

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

9. Jahrgang
Juni 2001
ISSN 1434-3460

11/2001

Mit Beilage BNotK-Intern

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

UmwG §§ 5, 17 – Übereinstimmung von Verschmelzungsstichtag und Bilanzstichtag
BGB §§ 1829, 181 – Zulässigkeit der Doppelvollmacht nach der Entscheidung des BVerfG vom 18.1.2000

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB §§ 313 S. 1, 346 ff. – Kein Beurkundungserfordernis bei Vertragsänderung wegen unvorhersehbarer Umstände
BGB §§ 276, 433; GmbHG § 15 – Aufklärungspflicht bei Unternehmenskauf
BGB § 2069; ZGB-DDR § 379 Abs. 1 S. 2 –

Ersatzerbenberufung der Abkömmlinge des Erblassers GmbHG § 4a; EGV Art. 48 (ex Art. 52, 58) – Keine Sitzverlegung ins EU-Ausland
ZPO §§ 767, 794 Abs. 1 Nr. 5, 795 – Keine Beweislaständerung durch Nachweisverzicht für Klauselerteilung
BeurkG §§ 51 Abs. 1 und 2, 52; ZPO §§ 299, 724, 794 Abs. 1 Nr. 5, 795 – Kein Anspruch des Vollstreckungsgläubigers auf Erteilung einer einfachen Ausfertigung
GVG § 17 a; BNotO § 15 Abs. 2; ZPO § 935; FGG § 24 Abs. 3 – Verweisung einer Notarbeschwerde von der streitigen Zivilgerichtsbarkeit

Aktuelles

Regierungsentwurf Schuldrechtsmodernisierung

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

UmwG §§ 5, 17 Übereinstimmung von Verschmelzungsstichtag und Bilanzstichtag

I. Sachverhalt

Die A-GmbH soll als 100 %ige Tochter auf die B-GmbH gem. § 2 Nr. 1 UmwG verschmolzen werden. Der Verschmelzung soll die Jahresbilanz zum 31.12.2000 zugrunde gelegt werden. Verschmelzungsstichtag im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 6 UmwG soll (aus steuerlichen Gründen) der 2.1.2001 sein. Dem Handelsregister soll als Schlussbilanz gem. § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG die Jahresbilanz zum 31.12.2000 eingereicht werden.

II. Frage

Müssen Verschmelzungsstichtag und Bilanzstichtag identisch sein? Kann das Handelsregister andernfalls die Eintragung der Verschmelzung ablehnen bzw. die Vorlage einer Bilanz zum 1.1./2.1.2001 verlangen?

III. Rechtslage

1. Verschmelzungsstichtag, handelsrechtliche Schlussbilanz und steuerrechtliche Übertragungsbilanz

a) § 5 Abs. 1 Nr. 6 UmwG bestimmt, dass im Verschmelzungsvertrag auch der Zeitpunkt zu nennen ist, von dem an die Handlungen der übertragenden Rechtsträger als für Rechnung des übernehmenden Rechtsträgers vorgenommen gelten (**Verschmelzungsstichtag**). Zweck dieser Regelung ist die Abgrenzung der Rechnungslegung; von dem Zeitpunkt an, von dem die Geschäfte des übertragenden Rechtsträgers als für Rechnung des übertragenden Rechtsträgers vorgenommen gelten, beginnt die Rechnungslegung über diese Geschäfte durch den übernehmenden Rechtsträger (vgl. Widmann/Mayer, UmwG, § 5 UmwG Rn. 152 f.; Lutter, UmwG, 2. Aufl. 2000, § 5 UmwG Rn. 31). Nach der Gesetzesbegründung kann der Verschmelzungsstichtag dabei von den Vertragsbeteiligten frei bestimmt werden.

b) Das materielle Umwandlungsrecht selbst sieht keine Umwandlungsbilanz vor. Erst bei der Anmeldung ist nach § 17 Abs. 2 UmwG eine (**handelsrechtliche**) **Schlussbilanz** vorzulegen. Das Registergericht darf die Verschmelzung nur eintragen, wenn die Bilanz auf einen höchstens 8 Monate vor der Anmeldung liegenden Stichtag aufgestellt worden ist.

c) Berücksichtigt man noch den **steuerlichen Übertragungstichtag**, so lassen sich drei für die Übertragung relevante Zeitpunkte unterscheiden (vgl. Mayer, § 5 UmwGRn. 158):

- der Stichtag der handelsrechtlichen Schlussbilanz,
- der Verschmelzungstichtag,
- der steuerliche Übertragungstichtag (mit der steuerlichen Schlussbilanz).

2. Steuerrechtliche Rückwirkung auf Jahr 2000 bei Wahl des 1.1.2001 als Verschmelzungstichtag

Ist Verschmelzungstichtag der 1.1. eines Jahres, so wirken sich die steuerlichen Folgen der Verschmelzung noch in dem vorangegangenen Veranlagungszeitraum aus; Übertragungsgewinn und Übernahmeergebnis wären dann steuerlich noch dem Veranlagungszeitraum 2000 zuzurechnen (vgl. BMF-Schreiben vom 25.3.1998, GmbHR 1998, 444, Tz. 02.05).

Will man also eine solche Rückwirkung in den vergangenen Veranlagungszeitraum vermeiden, muss man daher den 2.1. eines Jahres als Verschmelzungstichtag wählen (Mayer, in: Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rn. 158). Eine derartige steuerliche Erwägung scheint auch hier der Gestaltung zugrunde zu liegen. Fraglich ist aber, ob dafür eine gesonderte Schlußbilanz zum 1.1.2001 erforderlich ist.

Ausdrücklich gesetzlich geregelt ist lediglich, dass der Stichtag der **handelsrechtlichen Schlussbilanz mit der steuerlichen Übertragungsbilanz übereinstimmen muss** (§ 2 Abs. 1 UmwStG).

3. Verhältnis zwischen Schlussbilanzstichtag und Verschmelzungstichtag

a) Das Verhältnis zwischen Schlussbilanzstichtag und Verschmelzungstichtag ist nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Auch die Rechtsprechung hat sich zu dieser Frage bisher noch nicht geäußert.

Nach dem Umwandlungssteuererlass der Finanzverwaltung (BMF-Schreiben vom 25.3.1998, GmbHR 1998, 444, Tz. 02.02 f.) muss jedoch der **Stichtag der** (handelsrechtlichen wie steuerrechtlichen) **Schlussbilanz zwingend auf den dem Verschmelzungstichtag vorangehenden Tag** fallen (z. B. Schlussbilanz 31.12., Verschmelzungstichtag 1.1.). Es genüge nicht, wenn sowohl der Verschmelzungstichtag als auch der Stichtag der Schlussbilanz innerhalb der 8-Monats-Frist des § 17 Abs. 2 UmwG vor der Anmeldung zum Handelsregister liegen.

b) Abweichend davon meinen einige Literaturstimmen, eine **Verknüpfung zwischen dem handelsrechtlichen Stichtag der Schlussbilanz und dem Verschmelzungstichtag sei zwar zweckmäßig und üblich, aber nicht zwingend** (Mayer, in: Widmann/Mayer, § 5 UmwG Rn. 158 f.; ebenso Widmann in: Widmann/Mayer, § 24 Rn. 64). Mayer sieht keine zivilrechtliche Bindung zwischen Verschmelzungstichtag und Schlussbilanz. Insbesondere die Sonderregelung für Genossenschaften in § 80 Abs. 2 UmwG, wonach der Stichtag der Schlussbilanz im Verschmelzungsvertrag gesondert anzugeben sei, wäre bei einer Identität vom Verschmelzungstichtag und Stichtag der Schlussbilanz unverständlich.

Ähnlich führt Müller aus, nach Wortlaut und Sinn des § 17 Abs. 2 UmwG könne der Verschmelzungstichtag jedenfalls zeitlich vor dem Stichtag der Schlussbilanz liegen. Fraglich sei nur, ob der Verschmelzungstichtag auch zeitlich nach dem Stichtag der Schlussbilanz liegen dürfe; doch auch dies sei zu bejahen (Müller, in: Kallmeyer, UmwG, 1997, § 5 Rn. 33 ff.; ders., WPg 1996, 857 ff.; ähnlich Aha, BB 1996, 2559).

c) Demgegenüber ist ein anderer Teil der Literatur der Auffassung, dass der **Verschmelzungstichtag mit dem Stichtag der Schlussbilanz übereinstimmen müsse**, weil der Termin im Innenverhältnis der Rechtsträger die Überleitung der Rechnungslegung betreffe (so Goutier/Knopf/Tulloch, UmwR, § 17 UmwG Rn. 13; Lutter, UmwG 2. Aufl. 2000, § 5 UmwGRn. 31; vgl. auch die zahlreichen weiteren Nachweise bei Widmann/Mayer, UmwR, § 24 UmwG Rn. 64, S. 20 Fn. 1; ebenso zum alten Recht: Hofmann-Becking, FS Fleck, 1988, S. 105, 111).

3. Ergebnis

Folgt man der Auffassung von Widmann/Mayer u. a. – wofür u. E. einiges spricht –, so wäre vorliegende eine gesonderte Bilanz zum 1.1.2001 entbehrlich. Die Frage ist allerdings in der Literatur umstritten und wurde bisher von der Rechtsprechung noch nicht entschieden.

Aber auch wenn das Handelsregister eine (handelsrechtliche) Schlussbilanz zum 31.12.2000 für eine Verschmelzung zum 2.1.2001 genügen lässt, besteht die Gefahr, dass die Finanzverwaltung nach dem Umwandlungssteuererlass (Tz. 02.03) aufgrund der zum 31.12.2000 erstellten Schlussbilanz den 31.12.01 auch als steuerlichen Übertragungstichtag annimmt.

BGB §§ 1829, 181

Zulässigkeit der Doppelvollmacht nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18.1.2000 (DNotZ 2000, 387)

I. Sachverhalt

Ein notarieller Kaufvertrag enthält eine Vollmacht für den beurkundenden Notar, die erforderliche **vormundschaftsgerichtliche Genehmigung** für beide Vertragsparteien entgegenzunehmen sowie dem jeweils anderen Vertragsteil mitzuteilen. Nach Eingang der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung vermerkte der beurkundende Notar in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter der Vertragsparteien auf der Beschlussausfertigung, dass er die ihm zugegangene Genehmigung sich selbst mitgeteilt und in Empfang genommen habe.

Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung der Eigentumsumschreibung mit der Begründung ab, dass die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung dem Vertragsgegner durch den Betreuer förmlich zugestellt werden müsse, da die "Doppelvollmacht" des Notars nach dem oben genannten Beschluss des BVerfG unzulässig sei.

II. Frage

Hat der Beschluss des BVerfG vom 18.1.2000 Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Doppelvollmacht des Notars zu Empfang und Mitteilung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung?

III. Rechtslage

1. BVerfG verpflichtet zu Vorbescheidsverfahren

Mit Beschluss vom 18.1.2000 (DNotZ 2000, 387) hat das BVerfG in einer nachlassgerichtlichen Angelegenheit entschieden, dass die §§ 62, 55 FGG mit **Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar** sind, soweit sie den in ihren Rechten Betroffenen jede Möglichkeit verwehren, Entscheidungen des Rechtspflegers der Prüfung durch den Richter zu unterziehen. Bis zur Neuregelung (für die verschiedene Möglichkeiten bestehen) hat das BVerfG ferner den Rechtspfleger von Verfassungen wegen für verpflichtet gehalten, den Erlass einer in den Anwendungsbereich der §§ 55, 62 FGG fallenden **Verfügung zunächst durch einen beschwerdefähigen Vorbescheid anzukündigen**, wenn erkennbar ist, dass die beabsichtigte Entscheidung Rechte Dritter berührt, denen sonst der Rechtsweg gegen die Entscheidung selbst – jedenfalls faktisch – versperrt wäre.

Das BVerfG hat also weder die §§ 62, 55 FGG für nichtig erklärt, **noch hat es die nach dem zugrunde liegenden Sachverhalt erteilte sog. Doppelvollmacht des Notars**, die in st. Rspr. als zulässig angesehen wurde (vgl. nur BayObLG DNotZ 1983, 369; BayObLGZ 1989, 242, 247; FamRZ 1997, 1426; FamRZ 1998, 1325 = MittBayNot 1998, 107; OLG Schleswig OLGR 1997, 160), **für unzulässig erklärt**. Lediglich am Rande hat das BVerfG ausgeführt, dass die derzeitige gesetzliche Regelung häufig dazu führe, dass eine richterliche Überprüfung der Rechtspflegerentscheidung faktisch nicht möglich sei und dies im Fall einer Doppelbevollmächtigung des Notars besonders deutlich werde (da es nicht einmal zu einem nennenswerten "Schwebezustand" käme, währenddessen die Genehmigung zwar erteilt, aber noch nicht wirksam sei).

Die Konsequenz, die das BVerfG aus der als verfassungswidrig einzustufenden derzeitigen Gesetzeslage gezogen hat, besteht – wie oben bereits ausgeführt – bis zur gesetzlichen Neuregelung darin, dass die Rechtspfleger ähnlich wie im Erbscheinsverfahren ggf. ein **Vorbescheidsverfahren** durchzuführen haben. Sofern also beispielsweise erkennbar ist, dass der Betreute nicht mit dem vom Betreuer abgeschlossenen Rechtsgeschäft einverstanden ist, der Rechtspfleger aber dennoch die Genehmigung erteilen will, müsste dem Betreuten bzw. einem ihm zu bestellenden Verfahrenspfleger gem. § 67 FGG ein Vorbescheid erteilt werden, um zu gewährleisten, dass die Entscheidung des Rechtspflegers durch einen Richter überprüft werden kann, wie dies Art. 19 Abs. 4 GG fordert.

Konsequenz der BVerfG-Entscheidung ist also keineswegs, dass nunmehr die sog. Doppelvollmacht des Notars als unzulässig angesehen werden müsste (vgl. nur Reiß, MittBayNot 2000, 372, 279; vgl. auch OLG Schleswig OLGR 2000, 388; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2001, Rn. 3735, 3739, die weiterhin o. w. von der Zulässigkeit der Doppelvollmacht ausgehen). Davon abgesehen würde die Unzulässigkeit der

Doppelvollmacht nichts an dem vom BVerfG erkannten Problem ändern, da auch der Betreuer jederzeit das Recht hätte, die erteilte Genehmigung dem Vertragsgegner mitzuteilen und damit den Vertrag wirksam werden zu lassen, noch bevor dem Betroffenen selbst eine richterliche Überprüfung der Genehmigungsentscheidung faktisch möglich wäre.

2. Ausübung der Doppelvollmacht als In-Sich-Geschäft i. S. d. § 181 BGB

Abschließend bleibt anzumerken, dass die einzige Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG, die sich kritisch in Bezug auf die sog. Doppelvollmacht aussprach, von *Kraiß* (BWNNotZ 2000, 94) stammt. Dieser beanstandet, dass der erste Senat des BVerfG nicht erkannt habe, dass die Doppelvollmacht entgegen der herrschenden Ansicht deswegen unzulässig sei, da der nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Nachlasspfleger (wie auch ein sonstiger gesetzlicher Vertreter) keine Doppelvollmacht unter Befreiung von der Beschränkung des § 181 BGB erteilen könne, da er selbst nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sei.

Dieser Rechtsansicht kann zwar insoweit zugestimmt werden, als mittlerweile anerkannt ist, dass ein Vertreter einen Unterbevollmächtigten von dem Verbot des Selbstkontrahierens nur dann befreien kann, wenn er selbst von diesem Verbot befreit ist (vgl. BayObLG DNotI-Report 2/1993, 5 f.). Dies wird aus einer **entsprechenden** Anwendung des § 181 BGB hergeleitet, da der Hauptvertreter sonst § 181 BGB umgehen könnte, indem er einen Unterbevollmächtigten bestellt und diesem gegenüber das Rechtsgeschäft vornimmt obgleich in diesen Fällen die Interessenkollision genauso offen liege wie im unmittelbaren Fall des § 181 BGB (vgl. Staudinger/Schilken, BGB, 13. Aufl. 1995, § 181 Rn. 34).

Abgesehen davon, dass eine solche entsprechende Anwendung des § 181 BGB nicht ohne weiteres für alle in Betracht kommenden Fallgruppen bejaht werden muss, liegt u. E. bei der Doppelvollmacht auch der Sachverhalt anders. Denn wenn der Betreuer (oder ein sonstiger gesetzlicher Vertreter) im Rahmen des § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB den Notar bevollmächtigt, für ihn die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung entgegenzunehmen und dem Vertragsgegner mitzuteilen, so handelt der Betreuer insoweit **nicht im Namen des Betreuten**, sondern aus eigenem Recht. Denn Adressat der Mitteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ist nach § 1829 BGB der gesetzliche Vertreter, nicht der Betreute. Bei der Doppelvollmacht handelt der Notar also streng genommen nicht auf der einen Seite als Vertreter des Betreuten, sondern des Betreuers, so dass sich die Frage der Umgehung des § 181 BGB u. E. nicht stellt, zumal der Betreuer für seine Person ohne weiteres eine Vollmacht unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilen kann.

Ergänzend bleibt anzumerken, dass es sich bei der Auffassung von *Kraiß* (BWNNotZ 2000, 94) und den von ihm zitierten Autoren um eine Mindermeinung handelt. Auch die bislang vorliegende Rspr. und h. Lit. ging stets davon aus, dass die dem Notar erteilte Doppelvollmacht zulässig sei, ohne dass § 181 BGB entgegenstehe – wobei allerdings keine vertiefte Begründung erfolgt ist (vgl. BayObLG DNotZ 1983, 369; BayObLGZ 1989, 242, 247;

FamRZ 1997, 1426; FamRZ 1998, 1325 = MittBayNot 1998, 107; OLG Schleswig OLGR 1997, 160; MünchKomm-Schwab, BGB, 3. Aufl. 1992, § 1829 Rn. 18; Palandt/Diederichsen, BGB, 60. Aufl. 2001, § 1828 Rn. 11; Bassenge/Herbst, FGG, RPFfG, 8. Aufl. 1999, § 55 FGG Rn. 8; Keidel/Winkler/Engelhardt, FGG, 14. Aufl. 1999, § 55 FGG Rn. 15; Erman/Holzhauser, BGB, 10. Aufl. 2000, § 1829 Rn. 6 m. w. N.).

Gutachten im Faxabruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** – Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2000, 8). Ein Inhaltsverzeichnis befindet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

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

BGB § 648a; MaBV §§ 1, 3; GewO § 43c Abs. 1 Nr. 2a Bauhandwerkersicherung im Bauträgervertrag
Fax-Abruf-Nr.: 11209

BGB § 705; GBO § 47; GBV § 15 Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)
Fax-Abruf-Nr.: 11210

EGBGB Art. 115, 181; WRV Art. 155 Fideikommissauflösung; Löschung altrechtlicher Währungen
Fax-Abruf-Nr.: 11211

EGBGB Art. 164, 83; GBO § 47; BayGO Art. 83 Abs. 4 Nutzanteile an Körperschaftswaldungen in Bayern; Rechtsnatur eines "Waldverbandes"; Vertretungsberechtigung; Aufhebung der Gemeinschaft; Veräußerung von Nutzanteilen
Fax-Abruf-Nr.: 11212

Rechtsprechung

BGB §§ 313 S. 1, 346 ff. Kein Beurkundungserfordernis bei Vertragsänderung wegen unvorhersehbaren Umstandes

Vereinbaren die Vertragsparteien eines notariell beurkundeten Erwerbvertrages im Hinblick auf einen unvorhersehbaren Umstand nachträglich eine Frist für den Baubeginn und ein Rücktrittsrecht des Erwerbers für den Fall des verspäteten Baubeginns, um die zeitgerechte Bauausführung und die fristgerechte Fertigstellung zu regeln, unterliegt diese Vereinbarung nicht der Formvorschrift des § 313 S. 1 BGB.

BGH, Urt. v. 5.4.2001 – VII ZR 119/99
Kz.: L I 1 – § 313 BGB
Fax-Abruf-Nr.: **1046**

Problem

Ein Erwerber hatte einen notariell beurkundeten Bauträgervertrag abgeschlossen. Nachdem die Ehefrau des Erwerbers schwanger geworden war, schlossen die Beteiligten eine schriftliche Vereinbarung, wonach den Erwerbern kurzfristig der verbindliche Baubeginn mitgeteilt werden sollte. Anderenfalls erhielten die Erwerber ein Recht zur Rückabwicklung des Vertrages. Nachdem der Erwerber seinen Rücktritt erklärt hatte, war die Formwirksamkeit dieser Vertragsänderung strittig.

Entscheidung

Der BGH hielt die Vertragsänderung für nicht beurkundungsbedürftig. Zwar war eine Auflassung noch nicht beurkundet. Nach ständiger Rechtsprechung sind aber Vertragsänderungen auch dann nicht beurkundungsbedürftig, wenn dadurch nur unvorhergesehene Schwierigkeiten bei der Vertragsabwicklung beseitigt werden sollen und wenn die zu diesem Zweck getroffenen Vereinbarungen die beiderseitige Verpflichtung aus dem Grundstückskaufvertrag nicht wesentlich verändern.

Dies sah der VII. Zivilsenat als gegeben an. Denn die nachträgliche Vereinbarung diente dazu, das **nach Vertragsabschluss entstandene besondere Interesse** des Erwerbers an einer frühzeitigen oder zumindest fristgerechten Fertigstellung der Wohnung einvernehmlich zu regeln, um Streitigkeiten über die zeitgerechte Bauausführung zu vermeiden.

Auch berühre die Vereinbarung nicht unmittelbar die vertraglichen Hauptpflichten, sondern **lediglich die Abwicklung des Vertrages** für den Fall, dass der Bauträger nicht fristgerecht mit dem Bau beginne. Denn nach der Rechtsprechung des BGH könne der Auftraggeber eines Werkvertrages schon kraft Gesetzes vor Ablauf der vereinbarten Herstellungsfrist vom Vertrag zurücktreten, wenn bereits vor der Fertigstellung absehbar sei, dass der Termin vom Auftraggeber nicht eingehalten werden könne. Durch die Vertragsänderung sei nur der nicht fristgerechte Baubeginn als Voraussetzung eines derartigen Rücktrittsrechts einvernehmlich festgelegt worden.

Anmerkung:

Der V. Zivilsenat hatte dagegen die Änderung der Voraussetzungen für ein vertraglich vereinbartes Rücktrittsrecht als beurkundungsbedürftig angesehen (BGH DNotZ 1989, 228 = NJW 1988, 3263). Nach BGHZ 66, 270 (= NJW 1976, 1842) nicht beurkundungsbedürftig ist hingegen die Verlängerung einer Rücktrittsfrist.

BGB §§ 276, 433; GmbHG § 15 Aufklärungspflicht bei Unternehmenskauf

Bei Verhandlungen über den Kauf eines Unternehmens oder von GmbH-Geschäftsanteilen trifft den Verkäufer im Hinblick auf die wirtschaftliche Tragweite des Geschäfts und die

regelmäßig erschwerte Bewertung des Kaufobjekts durch den Kaufinteressenten diesem gegenüber eine gesteigerte Aufklärungs- und Sorgfaltspflicht.

BGH, Urt. v. 4.4.2001 – VIII ZR 32/00
Kz.: L I 1 – § 276 BGB
Fax-Abruf-Nr.: 1047

Problem

Ein Erwerber hatte 40% der Geschäftsanteile an einer GmbH gekauft. Sechs Monate nach Kaufvertragsabschluss wurde das Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der GmbH eröffnet. Der Käufer machte Schadensersatz geltend, weil die Verkäufer ihn nicht pflichtgemäß über die wirtschaftliche Lage der GmbH aufgeklärt hätten.

Entscheidung

Der BGH nahm eine Aufklärungspflicht des Verkäufers an. Denn selbst bei Vertragsverhandlungen, in denen die Parteien entgegengesetzte Interessen verfolgen, bestehe für jeden Vertragspartner die Pflicht, den anderen Teil über solche Umstände aufzuklären, die den Vertragszweck (des anderen) vereiteln können und daher für seinen Entschluss von wesentlicher Bedeutung sind, sofern er die Mitteilung nach der Verkehrsauffassung erwarten konnte (BGH NJW-RR 1996, 429; NJW-RR 1988, 394).

Beim Kauf eines Unternehmens oder von GmbH-Geschäftsanteilen sei der Ertragswert für den Käufer nur anhand der Bilanzen, sonstigen Buchführungsunterlagen und ergänzender Auskünfte des Inhabers oder Geschäftsführers zu ermitteln. Diese **Abhängigkeit der Bewertung des Kaufobjekts von der Vollständigkeit und Richtigkeit der dem Käufer erteilten Informationen** rechtfertige es, dem Verkäufer eine gesteigerte Aufklärungspflicht aufzuerlegen und an die hierbei anzuwendende Sorgfalt einen strengen Maßstab anzulegen. Insbesondere erstrecke sich die Aufklärungspflicht auf alle Umstände, welche die Überlebensfähigkeit ernsthaft gefährden, also etwa drohende oder eingetretene Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung. Hier lagen diverse Anhaltspunkte für die drohende Insolvenz vor, die dem Käufer nicht mitgeteilt wurden.

**BGB § 2069; ZGB-DDR § 379 Abs. 1 S. 2
Ersatzerbenberufung der Abkömmlinge des Erblassers**

Wenn Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament ihre Abkömmlinge als Schlusserben einsetzen, folgt aus der Ergänzungsregel des § 2069 BGB, dass auch die Nachkommen eines vorverstorbenen Schlusserben, der nur von dem erstverstorbenen Ehegatten abstammt, zu Ersatzerben berufen sind. Nichts anderes gilt für den inhaltsgleichen § 379 Abs. 1 S. 2 ZGB.

BGH, Urt. v. 28.3.2001 – IV ZR 245/99
Kz.: L I 1 – § 2069 BGB
Fax-Abruf-Nr.: 1048

Problem

Eheleute schlossen 1921 einen notariell beurkundeten Erbvertrag, in dem sie sich gegenseitig als Alleinerben einsetzten. Nach dem Tode des Überlebenden sollte der beiderseitige Nachlass an die Kinder aus der gemeinsamen bzw. aus der ersten Ehe der Frau "zu Kopfteilen" fallen. Als der längerlebende Ehegatte 1979 in der damaligen DDR verstarb, lebten nur noch zwei der vier Kinder. Diese beantragten und erhielten einen Erbschein, der sie als Erben zu je 1/2 auswies. Dagegen klagten Enkel des Erblassers, die von einem vorverstorbenen Kind abstammten.

Entscheidung

Der BGH sah die von dem vorverstorbenen Sohn abstammenden Enkel als an dessen Stelle eingesetzte Ersatzerben an. Bei Anwendung des BGB-Erbrechts hätte sich dies aus § 2069 BGB ergeben. Hier war das ZGB der DDR anzuwenden, das aber in **§ 379 Abs. 1 S. 2 ZGB** ebenfalls eine Regelung enthielt, wonach an die Stelle eines als Erbe ausgefallenen Nachkommen des Erblassers dessen Nachkommen nach den Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge treten.

**GmbHG § 4a; EGV Art. 48 (ex Art. 52, 58)
Keine Sitzverlegung ins EU-Ausland**

Die Verlegung des Sitzes einer GmbH in die Niederlande ist weder nach geltendem Recht der Bundesrepublik Deutschland noch nach gegenwärtigem oder künftigem EU-Recht (Vorentwurf einer Richtlinie Nr. 14 zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU v. 22.4.1997) im deutschen Handelsregister einzutragen.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.3.2001 – 3 Wx88/01
Kz.: R 4100 – Internationales Gesellschaftsrecht
Fax-Abruf-Nr.: 1049

Problem

Eine deutsche GmbH änderte ihre Satzung dergestalt, dass als neuer Sitz ein Ort in den Niederlanden bestimmt wurde. Die GmbH meinte, dies sei nach Maßgabe des "Centros-Urteils" des EuGH (DNotZ 1999, 593 = NJW 1999, 2027) zulässig.

Entscheidung

Das OLG Düsseldorf entschied im Sinne der wohl h. M., dass auch nach der Centros-Entscheidung eine Sitzverlegung ins Ausland nach geltendem deutschen Recht nicht zulässig sei. Auch nach der derzeit im Vorentwurf vorliegenden Richtlinie Nr. 14 zur Verlegung des Gesellschaftssitzes innerhalb der EU v. 22.4.1997 (ZIP 1997, 1721 ff.) könne der alte Sitz erst nach erfolgter Eintragung des Sitzes im neuen Sitzstaat gelöscht werden.

Im selben Sinne hatte das **OLG Hamm** kürzlich entschieden, dass die Sitzverlegung einer GmbH in das EG-Ausland **zur Auflösung der Gesellschaft führe** (OLG Hamm, Beschl. v. 1.2.2001, BB 2001, 744; ZIP 2001, 791).

Hingegen hat das **AG Heidelberg** die Frage der Eintragungsfähigkeit der Sitzverlegung einer deutschen GmbH nach Spanien als **Vorlagefrage** dem EuGH vorgelegt (AG Heidelberg, Beschl. v. 3.3.2000, EuZW 2000, 414).

**ZPO §§ 767, 794 Abs. 1 Nr. 5, 795
Keine Beweislaständerung durch
Nachweisverzicht für Klauselerteilung**

Die Beweislast für die erfolgte Hingabe eines Darlehens trägt der Darlehensgläubiger auch dann, wenn der die Hingabe bestreitende Schuldner in notarieller Urkunde den Empfang als Darlehen bestätigt, sich der Zwangsvollstreckung unterworfen und dem Notar gestattet hat, eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde ohne den Nachweis der Fälligkeit des Darlehens zu erteilen (Aufgabe von BGH, Urt. v. 25.6.1981 – III ZR 179/79, WM 1981, 1140 = NJW 1981, 2756).

BGH, Urt. v. 3.4.2001 – XI ZR 120/00
Kz.: L II 1 – § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO
Fax-Abruf-Nr.: 1050

Problem

Ein Beteiligter hatte in einer notariellen Urkunde bestätigt, 500.000 DM als Darlehen erhalten zu haben. In Höhe der Rückzahlungsforderung nebst Zinsen unterwarf er sich der sofortigen Zwangsvollstreckung und wies den Notar an, eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde ohne Nachweis der die Fälligkeit begründenden Tatsachen zu erteilen. Nunmehr erhob er Vollstreckungsgegenklage gegen den Titel und trug vor, niemals ein entsprechendes Darlehen erhalten zu haben. Er konnte umgekehrt nachweisen, an den Titelgläubiger Zahlungen von 80.000 DM angebliche "Ablöse" für eine Prostituierte gezahlt zu haben.

Entscheidung

Nach einem früheren Urteil des III. Zivilsenats vom 25.6.1981 (WM 1981, 1140 = NJW 1981, 2756) lag bei einer Vollstreckungsgegenklage aus einer notariellen Urkunde die Beweislast für die Nichtauszahlung der Darlehensvaluta beim Vollstreckungsschuldner. Diese Rechtsprechung gab der XI. Zivilsenat nunmehr ausdrücklich auf – in Übereinstimmung mit der mehrheitlichen Meinung in der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum.

Denn die **Beweislastverteilung** sei von der Parteirolle im Prozess unabhängig. Dies gelte nicht nur bei einer Feststellungsklage, sondern auch für eine Vollstreckungsabwehrklage. Die notariell beurkundete Vollstreckungsunterwerfung sei eine ausschließlich auf das Zustandekommen eines Vollstreckungstitels gerichtete einseitige prozessuale Willenserklärung, die nur prozessrechtlichen Grundsätzen unterstehe. Sie sei nicht auf eine Änderung der materiellen Rechtslage gerichtet, habe keine materiell-rechtlichen Auswirkungen und bleibe deshalb von einer Unwirksamkeit des mitbeurkundeten materiellen Rechtsgeschäftes unberührt. Die Beweislast sei demgegenüber dem materiellen Recht zuzuordnen.

Wie der Ausschluss der Präklusionswirkung bei einer Vollstreckungsabwehrklage gegen vollstreckbare Urkunden (§ 794 Abs. 4, 767 Abs. 2 ZPO) zeige, lasse die Vollstreckungsgegenklage gegen eine vollstreckbare Urkunde die Prüfung der materiell-rechtlichen Beziehung im vollen Umfang zu, weil dem Titel kein Erkenntnisverfahren vorgeschaltet war. Daran ändere auch der **Nachweisverzicht** nicht, da sich dieser nur auf das Klauselerteilungsverfahren nach §§ 724 ff. ZPO beziehe. (Schließlich lehnte es der BGH auch ab, dem Empfangsbekanntnis über den Darlehensbetrag ein kausales Schuldanerkenntnis zu entnehmen; dies sei eine einem Gegenbeweis zugängliche bloße Wissenserklärung).

**BeurkG §§ 51 Abs. 1 und 2, 52; ZPO §§ 299,
724, 794 Abs. 1 Nr. 5, 795
Kein Anspruch des Vollstreckungsgläubigers
auf Erteilung einer einfachen Ausfertigung**

1. Hat der antragstellende Gläubiger aus einem zu seinen Gunsten errichteten notariellen Schuldanerkenntnis eine einfache Ausfertigung der Urkunde nicht mit Willen des Schuldners im Besitz und kann ihm nach § 51 BeurkG eine solche nicht erteilt werden, so ist ihm auch eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde nicht zu erteilen.

2. Durch die mit Blick auf ein Schuldanerkenntnis beurkundete Unterwerfungserklärung als solche räumt der Schuldner dem Begünstigten die unwiderrufliche Befugnis, sich vom Notar eine vollstreckbare Ausfertigung erteilen zu lassen, solange nicht ein, wie die Erklärung des Antragsteller nicht mit Willen des Schuldners als Gläubiger zugänglich gemacht worden ist.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.3.1001 – 3 Wx 73/01
Kz.: L III 2 – § 51 BeurkG
Fax-Abruf-Nr.: 1051

Problem

Eine GmbH gab in notarieller Urkunde ein Schuldanerkenntnis ab und unterwarf sich diesbezüglich der sofortigen Zwangsvollstreckung. Dem Vollstreckungsgläubiger sollte jederzeit ohne besonderen Nachweis eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erteilt werden.

Nachdem der Vollstreckungsgläubiger die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung beantragte, widerrief der Vollstreckungsschuldner die Anweisung zur Erteilung einer einfachen Ausfertigung an den Gläubiger.

Entscheidung

Das OLG Düsseldorf sah kein Recht des Vollstreckungsgläubigers auf Erteilung einer einfachen Ausfertigung (die Voraussetzung für die Erteilung einer Vollstreckungsklausel wäre). Mit der h. M. in Rechtsprechung und Literatur ging es davon aus, dass **§ 51 BeurkG auch die Voraussetzungen regele, unter denen ein Vollstreckungsgläubiger Anspruch auf Erteilung einer Ausfertigung habe** (und sich dies nicht etwa aus § 52 BeurkG ergibt, wie etwa Keidel/Winkler, BeurkG, 14. Aufl. 1999, § 52 BeurkG Rn. 33, vertritt). Da der

Vollstreckungsgläubiger aber in der Urkunde keine Erklärung abgegeben hatte (§ 51 Abs. 1 BeurkG) und die Anweisung zur Erteilung einer Ausfertigung an ihn (§ 51 Abs. 2 BeurkG) vor deren Erteilung bereits widerrufen war, konnte er keine Ausfertigung verlangen.

Anmerkung:

Die Entscheidung verdeutlicht, warum die meisten Grundschuldbestellungsformulare die sofortige Erteilung einer Ausfertigung an den Grundschuldgläubiger vorsehen.

GVG § 17 a; BNotO § 15 Abs. 2; ZPO § 935; FGG § 24 Abs. 3

Verweisung einer Notarbeschwerde von der streitigen Zivilgerichtsbarkeit

Nimmt ein Grundstückskäufer den Urkundsnotar vor der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit auf Vornahme einer Amtshandlung in Anspruch, so ist die Streitigkeit entsprechend § 17a GVG an das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu verweisen, das zur Entscheidung der Notarbeschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO zuständig ist. Wird das Begehen im Wege eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO geltend gemacht, so steht einer Verweisung nicht entgegen, dass das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein selbständiges Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht kennt.

BGH, Beschl. v. 5.4.2001 – III ZB 48/00
Kz.: L III 1 – § 15 Abs. 2 BNotO
Fax-Abruf-Nr.: 1052

Problem

Nachdem der Verkäufer vom Grundstückskaufvertrag zurückgetreten war, beantragte der Notar beim Grundbuchamt die Löschung der für den Käufer bereits eingetragenen Auflassungsvormerkung. Der Käufer beantragte daraufhin beim Landgericht eine **einstweilige Verfügung gegen den Notar** mit dem Antrag, dass dieser den Löschantrag zurücknehmen müsse. Das Landgericht verwies daraufhin auf das im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu führende Verfahren der Notarbeschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO.

Entscheidung

Der BGH bejahte die Zulässigkeit einer Verweisung. Dazu musste er zwei Fragen entscheiden: Bereits bisher war in der Rechtsprechung anerkannt, dass im Verhältnis zwischen freiwilliger Gerichtsbarkeit und ordentlicher streitiger Gerichtsbarkeit die Vorschriften über die Rechtswegverweisung nach §§ 17 - 17b GVG entsprechend anzuwenden sind. Einhellig bejaht wird dies durch sog. echte Streitverfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit; einhellig verneint wird das Amtsverfahren. Strittig war bisher die Verweisungsmöglichkeit bei **Antragsverfahren** (wie insbesondere nach § 15 Abs. 2 BNotO). Der BGH schloss sich der h. M. an, wonach eine Verweisung auch hier zulässig sei. Zwar nehme der Notar im Verfahren nach § 15 Abs. 2 BNotO grundsätzlich nicht die Stelle des Beschwerdegegners ein. Ihm sei aber zumindest die

Stellung eines Verfahrensbeteiligten einzuräumen, wenn er durch die verlangte Amtshandlung in eigenen Rechten beeinträchtigt werden könne (so etwa, wenn er die begehrte Auszahlung vom Notaranderkonto im Hinblick auf eigene Gebührenansprüche verweigere).

Das Ausgangsverfahren war hier auf den Erlass einer einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO gerichtet. In Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (und insbesondere der Notarbeschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO) ist aber ein **Antrag auf einstweilige Anordnung nicht isoliert möglich**, sondern erst nach Einlegung der Beschwerde (OLG Düsseldorf DNotZ 1983, 703, 704). Auch darin sah der BGH jedoch keinen die Rechtswegverweisung hindernden Unterschied.

Aktuelles

Regierungsentwurf Schuldrechtsmodernisierung

Am 9.5.2001 wurde vom Bundeskabinett der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts verabschiedet. Der Entwurf ist auf der Internetseite des Bundesjustizministeriums abrufbar – oder direkt auf der Homepage des DNotI (www.dnoti.de – unter Aktuelles). (Vorsicht beim Ausdrucken: Der Entwurf hat **685 Seiten!**)

Literaturhinweise

Rennen, Günter/Caliebe, Gabriele, Rechtsberatungsgesetz, Verlag C. H. Beck, München 2001, 521 Seiten, 75 DM

Durch das **Urteil des BGH vom 28.9.2000** (DNotZ 2001, 49 = NJW 2001, 70 = WM 2000, 2443) zur Unwirksamkeit eines Geschäftsbesorgungsvertrages im Rahmen eines Bauträgermodells hat das Rechtsberatungsgesetz auch für die notarielle Praxis wieder große Bedeutung erhalten. Dieses Urteil ist in der dritten Auflage des **Standardkommentars von Rennen/Caliebe** leider noch nicht enthalten. Von diesem Zufall des Erscheinungszeitpunkts abgesehen bietet der Kommentar jedoch zuverlässige Hilfestellung, um die Rechtsprechung zu dieser für die meisten Notare doch entlegenen Materie aufzufinden (Alle anderen verfügbaren Kommentare zum Rechtsberatungsgesetz sind bereits mehrere Jahre alt).

Notar a. D. Christian Hertel

Tillmann, Bert/Mohr, Randolph, GmbH-Geschäftsführer-Praktikum, 7. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1999, 325 Seiten, 78 DM

Besser als der bis zur 6. Auflage geführte Titel ("Der Geschäftsführer-Vertrag") lässt der neue Titel "GmbH-Geschäftsführer-Praktikum" Inhalt und Zielgruppe des Buches erkennen: Nur noch ca. ein Drittel des Werkes sind der Gestaltung des Anstellungsverhältnisses, der Vergütung und der Altersversorgung eines GmbH-

Postvertriebsstück: B 08129

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

Geschäftsführers einschl. der steuerlichen Aspekte (auf dem Stand StEntlG 1999/2000/2002) sowie entsprechenden Musterverträgen gewidmet. Schwerpunkt des Buches ist die Darstellung der **Risiken und Pflichten des Geschäftsführers**, insbesondere im Gründungsstadium, im Zusammenhang mit Kapitalerhaltung und (drohender) Insolvenz der GmbH sowie im Steuer-, Sozialversicherungs- und Strafrecht. Im Anschluss an jeden Abschnitt werden Besonderheiten der GmbH & Co. KG behandelt. Konzernrechtliche Besonderheiten bleiben ausgeklammert.

Von Interesse für die notarielle Gestaltung von GmbH-Gesellschaftsverträgen sind die Ausführungen zu Vertretungsmacht und Geschäftsführungsbefugnis. Im Übrigen bietet das Werk dem Notar wesentliche Hinweise zur "umfassenden" Beratung von GmbH-Geschäftsführern jenseits der bloßen Vertragsgestaltung. Vor allem aber kann das sprachlich klar und auch für juristische Laien verständlich geschriebene Buch guten Gewissens jedem Geschäftsführer zur Anschaffung und Lektüre empfohlen werden, damit die GmbH für ihn nicht zur Gesellschaft "mit unbeschränkten Haftungsrisiken" werde.

Notarassessor Dr. Paul Rombach LL.M.

G. Bitter, Zur Haftung des Geschäftsführers aus § 64 Abs. 2 GmbHG für "Zahlungen" nach Insolvenzzreife, WM 2001, 666

W. Böhringer, Schicksal der Grundbuchämter in Württemberg, BWNotZ 2001, 1

S. Frank, Grundlagen zum Immobilienerwerb in Frankreich, MittBayNot 2001, 39

W. Goette, Die Rechtsprechung des BGH zum Gesellschaftsrecht im Jahr 2000, ZNotP 2001, 122

S. Gottwald, Die Besteuerung privater Grundstücksveräußerungsgeschäfte nach § 23 EStG MittBayNot 2001, 8

M. Habersack, Die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR und der akzessorischen Gesellschafterhaftung durch den BGH, BB 2001, 477

C. Hartmann, Das sog. Behindertentestament: Vor- und Nacherbschaftskonstruktion oder Vermächtnisvariante?, ZEV 2001, 89

H. Heckschen/M. Wagner, Zur Anforderung von Kostenvorschüssen durch die Grundbuchämter, NotBZ 2001, 83

E. v. Heymann, Berechnung von Vorfälligkeits- und Nichtabnahmeentschädigung, ZIP 2001, 441

A. Jahn/E. Herfs-Röttgen, Die Europäische Aktiengesellschaft – Societas Europaea, DB 2001, 631

T. Krause, Zuwendung unter Lebenden auf den Todesfall als alternative Gestaltungsmöglichkeit der Vermögensnachfolge, NotBZ 2001, 87

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

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

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

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

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden.

Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 300,00 DM, Einzelheft 13,00 DM, inkl. Versandkosten. Für die

Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

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

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

Verlag:

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

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg