

Diese Grundsätze hat die Kammer zutreffend auf den vorliegenden Sachverhalt angewendet. Die Bet. zu 2) ist zwar nicht Alleingesellschafterin der GmbH; vielmehr hält sie als Mehrheitsgesellschafterin einen Geschäftsanteil von 33 700,- DM bei einem Stammkapital von 50 000,- DM, und es gibt noch einen weiteren Minderheitsgesellschafter. Jedoch setzt die Annahme eines Rechtsmissbrauchs einer Amtsbeendigung nicht zwingend die Stellung des Geschäftsführers als Alleingesellschafter voraus. Auch bei einer Mehrpersonen-GmbH kann eine Amtsniederlegung des Alleingeschäftsführers in gleicher Weise zu einer Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen. Richtigerweise muss vielmehr darauf abgestellt werden, ob in dem Einzelfall der niederlegende Gesellschafter-Geschäftsführer – insbesondere durch seine Mehrheitsbeteiligung – einen solchen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft hat, dass die durch seine Entscheidung ausgelöste Handlungsunfähigkeit nicht anderweitig behoben werden kann. Sofern dies der Fall ist, macht es keinen Unterschied, ob der das Amt niederlegende Geschäftsführer Alleingesellschafter ist oder aber als Mehrheitsgesellschafter die Geschicke der GmbH lenkt. Entsprechend hat das KG (OLGR 2001, 234) die Eintragung der Amtsniederlegung wegen Rechtsmissbrauchs in einem Fall abgelehnt, in dem die beiden Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH ihr Amt niederlegten, ohne zugleich einen neuen Geschäftsführer zu bestellen. Ebenso hat das OLG Dresden (NotBZ 2005, 112) die Grundsätze für die Amtsniederlegung von Aufsichtsrat und Vorstand einer AG in der Krise der Gesellschaft angewendet.

Verfahrensfehlerfrei hat das LG anhand der gesamten Umstände festgestellt, dass mit der Amtsniederlegung die Interessen anderer Bet. am Rechtsverkehr in rechtsmissbräuchlicher Weise verletzt werden. Die Ast. ist Mehrheitsgesellschafterin sowie alleinige Geschäftsführerin und hat keinen neuen Geschäftsführer bestellt, so dass eine aktive und passive Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist. Zudem hat sie als Mehrheitsgesellschafterin keine Gesellschafterversammlung mit dem Ziel der Bestellung eines neuen Geschäftsführers einberufen. Zwar ist es grundsätzlich nicht Aufgabe des niederlegenden Geschäftsführers, für einen Nachfolger in seinem Amt zu sorgen. Indes kann auch von einem Mehrheitsgesellschafter – wie bei einem Alleingesellschafter – in besonderen Fällen verlangt werden, dass er als Gesellschafter-Geschäftsführer der sich aus §§ 6, 46 Nr. 5 GmbHG ergebenden Verpflichtung nachkommt und sich um die Bestellung eines neuen Geschäftsführers bemüht, wenn er (ohne wichtigen Grund) nicht mehr selbst Geschäftsführer sein will. Solche besonderen Umstände liegen hier vor. Zum Zeitpunkt der Amtsniederlegung war bereits ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft gestellt worden. Dies stellt sich gerade als besonders schwierige wirtschaftliche Situation der Gesellschaft dar, in der von dem Geschäftsführer erwartet werden kann, dass er seiner Verpflichtungen genügt und sich nicht seiner Verantwortung entzieht (vgl. auch OLG Düsseldorf FGPrax 2001, 82 = RNotZ 2001, 236). Gerade während des Insolvenzeröffnungsverfahrens muss die Gesellschaft mit Blick auf die aus §§ 97, 101 InsO sich ergebenden durch das gesetzliche Vertretungsorgan zu erfüllenden

Auskunfts- und Mitteilungspflichten der Insolvenschuldnerin einen organschaftlichen Vertreter haben, der bei der GmbH der Geschäftsführer ist (§§ 35 Abs. 1 GmbHG, 101 Abs. 1 S. 1 InsO). Rechtsmissbrauch liegt zudem auch deshalb vor, weil nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des LG es der Bet. zu 2) im Hinblick auf den zeitnah gestellten Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gerade darum ging, durch die Amtsniederlegung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft zu verzögern.

Auf die Möglichkeit der Bestellung eines Notgeschäftsführers entsprechend § 29 BGB kann vorliegend nicht verwiesen werden. Zum einen wurde die Notlage gerade erst durch die Amtsniederlegung der Ast. ohne die gleichzeitige Bestellung eines neuen Geschäftsführers in rechtsmissbräuchlicher Weise herbeigeführt. Zum anderen erscheint die Bestellung eines Notgeschäftsführers für den dazu Ausgewählten vorliegend unzumutbar, da nachdem der Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH am 17. 1. 2008 mangels Masse abgelehnt wurde – auch keine Mittel für dessen Vergütung zur Verfügung stehen dürften (vgl. dazu auch BayObLGZ 1981, 266, 268; OLG Zweibrücken FGPrax 2006, 132, 133 = DNotZ 2006, 709).

Da das LG zudem keine Umstände festgestellt hat, die der damit offenkundigen Rechtsmissbräuchlichkeit der Amtsniederlegung ausnahmsweise entgegenstehen könnten (dazu BayObLGZ 1999, 171 = FGPrax 1999, 186; OLG Düsseldorf FGPrax 2001, 82 = RNotZ 2001, 236), haben die Vorinstanzen die Eintragung zu Recht abgelehnt.

d) Da die Vorinstanzen somit die Eintragung der Amtsniederlegung aus den vorstehend angeführten Gründen rechtsfehlerfrei abgelehnt haben, kommt es hier nicht darauf an, ob der Hilfsüberlegung des LG beigetreten werden kann, dass die Bet. zu 2) dann, wenn sie ihr Amt wirksam mit sofortiger Wirkungen niedergelegt hätte, überhaupt (noch) berechtigt wäre, die Beendigung ihrer Vertretungsbefugnis infolge Amtsniederlegung selbst zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Eine Stellungnahme des Senats zu dieser Frage ist deshalb nicht veranlasst.

8. Notarrecht – Elektronisch beglaubigte Abschrift erfordert nur inhaltlichen Gleichlaut

(*LG Regensburg, Beschluss vom 21. 2. 2008 – 1HK T 77/08 – mitgeteilt und mit Anm. von Notar Jens Kirchner, Altdorf b. Nürnberg*)

**BeurkG § 39 a
HGB § 12**

Bei Fertigung einer elektronischen beglaubigten Abschrift einer Handelsregisteranmeldung ist maßgeblich allein der inhaltliche Gleichlaut mit der Urschrift.

(Leitsatz nicht amtlich)

Aus den Gründen:

[...] Die Voraussetzungen nach § 39 a Beurkundsgesetz sind jedoch vorliegend eingehalten. Die Einhaltung dieser Norm wird nicht beanstandet. § 12 HGB regelt aber im Einzelnen nicht, wie das mit dem einfachen elektro-

nischen Zeugnis versehene Dokument beschaffen sein muss. Soll einerseits der gesetzgeberische Zweck des EHUG, die Vorteile der Modernisierung und Vereinfachung der Prozesse, der Schaffung von mehr Transparenz durch elektronischen Zugang zu allen wesentlichen Unternehmensinformationen ebenso zur Geltung kommen wie die bewährte Kontroll- und Schutzfunktion des Handelsregisters aufrechterhalten werden, so wird man unter diesem in § 12 Abs. 2 HGB genannten Dokument nicht notwendig die bildidentische Wiedergabe des Originaldokuments verstehen müssen, vielmehr wird es ausreichen, dass, wie hier, eine Zweitsschrift übermittelt wird und deren inhaltliche Übereinstimmung mit der Originalurkunde durch den Notar bestätigt wird. Der Notar bestätigt die Übereinstimmung des vorstehenden Abbildes mit der Urschrift. Damit wird bescheinigt, dass ein zwar nicht bildlich entsprechendes, aber inhaltlich übereinstimmendes Bild des Originaldokuments eingereicht wurde. Damit ist Ziel und Wortlaut der gesetzgeberischen Regelung des § 12 Abs. 2 HGB genüge getan.

In diesem Sinne hat das LG Regensburg 2 HK T 230/07 am 4. 7. 2007 entschieden in Übereinstimmung mit der Entscheidung des LG Chemnitz vom 8. 2. 2007 (Mitt-BayNot 2007, 340 = RNotZ 2007, 165). Dem entspricht auch die neueste Kommentierung in Baumbach/Hopt, 33. Aufl., § 12 HGB Rn. 6 und 7.

Anmerkung:

Der Beschluss bestätigt eine klare Rechtslage: Es bleibt dem Notar überlassen, wie er die elektronische beglaubigte Abschrift technisch herstellt. In der Papierwelt ist dies völlig unstrittig. Mehrere Entscheidungen, darunter die vorstehende, stellen dies nun auch für die elektronische Form klar (vgl. LG Chemnitz RNotZ 2007, 165 = MittBayNot 2007, 340 m. Anm. Strauß; LG Regensburg MittBayNot 2007, 522 [LS]). Die hier besprochene Entscheidung des LG Regensburg beschäftigt sich mit der Frage, wie der Beglaubigungsvermerk auf andere Weise als über die Funktion des Programms *SigNotar* angefügt werden kann.

1. Der Entscheidung liegt folgende Verfahrensweise des Notars zur Erstellung der elektronischen beglaubigten Abschrift zugrunde:

Die Urschrift der Handelsregisteranmeldung wird nicht direkt eingescannt, sondern zunächst kopiert. Auf die Kopie wird am Schluss des Textes der Urkunde der Beglaubigungsvermerk aufgestempelt. Der Text des Stempelabdrucks lautet wie folgt:

„Die Übereinstimmung des vorstehenden Abbildes mit der Urschrift wird beglaubigt.“

Musterstadt, den 20. 12. 2007

Mustermann, Notar“

Diese Vorlage kann nun zu einer beglaubigten Abschrift in Papierform dadurch werden, dass sie mit Siegel und eigenhändiger Unterschrift des Notars versehen wird.

Genauso kann diese Vorlage für eine elektronische beglaubigte Abschrift verwendet werden. Dazu wird diese Vorlage, also die mit dem aufgestempelten Beglaubigungsvermerk versehene Kopie der Urschrift, eingescannt. Die durch das Einscannen erzeugte TIFF-Datei

signiert der Notar unmittelbar elektronisch mit seiner Notarsignaturkarte, die auch das Notarattribut enthalten muss (§ 39 a BeurkG, § 2 a Abs. 1 S. 1 DONot; siehe auch *Bettendorf/Apfelbaum*, DNotZ 2008, 19, 27 ff.). Diese Signatur ersetzt in der elektronischen Welt die eigenhändige Unterschrift des Notars und das Siegel der Papierwelt (*Apfelbaum/Bettendorf*, RNotZ 2007, 89, 90 f.; LG Hagen RNotZ 2007, 491, 492). Daher ist es auch einzig und allein richtig, dass dies der Notar höchstpersönlich vornimmt (so richtig *Bettendorf/Apfelbaum*, DNotZ 2008, 19 und 85).

Bei vorgenanntem Verfahren entfällt die der Signatur vorgehende Bearbeitung des Bildddokuments (TIFF) im Programm *SigNotar* („Beglaubigungsvermerk anfügen“), da der Beglaubigungsvermerk gleich mit eingesannt wird. Nur am Rande sei angemerkt: Die Vorlage kann nach dem Einscannen für eine zu erstellende beglaubigte Papierabschrift verwendet werden, wie vorstehend dargestellt.

2. Das Registergericht beanstandete durch Zwischenverfügung, es fehle der Beglaubigungsvermerk. Diese Zwischenverfügung beruhte wohl darauf, dass beim Registergericht nicht der gewohnte, durch das Programm *SigNotar* erzeugte Beglaubigungsvermerk erschien, sondern der – aus der Papierwelt bekannte – mit eingescannte Stempelabdruck.

3. Das Landgericht problematisiert in seiner Entscheidungsbegründung die Frage, ob der Beglaubigungsvermerk vorhanden sei, zu Recht überhaupt nicht, sondern setzt dies als selbstverständlich voraus. Es setzt sich aber inhaltlich mit dem Beglaubigungsvermerk auseinander und stellt fest, dass auch in der elektronischen Welt der Grundsatz der sachgerechten Auslegung gilt: Der Notar müsse beim Zeugnis gemäß § 39 i. V. m. § 39 a BeurkG die inhaltliche Übereinstimmung bestätigen, nicht aber ein bildidentische oder optische (so bereits LG Chemnitz RNotZ 2007, 165 = MittBayNot 2007, 340 m. Anm. Strauß; LG Regensburg MittBayNot 2007, 522 [LS]; grundlegend *Apfelbaum/Bettendorf*, RNotZ 2007, 89, 94). Das aufgestempelte Zeugnis des Notars, wonach das „Abbild mit der Urschrift“ übereinstimme, sei zweifellos als Zeugnis der inhaltlichen Übereinstimmung zu verstehen. Die vom Beurkundungsgesetz geforderten Voraussetzungen seien daher gewahrt.

4.a) Das vom Notar gewählte Verfahren (siehe oben 1.) führt – abgesehen von denkbaren, aber wohl zu vernachlässigenden Maßstabsverzerrungen durch den zusätzlichen Papierkopievorgang – sogar zu einem bildidentischen Abbild.

Es wurde bei Gericht aber wohl als Problem angesehen, dass das TIFF-Abbild von einer Papierkopie der Urschrift gefertigt wurde, die um den Stempelaufdruck (Beglaubigungsvermerk) ergänzt wurde. Da sich aber das Zeugnis nach seinem ausdrücklichen Wortlaut nur auf das ihm vorstehende Abbild bezieht, wäre sogar dem strengen wörtlichen Verständnis des Beglaubigungsvermerkes eines bildidentischen Abbildes Genüge getan.

Dass die Entscheidung eine weitergehende Gestaltungsfreiheit eröffnet und das Gericht den Fall zum Anlass genommen hat, nochmals zu bestätigen, dass auch Zeugnisse in der elektronischen Welt wie in der Papierwelt

sachgerecht zu verstehen und auszulegen sind, ist ausdrücklich zu begrüßen. Auch in der Papierwelt hat kein Gericht beanstandet, dass eine „beglaubigte Abschrift“ nicht durch Abschreiben, sondern durch Kopieren hergestellt wurde.

Das Erstellen einer beglaubigten Abschrift durch Abschreiben – heute in der Regel nicht durch vollständiges neues Abschreiben, sondern durch einen Neuausdruck –, in der bereits die in der Urschrift enthaltenen handschriftlichen Ergänzungen eingearbeitet wurden, ist nicht nur in der Papierwelt, sondern wie das LG Chemnitz (RNotZ 2007, 165 = MittBayNot 2007, 340 m. Anm. Strauß), das LG Regensburg (MittBayNot 2007, 522 [LS]) und das LG Hagen (RNotZ 2007, 491) bereits vor der hier besprochenen Entscheidung festgestellt haben, natürlich auch in der elektronischen Welt zulässig. Die einzelnen zulässigen Möglichkeiten und technischen Wege hat Strauß bereits in seiner Anmerkung zum Urteil des LG Chemnitz dargestellt (MittBayNot 2007, 341).

b) Der Text des Beglaubigungsvermerkes (= Zeugnis gemäß § 39 a BeurkG) gibt in der Regel den Namen des Notars, den Ort und das Datum des Zeugnisses wieder. Die Angabe von Ort und Datum wahrt insoweit § 39 a S. 5 BeurkG; eine ausdrückliche Angabe des Namens des Notars im Textteil des Zeugnisses verlangt weder § 39 BeurkG, noch § 39 a BeurkG.

Da sich das Datum (und auch die Person des signierenden Notars) aus der Signatur selbst ergeben (dies wird dem Gericht bei der Signaturprüfung auch angezeigt), ist der folgende Beglaubigungsvermerk zulässig:

„Die Übereinstimmung des vorstehenden Abbildes mit der Urschrift/Ausfertigung/beglaubigten Abschrift wird beglaubigt.

Musterstadt, am Tag der Signatur

Notar“

Der Vermerk enthält das Datum zwar nicht selbst, verweist aber unter Wahrung des § 39 a S. 5 BeurkG auf das Datum der Signatur, welche mit der den Beglaubigungsvermerk enthaltenden TIFF-Datei eine untrennbare (rechtliche) Einheit bildet.

Notar Jens Kirchner, Altdorf b. Nürnberg

9. Steuerrecht – Schenkungsteuerpflicht wegen Ausgleichszahlung für Unterhaltsverzicht (BFH, Urteil vom 17. 10. 2007 – II R 53/05)

BewG § 4 ErbStG §§ 7 Abs. 1, Abs. 3

Erhält ein Ehegatte zu Beginn der Ehe vom anderen Ehegatten als Ausgleich für einen ehevertraglich vereinbarten Teilverzicht auf nachehelichen Unterhalt einen Geldbetrag, ist dies als freigebige Zuwendung zu beurteilen. Der Teilverzicht stellt keine die Bereicherung mindernde Gegenleistung dar.

Zum Sachverhalt:

I. Die Kl. und Revisionskl. (Kl.) schloss am 22. 7. 1997 mit ihrem späteren Ehemann (E.) einen notariell beurkundeten Ehevertrag, durch den u. a. Regelungen über ihren Anspruch auf

nachehelichen Unterhalt getroffen wurden. Danach bleibt es im Grundsatz bei der gesetzlichen Regelung dieses Anspruchs. Der Anspruch beträgt jedoch monatlich höchstens (wertgesichert) 10 000,- DM und ermäßigt sich im Falle der Wiederverheiratung der Kl. nach einer Scheidung auf die Hälfte. Außerdem waren sich die Bet. darüber einig, dass die Kl. nicht verpflichtet ist, im Falle einer Ehescheidung eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Einer in dem Ehevertrag ferner getroffenen Vereinbarung entsprechend zahlte E. im Jahr 1997 als „Gegenleistung“ für den teilweisen Verzicht auf nachehelichen Unterhalt an die Kl. einen mit dem Zeitpunkt der Eheschließung fällig gewordenen Geldbetrag von 1 500 000,- DM.

Der Bekl. und Revisionsbekl. (das Finanzamt – FA –) sah in dieser Zahlung eine freigebige Zuwendung und setzte gegen die Kl. Schenkungsteuer fest. Einspruch und Klage blieben erfolglos. Das FG teilte die Ansicht des FA, dass die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erfüllt seien. Der teilweise Verzicht der Kl. auf nachehelichen Unterhalt betreffe eine bloße Erwerbschance und könne daher nicht als eine die Freigebigkeit ausschließende Gegenleistung gewertet werden. Auch der subjektive Tatbestand der freigebigen Zuwendung liege vor.

Mit der Revision rügt die Kl. Verletzung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Ihr teilweiser Verzicht auf nachehelichen Unterhalt stelle eine Gegenleistung dar, deren Wert dem zugewendeten Geldbetrag entspreche. E. habe keine unentgeltliche Zuwendung vornehmen, sondern – vergleichbar einem Versicherungsvertrag – das aufgrund der Höhe seines Einkommens bestehende Risiko vermeiden wollen, nach einer Ehescheidung an sie sehr hohen Unterhalt leisten zu müssen.

Aus den Gründen:

II. Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zu Recht angenommen, dass für die Zuwendung des Betrags von 1 500 000,- DM an die Kl. Schenkungsteuer festzusetzen war.

1. Der Schenkungsteuer unterliegt als Schenkung unter Lebenden (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG; vgl. auch § 516 Abs. 1 BGB).

a) Der Erwerb eines zugewendeten Gegenstandes, auf den kein Rechtsanspruch besteht, ist unentgeltlich, wenn er nicht rechtlich abhängig ist von einer den Erwerb ausgleichenden Gegenleistung des Erwerbers oder in rechtlichem Zusammenhang mit einem Gemeinschaftszweck steht (ständige Rechtsprechung, zuletzt Urteil des BFH vom 15. 3. 2007, II R 5/04, BStBl II 2007, 472, unter II.5. und 6.). Dabei kommen als die Unentgeltlichkeit ausschließende und die Entgeltlichkeit begründende rechtliche Abhängigkeit Verknüpfungen sowohl nach Art eines gegenseitigen Vertrags als auch durch Setzung einer Bedingung oder eines entsprechenden Rechtszwecks in Betracht (grundlegend BFH-Urteil vom 2. 3. 1994, II R 59/92, BFHE 173, 432, BStBl II 1994, 366 = MittRhNotK 1994, 156 = DNotZ 1994, 554; zuletzt BFH-Urteil vom 24. 8. 2005, II R 28/02, BFH/NV 2006, 63, ständige Rechtsprechung). Freiwillig eingegangene Leistungspflichten schließen die Unentgeltlichkeit nicht aus (BFH-Urteil vom 28. 6. 2007, II R 12/06, BFH/NV 2007, 2014).

b) Der Unentgeltlichkeit steht es auch nicht entgegen, wenn Zuwendungen unter Ehegatten der ehelichen Gemeinschaft dienen (BFH-Urteil in BFHE 173, 432,