

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

21. Jahrgang  
Dezember 2013  
ISSN 1434-3460

23/2013

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BNotO § 21 Abs. 3 n. F. – Anwendung des § 21 Abs. 3 BNotO n. F. auf Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters; Erteilung notarieller Bescheinigung über Vollmacht, deren Wirksamkeit unter aufschiebender Bedingung (Geschäftsunfähigkeit) steht

BGB § 2290 – Aufhebung eines Erbvertrags; Mitwirkung eines Betreuers; Handeln des Vertragspartners auch als Erblasser

### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB §§ 147 Abs. 2, 308 Nr. 1 – Formulärmäßige Bindungsfrist; 4-wöchige Regelbindungsfrist auch beim Bauträgervertrag

Int. Gesellschaftsrecht; UmwG § 191; AEUV Art. 49, 54 – Grenzüberschreitende Sitzverlegung einer luxemburgischen S. à r. l. nach Deutschland

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### **BNotO § 21 Abs. 3 n. F. Anwendung des § 21 Abs. 3 BNotO n. F. auf Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwal- ters; Erteilung notarieller Bescheinigung über Vollmacht, deren Wirksamkeit unter aufschiebender Bedingung (Geschäftsun- fähigkeit) steht**

#### I. Sachverhalt

Es geht um die Reichweite der notariellen Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO n. F.

1. Es ist noch nicht abschließend geklärt, ob das Grundbuchamt nach Freigabe eines Grundstücks durch den Insolvenzverwalter und Löschung des Insolvenzvermerks aufgrund eines Antrags des Insolvenzgerichts (§ 32 Abs. 3 S. 1 InsO) berechtigt ist, die Freigabe durch den Verwalter in öffentlich beglaubigter Form zu verlangen (so OLG Brandenburg MittBayNot 2013, 76; näher **Gutachten DNotI-Report 18/2013, 145**).

2. Eine Partei möchte aufgrund Vorsorgevollmacht ein Wohnungsrecht löschen lassen. Die Vollmacht wurde jedoch unter der – auch im Außenverhältnis maßgeblichen – aufschiebenden Bedingung der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers erteilt.

#### II. Fragen

1. Kann die vom Grundbuchamt geforderte Freigabe durch den Verwalter in öffentlich beglaubigter Form durch eine Bescheinigung des Notars nach § 21 Abs. 3 BNotO ersetzt werden, dass der Insolvenzschnldner (wieder) verfügungsbefugt ist, wobei sich der Notar auf eine gesiegelte Erklärung des Insolvenzgerichts stützt?

2. Ist der Notar berechtigt, eine Vollmachtsbescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO auszustellen, wenn er sich aufgrund Inaugenscheinnahme oder eines ärztlichen Gutachtens in der Lage sieht, die Geschäftsfähigkeit zu verneinen?

#### III. Zur Rechtslage

##### **1. Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare**

Das Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare vom 26.6.2013 (BGBl. I, S. 1800) ist (im Wesentlichen) **am 1.9.2013 in Kraft getreten** (vgl. Art. 12 Abs. 2 des Gesetzes). Zur Entlastung der Justiz betraut es Notare mit verschiedenen Aufgaben aus dem Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit (s. hierzu auch DNotI-Report 2013, 119). Das Gesetz sieht u. a. vor, dass Notare künftig auch Bescheinigungen über eine durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht, d. h. **Vollmachtsbescheinigungen**, ausstellen dürfen (**§ 21 Abs. 3 BNotO n. F.**). Die notarielle Vollmachtsbescheinigung kann gem. § 34 GBO n. F. und § 12 Abs. 1 S. 3 HGB n. F. im Grundbuch- und Handelsregisterverfahren als Nachweis verwendet werden.

*„Die Notare sind ferner dafür zuständig, Bescheinigungen über eine durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht auszustellen. Der Notar darf die Bescheinigung nur ausstellen, wenn er sich zuvor durch Einsichtnahme in eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Vollmachtsurkunde über die Begründung der Vertretungsmacht vergewissert hat. In der Bescheinigung ist anzugeben, in welcher Form und an welchem Tag die Vollmachtsurkunde dem Notar vorgelegen hat.“*

Der neu gefasste Absatz begründet die **Zuständigkeit** der Notare für notarielle Vollmachtsbescheinigungen und bestimmt zugleich die **Voraussetzungen für die Erteilung** einer solchen Bescheinigung (BT-Drucks. 17/1469, S. 18).

## **2. Keine notarielle Bescheinigung über (entfallene) Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters**

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 21 Abs. 3 BNotO ist die Zuständigkeit nur eröffnet für „Bescheinigungen über eine **durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht**“. Der Wortlaut der Vorschrift steht im Einklang mit der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 17/1469, S. 14, 18). Diese zeigt, dass der Gesetzgeber vor allem die Entlastung der Grundbuchämter und der die Handels- und Partnerschaftsregister führenden Stellen bei langen Vollmachtsketten zum Ziel hatte (BT-Drucks. 17/1469, S. 14):

*„Bei Vollmachtsketten ist der Nachweis der Bevollmächtigung in dieser Weise gegenüber dem Grundbuchamt bzw. der das Handels- und Partnerschaftsregister führenden Stelle aufwändig. Dies spielt insbesondere bei größeren Unternehmen und Konzernen mit stark ausdifferenzierter Hierarchie eine Rolle, bei denen die Vollmacht desjenigen, der die Anmeldung vornimmt, regelmäßig auf eine längere, bis zu den gesetzlichen Vertretern führende Vollmachtskette zurückgeht. [...] Die Bediensteten der Grundbuchämter und der die Handels- und Partnerschaftsregister führenden Stellen werden durch die Zulassung notarieller Vollmachtsbescheinigungen von der Prüfung langer Vollmachtsketten entlastet. Zudem werden die Urkundensammlungen innerhalb der Grundakte bzw. Registerakte und damit auch das Archivgut reduziert [...].“*

Die **Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters ist keine durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht**. Vielmehr wird der Insolvenzverwalter als besonderes Rechtspflegeorgan tätig, das ein ihm übertragenes Amt im eigenen Namen ausübt. Eine **notarielle Zuständigkeit** für die Erstellung einer Bescheinigung über die Verfügungsbefugnis des Schuldners wegen entfallener Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters lässt sich u. E. daher bereits nach dem Wortlauts **nicht aus § 21 Abs. 3 BNotO** ableiten. Eine analoge Anwendung kommt nicht in Betracht, da es sich bei § 21 Abs. 3 BNotO nicht allein um eine verfahrensrechtliche Vorschrift, sondern in erster Linie um eine **Zuständigkeitsnorm** handelt. Die Frage der notariellen Zuständigkeit ist aber der Entscheidung des Gesetzgebers vorbehalten.

Würde der Notar eine **Bescheinigung** über die Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters und spiegelbildlich über die Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners ausstellen, dürfte diese **mangels Zuständigkeit unwirksam** sein.

## **3. Voraussetzungen der Erteilung einer notariellen Vertretungsbescheinigung**

Die zweite Sachverhaltskonstellation unterfällt jedenfalls grundsätzlich dem Anwendungsbereich des § 21 Abs. 3 BNotO, da es um die Bescheinigung über eine durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht geht. Allerdings wollten die Gesetzesverfasser die Voraussetzungen der Vollmacht, auf die sich die Bescheinigung bezieht, nicht ändern. Die notarielle Bescheinigung sollte lediglich die Einreichung umfangreicher Unterlagen zum Nachweis einer Vollmachtskette entbehrlich machen (BT-Drucks. 17/1469, S. 14, Hervorhebung durch die DNotI-Redaktion):

*„Durch den Gesetzentwurf wird die Möglichkeit geschaffen, auch Vollmachten durch eine notarielle Bescheinigung nachzuweisen. Eine notarielle Vollmachtsbescheinigung ist allerdings **nur auf Basis solcher Vollmachten zulässig, die ihrerseits den Anforderungen des Registerverkehrs genügen**. Der Notar muss sich deshalb die **Legitimationskette, die zu der Vollmacht führt, in der Form nachweisen lassen, in der sie gegenüber der das Register führenden Stelle nachzuweisen wäre. Die bisherigen Anforderungen an den Nachweis einer Vollmacht werden somit nicht verringert, es wird nur eine zusätzliche Möglichkeit des Nachweises gegenüber den die Register führenden Stellen geschaffen.**“*

Aufgrund der Gesetzesbegründung und des Normzwecks von § 21 Abs. 3 BNotO dürfte es dem Notar daher verwehrt sein, eine Vorsorgevollmacht, die unter dem „Mangel“ der im Außenverhältnis geltenden Bedingung der Geschäftsunfähigkeit leidet, durch eine notarielle Bescheinigung zu „heilen“. Da die Vollmacht den Anforderungen des Rechtsverkehrs mit den Grundbuchämtern und Registergerichten nicht genügt, hat auch der Notar die Erteilung einer Vollmachtsbescheinigung abzulehnen. Unseres Erachtens **muss der Notar die formalen Anforderungen an den Nachweis der rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht beachten**, sodass er nicht auf ein Geschäftsunfähigkeitszeugnis in der Form des § 29 GBO verzichten kann. Allein die vorgelegte Vollmacht in Verbindung mit den sonstigen Wahrnehmungen des Notars ist u. E. daher keine taugliche Grundlage für eine notarielle Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO n. F.

---

## **BGB § 2290**

### **Aufhebung eines Erbvertrags; Mitwirkung eines Betreuers; Handeln des Vertragspartners auch als Erblasser**

#### **I. Sachverhalt**

Ehegatten haben sich in einem Erbvertrag mit erbvertraglicher Bindung gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Ein Rücktrittsrecht haben sie sich ausdrücklich nicht vorbehalten und auf eine Schlusserbeneinsetzung ausdrücklich verzichtet.

Die Ehefrau ist inzwischen nicht mehr testierfähig. Der Ehemann möchte nunmehr für den Fall, dass er der Erstversterbende sein sollte, seiner Frau entgegen der erbvertraglichen Regelung lediglich einen Nießbrauch am gesamten Nachlass einräumen und die Nichte sowie den Großcousin der Ehefrau zu seinen Erben einsetzen. Hierdurch soll vor allem vermieden werden, dass das nicht unbeträchtliche Vermögen des Ehemannes bei seinem Erstversterben letzt-

lich an die gesetzlichen Erben der Frau fällt. Dies entspricht auch dem Wunsch der Ehefrau, den sie wohl noch selbst artikulieren kann.

## II. Frage

Können die Ehegatten die vertragliche Erbeinsetzung der Ehefrau durch den Ehemann unter Mitwirkung eines Betreuers und Genehmigung des Betreuungsgerichts aufheben, sodass dem Ehemann eine einseitige Verfügung von Todes wegen im vorstehenden Sinne ermöglicht wird?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Abschluss eines Aufhebungsvertrags; Vertretungsmöglichkeiten (§ 2290 BGB)

Nach § 2290 Abs. 1 S. 1 BGB kann ein Erbvertrag sowie eine einzelne vertragsmäßige Verfügung durch Vertrag von den Personen aufgehoben werden, die den Erbvertrag abgeschlossen haben. Der **Erblasser kann den Aufhebungsvertrag nur persönlich schließen (§ 2290 Abs. 2 S. 1 BGB)** und muss hierfür geschäftsfähig sein. Eine Vertretung durch den gesetzlichen Vertreter oder einen Bevollmächtigten scheidet aus.

Für den **anderen Vertragsteil** gelten hingegen die Vorschriften der allgemeinen Rechtsgelehrtenlehre, insbesondere §§ 104 ff. BGB. Ein Geschäftsunfähiger kann somit selbst keinen Aufhebungsvertrag schließen. Allerdings **darf sich** der Vertragspartner des Erblassers nach Maßgabe der §§ 164 ff. BGB **vertreten lassen**. Falls er gem. §§ 1773 ff. BGB unter Vormundschaft steht oder die Aufhebung gem. §§ 1896 ff. BGB in den Aufgabenkreis seines Betreuers fällt, ist auf seiner Seite jedoch eine familien- bzw. betreuungsgerichtliche **Genehmigung erforderlich** (vgl. Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2290 Rn. 7). Dies ergibt sich aus **§ 2290 Abs. 3 S. 3 BGB**.

### 2. Vertretung des anderen Vertragsteils

Im vorliegenden Fall soll die **Ehefrau**, die selbst erbvertragliche Verfügungen getroffen hat und somit grundsätzlich **(ebenfalls) Erblasserin i. S. v. § 2290 Abs. 2 S. 1 BGB** ist, nicht an der Aufhebung ihrer eigenen erbvertraglichen Verfügungen, sondern „nur“ an der **Aufhebung der bindenden Erbeinsetzung durch ihren Mann** mitwirken. Somit ist auf den ersten Blick unklar, ob die Ehefrau konkret als Erblasserin zu qualifizieren ist – mit der Folge des Höchstpersönlichkeitserfordernisses nach § 2290 Abs. 2 S. 1 BGB – oder mangels Betroffenheit in eigenen Verfügungen von Todes wegen als anderer Teil, sodass eine Stellvertretung in Betracht käme.

#### a) Meinungsbild

Hinsichtlich der Vertretung des anderen Vertragsteils bei einem Aufhebungsvertrag differenzieren Rechtsprechung und Literatur nicht danach, ob der Vertrag eigene vertragliche Verfügungen des anderen Teils betrifft oder nicht. Vielmehr wird eine **Vertretung nur bei demjenigen Vertragsteil zugelassen, der nicht zugleich Erblasser ist**, also nicht selbst vertragsmäßige Verfügungen im Erbvertrag getroffen hat (vgl. Staudinger/Kanzleiter, BGB, Neubearb. 2013, § 2290 Rn. 10, 12; BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.11.2013, § 2290 Rn. 4; J. Mayer, in: Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, § 2290 BGB Rn. 18; MünchKommBGB/Musielak, 6. Aufl. 2013, § 2290 Rn. 6; Palandt/Weidlich, BGB, 73. Aufl. 2014, § 2290 Rn. 2).

Demnach **könnte sich** die zwischenzeitlich geschäftsunfähige **Ehefrau** bei Abschluss des Aufhebungsvertrags **nicht** durch einen Betreuer **vertreten lassen**, da sie am Erbvertrag auch als Erblasserin mitgewirkt hat.

#### b) Stellungnahme

Sämtliche vorgenannten Stellungnahmen **scheinen** indes **vorauszusetzen, dass** der Erbvertrag **vollständig aufgehoben wird**. Unter diesen Umständen handeln beide (bzw. alle) Vertragsteile – wenn man so will – zugleich als Erblasser und als anderer Teil und ist deshalb das Höchstpersönlichkeitsgebot des § 2290 Abs. 2 S. 1 BGB zu beachten. Etwas anderes könnte aber gelten, wenn es – wie vorliegend – nur um die Aufhebung der erbvertraglichen Verfügung eines Vertragsteils geht, denn dann wird nur in dessen Rechtsnachfolge von Todes wegen eingegriffen. Die **Erbfolge nach der Ehefrau** lässt der Aufhebungsvertrag **unberührt**, sodass *prima facie* deren höchstpersönliches Handeln (auch im Lichte des § 2065 Abs. 2 BGB) evtl. entbehrlich ist.

Diese Betrachtung lässt aber außer Acht, dass es sich bei dem von den Ehegatten geschlossenen **gegenseitigen Erbvertrag** um ein **einheitliches Rechtsgeschäft** handelt und eben nicht um zwei isolierte, einseitige Erbverträge, bei denen das Höchstpersönlichkeitsgebot des § 2290 Abs. 2 S. 1 BGB nur für den jeweiligen Erblasser Geltung beansprucht. Der enge sachliche Zusammenhang der getroffenen erbvertraglichen Verfügungen zeigt sich auch in der **Verknüpfung gem. § 2298 BGB**.

Daher gehen wir davon aus, dass hinsichtlich der Vertretungsmöglichkeit nicht auf die einzelne zu ändernde Verfügung abzustellen ist (Einzelbetrachtung), sondern auf die Art der Beteiligung am Erbvertrag insgesamt (**Gesamtbetrachtung**).

### 3. Genehmigungsfähigkeit eines etwaigen Aufhebungsvertrags

Sofern man dennoch eine Vertretung der geschäftsunfähigen Ehefrau durch einen Betreuer für zulässig hielte, bedürfte der Aufhebungsvertrag gem. § 2290 Abs. 3 S. 3 BGB der Genehmigung des Betreuungsgerichts. Da die geschäftsunfähige Ehefrau aufgrund des Aufhebungsvertrags die ihr zuge dachte Position als unbeschränkte Alleinerbin verlieren soll, ist die **Änderung für sie mit rechtlichen und wirtschaftlichen Nachteilen verbunden**. Eine **Genehmigung** des Vertrags wäre daher eher **unwahrscheinlich**.

### 4. Ergebnis

Sollen nur einzelne der in einem gegenseitigen Erbvertrag getroffenen vertragsmäßigen Verfügungen aufgehoben werden, ist u. E. auch eine Vertretung desjenigen Vertragsteils gem. § 2290 Abs. 2 S. 1 BGB unzulässig, dessen letztwillige Verfügung nicht von der Aufhebung betroffen ist.

## Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

### HGB § 12; UmwG § 19

**Anmeldung einer zukünftigen Tatsache; Verschmelzung einer 100%igen Tochter-GmbH auf ihre Mutter-GmbH; Vertragsabschluss und Zustimmungsbeschlüsse erst nach Unterzeichnung der Anmeldung durch die Geschäftsführer**

Abruf-Nr.:

### Int. Gesellschaftsrecht

**Cayman Islands: Vertretungsbescheinigung für eine Corporation mit Sitz auf den Cayman Islands**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

### BGB §§ 147 Abs. 2, 308 Nr. 1

**Formulärmäßige Bindungsfrist; 4-wöchige Regelbindungsfrist auch beim Bauträgervertrag**

a) **Auch bei finanzierten und beurkundungsbedürftigen Bauträgerverträgen kann der Eingang der Annahmeerklärung regelmäßig innerhalb eines Zeitraums von vier Wochen erwartet werden (§ 147 Abs. 2 BGB; Fortführung von Senat, Urteil vom 11. Juni 2010 – V ZR 85/09, NJW 2010, 2873).**

b) **Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nach denen der den Abschluss eines Bauträgervertrags Antragende an sein Angebot länger als drei Monate gebunden ist, sind stets mit § 308 Nr. 1 BGB unvereinbar.**

c) **Die auf der Anwendung der bereicherungsrechtlichen Saldotheorie beruhende Zug um Zug-Verurteilung hindert nicht die Zuerkennung von Prozesszinsen.**

BGH, Urt. v. 27.9.2013 – V ZR 52/12

Abruf-Nr.: **11105R**

### Problem

Mit Urteil vom 11.6.2010 (DNotI-Report 2010, 142 = DNotZ 2010, 913) hatte der V. Zivilsenat des BGH bei finanzierten und beurkundungsbedürftigen Verträgen über den Erwerb einer fertiggestellten Eigentumswohnung, deren Abschluss eine Bonitätsprüfung vorausgeht, eine Frist von 4 Wochen für den Eingang der Annahmeerklärung als angemessen erachtet. In einem *obiter dictum* hatte der Senat bezweifelt, ob bei Bauträgerverträgen etwas anders gelte. In Rechtsprechung und Literatur wird nicht erst seit dieser Entscheidung lebhaft darüber diskutiert, ob bei einem Angebot betreffend den Erwerb einer noch zu errichtenden Immobilie eine längere Regelbindungsfrist anzuerkennen

ist (vgl. zuletzt OLG Dresden DNotZ 2012, 374; OLG Nürnberg MittBayNot 2012, 461 als Vorinstanz zur vorliegenden Entscheidung).

Anders als noch im Urteil vom 11.6.2010 war vorliegend die Frage der Regelbindungsfrist beim Bauträgervertrag streitentscheidend. Mit notarieller Erklärung vom 17.8.2004 hatte der Kläger gegenüber der Beklagten ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags über eine Eigentumswohnung in einem noch zu sanierenden Mehrfamilienhaus zum Preis von 103.500 € abgegeben. Darin heißt es u. a.:

*„Ich biete hiermit der E. ... den Abschluss des in der Anlage zu dieser Urkunde beinhalteten Kaufvertrages an, an das ich mich bis zum Ablauf des 31. Dezember 2004 unwiderruflich gebunden halte. Nach Ablauf der Frist erlischt das Angebot nicht von selbst, kann jedoch von dem Anbietenden schriftlich widerrufen werden.“*

Mit notarieller Erklärung vom 18.10.2004 hatte die Beklagte das Angebot angenommen. Nach Zahlung des Kaufpreises und erklärter Auflassung war der Kläger als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen worden.

Der Kläger begehrte von der Beklagten u. a. die Rückzahlung des Kaufpreises nebst Zinsen seit Rechtshängigkeit, Zug um Zug gegen Rückübertragung des lastenfreien Wohnungseigentums, und die Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten, da wegen verspäteter Annahme des Angebots kein wirksamer Vertrag zustande gekommen sei. Das Landgericht und das Oberlandesgericht haben der Klage im Wesentlichen stattgegeben.

### Entscheidung

Die von der Beklagten eingelegte Revision ist nach Ansicht des BGH unbegründet. Zu Recht bejahe das Berufungsgericht einen bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsanspruch, da die Kaufpreiszahlung mangels wirksamen Vertragsschlusses ohne Rechtsgrund erfolgt sei. Zwar habe die Beklagte die Annahme innerhalb der im Angebot enthaltenen Bindungsfrist erklärt, doch sei die Klausel betreffend die Bindungsfrist nach § 308 Nr. 1 BGB unwirksam und folglich gem. § 306 Abs. 2 BGB durch die gesetzliche Frist nach § 147 Abs. 2 BGB zu ersetzen. Danach geschah die Annahme des Angebots nicht rechtzeitig, weil Letzteres in diesem Zeitpunkt bereits gem. § 146 BGB erloschen war.

Bei der Bindungsklausel handele es sich um eine von der Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung i. S. v. § 305 Abs. 1 BGB, die der Inhaltskontrolle am Maßstab des § 308 Nr. 1 BGB unterliege. Unter Berücksichtigung der für den Vertragsgegenstand typischen Umstände ergebe die konkrete Abwägung der Interessen der Verhandlungspartner, dass die im Angebot enthaltene **Bindungsfrist von 4 Monaten und 2 Wochen den Kläger unangemessen lang in seiner Dispositionsfreiheit beeinträchtigt** habe und deshalb nach § 308 Nr. 1 BGB unwirksam sei. Die Frist gehe nämlich wesentlich über den in § 147 Abs. 2 BGB bestimmten Zeitraum hinaus, ohne dass ein schutzwürdiges Interesse der Beklagten hieran ersichtlich sei, das Vorrang vor dem Interesse des Klägers am baldigen Wegfall seiner Bindung habe.

**Ausgangspunkt** für die Prüfung der Unangemessenheit nach § 308 Nr. 1 sei die nach § 147 Abs. 2 BGB zu bestimmende **gesetzliche Annahmefrist**. Bei der Bemessung gelte ein **objektiver Maßstab** (Zeit für Ermittlung des

Antrags, Bearbeitungs- und Überlegungszeit, Zeit für Übermittlung der Antwort). Vor diesem Hintergrund erachtet der Senat **bei Bauträgerverträgen** ebenfalls eine **Bindungsfrist von 4 Wochen** als **regelmäßig angemessen**. Nach der Verkehrsanschauung könne man nicht davon ausgehen, dass ein Bauträger typischerweise beabsichtige, erst dann über die Annahme des Angebots zu entscheiden, wenn ihm auch für einen Großteil der übrigen Einheiten des Projekts bindende Angebote vorlägen. Ob die Realisierung eines Bauprojekts eine solche Platzierungsphase erfordere, hänge von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere von der Finanzkraft des Bauträgers und den Vermarktungschancen des Vorhabens. Selbst bei Vorhaben, denen eine solche Phase vorausgehe, sei das Interesse des Bauträgers an einer längeren Bindung nicht durchgängig und damit typischerweise vorhanden. Sobald nämlich die geforderte Abverkaufsquote erreicht und damit die Finanzierung gesichert sei, entfalle das Interesse bei allen nachfolgenden Angeboten.

**Ob** bei Bestimmung der i. S. d. § 308 Nr. 1 BGB angemessenen Frist **im konkreten Fall absehbare Verzögerungen zu berücksichtigen** sind oder insoweit allein eine generalisierende und typisierende Betrachtung geboten ist, **konnte der BGH offenlassen**. Der Parteivortrag ergibt aus seiner Sicht nämlich nichts dafür, dass der Kläger wusste oder absehen konnte, dass die Beklagte für die Annahme eine längere Zeit benötigte, als er unter regelmäßigen Umständen erwarten durfte. Insbesondere wurde er nicht darüber informiert, dass der Beklagten vor der Annahme zunächst Angebote zum Erwerb sämtlicher Einheiten vorliegen müssten. Der bloße Charakter des Projekts als steuerbegünstigte Kapitalanlage i. S. v. § 7i EStG genüge insoweit nicht.

Gehe die Bindungsfrist – wie vorliegend – wesentlich über den in § 147 Abs. 2 bestimmten Zeitraum hinaus, führe dies nur dann nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung, wenn der Verwender hierfür ein **schutzwürdiges Interesse** geltend machen könne, hinter dem das Interesse des Kunden am baldigen Wegfall seiner Bindung zurückstehen müsse. Das ist bei einer Bindungsfrist von 4 Monaten und 2 Wochen nach Ansicht des Senats niemals der Fall. Zwar dürften die Arbeiten mit Blick auf die mit dem Erwerb erstrebten Steuervorteile erst nach Vertragsschluss beginnen (§ 7i Abs. 1 S. 5 EStG). Auch hänge die Durchführbarkeit des Gesamtprojekts von der Gesamtfinanzierung ab, die erst nach Abverkauf einer Mindestanzahl von Wohnungen gesichert sei, und liege schließlich die Sicherung der Durchführung des Gesamtvorhabens im wohlverstandenen Interesse sämtlicher Erwerber. Selbst wenn man jedoch aus diesen Gründen ein schutzwürdiges Interesse des Bauträgers an der späten Angebotsannahme bejahen sollte, sei eine **derart lange Bindungsfrist nicht gerechtfertigt**. Denn während dieses Zeitraums verliere der Anbietende seine Dispositionsfreiheit bzgl. der Anlageentscheidung vollständig; er könne sich insbesondere nicht nach einem anderen Objekt umsehen und sich damit die Steuervorteile für das laufende Jahr sichern. Demgegenüber sei der Verkäufer völlig frei in seiner Entscheidung über die Angebotsannahme und könne etwa auch deshalb von einer Annahme absehen, weil ein anderer Interessent später bereit sei, einen höheren Preis zu bezahlen. **Selbst wenn sich also ein schutzwürdiges Interesse des Bauträgers** an der über die Regelbindungsfrist von 4 Wochen hinausgehenden Bindung **bejahen ließe**, hinter dem das Interesse des Antragenden an einer kurzen Bindung zurückstehen müsste (was der BGH vorliegend ausdrücklich offenlässt), **dürfte die Bindungsfrist laut BGH keinesfalls länger als 3 Monate sein**. Ohne diese zeitliche

Begrenzung der Frist sei der notwendige Ausgleich der beiderseitigen Interessen nicht möglich. Halte der Bauträger diese Frist nicht für ausreichend, müsse er sich für einen einaktigen Vertragsschluss entscheiden und versuchen, seine Interessen z. B. durch **Vereinbarung einer Rücktrittsklausel** zu wahren.

An die Stelle der unwirksamen Bindungsfrist tritt nach Ansicht des Senats die gesetzliche Regelbindungsfrist des § 147 Abs. 2 BGB, mit der Folge, dass die Annahme zu spät kommt und gem. § 150 Abs. 1 BGB als neues Angebot gilt, das der Kläger weder schlüssig noch stillschweigend angenommen hat. Abschließend stellt der Senat noch fest, dass der Bereicherungsanspruch, welcher der **10-jährigen Verjährungsfrist des § 196 BGB** unterliegt, noch nicht verjährt ist. Ein Anspruchsausschluss gem. § 814 BGB komme nicht in Betracht. Ebenso wenig verstoße die Geltendmachung des Bereicherungsanspruchs durch den Kläger gegen Treu und Glauben (keine Verwirkung und auch keine unzulässige Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens).

---

## Int. Gesellschaftsrecht; UmwG § 191; AEUV Artt. 49, 54 Grenzüberschreitende Sitzverlegung einer luxemburgischen S. à r. l. nach Deutschland

**Aus der Niederlassungsfreiheit nach Artt. 49, 54 AEUV (vgl. Entscheidung des EuGH in der Rechtssache VA-LE) folgt die Zulässigkeit einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung einer luxemburgischen S. à r. l. nach Deutschland unter identitätswahrender Umwandlung in die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft nach deutschem Recht.** (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Nürnberg, Beschl. v. 19.6.2013 – 12 W 520/13  
Abruf-Nr.: **11106R**

### Problem

Gegenstand des Verfahrens war die Eintragung einer (deutschen) GmbH in das Handelsregister. Die Gesellschaft war ursprünglich als Société à responsabilité limitée (S. à r. l. – Gesellschaft mit beschränkter Haftung) nach luxemburgischem Recht gegründet und mit statutarischem Sitz in Luxemburg im Handelsregister des Großherzogtums Luxemburg eingetragen worden. Im Jahre 2011 hielten beide Gesellschafter der S. à r. l. eine Gesellschafterversammlung ab und beschlossen, den Gesellschafts- und Verwaltungssitz der S. à r. l. von Luxemburg nach Erlangen zu verlegen.

Die **Sitzverlegung** sollte **identitätswahrend** mit Unterstellung der Gesellschaft unter das deutsche GmbH-Recht erfolgen. Hierzu wurde zur Urkunde eines Luxemburger Notars Beschluss über den Formwechsel in eine deutsche GmbH, die korrespondierende Firmenänderung und eine neue Satzung gefasst. Im Februar 2012 wurde die Gesellschaft im luxemburgischen Handelsregister mit der Begründung gelöscht, der Gesellschaftssitz sei nach Deutschland verlegt worden.

Im Oktober 2012 wiederholten die Gesellschafter die vorgenannten Beschlüsse zur Urkunde eines deutschen Notars, insbesondere beschlossen sie nochmals die Satzung der deutschen GmbH. Anschließend meldete der Notar die Gesellschaft unter Beifügung der Protokolle der Ge-

sellschaferversammlungen, eines Sachgründungsberichts und einer Gesellschafterliste zur Eintragung in das deutsche Handelsregister an.

Das Handelsregister wies den Eintragungsantrag zurück. Der Notar legte hiergegen Beschwerde ein und berief sich auf die Entscheidung des EuGH vom 12.7.2012 in Sachen VALE (NJW 2012, 2715).

### Entscheidung

Noch am 13.2.2012 hatte das OLG Nürnberg in einer anderen Angelegenheit die Möglichkeit des identitätswahrenden Zuzugs aus Luxemburg verneint (DNotI-Report 2012, 58 = NotBZ 2012, 180). Im vorliegenden Verfahren gab das OLG der Beschwerde statt. Nun ist es der Auffassung, die **grenzüberschreitende Verlegung des Sitzes einer Kapitalgesellschaft von Luxemburg nach Deutschland** und der **damit einhergehende Formwechsel** in eine entsprechende Gesellschaftsform des deutschen Rechts seien **auf Grundlage der VALE-Entscheidung des EuGH zuzulassen**.

Nach dem **Äquivalenzprinzip** dürfe das Registergericht die formwechselnde Umwandlung einer luxemburgischen Gesellschaft in eine GmbH deutschen Rechts nicht schlechter behandeln als die Umwandlung eines nach deutschem Recht errichteten Rechtsträgers. Auf das Verfahren seien daher die **§§ 190 ff. UmwG entsprechend anzuwenden**. § 1 Abs. 1 UmwG sei europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass die unter die Niederlassungsfreiheit fallenden Gesellschaften den Gesellschaften „mit Sitz im Inland“ gleichgestellt seien. Demzufolge sei auch eine nach luxemburgischem Recht gegründete S. à r. l. als „Kapitalgesellschaft“ i. S. v. § 191 Abs. 1 Nr. 2 UmwG zu qualifizieren.

Die **Löschung des Ausgangsrechtsträgers im luxemburgischen Handelsregister stehe** dem Umwandlungsvorgang **nicht entgegen**, da diese ausschließlich wegen der grenzüberschreitenden Sitzverlegung erfolgt sei. Anderenfalls sei eine formwechselnde grenzüberschreitende Umwandlung in der vorliegenden und in vergleichbaren Konstellationen nicht möglich. Der Formwechsel sei entsprechend § 198 UmwG zum deutschen Handelsregister anzumelden. Zwar sei grundsätzlich ein Umwandlungsbericht erforderlich – aufgrund der Zustimmung der Gesellschafter im vorliegenden Fall aber entbehrlich. Der Umwandlungsbeschluss habe die in §§ 193 f., 240 UmwG aufgestellten Anforderungen zu erfüllen.

Die in § 198 Abs. 2 S. 2-5 UmwG statuierte **Reihenfolge für die Eintragungen** wurde vorliegend **nicht eingehalten**. Insbesondere wurde die Gesellschaft in Luxemburg bereits zu einem Zeitpunkt gelöscht, in dem sie im deutschen Handelsregister noch nicht eingetragen war. Das OLG ist jedoch der Ansicht, dass das **luxemburgische Registeramt** nicht an die verfahrensrechtlichen Grundsätze des deutschen UmwG gebunden ist, sondern **nach seiner eigenen lex fori verfährt**. § 198 Abs. 2 UmwG komme daher allenfalls entsprechend zur Anwendung. Insoweit hielt das OLG für ausreichend, dass die Löschung unter ausdrücklichem Hinweis auf die Sitzverlegung nach Deutschland erfolgt war.

An einer abschließenden Entscheidung über die Eintragung sah sich das OLG gehindert, denn das Handelsregister habe noch zu prüfen, ob das **Vorhandensein eines ausreichenden Stammkapitals** schlüssig dargelegt sei.

### Anmerkung

Neben der – soweit ersichtlich erstmaligen – Anerkennung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung hat das OLG Nürnberg auch über die **Frage der anzuwendenden Verfahrensregeln** entschieden. Es hat die entsprechende Anwendung der §§ 190 ff. UmwG zugrunde gelegt, ohne sich dabei näher mit den Vorschlägen in der deutschen **Literatur** auseinanderzusetzen, die angesichts der Besonderheiten der grenzüberschreitenden Umwandlung eine **entsprechende Anwendung der Regeln zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften** in der Richtlinie über die internationale Verschmelzung und der SE-VO befürworten (z. B. Verse, ZEuP 2013, 458, 484 ff.; Teichmann/Ptak, RIW 2010, 817, 820; Bayer/Schmidt, ZHR 173 (2009), 735, 764; Wicke, DStR 2012, 1756; Lutter/Drygala, in: Lutter, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 1 Rn. 19).

Im Übrigen bleibt **offen, ob nicht zumindest beim Wegzug einer deutschen Gesellschaft in das Ausland die Regeln zum Schutz der Minderheitsgesellschafter, Arbeitnehmer und Gläubiger** bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung **entsprechend heranzuziehen** sind.

## Literaturhinweise



**Postvertriebsstück: B 08129**

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

---

## Veranstaltungen

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter **www.dnoti.de**.

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19  
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225  
E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: 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. Sebastian Herrler

**Redaktion:** Dr. Simon Blath

**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 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, 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  
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg