.6.2006 – VIII ZR 257/04, NJW 2006, 2696) sowie die Befristung der Laufzeit einer Rückverkaufsverpflichtung (Senat, Urte. v. 22.6.2007 – V ZR 260/06, NJW-RR 2007, 1608 [1610]). Im Fall der sittenwidrigen Überforderung einer Ehefrau durch einen Schuldbeitritt konnte aus den bisherigen Rechtsverhältnissen der Beteiligten geschlossen werden, dass die Ehefrau dem Schuldbeitritt zugestimmt hätte, soweit dieser über den Geschäftskredit ihres Ehemanns hinaus die Haftung für gemeinsame, wirksam begründete Verbindlichkeiten der Eheleute betraf (BGH v. 14.11.2000 – XI ZR 248/99, BGHZ 146, 37). ...

Zeitliche Begrenzung und Herabsetzung des nahehe-lichen Aufstockungsunterhalts

BGB § 1578b

Bei kinderloser Ehe von 20 Jahren kann der nahehe-liche Aufstockungsunterhalt auf 4 Jahre befristet werden, wenn keine ehebedingten Nachteile vorliegen. ●

OLG Brandenburg, Urteil v. 23.9.2008 – 10 UF 15/08

Aus den Gründen:

... Die Berufung ist nur hinsichtlich der beanstandeten Kostenentscheidung begründet, bleibt im Übrigen aber ohne Erfolg. Der Antragsgegner ist gem. § 1573 Abs. 2 BGB verpflichtet, der Antragstellerin nahehehlichen Unterhalt in der erstinstanzlich zuerkannten Höhe von monatlich 429 € zu zahlen. Es bleibt bei der vom AG ausgesprochenen Befristung des Unterhaltsanspruchs für die Dauer von vier Jahren ab Rechtskraft der Scheidung. ...

3. Der Unterhaltsbedarf der Antragstellerin beläuft sich nach dem Halbteilungsgrundsatz (vgl. Nr. 15.2 der genann-

ten Leitlinien) auf die Hälfte der zusammengerechneten eheprägenden bereinigten Einkünfte beider Ehegatten nach Abzug von 1/7 in Bezug auf die Erwerbseinkünfte. Da auf Seiten des Antragsgegners 1.783 € und auf Seiten der Antragstellerin 857 € in die Unterhaltsberechnung eingehen, ergibt sich ein Bedarf der Antragstellerin jedenfalls in der vom AG ausgeurteilten Höhe von 429 €.

4. Das AG hat den Unterhaltsanspruch bereits unter Zugrundelegung von § 1573 Abs. 5 BGB a.F. auf die Dauer von vier Jahren ab Rechtskraft der Scheidung befristet. Hierbei hat es zu bleiben, da der diesbezügliche Ausspruch des AG von der Antragstellerin nicht etwa mit der (Anschluss-)Berufung angegriffen worden ist. Die Voraussetzungen dafür, darüber hinaus, wie vom Antragsgegner mit der Berufung geltend gemacht, auf der Grundlage der am 1.1.2008 und damit nach Erlass der angefochtenen Entscheidung in Kraft getretenen Vorschrift des § 1578b Abs. 1 BGB den Unterhaltsanspruch für den schon begrenzten Zeitraum von vier Jahren auf den angemessenen Lebensbedarf herabzusetzen, sind nicht gegeben.

Allerdings können Herabsetzung und zeitliche Begrenzung des Unterhaltsanspruchs nach § 1578b Abs. 3 BGB miteinander verbunden werden. Auch muss mit Rücksicht darauf, dass die Ehe der Parteien kinderlos geblieben ist und die Antragstellerin über eine Berufsausbildung vor Eheschließung nicht verfügt hat, angenommen werden, dass sie ehebedingte Nachteile i.S.v. § 1578b Abs. 1 Satz 3 BGB nicht erlitten hat. Soweit es um eine Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs auf den angemessenen Bedarf geht, ist dem Berechtigten aber regelmäßig eine Übergangsfrist einzuräumen, die es ihm ermöglichen soll, sich wirtschaftlich und persönlich auf die vom Gericht festzusetzende zeitliche Grenze einzustellen (*Wendl/Pauling*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 7. Aufl., § 4 Rz. 586). Dies gilt gerade auch in Bezug auf die Antragstellerin. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Ehe der Parteien im Zeitpunkt der Trennung schon 14 Jahre angedauert hat und seit der Eheschließung bis zur Zustellung des Scheidungsantrags ca. 18 Jahre und bis zur Rechtskraft der Scheidung fast 20 Jahre vergangen sind. Hinzukommt, dass die Antragstellerin schon seit langem arbeitslos ist. Insbesondere auch die beiden letzten Jahre vor der Trennung der Parteien war sie arbeitsuchend. Angesichts dessen ist ihr eine Übergangszeit von vier Jahren zuzubilligen, in der sie unter Wahrung der ehelichen Lebensverhältnisse die Möglichkeit hat, sich auf die geänderten Umstände einzustellen.

Nach Ablauf der vier Jahre fällt der Unterhaltsanspruch ohnehin vollständig weg.

5. Die Antragstellerin hat den danach ohnehin nur für die Dauer von vier Jahren bestehenden Unterhaltsanspruch nicht wegen grober Unbilligkeit gem. § 1579 BGB verwirkt. (*Wird ausgeführt.*)

Zeitliche Begrenzung des Anspruchs auf nahehe-lichen Unterhalt – Kindererziehungszeit vor der Eheschließung; keine beruflichen Nachteile während der Ehezeit; Entstehung gesundheitlicher Probleme während der Ehezeit

BGB §§ 1572, 1573, 1578b Abs. 2

1. Zur Befristung des Unterhalts nach § 1573 BGB auf eine Übergangszeit von drei Jahren.

2. Ehebedingte Nachteile liegen nicht vor, wenn die Zeit der Kindererziehung vor der Eheschließung gelegend und die Unterhalt begehrende Ehefrau während der späteren Ehezeit von knapp 8 Jahren keine beruflichen Nachteile erlitten hat.

3. Der Abzug eines im Hausabtrag enthaltenen Tilgungsanteils kann aus dem Gesichtspunkt der zusätzlichen Altersversorgung (von bis zu 4 %) weiterhin in Betracht kommen (vgl. BGH v. 5.3.2008 – XII ZR 22/06, MDR 2008, 747 = BGHReport 2008, 690 = FamRZ 2008, 963 [966]).

OLG Frankfurt, Urteil v. 13.8.2008 – 5 UF 185/07

Tatbestand

Die Antragsgegnerin begehrt vom Antragsteller nahehe-lichen Unterhalt.

... Das AG hat der Antragsgegnerin im Verbund mit der Scheidung monatlich 896 € nahehe-lichen Unterhalt unbefristet zugesprochen. Allein dagegen richtet sich die Berufung des Antragstellers, die weiterhin auf Abweisung der Unterhaltsklage zielt, hilfsweise auf eine Befristung von längstens einem Jahr. Die Klägerin verteidigt das Urteil und beantragt die Zurückweisung der Berufung. ...

Aus den Gründen

Die Berufung ist teilweise begründet.

Zwar teilt der Senat die Auffassung des AG, dass der Antragsteller grundsätzlich jedenfalls gem. §§ 1569, 1573 Abs. 1, 2 BGB auch nach der Scheidung noch zum Unterhalt der Antragsgegnerin verpflichtet ist, weil nicht zu erwarten ist, dass die inzwischen über 50 Jahre alte Antragsgegnerin unter Berücksichtigung ihrer bisherigen beruflichen Entwicklung in Verbindung mit ihren gesundheitlichen Einschränkungen auf dem Arbeitsmarkt zeitnah eine auskömmliche Vollerwerbstätigkeit zu finden vermag, selbst wenn sich ihre in dem Gutachten aus dem Mai 2006 bestätigten psychischen und körperlichen Einschränkungen entsprechend den Erwartungen im Gutachten verbessern.

Der Senat geht allerdings auch davon aus, dass sie bei entsprechenden Anstrengungen auf dem derzeitigen Arbeitsmarkt einer Halbtagsbeschäftigung mit einem Bruttoeinkommen von etwa 9 € je Stunde nachgehen könnte, was dann in etwa zu dem vom AG zugrunde gelegten Nettoeinkommen aus der Zeit der zuletzt tatsächlich ausgeübten selbständigen Tätigkeit führen würde; d.h. bei monatlich ca. 80 Stunden kann sie monatlich etwa 720 € brutto, entsprechend 581,70 € netto verdienen, die dann unterhaltsrechtlich nach Abzug von 5 % berufsbedingten Aufwendungen und einem Siebtel Erwerbstätigenbonus mit 473,70 € zu berücksichtigen sind. Zuzüglich fiktiver 44 € aus Kapitalvermögen sind hiernach monatlich 517,70 € auf Seiten der Antragsgegnerin in Ansatz zu bringen.

Das maßgebliche Einkommen des Antragstellers stellt sich nach dem Ergebnis der Berufungsverhandlung wie folgt dar: ...

Damit sind auf Seiten des Antragstellers monatlich 2.020,73 € aus Erwerbseinkommen + 126,81 € aus Vermögen = insgesamt monatlich 2.147,54 € den oben ermittelten fiktiven Gesamteinkünften der Antragsgegnerin von monatlich 517,70 € gegenüber zu stellen. Da auf beiden Seiten auch bereits der jeweilige Erwerbstätigenbonus ab-

gezogen ist, beläuft sich der monatliche Unterhaltsanspruch der Antragsgegnerin auf die Hälfte der Differenz beider Beträge, mithin $1.629,84 \text{ €}/2 =$ aufgerundet 815, €.

Dieser Anspruch ist allerdings vorliegend gem. § 1578b Abs. 2 BGB in der seit 1.1.2008 geltenden Fassung unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls auf eine Dauer von drei Jahren zu begrenzen. Der BGH hat bereits zum alten Recht (vgl. BGH, FamRZ 2007, 793 ff.) und nunmehr wiederholt seit 1.1.2008 zur Anwendung des neuen § 1578b BGB entschieden, dass eine Befristung des nachehelichen Unterhaltsanspruchs zu erfolgen hat, wenn dem Verpflichteten gegenüber eine zeitlich unbegrenzte Unterhaltsverpflichtung unbillig wäre und der oder die Berechtigte keine wesentlichen ehebedingten Nachteile erlitten hat, insbesondere auch unter Berücksichtigung von Zeiten der Kindererziehung während der Ehe und der Dauer der Ehe (BGH v. 16.4.2008 – XII ZR 107/06, FamRZ 2008, 1325 ff.; BGH, Urt. v. 25.6.2008 – XII ZR 109/07, MDR 2008, 1103). Neu ist allerdings, dass die Befristung nach § 1578b BGB nicht nur Ansprüche nach § 1573 BGB, sondern auch etwaige wegen Alters und Krankheit nach §§ 1571, 1572 BGB erfasst.

Vorliegend ist ein wesentlicher Teil der Erziehung des gemeinsamen Kindes bereits vor Eheschließung im Jahre 1993 erfolgt. Nach der Eheschließung haben die Parteien nur noch etwa sieben Jahre zusammengelebt; nach acht Jahren Ehezeit ist das Scheidungsverfahren rechtshängig geworden. Nach ihrem eigenen Vortrag ... hat die Antragsgegnerin in der Ehe regelmäßig ein eigenes Einkommen von 2.500 DM erzielt. Sie ist nach knapp zweijähriger Trennung der Parteien durch die Insolvenz ihrer früheren Arbeitgeberin im August 2002 arbeitslos geworden; besondere berufliche Nachteile wegen der Eheschließung sind deswegen jedenfalls nicht ersichtlich. Andererseits sind ihre psychischen Probleme und auch die körperlichen Einschränkungen während der Ehezeit aufgekommen. Auch wenn laut amtsärztlichem Ergänzungsgutachten des Gesundheitsamtes vom 18.5.2006 die gesundheitliche Prognose „trotzdem als günstig einzuschätzen“ ist, wird es aber, wie der in den letzten Monaten erfolglos unternommene Versuch einer Verselbständigung gezeigt hat, noch erheblicher Anstrengungen der Antragsgegnerin über einen weiteren Übergangszeitraum bedürfen, bis sie wieder ein eigenständiges Leben ohne Unterstützung des Antragstellers führen kann. Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände und Abwägung der beiderseitigen Belange hält es der Senat hiernach für angemessen, dass der Antragsteller im Rahmen seiner Leistungsfähigkeit der Antragsgegnerin die finanzielle Unterstützung für eine Gesamtdauer von drei Jahren nach der Scheidung und damit bis zum Ende des Jahres 2010 im oben errechneten Umfang zukommen lässt. Das ist auch für ihn unter Berücksichtigung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse ein überschaubarer und noch zumutbarer Zeitraum.

Die weitergehende, auf eine vollständige Abweisung der Klage gerichtete Berufung war deswegen als unbegründet zurückzuweisen. ...

Zeitliche Begrenzung des Anspruchs auf nachehelichen Unterhalts – Zusammenhang des Auftretens einer Krankheit zur Ehe rein zeitlich

BGB § 1578b Abs. 2; EGZPO § 36 Nr. 1 und 2

Ein rein zeitlicher Zusammenhang des Auftretens einer Krankheit zu der Ehe reicht jedenfalls bei einer Ehedauer von 6 Jahren einer kinderlos gebliebenen Ehe nicht aus, um ein Weiterbestehen des Unterhaltsanspruchs aus dem Gesichtspunkt der nachehelichen Solidarität zu begründen.

OLG Koblenz, Urteil v. 10.9.2008 – 9 UF 238/08

Tatbestand

I. Die Parteien streiten um die Verpflichtung des Klägers zur Zahlung nachehelichen Unterhalts.

Der am 14.10.1964 geborene Kläger ist algerischer Staatsangehöriger.

Die Beklagte ist am 3.10.1945 geboren. Sie war bereits einmal verheiratet. Die Parteien heirateten am 21.11.1996. Die Ehe wurde durch Urteil des AG Wittlich vom 26.3.2003 (8 F 484/02) geschieden.

Die Beklagte bezieht seit 1.1.2005 eine Rente wegen voller Erwerbsminderung i.H.v. 599 € monatlich. Zum Zeitpunkt der Eheschließung arbeitete die Beklagte nicht. Sie hatte im Jahr 1979 einen schweren Unfall mit Schädelhirntrauma und Schädelfrakturen erlitten. Der Rentenversicherungsträger holte im Jahr 2005 ein Gutachten zur Erwerbsfähigkeit der Klägerin ein. Der Gutachter stellte die Diagnose „ausgeprägte chronifizierte depressive Störung vor biographischem Hintergrund“.

...

Das Gutachten kommt zu folgendem Ergebnis: „Zusammenfassend bleibt zu sagen, dass bei Längs- und Querschnittbetrachtung eine ausgeprägte depressive Störung vorliegt. Aufgrund der Chronizität der Erkrankung kann eine Besserung der Symptomatik nicht erwartet werden. Arbeiten von wirtschaftlichem Wert können dauerhaft nicht mehr abverlangt werden.“

Der Senat hat in dem Urteil vom 8.11.2006 (9 UF 238/06) den Kläger verurteilt, an die Beklagte ab 1.4.2003 monatlichen Krankenunterhalt von zuletzt 189,09 € monatlich zu zahlen. Der Kläger bezog damals ein bereinigtes Erwerbseinkommen von 1.783 € netto, das sich bis heute nicht wesentlich verändert hat. Der Senat ging davon aus, dass die Beklagte bereits seit Jahren schwer krank und im Unterhaltszeitraum nicht mehr erwerbsfähig war, auch wenn sie im Jahre 2002/2003 noch geringfügig (Verdienst: ca. 120 € monatlich) als Reinigungskraft tätig war.

Der Kläger hat in erster Instanz eine Abänderung des Urteils des Senats vom 8.11.2006 dahingehend begehrt, dass er ab 1.1.2008 keinen Unterhalt mehr schulde und außerdem die Herausgabe des Titels verlangt. Er hat behauptet, er sei seit dem 21.3.2007 wieder verheiratet und seiner Ehefrau, die kein Einkommen habe, unterhaltspflichtig. Nach der Unterhaltsreform bestehe seit Januar 2008 kein Unterhaltsanspruch der Beklagten mehr, da es insbesondere bei relativ kurzer Ehe keine lebenslange Unterhaltsgarantie mehr gebe. Der Bezug der Erwerbsunfähigkeitsrente der Beklagten beruhe im Wesentlichen auf den Folgen des schweren Unfalls aus dem Jahre 1979.

Die Beklagte hat vorgetragen, dem Kläger sei es nur darum gegangen, eine Aufenthaltserlaubnis in Deutschland zu erhalten. Als ihm dies gelungen sei, sei er ihr gegen über gewalttätig geworden und habe sie bedroht und beleidigt. Im Übrigen sei sie auf die Unterhaltszahlungen des Klägers angewiesen.

Das AG hat in der angefochtenen Entscheidung festgestellt, dass der Kläger ab 1.8.2008 keinen Unterhalt mehr zu zahlen hat und die Klage im Übrigen abgewiesen. Der Unterhalt sei bis einschließlich Juli 2008 nach § 1578b Abs. 2 BGB zu befristen, da die Ehe relativ kurz gewesen und kinderlos geblieben sei. Die bei der Beklagten festgestellten gesundheitlichen Beeinträchtigungen stellten keine ehebedingten Nachteile dar und seien im Wesentlichen auf den die Folgen des Verkehrsunfalls zurückzuführen. Die psychischen Belastungen, die mit der Trennung verbunden waren, dürfe die Beklagte mittlerweile überwunden haben. Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, die der Auffassung ist, der Kläger sei mit dem Einwand der Befristung präkludiert. Es bestehe kein Grund zur Annahme, ihre gesundheitlichen Beeinträchtigungen hätten bereits in rechtserheblichem Ausmaß vor der Ehe vorgelegen. Die fortwirkenden psychischen Belastungen wegen Ehe und Trennung hätten dazu geführt, dass sie seit 2003 nicht einmal mehr eine geringfügige Tätigkeit ausüben könne.

...

Aus den Gründen

II. Die Berufung der Beklagten ist unbegründet. Das AG hat zu Recht den Unterhaltsanspruch der Beklagten nach § 1578b Abs. 2 BGB bis zum 31.7.2008 befristet.

Der Kläger ist berechtigt, eine Abänderung des Urteils des Senats vom 8.11.2006 zu verlangen. Dies ergibt sich aus § 36 Nr. 1 und 2 EGZPO.

Durch das Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007 (BGBl. I 2007, 3189) ist erstmals eine zeitliche Befristung des Krankenunterhalts (§ 1572 BGB) rechtlich möglich geworden. Deshalb sind die Umstände, die für die Frage der Befristung von Bedeutung sind, durch die Unterhaltsreform erheblich i.S.d. § 36 Nr. 1 EGZPO geworden. Die Befristung führt zu einer wesentlichen Änderung und ist der Beklagten auch unter Berücksichtigung ihres Vertrauens in die getroffene Regelung zumutbar. Eine Präklusion des Einwands der Befristung kommt deshalb nicht in Betracht (§ 36 Nr. 2 EGZPO).

Gemäß § 1578b BGB können sämtliche Unterhaltsansprüche geschiedener Ehegatten herabgesetzt oder zeitlich begrenzt werden. Nach dieser Vorschrift ist ein Unterhaltsanspruch zeitlich zu begrenzen, wenn ein unbegrenzter Anspruch unbillig wäre. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit durch die Ehe Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen. Solche Nachteile können sich vor allem aus der Dauer der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes, aus der Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit während der Ehe sowie aus der Dauer der Ehe ergeben.

Die Darlegungs- und Beweislast für diejenigen Tatsachen, die für eine Anwendung von § 1578b BGB (durch ein offensichtliches Redaktionsversehen folgen im Entscheidungstext hier – statt der Angabe der Gesetzesbezeichnung (BGB) – die Worte „des Entwurfs“) sprechen, trägt allgemeinen Grundsätzen zur Folge der Unterhaltsverpflichtete, da es sich um eine unterhaltsbegrenzende Norm mit Ausnahmecharakter handelt. Soweit die unterhaltsverpflichtete Partei entsprechende Tatsachen dargetan hat, ist es am Unterhaltsberechtigten, Umstände darzulegen und zu beweisen, die gegen eine Unterhaltsbegrenzung oder

beispielsweise für eine längere Schonfrist sprechen (BT-Drucks. 16/1830, 20, unter Bezugnahme auf Rechtsprechung und Literatur zur früheren Rechtslage).

Auf dieser Grundlage ist die Entscheidung des AG nicht zu beanstanden. Der Kläger hat Tatsachen vorgetragen, die eine Befristung des Unterhaltsanspruchs nahe legen. Die Ehezeit der Parteien betrug nur etwas mehr als 6 Jahre. Die Ehe ist kinderlos geblieben, so dass keine Nachteile durch Betreuung und Erziehung von Kindern eingetreten sein können.

Die Beklagte ist erwerbsunfähig. ...

Indes ist diese Erwerbsunfähigkeit der Klägerin kein ehebedingter Nachteil. Ein Ursächlichkeitszusammenhang der Erwerbsunfähigkeit zu der Ehe besteht nicht (vgl. zu einem solchen Fall: OLG Braunschweig v. 29.1.2008 – 3 UF 53/07, FamRZ 2008, 999, in dem die Erkrankung im Wochenbett nach der Geburt der gemeinsamen Kinder aufgetreten ist). Die Beklagte behauptet zwar, sie sei durch das Verhalten des Klägers in der Ehe auch gesundheitlich beeinträchtigt worden. Aus dem im Rentenverfahren eingeholten Gutachten ergibt sich jedoch, dass die Erwerbsunfähigkeit der Klägerin letztlich auf ihrer chronifizierten depressiven Erkrankung beruht, die bereits seit Jahrzehnten besteht und u.a. ursächlich für 2 Selbstmordversuche und eine psychosomatische stationäre Behandlung war.

Es ist auch nicht davon auszugehen, dass die Beklagte ohne die von ihr vorgetragene negativen Erfahrungen in der Ehe noch in der Lage gewesen wäre, auf geringfügiger Basis erwerbstätig zu sein. Der Senat hat in dem abzuändernden Urteil mit Bindungswirkung für das vorliegende Verfahren (*Gerhardt* in Handbuch des Fachanwalts Familienrecht, 6. Aufl., 6. Kap., Rz. 652) festgestellt, dass die Beklagte zumindest seit 2003 erwerbsunfähig war. Die Beklagte hat zwar zunächst vorgetragen, es bestehe kein Grund zu der Annahme, ihre gesundheitlichen Beeinträchtigungen hätten bereits vor der Ehe „in rechtserheblichem Ausmaß“ vorgelegen. Diese pauschale Behauptung ist angesichts des von der Beklagten im Vorprozess selbst vorgelegten Rentengutachtens unsubstantiiert. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Beklagte auf Befragen ausgeführt, sie habe schon lange Zeit vor der Ehe nicht mehr gearbeitet. Lediglich auf Verlangen der Arbeitsverwaltung habe sie im Jahre 1992 kurzfristig eine Beschäftigung aufgenommen, sei jedoch zu ihrer Ausübung gesundheitlich nicht in der Lage gewesen. Die geringfügige Putztätigkeit ab dem Jahre 2001 habe sie nur aus finanzieller Not aufgenommen. ...

Damit handelt es sich vorliegend um eine Fallgestaltung, in der die krankheitsbedingte Erwerbsunfähigkeit nicht kausal auf die Ehe zurückzuführen ist. In einem solchen Fall ist nach der Vorstellung des Gesetzgebers Billigkeitsmaßstab für die Herabsetzung oder zeitliche Begrenzung des Unterhalts allein die fortwirkende Solidarität der Ehepartner im Licht des Grundsatzes der Eigenverantwortung. Dabei sollen die in § 1578b Abs. 1 Satz 3 BGB genannten Umstände auch Bedeutung für das Ausmaß einer fortwirkenden Verantwortung haben. Dies soll insbesondere für die Dauer der Ehe gelten (BT-Drucks. 16/1830, 19).

...

Ein rein zeitlicher Zusammenhang des Auftretens der Krankheit zu der Ehe reicht nach Auffassung des Senats jedenfalls nicht aus, um das Weiterbestehen des Unterhaltsanspruchs aus dem Gesichtspunkt der fortwirkenden

nachehelichen Solidarität zu begründen. Eine andere Beurteilung kann dann gerechtfertigt sein, wenn die Ehe lange Zeit andauerte (so auch: *Peschel-Gutzeit*, Unterhaltsrecht aktuell, Rz. 117), weil sich mit der Dauer der Ehe im Regelfall auch das Bewusstsein verstärkt, für den Ehepartner Verantwortung zu tragen. Das OLG Nürnberg hat deshalb bei einer langen Ehedauer von 20 Jahren und einer drohenden Verschlechterung des Gesundheitszustandes von einer Befristung des Krankenunterhalts abgesehen (FamRZ 2008, 1256f.). Eine Ehedauer von etwas mehr als 6 Jahren wie vorliegend ist aber nicht ausreichend, um das Fortbestehen eines Anspruchs auf Krankenunterhalt allein aus dem Gesichtspunkt der nachehelichen Solidarität zu rechtfertigen.

Aus der in § 1578b Abs. 2 Satz 2, Abs. 1 Satz 3 BGB weiterhin genannten Gestaltung von Haushalts- und Erwerbstätigkeit in der Ehe ergeben sich keine Gesichtspunkte, die für die Frage der Befristung von Bedeutung sind.

Ehebedingte Nachteile durch die konkrete Gestaltung sind für die Beklagte jedenfalls nicht aufgetreten.

...

Die Frage, ob ein eheliches Fehlverhalten, wie die von der Beklagten behaupteten Gewalttätigkeiten, Beleidigungen und Drohungen bis hin zum Vorwurf der Vergewaltigung im Rahmen der Billigkeitsprüfung nach § 1578b Abs. 2 BGB zu berücksichtigen sind, kann vorliegend offen bleiben. Der Kläger hat den entsprechenden Vortrag der Beklagten bestritten. Die Beklagte hat ihre Vorwürfe nicht beweisen können. Eine strafrechtliche Verurteilung des Klägers liegt trotz entsprechender Anzeigen der Beklagten nicht vor. Da es sich um einen Umstand handelt, der gegen eine Befristung sprechen könnte, ist die Beklagte hinsichtlich dieses Punktes darlegungspflichtig und beweispflichtig.

Im Hinblick auf die Dauer der Befristung hat der Senat berücksichtigt, dass der Kläger bis einschließlich Juli 2008 immerhin für 5 Jahre und 3 Monate Krankenunterhalt zahlen muss. Die Ehe dauerte demgegenüber bis zur Scheidung 6 Jahre und 4 Monate. Dieses Verhältnis der Dauer der Unterhaltsverpflichtung zur Ehedauer hält der Senat vorliegend für angemessen.

Ein weiteres Herausschieben der Befristung kommt auch unter Berücksichtigung eines möglichen Vertrauensschutzes für die Beklagte nicht in Betracht. Nach § 36 Nr. 1 EGZPO kommt es darauf an, ob die Änderung für den unterhaltsberechtigten Ehegatten unter Berücksichtigung seines Vertrauens in die getroffene Regelung zumutbar ist. Dies ist vorliegend der Fall. Eine Unzumutbarkeit kann vorliegen, wenn die bestehende Unterhaltsregelung Teil einer Gesamtregelung verschiedener Folgesachen ist oder wenn der unterhaltsberechtigten Ehegatte im Vertrauen auf die bestehende Regelung bereits entsprechende Dispositionen getroffen und sich hierauf eingestellt hatte.

So liegt der Fall hier nicht. Die Beklagte wird nach dem Wegfall des Unterhaltsanspruchs gegen den Kläger auf ergänzende staatliche Leistungen angewiesen sein. Dies ist jedoch ein Umstand, den der Gesetzgeber durch die Einführung der Möglichkeit der Befristung des Alters- und Krankenunterhalts bewusst in Kauf genommen hat (so auch: OLG Celle, FamRZ 2008, 1449 [1452]).

III. Der Senat lässt gem. § 543 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache und zur Fortbildung des Rechts zu. Die Relevanz der in

§ 1578b Abs. 2 Satz 2, Abs. 1 Satz 3 BGB genannten Gesichtspunkte für die Befristung des Krankenunterhalts ist noch ungeklärt, zumal der Gesetzeswortlaut vorrangig auf das Vorliegen ehebedingter Nachteile abstellt.

...

Hinweis: Das Aktenzeichen des BGH lautet XII ZR 155/08.

Zur Verpflichtung einer vor dem 1.11.2008 eingetragenen AG nach Inkrafttreten des MoMiG ihre inländische Geschäftsanschrift anzumelden

EGAktG § 18 Abs. 1; AktG § 37 Abs. 3 Nr. 1; § 39 Abs. 1 Satz 1; HRV § 24 Abs. 2

Nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ist infolge der durch Art. 5 MoMiG angeordneten Änderungen des Aktiengesetzes eine bereits vor dem 1.11.2008 im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft nur dann zur Anmeldung ihrer inländischen Geschäftsanschrift nach Maßgabe des § 18 Abs. 1 Satz 2 EGAktG verpflichtet, wenn sie entgegen § 24 Abs. 2 Satz 1 HRV diese Anschrift vor dem 1.11.2008 dem Registergericht nicht mitgeteilt oder sich die Anschrift geändert hat.

OLG München, Beschluss v. 2.2.2009 – 31 Wx 09/09

Mitgeteilt durch Richterin am OLG Margaretha Förth, München

Hinweis: Zur wortgleichen Übergangsregelung in § 3 EGGmbHG vgl. den nachstehend abgedruckten Beschluss desselben Senates vom 28.1.2009 – 31 Wx 05/09.

Zur Verpflichtung einer vor dem 1.11.2008 eingetragenen GmbH nach Inkrafttreten des MoMiG ihre inländische Geschäftsanschrift anzumelden

EGGmbHG § 3 Abs. 1; GmbHG §§ 8 Abs. 4 Nr. 1, 10 Abs. 1 Satz 1; HRV § 24 Abs. 2

Nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ist eine bereits vor dem 1.11.2008 im Handelsregister eingetragene GmbH nur dann zur Anmeldung ihrer inländischen Geschäftsanschrift nach Maßgabe des § 3 Abs. 1 Satz 2 EGGmbHG verpflichtet, wenn sie entgegen § 24 Abs. 2 Satz 1 HRV diese Anschrift vor dem 1.11.2008 dem Registergericht nicht mitgeteilt oder sich die Anschrift geändert hat.

OLG München, Beschluss v. 28.1.2009 – 31 Wx 05/09

Tatbestand

I. Die Beschwerde führende GmbH ist seit 28.4.1998 im Handelsregister eingetragen. Bereits bei der Erstanmeldung vom 25.11.1997 hat die Gesellschaft ihre seither unveränderte Geschäftsanschrift dem Registergericht mit-

geteilt. Am 10.11.2008 meldete die Gesellschaft unter Angabe dieser Geschäftsanschrift das Ausscheiden eines der beiden Geschäftsführer zur Eintragung an. Das Registergericht beanstandete mit Zwischenverfügung ... Im Übrigen könne die Anmeldung auch deswegen nicht vollzogen werden, weil mit dieser entgegen § 3 EGGmbHG nicht zugleich die Geschäftsanschrift der GmbH zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet worden sei. Die nur gegen letztere Beanstandung gerichtete Beschwerde der Gesellschaft wies das LG mit Beschluss vom 11.12.2008 zurück. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde.

Aus den Gründen

II. Das zulässige Rechtsmittel ist begründet und führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen.

1. Das LG hat im Wesentlichen ausgeführt:

Die Pflicht zur Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift nach § 8 GmbHG in der seit 1.11.2008 geltenden Fassung gelte nach der Übergangsvorschrift des § 3 Abs. 1 Satz 1 EGGmbHG nicht für Gesellschaften, die zu diesem Zeitpunkt im Handelsregister eingetragen seien und ihre Geschäftsanschrift gem. § 24 Abs. 2 HRV bereits mitgeteilt hätten, sofern sich diese Anschrift nicht geändert habe. Nehme eine hiernach an sich nicht anmeldepflichtige Gesellschaft jedoch nach dem Stichtag 1.11.2008 eine sonstige Anmeldung vor, so müsse sie mit dieser Anmeldung zugleich die inländische Geschäftsanschrift anmelden. Dies folge aus § 3 Abs. 1 Satz 2 EGGmbHG. Die Ausnahmegvorschrift des § 3 Abs. 1 Satz 1, letzter Halbsatz EGGmbHG greife nur dann ein, wenn nach dem Stichtag keine sonstige die GmbH betreffende Eintragung angemeldet werde. Vorliegend bestehe daher eine Anmeldepflicht hinsichtlich der Geschäftsanschrift; dieser könne durch die Angabe der Geschäftsanschrift im Betreff der sonstigen Anmeldung nicht Genüge getan werden.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) nicht stand. Die Vorinstanzen haben zu Unrecht den Vollzug der Anmeldung von der zeitgleichen Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift abhängig gemacht. Zu einer solchen Anmeldung war die Gesellschaft nicht verpflichtet, da sie bereits vor dem 1.11.2008 im Handelsregister eingetragen war, ihre Geschäftsanschrift gem. § 24 Abs. 2 Satz 1 HRV mitgeteilt hatte und sich diese Anschrift auch nicht geändert hat.

a) Nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ist bei der Erstanmeldung einer GmbH seit 1.11.2008 auch eine inländische Geschäftsanschrift der Gesellschaft zur Eintragung anzumelden, § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG in der seit 1.11.2008 geltenden Fassung. Bereits vor dem 1.11.2008 war bei der Erstanmeldung die Lage der Geschäftsräume, mithin die Geschäftsanschrift, anzugeben, § 24 Abs. 2 Satz 1 HRV (in der bis 31.10.2008 geltenden Fassung; dieselbe Verpflichtung ist in der seit 1.11.2008 geltenden Fassung von § 24 HRV enthalten). Die hiernach mitgeteilte Anschrift wurde jedoch nicht Registerinhalt. Nach der Reform wird nun die inländische Geschäftsanschrift Registerinhalt (§ 10 Abs. 1 Satz 1 GmbHG), was die Zustellung an die Gesellschaft nach den durch die Reform ebenfalls neu gefassten Zustellungs- und

Zugangsregelungen erheblich erleichtert (vgl. BT-Drucks. 16/6140, 35; *Wedemann*, GmbHR 2008, 1131).

b) Für die zum Stichtag 1.11.2008 bereits im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften regelt die Übergangsvorschrift des § 3 Abs. 1 EGGmbHG, ob und ggf. wie diese der Pflicht aus § 8 GmbHG zur Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift nachzukommen haben. § 3 Abs. 1 Satz 1 EGGmbHG erstreckt die Anmeldepflicht nicht auf alle Altgesellschaften, sondern macht hiervon in Halbs. 2 eine Ausnahme: Die Verpflichtung zur Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift besteht nicht, wenn die Gesellschaft ihre Anschrift nach § 24 Abs. 2 Satz 1 HRV bereits mitgeteilt und sich diese Anschrift auch nicht geändert hat.

Unmittelbar im Anschluss hieran bestimmt § 3 Abs. 1 Satz 2 EGGmbHG, dass „in diesen Fällen“ – also in den Fällen des Satz 1 – die inländische Geschäftsanschrift mit der ersten die eingetragene Gesellschaft betreffenden Anmeldung ab dem 1.11.2008, spätestens aber bis zum 31.10.2009 anzumelden ist. Dieser Satz regelt die Modalitäten der Anmeldung, setzt also die in Satz 1 normierte Anmeldepflicht voraus. Wen schon nach Satz 1 Halbs. 2 keine Anmeldepflicht trifft, der ist von den in Satz 2 geregelten Modalitäten, wie und bis wann der Anmeldepflicht nachzukommen ist, von vornherein nicht betroffen.

Die Auslegung des LG, Satz 2 gelte auch für die nach Satz 1 Halbs. 2 der Anmeldepflicht an sich nicht unterliegenden Gesellschaften, sofern diese nach dem 1.11.2008 eine sonstige Anmeldung vornehmen, läuft darauf hinaus, gleichsam als Rückausnahme zu Satz 1 Halbs. 2 eine Anmeldepflicht auch für diejenigen Gesellschaften zu konstituieren, die nach dem vorangegangenen Satz gerade keine Anmeldepflicht trifft. Hierfür lässt sich weder im Wortlaut noch aus dem Sinnzusammenhang eine überzeugende Begründung finden. Der Normaufbau spricht dagegen. Auch die Gesetzesmaterialien stützen die Auslegung des LG nicht: Die Begründung zum Gesetzentwurf unterscheidet zwischen anmeldepflichtigen Altgesellschaften und solchen, die von der Anmeldepflicht ausgenommen sind, und erläutert, wie „der Pflicht“ nachzukommen ist (vgl. BT-Drucks. 16/6140, 48). An dieser Grundkonzeption hat sich im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens nichts geändert (vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/9737). Auch unter Heranziehung der Gesetzesmaterialien verbleibt es daher bei der sich aus der Norm selbst ergebenden Auslegung: Nur für die Fälle, in denen nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EGGmbHG eine Verpflichtung zur Anmeldung der Geschäftsanschrift überhaupt besteht, regelt § 3 Abs. 1 Satz 2 EGGmbHG Art und Weise sowie die Frist zur Vornahme der Anmeldung (vgl. *Wicke*, GmbHR 2008 § 8 Rz. 17; *Wedemann*, GmbHR 2008, 1131 f.; *Steffek*, BB 2007, 2077 f.). Hierdurch sollte nach der Vorstellung des Gesetzgebers eine übermäßige Belastung sowohl des Registers als auch der mittelständischen Wirtschaft vermieden werden (BT-Drucks. 16/6140, 48; BR-Drucks. 354/07).

c) Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen konnte die Beschwerdeführerin daher das Ausscheiden des einen der beiden Geschäftsführer isoliert anmelden, da sie ihrer Verpflichtung aus § 24 Abs. 2 HRV bereits vor dem 1.11.2008 nachgekommen und die Geschäftsanschrift gleich geblieben war, so dass eine Verpflichtung zur zeitgleichen Anmeldung der Anschrift nicht bestand. Die Eintragung der Geschäftsanschrift in das Register wird – sofern die Be-

schwerföhrerin bis dahin nicht eine geänderte Anschrift zur Eintragung angemeldet haben sollte – kostenfrei von Amts wegen nach Ablauf der Übergangsfrist erfolgen, § 3 Abs. 1 Satz 3 EGGmbHG (vgl. BT-Drucks. 16/6140, 48).

Der Beschluss des LG und die Zwischenverfügung des Registergerichts sind deshalb aufzuheben. Das Registergericht wird den Eintragungsantrag unter Abstandnahme von seinen Bedenken hinsichtlich der Nichtanmeldung der Geschäftsanschrift neu zu prüfen haben. Eine auf Eintragung gerichtete Anweisung an das Registergericht kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens nur die vom Registergericht beanstandete Nichtanmeldung der Geschäftsanschrift, nicht aber die weitere Beanstandung oder gar die Entscheidung über den Eintragungsantrag selbst ist (vgl. hierzu BayObLG v. 22.6.1995 – 3Z BR 71/95, GmbHR 1995, 722 = NJW-RR 1996, 413 f. m.w.N.).

Hinweis: Vgl. auch die Anmerkung von *Kanzleiter* zu dieser Entscheidung in DNotZ 2008, 233 sowie den nachstehend abgedruckten Beschluss des LG Gera v. 26.11.2008 – 2 HK T 58/08. Zur wortgleichen Übergangsregelung in § 18 Abs. 1 Satz 1 EGAktG vgl. den Beschluss desselben Senats vom 2.2.2009 – 31 Wx 09/09; abgedruckt im Leitsatz in diesem Heft (NotBZ 2009, 142).

Auslegung der Anmeldung durch das Registergericht (inländische Geschäftsanschrift)

GmbHG §§ 8 Abs. 4, 9c Abs. 1 Satz 1; EGGmbHG § 3 Abs. 1; HGB § 15a; ZPO § 185 Nr. 2; HRV §§ 24 Abs. 2, 34 Satz 2

1. Eine Übergangsregelung zu den durch das MoMiG vorgenommenen Änderungen des GmbHG enthält § 3 Abs. 1 EGGmbHG nur für solche Gesellschaften, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bereits eingetragen waren. Für Gesellschaften, die ihre Ersteintragung bereits vor dem 1.11.2008 angemeldet hatten, aber zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes noch nicht eingetragen waren, fehlt eine abweichende Übergangsvorschrift, so dass diese der gesetzlichen Regelung vollständig unterfallen.

2. Eine wirksame Anmeldung muss den Gesetzeswortlaut nicht wiederholen. Entscheidend ist, dass die angemeldete Tatsache mit der Anmeldung hinreichend klar und bestimmt bezeichnet wird. Es ist dem Registergericht daher durchaus möglich, den Sinn der Anmeldungserklärung durch Auslegung zu ermitteln und in Zweifelsfällen gem. § 12 FGG durch Kommunikation mit der anmeldenden Gesellschaft zu klären. ●

LG Gera, Beschluss v. 26.11.2008 – 2 HK T 58/08

Aus den Gründen

II. 2. ... Das von dem Registergericht erkannte Eintragungshindernis, nämlich die fehlende Angabe einer inländischen Geschäftsanschrift i.S.v. § 8 Abs. 4 GmbHG besteht nicht.

a) Allerdings ist auch nach Auffassung der Beschwerdekammer § 8 Abs. 4 GmbHG in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung

von Missbräuchen (MoMiG) auf die Entscheidung des vorliegenden Sachverhaltes anzuwenden. Die durch das MoMiG vorgenommenen Änderungen des GmbHG sind, soweit keine abweichenden Übergangsregelungen gefasst worden sind, seit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes, also dem 1.11.2008, anzuwenden. Eine abweichende Übergangsregelung enthält § 3 Abs. 1 EGGmbHG nur für solche Gesellschaften, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bereits eingetragen waren. Aus der Begründung der Bundesregierung (BT-Drucks. 16/6140, S.48) ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber bei der unveränderten Übernahme des Regierungsvorschlages in diesem Punkt davon ausgegangen ist, mit der Übergangsvorschrift sämtliche Fälle erfasst zu haben, die einer Übergangsregelung bedürfen. Für Gesellschaften, die ihre Ersteintragung bereits vor dem 1.11.2008 angemeldet hatten, aber zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes noch nicht eingetragen waren, fehlt eine abweichende Übergangsvorschrift, so dass diese der gesetzlichen Regelung vollständig unterfallen.

b) Auf die hier zu beurteilende Anmeldung ist § 8 Abs. 4 GmbHG in der Fassung des MoMiG daher anzuwenden.

Gemäß § 9c Abs. 1 Satz 1 GmbHG hat das Registergericht zu prüfen, ob die Anmeldung ordnungsgemäß ist. Zum Prüfungsumfang gehört somit auch, ob die inländische Geschäftsanschrift mit der Anmeldung entsprechend § 8 Abs. 4 GmbHG angegeben worden ist.

Zu Recht geht das Registergericht davon aus, dass sich an die Angabe der „inländischen Geschäftsanschrift“ gewichtige Rechtsfolgen knüpfen.

Nach der bisherigen Rechtslage (§ 24 Abs. 2, Abs. 3 Handelsregisterverordnung a.F.) bestand bereits die durchsetzbare Pflicht (§§ 14 HGB, 125 FGG), die Lage der Geschäftsräume anzugeben. Diese Angabe hatte für Zustellungen an die Gesellschaft Bedeutung, weil § 178 Abs. 1 Nr. 2, 180, 181 ZPO an die Geschäftsräume anknüpfen und die Möglichkeit einer Ersatzzustellung vorsehen.

Diese Rechtslage erschien dem Gesetzgeber nicht mehr ausreichend. Mit dem Erfordernis der Angabe der inländischen Geschäftsanschrift bei der Anmeldung von Gesellschaften verfolgt der Gesetzgeber deswegen zunächst das Ziel, dem Verkehrskreis Zustellungen an die GmbH dadurch zu erleichtern, dass deren Geschäftsanschrift aus einem öffentlichen Register – dem Handelsregister – ersichtlich wird. Darüber hinaus wird an die Geschäftsanschrift gem. § 35 GmbHG die Möglichkeit geknüpft, an den nunmehr erweiterten Kreis der empfangsberechtigten Personen zuzustellen. Dadurch, dass eine inländische Geschäftsanschrift anzugeben ist, soll zukünftig auch die Notwendigkeit von Auslandszustellungen vermieden werden. Nicht zuletzt knüpft der Gesetzgeber an die inländische Geschäftsanschrift die Möglichkeit der öffentlichen Zustellung von Willenserklärungen und gerichtlichen Schriftstücken, §§ 15a HGB, 185 Nr. 2 ZPO in der Fassung des MoMiG.

Zu Recht geht das Registergericht auch davon aus, dass die Begriffe „inländische Geschäftsanschrift“ und „Lage der Geschäftsräume“ nicht identisch sind. Es ergibt sich aus dem Wortlaut des § 24 Abs. 2 HRV wie auch § 34 Satz 2 HRV, dass der Gesetzgeber zwischen der „Lage der Geschäftsräume“ und der „inländischen Geschäftsanschrift“ unterscheidet. Dabei geht der Gesetzgeber aber offensichtlich davon aus, dass im Regelfall die Lage der Geschäftsräume mit der inländischen Geschäftsanschrift überein-

stimmen wird. So ergibt sich aus der Begründung der Bundesregierung (BT-Drucks. 16/6140, S.35, 36) die folgende Sichtweise: „In der Regel wird die angegebene Geschäftsanschrift mit der Anschrift des Geschäftslokales, dem Sitz der Hauptverwaltung oder des maßgeblichen Betriebes übereinstimmen. Besitzt die Gesellschaft solche Einrichtungen nicht oder nicht mehr, wird eine andere Anschrift als „Geschäftsanschrift“ angegeben werden müssen. Auf S. 58 heißt es weiter: „Gemäß § 24 Abs. 2, Abs. 3 HRV in der geltenden Fassung ist die Lage der Geschäftsräume anzugeben. Eine zusätzliche Angabe ist nicht erforderlich, wenn die angemeldete Geschäftsanschrift der Lage der Geschäftsräume entspricht“. Zur Übergangsregelung heißt es auf S. 48: „Da dem Registergericht aufgrund der Regelung des § 24 Abs. 2, Abs. 3 HRV die Lage der Geschäftsräume bereits mitgeteilt worden sein sollte, besteht eine Anmeldepflicht für diese Gesellschaft nur dann, wenn bislang noch keine inländische Anschrift mitgeteilt worden ist oder sich eine Änderung ergeben hat. Zudem kann die GmbH von der mitgeteilten Lage der Geschäftsräume abweichende Anschrift anmelden.“

Aus § 3 Abs. 1 Satz 4 des EGGmbHG folgt für bereits eingetragene Gesellschaften, dass das Registergericht ohne weitere Prüfung nach Ablauf der genannten Fristen die bereits angegebene „Lage der Geschäftsräume“ als „inländische Geschäftsanschrift“ in das Handelsregister zu übernehmen hat.

Hieraus ergibt sich Folgendes:

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die Lage der Geschäftsräume der inländischen Geschäftsanschrift entspricht, soweit die Gesellschaft keine andere Anmeldung vornimmt. Es steht der Gesellschaft frei, eine andere inländische Geschäftsanschrift anzugeben, wenn sie dies wünscht. Es ist also Sache der Gesellschaft, im eigenen Interesse für Klarheit bezüglich der Geschäftsanschrift zu sorgen, um im Einzelfall die etwa nachteiligen Folgen von §§ 15a HGB, 185 Nr. 2 ZPO zu vermeiden.

Aus den bereits dargestellten Umständen ergibt sich, dass ein Verständnis des Begriffes der „inländischen Geschäftsanschrift“ des § 8 Abs. 4 GmbHG in dem Sinne, dass diese von der Angabe der „Lage der Geschäftsräume“ grundsätzlich zu unterscheiden wäre, nicht dem Gesetzeszweck entspricht. Sie ist auch durch den Wortsinn nicht erfordert. Zudem muss eine wirksame Anmeldung nicht den Gesetzeswortlaut wiederholen. Entscheidend ist, dass die angemeldete Tatsache mit der Anmeldung hinreichend klar und bestimmt bezeichnet wird. Es ist dem Registergericht daher durchaus möglich, den Sinn der Anmeldungserklärung durch Auslegung zu ermitteln und in Zweifelsfällen gem. § 12 FGG durch Kommunikation mit der anmeldenden Gesellschaft zu klären.

Im vorliegenden Falle enthält die Anmeldung auch die folgende Angabe: „Die Adresse der Gesellschaft lautet: D. GmbH mit dem Sitz in L. und den Geschäftsräumen ...

Diese Erklärung ist hinreichend deutlich. In der Anmeldung wird sogar sowohl die „Adresse“ genannt, als auch die „Geschäftsräume“. Die Wortwahl macht deutlich, dass die Gesellschaft ihre Adresse dort hat, wo auch ihre Geschäftsräume liegen. Dass die „Adresse“ zugleich die „Geschäftsanschrift“ ist, ergibt sich bereits aus dem allgemeinen Sprachgebrauch. Im vorliegenden Falle liegen nach dem Inhalt der Anmeldung Geschäftsanschrift und Geschäftsräume nicht auseinander. Die Anmeldung genügt also den Anforderungen des § 8 Abs. 4 GmbHG ...

Ergänzend weist die Beschwerdekammer auf Folgendes hin:

Die Beschwerdekammer erkennt die billigenwerte Intention des Registergerichts, zu vermeiden, dass die eingetragene „inländische Geschäftsanschrift“ nicht von dem Willen der anmeldenden Gesellschaft getragen ist, um rechtliche Komplikationen und unnötige Rechtsnachteile zu vermeiden. Hierfür ist allerdings nicht erforderlich, in Fällen, die dem Registergericht zweifelhaft erscheinen, die aber auch nicht ergeben, dass mit der Anmeldung lediglich und ausschließlich die Lage der Geschäftsräume, nicht aber die inländische Geschäftsanschrift angegeben worden ist, mittels einer Zwischenverfügung eine erneute Anmeldung zu verlangen. Insoweit reicht es aus, sich über das Verständnis der bereits vorgenommenen Anmeldung durch einen kurzen Hinweis darauf zu vergewissern, dass das Registergericht den Erklärungsinhalt der Anmeldung dahingehend verstehen wird, dass die angegebene Anschrift die „inländische Geschäftsanschrift“ i.S.d. § 8 Abs. 4 GmbHG sein soll, und eine Stellungnahmefrist zu gewähren. Geht daraufhin keine abweichende Stellungnahme der Gesellschaft ein, kann die Eintragung – somit ohne größere Verzögerung – als „inländische Geschäftsanschrift“ erfolgen.

Mitgeteilt durch Notar Eckart Maaß, Apolda

Negativattest zu dinglichem Vorkaufsrecht muss nicht gesiegelt sein

BGB § 1098 Abs. 2, § 883 Abs. 2; GBO § 29, Landeswaldgesetz M-V § 26

1. Das Negativattest zu einem dinglich wirkenden schuldrechtlichen Vorkaufsrecht (hier § 26 Landeswaldgesetz M-V) bedarf nicht der Form des § 29 GBO, da es mangels Grundbuchsperre nicht zu den „zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen“ gehört.

2. Eine grundbuchsperrende Wirkung hat ein Vorkaufsrecht nur dann, wenn dies ausdrücklich gesetzlich festgelegt ist. ●

LG Schwerin, Beschluss v. 24.10.2008 – 5 T 187/08

Tatbestand

Mit notariellem Kaufvertrag vom 10.3.2006 veräußerten die Eigentümerinnen Teilflächen ihres Grundeigentums. Der in der Sache tätige Notar und Verfahrensbevollmächtigte beantragte am 1.11.2006 den grundbuchmäßigen Vollzug des Vertrages. Mit eingereicht hat er u.a. auch ein von dem Vorstand der Landesforst Mecklenburg-Vorpommern am 7.4.2006 erteiltes, jedoch nicht gesiegeltes Negativattest nach § 26 Landeswaldgesetz (LWaldG) M-V. Mit der angefochtenen Zwischenverfügung vom 12.6.2007 hat das AG den Notar gebeten, die fehlende Siegelung nachzuholen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde...

Aus den Gründen

Die nach §§ 18, 71 GBO zulässige Beschwerde ist nach Auffassung der Beschwerdekammer auch begründet.

Das Grundbuchamt beim AG hat nach Auffassung der Kammer zu Unrecht in der Zwischenverfügung vom 12.6.2007 die weitere Bearbeitung des Vorgangs von der

Nachreichung einer gesiegelten Erklärung nach § 26 LWaldG M-V abhängig gemacht.

Der Verfahrensbevollmächtigte der Beschwerdeführerinnen hat in seiner Beschwerdebegründung zu Recht darauf hingewiesen, dass eine Siegelung des Negativattestes nur dann erforderlich wäre, wenn es zu den nach § 29 GBO einzureichenden Unterlagen gehören würde. Das ist jedoch deswegen nicht der Fall, weil für die Eigentumsumschreibung die Vorlage des Negativattestes nach dem LWaldG M-V nicht erforderlich ist. Die Kammer gibt insoweit nach eingehender Prüfung und Beratung ihre entgegenstehende Auffassung aus dem Beschluss v. 16.9.1997 (Az.: 5 T 53/96) auf. In seiner ablehnenden Anmerkung zu dieser Entscheidung hat Prof. *Böhringer* (NotBZ 1998, 34) u.a. Folgendes ausgeführt:

„Das Vorkaufsrecht nach § 26 LWaldG M-V vom 8.2.1993 ist ein mit dinglicher Wirkung ausgestattetes schuldrechtlich wirkendes Vorkaufsrecht (mit Vormerkungswirkung nach § 1098 Abs. 2 BGB). Die Vormerkungswirkung hindert den Grundstückseigentümer nicht, über das Grundstück zu verfügen; sie stellt sich insbesondere nicht als Grundbuchsperrung dar. Die Vormerkungswirkung besteht darin, dass die Eigentumsumschreibung auf den Dritten (Käufer) im Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten insoweit unwirksam ist, als die Verfügung den Anspruch des Vorkaufsberechtigten vereiteln oder beeinträchtigen würde. Die in § 883 Abs. 2 BGB für die vormerkungswidrige Verfügung vorgesehene Unwirksamkeit ist relativ. Die Vormerkungswirkung des Vorkaufsrechts wirkt sich zwar rechtlich nicht als Grundbuchsperrung aus, verhindert aber praktisch die Durchführung von Geschäften über das Grundstück, weil der Verkäufer sonst zwei Erfüllungsansprüchen ausgesetzt ist; der Notar hat mit den Kaufparteien über entsprechende Rücktritts- bzw. Schadensersatzausschlussklauseln zu verhandeln und die Vorkehrungen zu protokollieren. Eine grundbuchsperrende Wirkung hat ein Vorkaufsrecht nur dann, wenn dies gesetzlich festgelegt ist ... Grundbuchsperrungen bedürfen als Einschränkung des Grundstücksverkehrs einer eindeutigen gesetzlichen Grundlage. Bei § 26 LWaldG M-V liegt keine solche Einschränkung vor.“

Die Kammer folgt dieser Auffassung. Danach besteht im vorliegenden Fall keine Berechtigung für das Grundbuchamt, die Eintragung von dem Vorliegen eines gesiegelten Negativattestes abhängig zu machen.

Mitgeteilt durch Notar Dr. Moritz von Campe, Gadebusch

Zur Mitunternehmerinitiative bei Anteilsschenkung unter Vorbehaltsrechten

ErbStG § 13a a.F.

Wenden Eltern Teile ihrer Beteiligungen an einer gewerblich geprägten Personengesellschaft unentgeltlich ihren Kindern zu und behalten sie sich dabei den lebenslänglichen Nießbrauch vor, fehlt es den Kindern an der für die Anwendung des § 13a ErbStG erforderlichen Mitunternehmerinitiative, wenn vereinbart ist, dass die Nießbraucher die Gesellschafterrechte der Kinder wahrnehmen und die Kinder den Eltern „vorsorglich“ Stimmrechtsvollmacht erteilen.

BFH, Urteil v. 10.12.2008 – II R 34/07

Buchbesprechung

Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Aufl. 2009. 749 S., 98,- €, ISBN 978-3-452-2687-6.

Die zweite Auflage des erstmals im Jahr 2005 aufgelegten Werkes von *Heckschen/Heidinger* knüpft zeitnah an das am 1.11.2008 getretene MoMiG und damit an die größte Reform des GmbH-Rechts seit dessen Inkrafttreten im Jahr 1892 an. Neben der auf die speziellen Bedürfnisse der rechtlichen Gestaltungs- und Beratungspraxis abgestellten Darstellung des allgemeinen GmbH-Rechts liegt der Schwerpunkt der zweiten Auflage des Werks in der praxisgerechten Erörterung des MoMiG und seiner – angesichts von über 1 Mio. GmbHs – enormen Auswirkungen auf die Rechtspraxis. Dies ist den beiden Autoren in hervorragender Weise gelungen. Jedes der Kapitel des Buches veranschaulicht, dass der Problemanalyse und der Problembewältigung ein großer Fundus praktischer und theoretischer Erfahrungen im Bereich des GmbH-Rechts zugrunde liegt. Dies verwundert nicht, wo doch der Kollege *Heckschen* seit annähernd zwanzig Jahren in Dresden einen seiner Tätigkeitsschwerpunkte im Gesellschaftsrecht hat und zudem durch zahlreiche Veröffentlichungen und Vorträge in diesem Bereich hervorgetreten ist, und *Heidinger* als langjähriger Referatsleiter für Handels-, Gesellschafts- und Steuerrecht beim Deutschen Notarinstitut in Würzburg einen tiefen Einblick in nahezu sämtliche Fragestellungen der notariellen Gestaltungs- und Beratungspraxis im GmbH-Recht gewonnen hat.

Das Buch hat 750 Seiten und weist damit im Vergleich zur Erstauflage einen Seitenzuwachs von rund 40% auf. 680 Seiten entfallen auf die Darstellung und 70 Seiten auf das Sachregister. Das Buch ist eingeteilt in 18 Kapitel (§§ 1 bis 18). In diesen wird nach einer Einführung in § 1 das gesamte Rechtsleben einer GmbH von der Errichtung inkl. Satzungsgestaltung (§§ 2 bis 4 und 6), über das „Leben“ der gegründeten GmbH (§ 8 behandelt die Themen Gesellschafterversammlung und Gesellschafterbeschlüsse, § 9 umfasst den Bereich der Satzungsänderungen, die §§ 10, 11 behandeln Kapitalmaßnahmen und die Kapitalaufbringung sowie § 13, der sich ausführlich mit der Änderung des Gesellschafterbestandes befasst) bis zur Beendigung der GmbH aufgrund Liquidation oder Insolvenz (§ 18) dargestellt. Daneben finden sich umfassende Kapitel zur Unternehmergesellschaft (§ 5), zur Euroumstellung (§ 12), zu den Besonderheiten bei nicht (voll)geschäftsfähigen Gesellschaftern (§ 14), zum Konzerrecht und zu stillen Gesellschaft (§ 15), zur Kapitalerhaltung (§ 16) sowie zur Haftung der Gesellschafter (§ 17). Jedes der 18 Kapitel enthält eine eigene Randnummerierung. Diese Systematik wird auch im Sachregister aufgegriffen, so dass sich unter dem jeweils gesuchten Schlagwort einfach und zuverlässig die entsprechende Textstelle finden lässt. Das Sachregister ist übersichtlich aufgebaut. Die wichtigsten Stichworte sind auf der ersten Ebene mit Fettdruck hervorgehoben. Die weiteren Gliederungspunkte finden sich in alphabetischer Anordnung unter den fett markierten Gliederungspunkten, wobei die eingefügte zweite Untergliederungsebene, da nur an wenigen Stellen eingefügt, der Übersichtlichkeit keinen Abbruch tut. Der Textaufbau ist übersichtlich und gut strukturiert. Wichtige Schlagworte sind durch Fettdruck hervorgehoben. Der Fußnotenapparat ist umfassend, wobei die Autoren aktuelle Rechtsprechung und aktuelles

Schrifttum umfassend auswerten. Besonders positiv ist hervorzuheben, dass der Fußnotenapparat sich ganz überwiegend auf die Wiedergabe der Fundstellen beschränkt und sich nicht die heute leider häufig anzutreffende Unsitte des „Textes in der Fußnote“ zu eigen macht.

Aus notarieller Sicht besonders positiv hervorzuheben sind die zahlreichen Formulierungsvorschläge, die sich in nahezu jedem der 18 Kapitel des Buches finden. So enthält das Buch vollständige Muster zum Urkundsmantel einer GmbH-Gründung, zur Erstanmeldung einer GmbH und zum Gewinnabführungs- und -beherrschungsvertrag. Außerdem finden sich zahlreiche Bausteine eines GmbH-Vertrages. Genannt seien hier nur Klauseln zu Andienungsrechten und Andienungspflichten, zu Mitverkaufsrechten, zur Einziehung, zur Abfindung und sogar zur Mediation (§ 4 Rz. 418 und 419). Daneben enthält das Buch auch an vielen Stellen Übersichten, Checklisten und Schemata, die dem Rechtsanwender sowohl das Auffinden einzelner wichtiger Vorschriften und Problembereiche als auch die Einarbeitung in die Struktur bestimmter Teilbereiche des GmbH-Rechts ermöglichen. So werden die wesentlichen Änderungen durch das MoMiG für die GmbH und die AG in einer ausführlichen Übersicht dargestellt (§ 1 Rz. 79) und die aufgrund des MoMiG und anderer Gesetzesänderungen erforderlichen oder ermöglichten Satzungsänderungen und Anmeldungen in einer Checkliste aufgeführt (§ 4 Rz. 420). In § 2 Rz. 91 sind alle relevanten Genehmigungs- und Erlaubnistatbestände für die GmbH aufgeführt. Die Nichtvorlage der Genehmigungsurkunden oder Negativatteste stellt nach dem Inkrafttreten des MoMiG zwar kein Eintragungshindernis mehr dar; dennoch sollte der Berater den Gründer auf die zahlreichen Genehmigungserfordernisse hinweisen, da dieser sich andernfalls einer Ordnungswidrigkeit schuldig machen kann, wenn er ohne entsprechende Genehmigung genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäfte betreibt (so zu Recht der Hinweis von *Heckschen* in § 2 Rz. 89). Ein die Haftungssituation bei der GmbH in der Gründungsphase verdeutlichendes Schema hat *Heidinger* in § 3 Rz. 22 aufgenommen. Im Kapitel 17, das sich mit der Haftung der Gesellschafter einer GmbH beschäftigt, ist in Rz. 57 eine schlagwortartige Übersicht zu den unterschiedlichen Haftungsgrundlagen, der Benennung der jeweiligen Anspruchsvoraussetzungen und Rechtsfolgen aufgenommen worden. Diese wenigen Beispiele verdeutlichen, dass sich die Autoren neben der fundierten Auseinandersetzung mit den Einzelproblemen auch immer um eine an den Bedürfnissen des Praktikers orientierte Veranschaulichung der Problemkreise und ihrer Stellung im Gesamtgefüge des GmbH-Rechts bemüht haben.

Was die inhaltliche Darstellung als solche anbelangt, kann im Rahmen dieses Beitrags naturgemäß nicht auf alle Schwerpunkte näher eingegangen werden. Beschränken möchte ich mich auf einige rechtspolitische Ausführungen und die durch das MoMiG bedingten und dabei vor allen Dingen für die notarielle Praxis relevanten Inhalte. Auf eine ausführliche Auseinandersetzung mit der englischen Limited haben die Autoren ausdrücklich (so der Hinweis im Vorwort) verzichtet. Dies erscheint im Hinblick darauf, dass der Rechtsverkehr in Deutschland dieser Gesellschaftsform i.d.R. kein Vertrauen entgegenbringt und damit die rechtstatsächliche Bedeutung der Limited deutlich abnimmt, auch gerechtfertigt (so ausdrücklich *Heckschen* in § 1 Rz. 56 und 61). Zur europäischen Privatgesellschaft (SPE), die möglicherweise noch in diesem oder nächsten Jahr auf den „Wettbewerbsmarkt der Rechtsformen“ ge-

langt, äußern sich die Autoren kritisch. So moniert *Heckschen*, dass der Kommissionsentwurf das bewährte kontinentaleuropäische Handelsregistersystem nicht aufgreife, überdies insbesondere bei Satzungsänderungen schon nicht im Einklang mit der Publizitätsrichtlinie stehe und schließlich mit der Ermöglichung privatschriftlicher Geschäftsanteilsübertragungen nicht nur Vor- und Rückdatierungen zu Lasten der Finanzverwaltung, der Gläubiger und des Rechtsverkehrs ermögliche, sondern Firmenbestattern das Geschäft leicht mache und die Geldwäsche unterstütze (§ 1 Rz. 64 und 67).

Das MoMiG wird von den Autoren differenziert beurteilt. Als sinnvoll werden insbesondere der Wegfall der Bestimmungen, die die Vorlage öffentlich-rechtlicher Genehmigungen zur Voraussetzung der Eintragung machten, die gesamten Maßnahmen gegen den Missbrauch, die Flexibilisierung hinsichtlich der Nennbeträge der Geschäftsanteile und der Teilung von Geschäftsanteilen sowie die Änderungen zur Gesellschafterliste und die Einführung eines gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen erachtet; äußerst kritisch werden hingegen die Vorschriften bewertet, die die Seriosität des Rechtsträgers beeinträchtigen können, wie die Einführung der UG (haftungsbeschränkt), die Aufgabe des Volleinzahlungsgebotes, die Regeln zum Hin- und Herzahlen und auch die Regelungen zur Einschränkung des Kapitalerhaltungsgrundsatzes (*Heckschen* in § 1 Rz. 77). Von daher ist der Ratschlag, dass nach dem Inkrafttreten des MoMiG mit der Rechtsentwicklung für die GmbH zunächst innegehalten und jeglichen Reformvorschlägen zumindest für eine Denk- und Evaluierungspause entgegen getreten werden sollte, nur folgerichtig (*Heckschen* in § 1 Rz. 78). Insbesondere bleibt abzuwarten, wie der Markt die UG (haftungsbeschränkt) annimmt, wie sich eine mögliche europäische Rechtsform bewährt und ob die GmbH sich tatsächlich als seriösere Alternative behaupten kann.

Eher kritisch bewertet *Heckschen* auch das durch § 2 Abs. 1a GmbHG eingeführte gesetzliche Musterprotokoll, das sowohl für die UG (haftungsbeschränkt) als auch für die „normale“ GmbH die Gründung in einem vereinfachten Verfahren ermöglicht. Richtigerweise rät er (§ 2 Rz. 19) davon ab, das Musterprotokoll für eine Mehrpersonen-GmbH zu verwenden, da sein Inhalt mangels Vinkulierungs- und Einziehungsklauseln für die Gründung einer Mehrpersonengesellschaft nicht geeignet ist. Zutreffend dürfte auch der Hinweis (§ 2 Rz. 11) sein, dass Gesellschafter einer per Musterprotokoll gegründeten UG (haftungsbeschränkt) oder „normalen“ GmbH nicht nur natürliche und juristische Personen sein können, sondern auch Personen- und Personenhandelsgesellschaften, namentlich nach Anerkennung ihrer Grundbuchfähigkeit durch den BGH auch die GbR. Richtigerweise betont *Heckschen*, dass bei Verwendung des gesetzlichen Musterprotokolls Abweichungen von dessen Inhalt nicht erlaubt sind, wohl aber Ergänzungen, die auf den zwingenden Vorgaben des Beurkundungsgesetzes beruhen (§ 2 Rz. 15). Zu beachten ist auch, dass die inhaltlichen Beschränkungen für das Verfahren unter Nutzung des Musterprotokolls bis zur Eintragung der Gesellschaft gelten, somit auch bei Beanstandungen. Eine insoweit wünschenswerte Reparaturvollmacht für Notar und dessen Angestellte dürfte wohl nicht in das Musterprotokoll (obwohl einige Registergerichte dies zu akzeptieren scheinen), sondern in die Anmeldung aufzunehmen sein, wobei dann aber darauf zu achten ist, dass die Anmeldung nicht nur vom Geschäftsführer, sondern

auch von dem ggf. personenverschiedenen Gründer unterschrieben wird. Da das Satzungsbescheinigungsverfahren nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG bei der Änderung des Musterprotokolls der eingetragenen Gesellschaft nicht passt, empfiehlt *Heckschen* zu Recht, die erste Änderung des Musterprotokolls wie eine Satzungsneufassung zu behandeln und der Gesellschaft dann eine Satzung zu geben (§ 2 Rz. 25). Beim Musterformulierungsvorschlag für die Handelsregisteranmeldung einer neugegründeten GmbH (§ 2 Rz. 126) ist kritisch anzumerken, dass die Formulierung zwar den Wortlaut des § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG korrekt umsetzt, damit aber der Praxis einiger Registergerichte zuwiderläuft und eine Zwischenverfügung nach sich ziehen kann, da sich der Richter zu einer Überprüfung, ob der Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbots übereinstimmt oder nicht, außerstande sieht. Wichtig für die Beratungspraxis ist auch der Hinweis von *Heidinger* (§ 3 Rz. 59), dass das MoMiG das Haftungssystem in der Gründungsphase zwar unberührt lässt, jedoch durch das niedrigere Mindestkapital bei der Unternehmersgesellschaft nach § 5a GmbHG die Bezugsgröße für die Berechnung der Unterbilanzhaftung herabgesetzt wird. Das MoMiG wird aller Voraussicht nach auch, worauf *Heckschen* in § 3 Rz. 232 hinweist, zu einem Zurückdrängen der sog. Mantelkäufe und Vorratsgründungen führen, da der Gründungsvorgang bei Verwendung des Musterprotokolls und durch die Abkoppelung von behördlichen Genehmigungen erleichtert und beschleunigt wird. Sehr ausführlich erörtert *Heckschen* in § 5 die UG (haftungsbeschränkt) als deutsche Alternative zur Ltd. *Heckschen* verhehlt dabei allerdings nicht, dass er die Teilnahme einer Vielzahl von Ein-Eurogesellschaften im Rechts- und Wirtschaftsverkehr volkswirtschaftlich eher für problematisch erachtet (§ 5 Rz. 9). Zutreffend weist er darauf hin, dass der in Klammern zu setzende Zusatz (haftungsbeschränkt) nicht abgekürzt werden darf (so auch Begr. RegE, BT-Drucks. 16/6140, 31). Einen ihrer Hauptanwendungsbereiche wird die UG (haftungsbeschränkt) künftig als Komplementärin einer KG haben. Diesbezüglich ist *Heckschen* der Auffassung, dass die UG (haftungsbeschränkt) genauso wenig wie eine „normale“ GmbH am Vermögen der KG beteiligt sein müsse, denn die Rücklagenbildung sei nicht Voraussetzung für das Entstehen oder Bestehen der UG (haftungsbeschränkt), sondern nur bei tatsächlicher Gewinnerzielung geboten. Ausführlich erörtert *Heckschen* auch die Möglichkeiten zur Umwandlung der Unternehmersgesellschaft (§ 5 Rz. 91 bis 103). Da eine GmbH ihren Verwaltungssitz künftig im Ausland haben und damit auch vom Ausland aus geführt werden kann – dies ist Folge der Streichung des § 4a Abs. 2 GmbHG – ist es nach *Heidinger* (§ 6 Rz. 94) nur folgerichtig, in Zukunft die Ernennung von natürlichen Personen jeder Nationalität ohne Einschränkungen zum Geschäftsführer zu befürworten, wenn sie nur die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 GmbHG erfüllen. Die umstrittene Frage, ob und wie weit die Satzung von dem Verbot uneinheitlicher Stimmabgabe abweichen kann, gewinnt angesichts des Umstandes, dass nunmehr ein Gesellschafter von vornherein mehrere Geschäftsanteile inne haben kann, neue Brisanz. Die stark überwiegende Meinung ist der Auffassung, dass dann ein unterschiedliches Stimmverhalten möglich sein muss. *Heckschen* empfiehlt insoweit eine ausdrückliche Regelung im Gesellschaftsvertrag (§ 8 Rz. 54). Sehr ausführlich mit den Auswirkungen des MoMiG auf die Kapitalaufbringung (§ 11) und die Kapitalerhaltung (§ 16) bei der GmbH

beschäftigt sich *Heidinger*. Hinzuweisen ist insoweit insbesondere auf die Änderungen, die das Recht der offenen und der verdeckten Sacheinlage durch das MoMiG erfahren hat (dazu § 11 Rz. 219 bis 309). Wenn, wie in der Praxis regelmäßig, die Komplementär-GmbH ihr Barvermögen der Kommanditgesellschaft als Darlehen zur Verfügung stellt, gilt für diese Darlehensgewährung jetzt die Ausnahme von der verbotenen Auszahlung in § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG. In den Fokus tritt somit die Frage, ob der Rückgewähranspruch der Komplementär-GmbH im Zeitpunkt der Darlehensgewährung werthaltig und durchsetzbar ist. Dies beurteilt sich, worauf *Heidinger* hinweist, unabhängig von der Bonität des mittelbar begünstigten Gesellschafters. Von diesem kann allerdings bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 30 Abs. 1 Satz 2 GmbHG gem. § 31 GmbHG die verbotene Auszahlung zurückverlangt werden (*Heidinger* in § 16 Rz. 45).

Zum Abschluss der inhaltlichen Bestandsaufnahme ist noch auf die Vorschriften des §§ 16 Abs. 3, 40 GmbHG einzugehen. § 16 Abs. 3 GmbHG eröffnet erstmals – der gutgläubige Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils vom sog. Scheinerben nach § 2366 BGB sei an dieser Stelle ausgeklammert – die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen. *Heidinger* (in § 13 Rz. 155 ff.) weist darauf hin, dass der gutgläubige Erwerb eines Geschäftsanteils nur die fehlende Rechtsinhaberschaft und/oder Verfügungsbefugnis des Veräußerers überwindet, nicht jedoch einschlägig ist, wenn der Geschäftsanteil überhaupt nicht existiert oder die Einlageleistungen auf den Geschäftsanteil entgegen der Vorstellung der Beteiligten nicht, nicht vollständig oder fehlerhaft erbracht worden sind. Sofern der Notar an Veränderungen bezüglich der Person eines Gesellschafters oder seiner Beteiligungen mitgewirkt hat, hat er anstelle des Geschäftsführers die Gesellschafterliste zu unterschreiben und zum Handelsregister einzureichen (§ 40 Abs. 2 GmbHG). Fraglich ist insoweit, ob auch der Notar wie der Geschäftsführer nur auf Mitteilung und Nachweis des Übergangs des Geschäftsanteils tätig werden muss und darf. *Heidinger* vertritt insoweit die Auffassung, dass der mitwirkende Notar von sich aus tätig werden muss, und zwar allein, weil er in seiner Veränderung in der Person der Gesellschaft oder des Umfangs ihrer Beteiligung mitgewirkt hat (§ 13 Rz. 315). Noch nicht abschließend geklärt ist, ob ein Mitwirken des Notars i.S.d. § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG gegeben ist, wenn die Anteilsveräußerung nur eine mittelbare Folge der notariellen Urkunde ist, wie das insbesondere bei der Verschmelzung und der Spaltung der Fall sein kann. Der Gesetzeswortlaut umfasst die mittelbar ausgelöste Veränderung nicht. *Heidinger* verneint die Zuständigkeit des Notars bei nur mittelbarer Mitwirkung (§ 13 Rz. 27), empfiehlt aber im Hinblick auf den vom Notar einzuhaltenden sichersten Weg, in diesen Fällen die Liste durch den Geschäftsführer und den Notar gemeinsam einzureichen (§ 13 Rz. 328).

Die vorstehend herausgegriffenen Einzelprobleme verdeutlichen, welche Informationsfülle und Problemtiefe das Buch von *Heckschen/Heidinger* gerade auch hinsichtlich des MoMiG aufweist. Von daher ist eine Anschaffung des besprochenen Werks allen mit der Gestaltung und Beratung im GmbH-Recht befassten Akteuren, vor allen Dingen auch den Notarinnen und Notaren uneingeschränkt zu empfehlen.

Notar Christian Salzig, Oschatz

tenberg auch in diesem Jahr ein wissenschaftliches Symposium. Es steht unter dem Titel

„Der Elternunterhalt in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis“.

Folgende Themen werden erörtert:

1. **Prof. Dr. Thomas Wagenitz/Dr. Andreas Holzwarth**, Halle/Karlsruhe,
Stand und Entwicklung der Rechtsprechung des BGH zum Elternunterhalt
2. **Prof. Dr. Rolf Sethe/Dr. Andy Ruzik**, Zürich,
International-privatrechtliche und rechtsvergleichende Aspekte des Elternunterhalts
3. **Notar Dr. Wolfgang Reetz**, Köln,
Rechtsgeschäftliche Vereinbarungen im Hinblick auf den Elternunterhalt
4. **Notar Thomas Krause**, Staßfurt,
Die Bewertung einer freiberuflichen Praxis im Elternunterhalt – unter Berücksichtigung des Urteils des BGH vom 4.2.2008 – XII ZR 45/06
5. **Prof. Dr. Armin Höland**, Halle,
Der Elternunterhalt als Schnittfeldproblematik zwischen dem Zivilrecht und dem Sozialrecht
6. **Bernhard Pabst/Eberhard Ziegler**, DGVV Berlin,
Elternrente nach § 69 SGB VII – Eine unfallversicherungsrechtliche Perspektive

Das diesjährige Symposium wird am **18.6.2009** ab **9.30 Uhr** bis ca. **18.30 Uhr** in der **MLU** in **Halle** (Hallischer Saal, Universitätsring 5) stattfinden. Die Teilnahme ist kostenfrei. Nähere Informationen erteilt die Geschäftsstelle der Notarkammer Sachsen-Anhalt (Tel.: 0391/568970).

■ Aus dem seit dem 1.11.2008 geltenden Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (**MoMiG**) ergeben sich viele Fragen und ein hoher Diskussionsbedarf. Das Notarinstitut der Humboldt-Universität zu Berlin hat hierzu eine **Internet-Plattform** eingerichtet, worauf bereits im Märzheft hingewiesen wurde. Das Forum finden Sie unter <http://www.forum-notarrecht.de/>.

■ Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V. kündigt an:

Neuntes Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg:

Aktuelle Entwicklungen im Gesellschaftsrecht

am Freitag, 15.5.2009 in der Neubaukirche der Julius-Maximilians-Universität, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg. Siehe hierzu das im Märzheft abgedruckte Tagungsprogramm samt weiterer Hinweise.

– **Intensivkurs WEG** in Bremen am 19. u. 20.6.2009.
– **Haftungsfallen im Erbrecht – Typische Fälle aus der notariellen Praxis** in Bochum am 20.6.2009.

– **Umwandlungsrecht in der notariellen Praxis** in Hamburg am 20.6.2009.

– **Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht** in Kassel am 26.6.2009 und in Dötlingen am 27.6.2009.

Anmeldung und weitere Info ausschließlich beim DAI, Universitätsstraße 140, 44799 Bochum; Telefon (+49) (234) 97064-0; Telefax (+49) (234) 703507. www.anwaltsinstitut.de.

■ Organisiert vom Abbe-Institut für Stiftungswesen an der Friedrich-Schiller-Universität Jena und unter der Schirmherrschaft von Prof. Dr. Dagmar Schipanski, Präsidentin des Thüringer Landtags stehend, findet in Erfurt der

2. Thüringer Stiftungstag am Donnerstag, 4.6.2009, 9.30 – 18.00 Uhr in den Räumen des Thüringer Landtages statt.

Mit ihm werden Stiftungen in Thüringen und ihr Wirken in das Bewusstsein der Öffentlichkeit gerufen. Konzepte und Leistungen der Stifter, die fördernde und operative Arbeit der Stiftungen werden der interessierten Bevölkerung nahe gebracht. Gleichzeitig ermöglicht der Stiftungstag den Erfahrungsaustausch von Stiftern und Stiftungen untereinander.

Der Stiftungstag beginnt um 9.30 Uhr mit Fachvorträgen und Portraits Thüringer Stiftungen. Daran schließt sich eine Plenumsdiskussion an, die die Auswirkungen der Finanzkrise auf Stiftungen thematisiert.

In Workshops am Nachmittag werden die Anerkennung und Verwaltung von Stiftungen nach dem neuen Thüringer Stiftungsgesetz ebenso behandelt wie die Themen: Vermögensanlage und Ertragssicherung, Möglichkeiten von unselbständiger Stiftung, Zustiftung und Gemeinschaftsstiftung, Tätigkeit und Aufgabenbereiche von Bürgerstiftungen oder der Einsatzbereich von Unternehmens- bzw. Unternehmensträgerstiftungen.

Thüringer Stiftungen können sich und ihre Arbeit kostenlos auf dem „Marktplatz der Stiftungen“ im Foyer des Thüringer Landtags präsentieren. Das ausführliche Programm und das Anmeldeformular zum 2. Thüringer Stiftungstag finden Sie demnächst auf der Website www.thueringer-stiftungstag.de. Die Veranstaltung ist öffentlich, der Eintritt ist frei. Anmeldungen und Informationen zum Marktplatz sind unter info@thueringer-stiftungstag.de zu erhalten.

Kontakt: Abbe-Institut für Stiftungswesen an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Carl Zeiss Str. 3, 07743 Jena; E-Mail info@abbe-institut.de

Veranstaltungen

Das DAI- Deutsches Anwaltsinstitut, Fachinstitut für Notare, bietet an:

– **Neue und alte Haftungsgefahren nach dem MoMiG** in Heusenstamm am 29.5.2009 und in Bochum am 30.5.2009.

– **Deutsch-spanischer Rechtsverkehr in der notariellen Praxis** in Paguera (Mallorca) am 12. u. 13.6.2009.

Buchhinweise

■ **Gustavus Handelsregister-Anmeldungen, Wegweiser mit Übersichten und Rechtsprechungs-Leitsätzen zum Registergericht** von VorsRiLG i.R. Prof. Dr. Eckhart Gustavus, Notar Prof. Walter Böhringer und RiAG Robin Melchior ist in 7. neu bearbeiteter Auflage 2009 im Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, erschienen; 343 Seiten Lexikonformat, brosch., 44,80 €. ISBN 978-3-504-45517-0

■ **Melchior/Schulte** **Handelsregisterverordnung, Kommentar** von RiAG Robin Melchior und RiAG Dr. Dr. Christian Schulte, M.A. ist in 2. vollständig neu bearbeiteter (Print-)Auflage 2009 im Verlag Books on Demand, Norderstedt, erschienen; 380 Seiten, brosch., 38,00 €. ISBN 978-3-8370-9070-3

■ **Das Arbeitszeugnis in Recht und Praxis, Rechtliche Grundlagen, Musterzeugnisse, Textbausteine und Zeugnisanalysen** von Rechtsanwalt Dr. Günter Huber und Rechtsanwältin Waltraud Müller ist in 12. Auflage 2009 im Rudolf Haufe Verlag, Freiburg, erschienen; 266 Seiten, Broschur mit CD-ROM, 24,90 €. ISBN 978-3-448-09322-3

Personalien

Den Meldungen zugrunde liegt das durch die Mitteilungen der NotBZ fortgeschriebene Verzeichnis der Notarinnen und Notare im Tätigkeitsbereich der Ländernotarkassen vom 1.1.2007.

Impressum

NotBZ – Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis

Herausgeber: Ländernotarkasse Leipzig i. V. m. den Notarkammern Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen.

Verlag: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln, Postfach 51 10 26, 50946 Köln, Telefon 0221/9 37 38 01, Telefax 0221/93 73 89 43. Erfüllungsort und Gerichtsstand ist Köln.

Schriftleitung: Notarassessor Christoph Wich, Ländernotarkasse Leipzig, Springerstraße 8, 04105 Leipzig, Telefon 03 41/ 5 90 81-0; Telefax 03 41/5 90 81 66.

Druck: rewi druckhaus, Reiner Winters GmbH, Wiesenstr. 11, 57537 Wissen. E-Mail: typo@rewi.de

Anzeigenleitung: Regina Hamdorf (Anzeigenleitung), Telefon: 02 11/8 87-14 84 · Telefax: -15 00; E-Mail: fz.marketing@fachverlag.de

Stadtparkasse Köln (BLZ 370 501 98) Konto 306 021 55 und Postbank Köln (BLZ 370 100 50) Konto 539 505 08

Gültige Anzeigenpreisliste: Nr. 13/2009
ISSN 1433-1780

Abonnement: Die NotBZ erscheint einmal im Monat. Der Preis für das Jahresabonnement beträgt 154€, Einzelheft 15,40€. Alle Preise zuzüglich Versandkosten, die Mehrwertsteuer ist in gesetzlicher Höhe enthalten. Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Jahresende erfolgen. Erfüllungsort und Gerichtsstand: Köln

Brandenburg

Herr Dr. Simeon Helmut Saß ist mit Wirkung vom 1.4.2009 zum Notarassessor ernannt worden.

Sachsen-Anhalt

Herr Dr. Tilman Diekamp ist mit Wirkung zum 1.5.2009 zum Notarassessor ernannt worden.

Sachsen

Herr Notar Josef Sikinger wurde mit Ablauf des 3.2.2009 auf sein Verlangen aus dem Amt als Notar mit Amtssitz in Dresden entlassen.

Herr Robert Walter ist mit Wirkung vom 1.4.2009 zum Notarassessor ernannt worden.

Thüringen

Herr Dr. Tobias Genske ist mit Wirkung vom 1.4.2009 zum Notarassessor ernannt worden.

Urheber- und Verlagsrechte: Die Zeitschrift und alle veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt.

Manuskripte werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Mit Annahme des Manuskripts geht für die Dauer von vier Jahren das ausschließliche, danach das einfache Nutzungsrecht vom Autor auf den Verlag über, jeweils auch für Übersetzungen, Nachdrucke, Nachdruckgenehmigungen und die Kombination mit anderen Werken oder Teilen daraus. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken sowie zur weiteren Vervielfältigung und Verbreitung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer, elektronischer und anderer Verfahren einschließlich CD-ROM und Online-Diensten.

Jede vom Urheberrechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung bedarf vorheriger schriftlicher Zustimmung des Verlags. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigung, Bearbeitung, Übersetzung, Mikroverfilmung und Einspeicherung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder anderen elektronischen Medien und Systemen. Fotokopien dürfen nur als Einzelkopien für den persönlichen Gebrauch hergestellt werden.

Hinweise für Einsender: Bitte senden Sie alle Aufsatzmanuskripte, zum Ausdruck bestimmte Gerichtsentscheidungen und Rezensionen unmittelbar an die Schriftleitung. Bei der Einsendung von Entscheidungen sind wir für den Hinweis dankbar, ob sie rechtskräftig sind. Bitte geben Sie mit der Einsendung Ihre Bankverbindung an. Ihre Manuskripte senden Sie bitte per Datei oder per E-Mail. Bei der Übersendung von Disketten bitte wir zusätzlich um Überlassung eines Ausdrucks des Manuskripts und um Angabe des verwendeten Systems.

Muster- knabe



Schon mit
MoMiG

In diesem Buch finden Sie nicht nur über 150 Formulare für alle praxisrelevanten Fälle bei GmbH und GmbH & Co. KG, sondern auch die dazu gehörende Erläuterung der für die jeweilige Gestaltung bedeutsamen Rechtsgrundlagen. Denn ohne dieses Verständnis lässt sich ein Muster nie richtig auf den Einzelfall übertragen. Alles schon auf dem neuesten Stand nach Inkrafttreten des MoMiG. Alles von einem überaus renommierten Autor. Und alle Muster auch auf einer mitgelieferten CD. Leseprobe? www.otto-schmidt.de

----- **Bestellschein** Fax (02 21) 9 37 38-943 -----✂

Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht, jeweils plus Versandkosten, Langenfeld **GmbH-Vertragspraxis** Gestaltung, Beratung, Muster zur GmbH und GmbH & Co. KG. Von Notar a.D. Prof. Dr. Gerrit Langenfeld. 6., neu bearbeitete Auflage 2009, 432 Seiten, gbd., inkl. CD 69,80 €. Für Mitglieder der Centrale für GmbH nur 59,80 €. ISBN 978-3-504-32609-8

Name _____

Straße _____

PLZ _____ Ort _____

Datum _____ Unterschrift _____ 1/09

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag
Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

Damit liegen Sie immer richtig.



Nach dem großen Erfolg der Erstausgabe dürfen Sie sich jetzt über die aktuelle Neuauflage dieses Handbuchs freuen: das gesamte Insolvenzrecht von hochkarätigen Praktikern mandatsbezogen aufbereitet. Aus Sicht des Anwalts – ob er nun Insolvenzverwalter, Berater des Schuldners oder eines Gläubigers ist. Alles auf dem allerneuesten Stand der jüngsten, tief greifenden Novellen des Gesetzgebers. Mit ganz neuen Kapiteln. Und noch mehr praktischen Arbeitshilfen. Anwalts-Handbuch Insolvenzrecht. Leseprobe? www.otto-schmidt.de

----- **Bestellschein** Fax (02 21) 9 37 38-9 43 -----✂

Ja, ich bestelle mit 14-tägigem Rückgaberecht Runkel (Hrsg.) **Anwalts-Handbuch Insolvenzrecht** Herausgegeben von RA Hans P. Runkel. Bearbeitet von 16 hochkarätigen Praktikern des Insolvenzrechts. 2. Auflage 2008, 2.400 Seiten Lexikonformat, gbd. 149,- € plus Versandkosten. ISBN 978-3-504-18053-9

Name _____

Straße _____

PLZ _____ Ort _____

Datum _____ Unterschrift _____ 1/09

Bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung oder beim Verlag
Dr. Otto Schmidt · Postfach 51 10 26 · 50946 Köln

Das Beste kommt noch: der Kommentar zum FamFG.



Noch bevor das **FamFG** in Kraft tritt, bekommen Sie schon Ihren Kommentar: Prütting/Helms (Hrsg.), der neue **Praxiskommentar** zum gesamten neuen Recht. Auf rund 2.500 Seiten wird Ihnen alles geboten, was Sie zur Fallbearbeitung brauchen.

Namhafte Herausgeber, ausgezeichnete Autoren, richtungweisende Erläuterungen und ein guter Preis: nur 129,- €. Und die ersten drei Monate nach Erscheinen des Werkes im August brauchen Sie dafür sogar **nur 109,- €** zu bezahlen. ISBN 978-3-504-47949-7

Prütting/Helms (Hrsg.), FamFG. Das ist Ihr Kommentar! Jetzt vorbestellen und sich weiter informieren unter www.FamFG.de

Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

