

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

24. Jahrgang  
Juli 2016  
ISSN 1434-3460

14/2016

## Inhaltsübersicht

### Aktuelles

EUGüVO; EUPartVO – Verabschiedung der Europäischen Güterrechtsverordnungen

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AktG §§ 296 Abs. 1, 294, 295 – Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zwischen Aktiengesellschaft (Obergesellschaft, herrschende Gesellschaft) und GmbH (Untergesellschaft, beherrschte Gesellschaft); rückwirkende Aufhebung; unterjährige Aufhebung

### Gutachten im Abrufdienst

### Rechtsprechung

BGB §§ 242, 307, 309 Nr. 8 lit. b sublit. ff, 633 Abs. 1, 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 u. 3, 640 Abs. 1; WEG §§ 10 Abs. 2, 21 Abs. 5 Nr. 2 – Unwirksamkeit von Abnahmeklauseln für Nachzügler-Erwerber in Bauträgerverträgen

### Literaturhinweise

### Veranstaltungen

## Aktuelles

### EUGüVO; EUPartVO Verabschiedung der Europäischen Güterrechtsverordnungen

Am 24.6.2016 hat der Rat der Europäischen Union die **Verordnung (EU) 2016/1103** zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen **in Fragen des ehelichen Güterstands** verabschiedet (ABl. EU 2016, L 183/1). Gleichzeitig hat der Rat mit der Verordnung (EU) 2016/1104 in einem Parallelrechtsakt eine Verordnung über die **güterrechtlichen Wirkungen eingetragener Partnerschaften** erlassen (ABl. EU 2016, L 183/30).

Der Text der Verordnungen kann abgerufen werden unter <http://www.dnoti.de/arbeitshilfen-kopie/> in dem Ordner „IPR und ausländisches Recht“ unter dem Stichwort „Europäische Güterrechtsverordnungen“.

Die **Ehegüterrechtsverordnung (EUGüVO)** und die **Verordnung über die güterrechtlichen Wirkungen eingetragener Partnerschaften (EUPartVO)** sind fast inhaltsgleich. Die folgenden Ausführungen zur EUGüVO gelten daher sinngemäß auch für die EUPartVO, soweit nicht anders angegeben.

### 1. Teilnehmende Mitgliedstaaten

Maßnahmen auf dem Gebiet des internationalen Familienrechts unterliegen einem Einstimmigkeitsvorbehalt (vgl. Art. 81 Abs. 3 AEUV). Weil sich die Mitgliedstaaten nicht zuletzt wegen der Behandlung eingetragener Partnerschaften auf kein gemeinsames Vorgehen verständigen konnten, waren die beiden Verordnungen zunächst gescheitert. Daraufhin haben 18 Mitgliedstaaten die beiden Rechtsakte im Wege der Verstärkten Zusammenarbeit eingeführt. An der Verordnung nehmen **alle Mitgliedstaaten** teil **mit Ausnahme von Großbritannien, Irland, Dänemark, Estland, Lettland, Litauen, Polen, Rumänien, der Slowakei und Ungarn**. Die nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten sind im Kontext der Verordnungen wie Drittstaaten zu behandeln.

### 2. Gesetzssystematik/Inhalt

Die EUGüVO ähnelt in ihrer Systematik stark der Europäischen Erbrechtsverordnung (EUErbVO). Der Verordnung ist ein kurzes Kapitel über Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen vorangestellt (Kap. I, Art. 1-3). Es folgt ein Kapitel zur gerichtlichen Zuständigkeit (Kap. II, Art. 4-19). Das Kap. III enthält Bestimmungen zum anwendbaren Recht (Art. 20-35). Die Vorschriften zur Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen (Kap. IV, Art. 36-57) sowie zu öffentlichen Urkunden und gerichtlichen Vergleichen (Kap. V, Art. 58-60) komplettieren das internationale Güterverfahrensrecht. Das Kap. VI über die Schlussbestimmungen und allgemeinen Bestimmungen (Art. 61-70) bildet den Abschluss der Verordnung.

### 3. Zeitlicher Anwendungsbereich

Die EUGüVO tritt zwar bereits am 28.7.2016 in Kraft (Art. 70 Abs. 1 EUGüVO). Sie ist jedoch erst **ab dem 29.1.2019** anwendbar (Art. 69 Abs. 1 EUGüVO). Besonderheiten gelten für die Bestimmungen über das anwendbare Recht: Die **Güterkollisionsnormen** der EUGüVO gelten nur, wenn die Ehegatten **nach dem 29.1.2019** (ab dem 30.1.2019) die **Ehe geschlossen** oder nach diesem Datum eine güterrechtliche Rechtswahl getroffen haben (Art. 69 Abs. 3 EUGüVO).

### 4. Sachlicher Anwendungsbereich

Die EUGüVO gilt für Fragen des ehelichen Güterstands (Art. 1 Abs. 1 EUGüVO). Der Begriff wird in Art. 3 Abs. 1 lit. a EUGüVO näher definiert: Er erfasst „**sämtliche vermögensrechtlichen Regelungen, die zwischen den Ehegatten und in ihren Beziehungen zu Dritten aufgrund der Ehe oder der Auflösung der Ehe gelten**“. Angesichts dieser weiten Definition ist davon auszugehen, dass das Güterstatut auch vermögensrechtliche Fragen der allgemeinen Ehwirkungen regelt. Welche Bereiche u. a. zum Güterstatut gehören, ergibt sich auch aus Art. 27 EUGüVO. Dazu zählen etwa Verfügungsbeschränkungen (vgl. Art. 27 lit. d EUGüVO) und die Wirkungen des Güterrechts auf ein Rechtsverhältnis mit Dritten (vgl. Art. 27 lit. f EUGüVO; s. ferner die Verkehrsschutznorm in Art. 28 EUGüVO).

Vom Anwendungsbereich der Verordnung sind **einige Fragen ausgenommen**. Dies gilt namentlich für das Bestehen, die Gültigkeit oder die Anerkennung der Ehe (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. b EUGüVO). Insoweit handelt es sich um eine Vorfrage, deren Beantwortung dem mitgliedstaatlichen Kollisionsrecht überlassen bleibt (vgl. Erwägungsgründe 21, 17 EUGüVO). Ebenfalls vom Anwendungsbereich ausgenommen sind die Rechtsnachfolge nach dem Tod eines Ehegatten (Art. 1 Abs. 2 lit. d EUGüVO), der Versorgungsausgleich (Art. 1 Abs. 2 lit. f EUGüVO), die Art der dinglichen Rechte (Art. 1 Abs. 2 lit. g EUGüVO) sowie die Voraussetzungen für die Eintragung von Rechten in Registern und deren Wirkungen (Art. 1 Abs. 2 lit. h EUGüVO).

### 5. Objektive Anknüpfung

Haben die Ehegatten keine Rechtswahl getroffen, bestimmt sich das anwendbare Recht nach einer Anknüpfungsleiter. Im Vergleich zu den derzeit geltenden Artt. 15, 14 EGBGB ergeben sich einige Änderungen:

Nach **Art. 26 Abs. 1 lit. a EUGüVO** unterliegt der eheliche Güterstand primär **nicht mehr dem gemeinsamen Heimatrecht** der Ehegatten, sondern dem Recht des Staates, in dem die Ehegatten **nach der Eheschließung ihren ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt** haben. Dass die Ehegatten bereits im Zeitpunkt der Eheschließung ihren Aufenthalt in ein und demselben Staat haben, ist nicht erforderlich. Unklar bleibt, ob die Anknüpfung nach Art. 26 Abs. 1 lit. a EUGüVO einer zeitlichen Grenze unterliegt. Erwägungsgrund 49 S. 2 EUGüVO spricht davon, dass der erste gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt „kurz“ nach der Eheschließung gemeint ist, ohne dies näher zu konkretisieren.

**Hilfsweise** wird an die **gemeinsame Staatsangehörigkeit** angeknüpft (Art. 26 Abs. 1 lit. b EUGüVO). Fehlt eine gemeinsame Staatsangehörigkeit, kommt es auf die gemeinsame engste Verbindung an (Art. 26 Abs. 1 lit. c EUGüVO).

### 6. Unwandelbarkeit des Güterstatuts

Das Güterstatut ist unwandelbar. Damit hat sich der bisherige Regelungsansatz des deutschen Kollisionsrechts auf europäischer Ebene durchgesetzt. Der Grundsatz der Unwandelbarkeit erfährt jedoch in **Art. 26 Abs. 3 EUGüVO** eine **Durchbrechung**. Hiernach kann das für Fragen des ehelichen Güterstands zuständige Gericht auf Antrag eines der Ehegatten entscheiden, dass ein anderes Recht als das gem. Art. 26 Abs. 1 lit. a EUGüVO maßgebliche anzuwenden ist, wenn (a) die Ehegatten ihren letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt in dem anderen Staat über einen erheblich längeren Zeitraum als im Staat des ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts hatten und (b) beide Ehegatten auf das Recht dieses anderen Staates bei der Regelung oder Planung ihrer vermögensrechtlichen Beziehungen vertraut hatten. Die Ausweichklausel ist nicht anwendbar, wenn die Ehegatten vor der Begründung ihres letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts in dem anderen Staat eine Vereinbarung über den ehelichen Güterstand getroffen haben (Art. 26 Abs. 3 UAbs. 4 EUGüVO).

### 7. Rechtswahl

Wie andere EU-Kollisionsrechtsakte lässt auch die EUGüVO **weitgehende Rechtswahlmöglichkeiten** zu. **Art. 22 Abs. 1 EUGüVO** bestimmt, dass die Ehegatten oder künftigen Ehegatten als Recht ihres ehelichen Güterstands das Recht folgender Staaten wählen können (Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

„(a) *das Recht des Staates, in dem die **Ehegatten** oder **künftigen Ehegatten** oder **einer von ihnen** zum Zeitpunkt der Rechtswahl ihren/seinen **gewöhnlichen Aufenthalt** haben/hat, oder*

*(b) das Recht eines Staates, dessen **Staatsangehörigkeit** **einer der Ehegatten** oder **künftigen Ehegatten** zum Zeitpunkt der Rechtswahl besitzt.*“

Der Kreis der wählbaren Rechte entspricht dem in Art. 15 Abs. 2 EGBGB, allerdings mit einer wichtigen Einschränkung: Die EUGüVO lässt es nicht zu, dass die Ehegatten für unbewegliches Vermögen das Recht des Lageorts wählen (vgl. bislang Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB). Die Verordnung ist vom Grundsatz der **Vermögenseinheit** beherrscht. Eine Vermögensspaltung können die Ehegatten selbst durch Rechtswahl nicht begründen (Art. 21 EUGüVO).

Die EUGüVO erlaubt **auch künftigen Ehegatten** eine **Rechtswahl**. Damit stellt sie klar, dass Verlobte bereits in einem Ehevertrag vor Eheschließung eine Rechtswahl treffen können.

Wenn einer oder beide Ehegatten eine **mehrfache Staatsangehörigkeit** haben, fragt sich, auf welche Staatsangehörigkeit es für die Zulässigkeit der Rechtswahl ankommt. Die Verordnung selbst enthält dazu keine ausdrückliche Regelung. Wichtige Hinweise lassen sich jedoch Erwägungsgrund 50 entnehmen (Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

„*Wird in dieser Verordnung auf die Staatsangehörigkeit als Anknüpfungspunkt verwiesen, so handelt es sich bei der Frage nach der Behandlung einer Person mit **mehrfacher Staatsangehörigkeit** um eine **Vorfrage**, die nicht in den Anwendungsbereich dieser Verordnung fällt; sie sollte*

sich weiterhin **nach nationalem Recht**, einschließlich der anwendbaren Übereinkommen, richten, wobei die allgemeinen Grundsätze der Union uneingeschränkt einzuhalten sind. Diese Behandlung sollte **keine Auswirkung auf die Gültigkeit einer Rechtswahl** haben, die nach dieser Verordnung getroffen wurde.“

Das für Mehrfachstaater maßgebliche Anknüpfungsmoment richtet sich also nach nationalem Kollisionsrecht (vgl. Art. 5 Abs. 1 EGBGB; zur Frage der Vereinbarkeit von Primärrecht und Vorranganknüpfung an das deutsche Recht gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB vgl. MünchKommBGB/v. Hein, 6. Aufl. 2015, Art. 5 EGBGB Rn. 84 ff.). Aus Erwägungsgrund 50 S. 2 EUGüVO ergibt sich jedoch, dass die Anknüpfung nicht zur Unwirksamkeit der Rechtswahl führen darf. Ein Mitgliedstaat darf daher einer Rechtswahl nicht die Anerkennung versagen, weil sie auf das Recht einer unmaßgeblichen Staatsangehörigkeit aus Sicht dieses Mitgliedstaats hinführt. Im Ergebnis bedeutet dies, dass **bei Mehrfachstaatern das Recht jeder Staatsangehörigkeit wählbar** ist (so auch zum Verordnungsentwurf MünchKommBGB/v. Hein, Art. 5 EGBGB Rn. 81: Umkehrschluss aus dem jetzigen Art. 26 Abs. 2 EUGüVO).

**Art. 22 EUGüVO** macht deutlich, dass die Ehegatten **auch nach Eheschließung** eine Rechtswahl treffen oder diese ändern können. Sofern die Ehegatten nichts anderes vereinbaren, gilt eine Rechtswahl während der Ehe nur für die Zukunft, also mit Wirkung *ex nunc* (Art. 22 Abs. 2 EUGüVO). Treffen die Ehegatten eine rückwirkende Rechtswahl, darf die Rechtswahl keine Ansprüche Dritter beeinträchtigen (Art. 22 Abs. 3 EUGüVO).

Die Voraussetzungen für die **Formgültigkeit der Rechtswahl** werden in **Art. 23 EUGüVO** normiert. Art. 23 Abs. 1 EUGüVO enthält eine Sachnorm, die Mindestanforderungen an die Form der Rechtswahl stellt (Schriftform). In den weiteren Absätzen spricht Art. 23 EUGüVO besondere Verweisungen aus; das danach maßgebliche Formstatut ist kumulativ zu beachten. Die wichtigste Anknüpfungsregel findet sich in Art. 23 Abs. 2 EUGüVO: Haben die Ehegatten ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt in ein und demselben Mitgliedstaat, kommen stets die Formvorschriften dieses Mitgliedstaats über Vereinbarungen zum ehelichen Güterstand zur Anwendung. Haben die Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, ist daher stets die notarielle Beurkundung erforderlich (§§ 1408, 1410 BGB). Eine Alternativanknüpfung an die Ortsform wie in Art. 11 Abs. 1 EGBGB ist nicht vorgesehen.

## 8. Anknüpfung von Vereinbarungen über den ehelichen Güterstand

Über die materielle Wirksamkeit einer Vereinbarung über den ehelichen Güterstand entscheidet das anwendbare (und damit auch das gewählte) Ehegüterrecht (vgl. Art. 27 lit. g EUGüVO). Die Regelungen zur Formgültigkeit von Vereinbarungen über den Güterstand (Art. 25 EUGüVO) entsprechen denen zur Formgültigkeit der Rechtswahl. Allerdings sind kumulativ immer die zusätzlichen Formvorschriften des anwendbaren Ehegüterrechts (Geschäftsstatut) zu beachten (Art. 25 Abs. 3 EUGüVO).

## 9. Fragen des allgemeinen Teils: kein Renvoi

Die Regelungen der Verordnung zu Fragen des allgemeinen Teils des IPR entsprechen weitgehend denen der Europäischen Erbrechtsverordnung. Dies gilt etwa

für den *ordre-public*-Vorbehalt (Art. 31 EUGüVO) oder die Regelung zu interlokalen und interpersonalen Kollisionsvorschriften (Art. 35 EUGüVO). Die EUGüVO lässt jedoch keinen Renvoi zu: Verweisen die Bestimmungen der EUGüVO auf die Rechtsordnung eines Drittstaats, sind die Bestimmungen des internationalen Privatrechts nicht von diesem Verweis umfasst (Art. 32 EUGüVO). Dass der Drittstaat den Verweis annimmt oder nicht, spielt daher aus Sicht der an der EUGüVO teilnehmenden Mitgliedstaaten keine Rolle.

## 10. Besonderheiten der EUPartVO

Die Verordnung über das internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften (EUPartVO) gilt nur für **eingetragene Partnerschaften**, nicht für nichteheliche Lebensgemeinschaften (vgl. Art. 1 Abs. 1, Erwägungsgrund 16 EUPartVO). Art. 3 Abs. 1 lit. a EUPartVO definiert die „eingetragene Partnerschaft“ als eine „*rechtlich vorgesehene Form der Lebensgemeinschaft zweier Personen, deren Eintragung nach den betreffenden rechtlichen Vorschriften verbindlich ist und welche die in den betreffenden Vorschriften vorgesehenen rechtlichen Formvorschriften für ihre Begründung erfüllt*“. Da die Verordnung nicht zwischen gleich- und verschiedengeschlechtlichen Partnerschaften unterscheidet, fallen auch letztere in den Anwendungsbereich der Verordnung.

Haben die Partner keine Rechtswahl getroffen, richtet sich das **Güterrecht** der eingetragenen Partnerschaft nach dem Recht des Staates, **nach dessen Recht die eingetragene Partnerschaft begründet** wurde (Art. 26 Abs. 1 EUPartVO). Auch den Partnern steht die Möglichkeit der Rechtswahl offen (vgl. Art. 22 Abs. 1 EUPartVO). Dabei können sie die gleichen Rechtsordnungen wählen, wie sie Ehegatten wählen können. Die Rechtswahl steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass das gewählte Recht güterrechtliche Wirkungen an das Institut der eingetragenen Partnerschaft knüpft (vgl. Art. 22 Abs. 1 EUPartVO). Darüber hinaus ist es zulässig, eine Rechtswahl zugunsten des Rechts zu treffen, nach dem die Partnerschaft begründet wurde (vgl. Art. 22 Abs. 1 lit. c EUPartVO). Die Verordnungen treffen keine Regeln zur Abgrenzung von Ehe und Partnerschaft. Die Einordnung der gleichgeschlechtlichen Ehe durch deutsche Gerichte bleibt daher offen.

## 11. Weiterführende Literatur (zu den Vorentwürfen)

*M. Buschbaum/U. Simon*, Die Vorschläge der EU-Kommission zur Harmonisierung des Güterkollisionsrechts für Ehen und eingetragene Partnerschaften – eine erste kritische Analyse, Teil 1, GPR 2011, 262, Teil 2, GPR 2011, 305

*D. Martiny*, Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht sowie für das internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften, IPRax 2011, 437

*K. Kroll-Ludwigs*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR, Bd. 4, 4. Aufl. 2015, Einf EU-EheGüterVO-E, Einf EU-LP-GüterVO-E

*R. Süß*, Europäisierung des Familienrechts – Handlungsempfehlungen für den Notar zum status quo, ZNotP 2011, 282

*R. Wagner*, Konturen eines Gemeinschaftsinstruments zum internationalen Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung des Grünbuchs der Europäischen Kommission, FamRZ 2009, 269

## **AktG §§ 296 Abs. 1, 294, 295 Gewinnabführungsvertrag zwischen Aktiengesellschaft (Obergesellschaft, herrschende Gesellschaft) und GmbH (Untergesellschaft, beherrschte Gesellschaft); rückwirkende Aufhebung; unterjährige Aufhebung**

### **I. Sachverhalt**

Die M-Aktiengesellschaft schloss am 10.5.2014 mit der T-GmbH, einer 100%igen Tochtergesellschaft, einen Gewinnabführungsvertrag. Die Gesellschafterversammlung der T-GmbH und die Hauptversammlung der M-AG stimmten dem Unternehmensvertrag zu. Am 22.5.2014 wurde er im Handelsregister der T-GmbH eingetragen.

2016 stellt man fest, dass der Gewinnabführungsvertrag weder im Jahr 2014 noch im Jahr 2015 handels- und steuerrechtlich tatsächlich durchgeführt wurde. Um zumindest ab dem 1.1.2016 eine ertragsteuerlich wirksame Organschaft herzustellen, möchten die Beteiligten den Unternehmensvertrag in Bezug auf die Gewinnabführung rückwirkend zum 31.12.2015 ersatzlos aufheben; dies korrespondiert mit dem Geschäftsjahr des Konzerns. Gleichzeitig soll ein neuer Gewinnabführungsvertrag mit Wirkung zum 1.1.2016 und einer Mindestlaufzeit von fünf Jahren abgeschlossen und auch tatsächlich durchgeführt werden. Nach Ansicht der Beteiligten läge die rückwirkende Aufhebung sowohl im Interesse der Gesellschaften wie der Gesellschafter. Schutzwürdige Interessen außenstehender Gläubiger würden nicht berührt.

### **II. Frage**

Verstößt die rückwirkende Aufhebung des Gewinnabführungsvertrags zum Ende des letzten Geschäftsjahres – bei gleichzeitigem Abschluss eines neuen Gewinnabführungsvertrags ab dem 1.1.2016 – gegen § 296 Abs. 1 AktG?

### **III. Zur Rechtslage**

#### **1. § 296 Abs. 1 AktG: Verbot unterjähriger und rückwirkender Aufhebung**

Gem. § 296 Abs. 1 S. 1 AktG kann ein Unternehmensvertrag **nur zum Ende des Geschäftsjahres** (der abhängigen Gesellschaft) oder des sonst vertraglich bestimmten Abrechnungszeitraums aufgehoben werden. Ferner ist **gem. § 296 Abs. 1 S. 2 AktG eine rückwirkende Aufhebung unzulässig**. Das Verbot der unterjährigen Vertragsaufhebung dient der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit (Gesetzesbegründung, BT-Drucks. IV/171, S. 220 liSp.; BGH DNotZ 2015, 712, 713 Tz. 15 = DNotI-Report 2015, 108), indem es Abrechnungsschwierigkeiten und Gewinnmanipulationen vorbeugt (Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 8. Aufl. 2016, § 296 AktG Rn. 13; K. Schmidt/Lutter/Langenbucher, AktG, 3. Aufl. 2015, § 296 Rn. 1). Das Verbot der rückwirkenden Aufhebung soll die entstandenen Ansprüche der Gesellschaft, ihrer Aktionäre und Gläubiger sichern (BT-Drucks. IV/171, S. 220 liSp.). Im Fokus der Norm stehen der Schutz der abhängigen Gesellschaft und bei einem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag der Anspruch auf Verlustausgleich gem. § 302 Abs. 1 AktG (vgl. insoweit OLG Zweibrücken GmbHR 2014, 251, 253 m. Anm. Priester).

#### **2. Analoge Geltung bei beherrschter GmbH**

Laut aktueller Entscheidung des BGH (DNotZ 2015, 712, 713 f. Tz. 13 ff.) gilt **§ 296 Abs. 1 S. 1 AktG analog für den Unternehmensvertrag mit einer abhängigen GmbH**. Der Schutzzweck greife hier in gleicher Weise wie bei der AG; anders als in anderen Fällen der unterjährigen Vertragsbeendigung, etwa durch Insolvenz und Kündigung, überwiege das Interesse an der unterjährigen Beendigung nicht (DNotZ 2015, 712, 713 f. Tz. 15). Auch habe der Gesetzgeber nicht fälschlicherweise angenommen, dass eine unterjährige Beendigung (allgemein) nicht nötig sei; so habe er sie im Hinblick auf die Kündigung aus wichtigem Grund in § 297 AktG zugelassen (DNotZ 2015, 712, 714 Tz. 16). Schließlich wiege die Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit nicht besonders schwer, weil die Obergesellschaft regelmäßig als Mehrheits- oder Alleingesellschafterin der abhängigen GmbH ein Rumpfgeschäftsjahr durch Satzungsänderung beschließen könne (DNotZ 2015, 712, 714 Tz. 17).

Bereits früher hat der BGH (NJW 2002, 822, 823 = DNotI-Report 2002, 21; vgl. auch DNotZ 2015, 712, 713 Tz. 14) entschieden, dass das **Rückwirkungsverbot des § 296 Abs. 1 S. 2 AktG** grds. auf den Unternehmensvertrag mit der abhängigen (Ein-Mann-)GmbH anzuwenden ist. Zur Begründung hat der BGH auf das Schutzbedürfnis der abhängigen GmbH, ihrer Gesellschafter und Gläubiger verwiesen. Auf jeden Fall sei ein solcher Schutz im Hinblick auf die Verpflichtung des herrschenden Unternehmens zum Verlustausgleich und zur Sicherstellung der Gläubigerforderungen zu gewährleisten.

#### **3. Ausnahme bei fehlender Durchführung?**

Ist § 296 Abs. 1 S. 1 u. 2 AktG analog auf die abhängige GmbH anwendbar, so bedeutet dies zunächst wohl: *allgemein* anwendbar. Zumindest dürfte es nicht angehen, abhängig von der zufälligen tatsächlichen Handhabung über die Anwendung zu entscheiden. Vielmehr wäre lediglich auf den Tatbestand zu sehen, den § 296 Abs. 1 AktG voraussetzt. Dieser erscheint vorliegend aber erfüllt. Dass die der Norm zugrunde gelegten Schutzzweckerwägungen konkret leerlaufen mögen, würde daran nicht ohne Weiteres etwas ändern. Solche Erwägungen müssen u. E. nicht mit Tatbestandsmerkmalen korrespondieren, deren Fehlen den Normbefehl des § 296 Abs. 1 S. 1 AktG außer Kraft setzt. Es ginge nämlich nicht um tatsächliche Schutzbedürftigkeit der abhängigen Gesellschaft, ihrer Gesellschafter und Gläubiger im Einzelfall, sondern um **typisierte Schutzbedürftigkeit** im Falle eines beliebigen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags.

Wollte man den konkreten Fall aus dem Anwendungsbereich des § 296 Abs. 1 AktG herausnehmen, bliebe noch die **teleologische Reduktion**. Diese ist nur erlaubt, wenn sie mit dem Gesetzgeberwillen im Einklang steht; eine bewusst „überschießende Tendenz“ der Regelung rechtfertigt die Reduktion nicht (Bork, AT BGB, 4. Aufl. 2016, Rn. 142). Mag es schwerfallen, eine solche Tendenz klar festzustellen, so finden sich zumindest keine Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber gerade den tatsächlich nicht durchgeführten Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag als ausnahmebedürftig hätte erachten müssen. Dagegen spricht zumindest, dass der Vertrag rechtlich betrachtet durch Eintragung im Handelsregister wirksam geworden ist (vgl. § 294 Abs. 2 GmbHG und MünchKommGmbHG/Liebscher, 2. Aufl. 2015, Anh. § 13 Rn. 771). Der Vertrag ist also trotz fehlender Durchführung rechtswirksam, er ist

auch nicht ein bloßes Internum geblieben, sondern registrierlich publik geworden.

#### 4. Fazit

Unseres Erachtens ist § 296 Abs. 1 AktG eher anwendbar. Eine vorsichtige Vertragsgestaltung sollte davon schon deshalb ausgehen, weil § 296 Abs. 1 AktG gesetzliche Verbote i. S. d. § 134 BGB enthält, Verstöße dagegen den Aufhebungsvertrag also – vorbehaltlich von § 139 oder § 140 BGB – nichtig machen (vgl. Spindler/Stilz/Veil, AktG, 3. Aufl. 2015, § 296 Rn. 8; Emmerich, § 296 AktG Rn. 16; K. Schmidt/Lutter/Langenbacher, § 296 Rn. 8). Analog anwendbar könnte § 296 AktG auch bei einer Verkürzung der Laufzeit des Unternehmensvertrags durch Vertragsänderung sein (vgl. Spindler/Stilz/Veil, § 295 Rn. 8; Emmerich, § 295 AktG Rn. 10). Denkbar wäre allerdings die Änderung des Geschäftsjahrs durch Satzungsänderung (vgl. Ziff. 2). Der Gewinnabführungsvertrag ließe sich dann zumindest zum Ende des Rumpfgeschäftsjahrs aufheben. Die entsprechende Satzungsänderung müsste jedoch vor Beginn des neuen Geschäftsjahrs eingetragen sein (vgl. BGH NJW-RR 2015, 245, 246 Tz. 14; Mayer/Weiler, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 6. Aufl. 2015, D I Rn. 61). Im Übrigen kann das steuerliche Wirtschaftsjahr nur im Einvernehmen mit dem Finanzamt auf einen Zeitraum abweichend vom Kalenderjahr umgestellt werden (§ 7 Abs. 4 S. 3 KStG; vgl. auch BFH MittBayNot 2010, 247; Mayer/Weiler, D I Rn. 61).

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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.

#### BeurkG §§ 44, 34

**Nachträgliche Heftung eines in die amtliche Verwahrung gegebenen Testaments; Austausch von einzelnen Seiten; Nachtragsvermerk**

Abruf-Nr.:

#### MaBV §§ 1, 3; BGB §§ 433 ff., 631 ff.

**Zur Frage, wann der vom Bauträger geschuldete Vertragsgegenstand fertiggestellt ist, wenn sich der Vertragsgegenstand in einer sog. Mehrhausanlage befindet; Beschränkung des werkvertraglichen Herstellungsanspruchs; Tiefgarage als rechtlich unselbständiges Nebengebäude**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BGB §§ 242, 307, 309 Nr. 8 lit. b sublit. ff, 633 Abs. 1, 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 u. 3, 640 Abs. 1; WEG §§ 10 Abs. 2, 21 Abs. 5 Nr. 2**

**Unwirksamkeit von Abnahmeklauseln für Nachzügler-Erwerber in Bauträgerverträgen**

**1. Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen richten sich bei nach dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geschlossenen Bauträgerverträgen weiterhin grundsätzlich nach Werkvertragsrecht, mag auch das Bauwerk bei Vertragsschluss bereits fertiggestellt sein (Fortführung von BGH, Urteil vom 21. Februar 1985 – VII ZR 72/84, BauR 1985, 314, 315).**

**2. Ergeht in der ersten Eigentümerversammlung im Jahr 2002 ein Beschluss gemäß einer Bestimmung in der Teilungserklärung dahingehend, dass die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch ein Ingenieurbüro auf Kosten des Bauträgers in Vertretung der einzelnen Wohnungseigentümer durchgeführt werden soll, und erklärt das dementsprechend beauftragte Ingenieurbüro die Abnahme des Gemeinschaftseigentums auch im Namen von Nachzügler-Erwerbern, die zu diesem Zeitpunkt weder Wohnungseigentümer noch werdende Wohnungseigentümer waren, so entfaltet diese Abnahme des Gemeinschaftseigentums eine Abnahmewirkung zu Lasten der Nachzügler-Erwerber weder aufgrund der genannten Bestimmung in der Teilungserklärung noch aufgrund des genannten Beschlusses in der ersten Eigentümerversammlung.**

**3a. Die von einem Bauträger in einem Erwerbsvertrag gegenüber Nachzügler-Erwerbern gestellten Formulklauseln**

**„Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist durch das Ingenieurbüro K. ... am 25.11.2002 erfolgt. Die Verjährungsfrist für Ansprüche und Rechte wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum läuft für den Käufer zum selben Termin ab wie für diejenigen Käufer, welche die gemeinschaftliche Abnahme durchgeführt haben“**

sind unwirksam.

**3b. Dem Bauträger ist es als Verwender dieser von ihm gestellten, unwirksamen Formulklauseln nach Treu und Glauben verwehrt, sich darauf zu berufen, dass sich der Vertrag noch im Erfüllungsstadium befinde und deshalb ein Anspruch aus § 637 Abs. 3 BGB nicht bestehe (Anschluss an BGH, Urteil vom 25. Februar 2016 – VII ZR 49/15, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).**

BGH, Urt. v. 12.5.2016 – VII ZR 171/15

#### Problem

Die Entscheidung behandelt Grundsatzfragen zum Nachzügler-Erwerber beim Bauträgerkaufvertrag im Hinblick auf die Rechtsnatur des Vertrags und die Abnahme und im Hinblick auf Klauseln zur Anpassung

der Verjährungsfristen. In weiteren Entscheidungen hat der Senat jüngst bereits zur zeitlichen Grenze für die Anwendung von Kaufrecht (BGH, Urt. v. 25.2.2016 – VII ZR 156/13, NJW 2016, 1575) und zur Wirksamkeit von formularmäßigen Abnahmeklauseln Stellung genommen, wobei er eine Präferenz für die Anwendung von Werkvertragsrecht auf Nachzüglerverträge geäußert hat (BGH, Urt. v. 25.2.2016 – VII ZR 49/15, NJW 2016, 1572 = DNotI-Report 2016, 53).

Als Nachzügler wird derjenige verstanden, der nach der Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums und dessen Abnahme erwirbt (vgl. nur Basty, Der Bauträgervertrag, 8. Aufl. 2014, Rn. 1035 m. w. N.). Von zentraler Bedeutung ist zunächst die rechtliche Einordnung als Kauf- oder Werkvertrag. Sofern Werkvertragsrecht einschlägig ist, schuldet der Besteller nach § 640 BGB (als Hauptpflicht) die Abnahme im Sinne der körperlichen Hinnahme des Werkes durch den Auftraggeber, verbunden mit der Billigung des Werkes als im Wesentlichen vertragsgerechte Leistung (BGH NJW 1996, 1749). Erst die wirksame Abnahme setzt die fünfjährige Gewährleistungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB in Gang. Daraus würde folgen, dass der Nachzügler nach der gesetzlichen Regelung auf die Dauer von fünf Jahren ab der eigenen Abnahme Gewährleistungsansprüche auch hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums geltend machen könnte, unabhängig davon, ob die Ansprüche früherer Erwerber verjährt sind (Basty, Rn. 1035). Dem Bauträger droht damit eine erhebliche Verlängerung der Gewährleistungsfristen für das Gemeinschaftseigentum, zumal die Eigentümergemeinschaft solche Ansprüche an sich ziehen und prozessual durchsetzen kann (BGH NJW 2010, 933).

Vorliegend war über folgenden Sachverhalt zu entscheiden: Der Beklagte – ein Bauträger – errichtete im Jahr 2002 eine Wohnanlage mit mehreren Wohnungseigentumseinheiten. Die (Teil-)Abnahme des Gemeinschaftseigentums erfolgte im Herbst 2002 durch einen Sachverständigen. Kaufverträge, die bis zu diesem Zeitpunkt geschlossen worden waren, enthielten folgende Klausel:

*„(5) Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist noch nicht erfolgt. Gemäß § 19 der Teilungserklärung haben die Wohnungseigentümer in der 1. Eigentümerversammlung das Ingenieurbüro K. mit der Abnahme beauftragt. Die Abnahme wird auf Kosten der Verkäuferin in Vertretung der einzelnen Wohnungseigentümer für diese durchgeführt. Das Ingenieurbüro soll auch die Behebung der festgestellten Mängel bestätigen.“*

In einem (Nachzügler-)Vertrag aus dem Jahr 2003 war dagegen geregelt:

*„(3) Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist durch das Ingenieurbüro K. ... am 25.11.2002 erfolgt. Die Verjährungsfrist für Ansprüche und Rechte wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum läuft für den Käufer zum selben Termin ab wie für diejenigen Käufer, welche die gemeinschaftliche Abnahme durchgeführt haben.“*

Die Klägerin – die Eigentümergemeinschaft – behauptet Mängel am Gemeinschaftseigentum und verlangt Zahlung eines Vorschusses zu deren Beseitigung; die Beklagte beruft sich auf Verjährung. Die ersten beiden Instanzen haben der Klage dem Grunde nach stattgegeben.

## Entscheidung

Der VII. Zivilsenat bestätigt im Ergebnis die Entscheidung der Vorinstanz.

Zunächst unterstellt der Senat den **Nachzüglervertrag** in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht dem **werkvertraglichen Gewährleistungsregime**. Für diese Einordnung sei die Vertragsbezeichnung ohne Bedeutung. Unbeschadet der Annäherung kauf- und werkvertraglicher Gewährleistungsfristen sei es nach Inkrafttreten der Schuldrechtsreform weiterhin sach- und interessengerecht, dass sich die Gewährleistungsansprüche nach dem Werkvertragsrecht richteten, selbst wenn das Bauwerk bei Vertragsschluss bereits fertiggestellt sei. Abgesehen davon, dass das **Wahlrecht des Käufers** zwischen Nachbesserung und -lieferung für Bauwerke nicht passe, bestünde für den Käufer anders als für den Besteller keine Möglichkeit, einen **Vorschuss für die Selbstbeseitigung des Mangels** zu verlangen. Außerdem würde dem Verkäufer das **Verschulden Dritter** für Bauwerksmängel in geringerem Umfang zugerechnet als dem Bauunternehmer.

Im nächsten Schritt **verneint** das Gericht, dass aufgrund der in Bezug genommenen Bestimmung der Teilungserklärung und des Beschlusses der ersten Eigentümerversammlung eine **Abnahme zulasten des Nachzügler-Erwerbers** gegeben sei (selbst wenn der Sachverständige die Abnahme auch im Namen der Nachzügler-Erwerber erklärt habe). Die vom teilenden Eigentümer einseitig vorgegebenen Bestimmungen unterlägen einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB. Daran gemessen sei die Bestimmung der **Teilungserklärung** zumindest insoweit nichtig, als die Wirkung der Abnahme auf Nachzügler-Erwerber erstreckt werde. Der Senat begründet dies damit, dass Gegenstand einer Vereinbarung nach § 10 Abs. 2 WEG a. F. (vor der Gesetzesnovelle 2007, BGBl. I, S. 360) **nur** eine Regelung sein könne, die das **Verhältnis der Eigentümer untereinander** betreffe. Bei Regelungen zur Abnahme sei jedoch allein das Verhältnis Bauträger-Erwerber betroffen, da jedem Erwerber ein individueller Anspruch auf mangelfreie Werkleistung auch in Bezug auf das gesamte Gemeinschaftseigentum zustehe. Anders als die Geltendmachung und Durchsetzung von Mängelansprüchen, die der Verwaltungskompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft gem. § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG unterfielen (vgl. BGH NJW 2007, 1952, 1954 Tz. 19 f.), betreffe die **Abnahme eine Verpflichtung aus dem Erwerbsvertrag** ohne unmittelbaren Bezug zu einer Aufgabe der gemeinschaftlichen Verwaltung; sie entfalte Wirkung insbesondere im Hinblick auf Fälligkeit und Verzinsung der Vergütung, bzgl. des Gefahrübergangs und des Vorbehalts eines Vertragsstrafenanspruchs (BGH NJW 1989, 1602, 1603). Aus diesem Grund sei auch der **Beschluss der ersten Eigentümerversammlung** jedenfalls insoweit nichtig, als er die Wirkung der Abnahme auf Nachzügler-Erwerber habe erstrecken wollen (BGH NJW 2012, 1724 Tz. 10 f.).

Im Folgenden unterzieht der Senat die oben zitierte Klausel des Nachzüglervertrags einer **AGB-Kontrolle**. Da die Klausel nach der – auch im Individualprozess – gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung dahingehend zu verstehen sei, dass den Nachzügler-Erwerbern die Möglichkeit entzogen werde, bzgl. der Abnahme des Gemeinschaftseigentums selbst oder durch Vertrauenspersonen zu entscheiden, und dass die Abnahme von 2002 als verbindlich festgeschrieben werde, sei sie zum einen nach **§ 307 Abs. 1 S. 1**,

**Abs. 2 Nr. 1 BGB** unwirksam, denn sie sei mit wesentlichen **Grundgedanken der gesetzlichen Regelung in § 640 Abs. 1 BGB**, von der abgewichen werde, nicht zu vereinbaren. Das **Recht zur individuellen Abnahme** sei nämlich das Gegenstück zur Abnahmepflicht, die *jeden* Erwerber treffe. Zum anderen sei die Klausel mit **§ 309 Nr. 8 lit. b sublit. ff BGB** unvereinbar, weil eine **unzulässige Erleichterung der Verjährung** bereits in der mittelbaren Fristverkürzung durch Vorverlegung des Fristbeginns liege (BGH NJW 2016, 1572, 1574 Tz. 37) und weil die konkrete Klausel den Beginn der Verjährung auf den Herbst 2002 und damit auf einen Zeitpunkt vor Vertragsschluss und Übergabe an die Nachzügler vorverlege.

Sodann geht der Senat der Frage nach, ob die Nachzügler-Erwerber im vorliegenden Fall die **Abnahme** individuell (**konkludent**) erklärt haben: Zwar könne in der Ingebrauchnahme und anschließenden Nutzung eines Bauwerks durch den Besteller einzelfallabhängig eine konkludente Abnahme liegen (BGH BauR 1985, 200, 201 f. = NJW 1985, 731; BauR 2014, 1023 = ZNotP 2014, 139). Nach Auffassung des Senats wurde mit den vertraglichen Regelungen bei den Nachzügler-Erwerbern jedoch der Eindruck erweckt, einer Abnahme des Gemeinschaftseigentums von ihrer Seite bedürfe es nicht mehr. Auf dieser Grundlage sei die Ingebrauchnahme und anschließende Nutzung des Gemeinschaftseigentums nicht dazu geeignet, den Abnahmewillen der Nachzügler gegenüber der Beklagten eindeutig zum Ausdruck zu bringen.

Am Ende der Entscheidung urteilt das Gericht, dass es dem Beklagten – in Übereinstimmung mit der o. a. Entscheidung vom 25.2.2016 (BGH NJW 2015, 1572) – nach **§ 242 BGB** verwehrt sei, sich auf die Unwirksamkeit der von ihm gestellten Klausel zu berufen, und damit darauf, dass das Erfüllungsstadium mangels Abnahme noch nicht beendet sei. Folglich sei es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht einen Vorschussanspruch nach **§ 637 Abs. 3 BGB** bejaht habe.

**Postvertriebsstück: B 08129**

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

---

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:** Notarassessor Dr. Johannes Weber

**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