

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GrEStG § 16 Abs. 1; BGB § 883 – Rückabwicklung eines Kaufvertrages; Weiterverkauf; Löschung einer Vormerkung aufgrund Vollmacht im Kaufvertrag

HGB § 13g – Aufhebung einer Zweigniederlassung; Vorlage der Gewerbeabmeldung; Prüfungsrecht des Registergerichts

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechungen

HGB § 12; BGB § 129 Abs. 1 S. 1; BeurkG § 40 Abs. 1 – Keine Gleichwertigkeit einer Unterschriftbeglaubigung mittels Fernbeglaubigung (Abgleich der Unterschrift)

BGB §§ 280 Abs. 1 u. 3, 281 Abs. 1 u. 2, 437 Nr. 3, 439 Abs. 2, 444 – (Keine) Beteiligung des Käufers an den Kosten der Nachbesserung nach den Grundsätzen „neu für alt“

Veranstaltung

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GrEStG § 16 Abs. 1; BGB § 883 Rückabwicklung eines Kaufvertrages; Weiterverkauf; Löschung einer Vormerkung aufgrund Vollmacht im Kaufvertrag

I. Sachverhalt

Nach einem Grundstückskaufvertrag sind die Verkäufer wegen Zahlungsverzugs des Käufers zurückgetreten. Die eingetragene Auflassungsvormerkung wurde mit Hilfe der im Kaufvertrag erteilten Vollmacht an die Notariatsangestellten gelöscht. Den Grundbesitz haben die Verkäufer nach dem Rücktritt, aber noch vor Löschung der Auflassungsvormerkung des Erstkäufers weiterverkauft.

Das Finanzamt hatte in Folge des ersten Kaufvertrages die Grunderwerbsteuer festgesetzt, die der Käufer eben-

sowenig bezahlt hat wie den Kaufpreis. Trotz des gegenüber dem Finanzamt nachgewiesenen Rücktritts nimmt das Finanzamt nunmehr die Verkäufer als Zweitschuldner der Grunderwerbsteuer in Anspruch. Es begründet dies damit, dass dem Käufer trotz des Rücktritts durch die eingetragene Vormerkung eine Rechtsposition verblieben sei, sodass die Verkäufer nicht frei über den Grundbesitz verfügen konnten. Es argumentiert, dass zur Ausübung der Vollmacht im Kaufvertrag zur Löschung der Vormerkung die (nochmalige?) Mitwirkung des Käufers erforderlich gewesen sei.

II. Frage

Wie ist die Rechtslage zu beurteilen?

III. Zur Rechtslage

1. Aufhebung bzw. Änderung der Steuerfestsetzung nach § 16 GrEStG; Abgrenzung § 16 Abs. 1 und § 16 Abs. 2 GrEStG

Während § 16 Abs. 1 GrEStG die Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs *vor* Übergang des Eigentums am Grundstück auf den Erwerber betrifft, findet § 16 Abs. 2 GrEStG auf den Rückerwerb nach Übergang des

Eigentums Anwendung. Entscheidend für die Abgrenzung zwischen § 16 Abs. 1 und § 16 Abs. 2 GrEStG ist dabei, ob im Zeitpunkt der Rückgängigmachung des Erwerbsvorgangs zivilrechtlich das Eigentum am Grundstück bereits übergegangen ist oder nicht. Da im vorliegenden Fall weder Kaufpreis noch Grunderwerbsteuer bezahlt wurden, unterstellen wir (schon weil keine Unbedenklichkeitsbescheinigung vorgelegen haben kann), dass das Eigentum am Grundstück noch nicht übergegangen, somit also § 16 Abs. 1 GrEStG anwendbar ist.

2. Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG; Erfordernis der Löschung der Vormerkung

Wird der Erwerbsvorgang *vor* Eigentumsübertragung rückgängig gemacht und erfolgt dies innerhalb von zwei Jahren, so ist § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG einschlägig. Der Tatbestand des § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG setzt voraus, dass der Erwerbsvorgang zivilrechtlich wirksam aufgehoben oder durch einseitige Erklärung beseitigt worden ist. Erforderlich ist die zivilrechtlich wirksame Aufhebung der Verpflichtung zur Übereignung des Grundstücks, die bloß wirtschaftliche Aufhebung des Grundstückskaufvertrages reicht nicht aus (vgl. Viskorf/Loose, GrEStG, 20. Aufl. 2020, § 16 Rn. 33 m. w. N.). Zur Erfüllung des Tatbestandes des § 16 Abs. 1 GrEStG ist daher im Grundsatz erforderlich, dass sämtliche Wirkungen aus dem Erwerbsvorgang zivilrechtlich aufgehoben und die Vertragsparteien so gestellt werden, als wäre dieser nicht zustande gekommen. Zwar ist in § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG nur die Ausübung eines vorbehaltenen Rücktrittsrechts oder eines Wiederkaufsrechts als Form der Rückabwicklung genannt. Diese Aufzählung ist jedoch nicht abschließend. Den Tatbestand des § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG erfüllt vielmehr jede durch ein- oder zweiseitiges Rechtsgeschäft erfolgende rechtlich wirksame Aufhebung der Verpflichtungen aus dem ursprünglichen Erwerbsvorgang (so Viskorf/Loose, § 16 Rn. 33 m. w. N.).

Zu dieser zivilrechtlichen Aufhebung des tatbestands-erfüllenden Rechtsgeschäfts muss auch die vollständige **tatsächliche Rückgängigmachung** hinzutreten. Eine nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG begünstigte Rückgängigmachung liegt nach der Rechtsprechung nur dann vor, wenn die Vertragspartner derart aus ihrer vertraglichen Bindung entlassen werden, dass die Möglichkeit der Verfügung über das Grundstück nicht beim Erwerber verbleibt, sondern der Veräußerer seine ursprüngliche Rechtsstellung wiedererlangt (so Viskorf/Loose, § 16 Rn. 62 m. w. N.). Die Parteien müssen daher vom Vollzug des aufgehobenen Rechtsgeschäfts Abstand nehmen, sämtliche Wirkungen aus dem Erwerbsvor-

gang aufheben und sich so stellen, als wäre dieser nicht zustande gekommen (BFH v. 16.2.2005, BFHE 2009, 158; BFH v. 10.7.1996 – II B 139/95 [juris]).

Die tatsächliche vollständige Rückgängigmachung setzt voraus, dass alle gegenseitig ausgetauschten Leistungen zurückgewährt werden. Hat der Erwerber bspw. den Kaufpreis bereits entrichtet, ist ihm der Besitz an dem Grundstück übergeben worden und sind auch Nutzungen und Lasten bereits auf den Erwerber übergegangen, so ist der Erwerbsvorgang nur dann i. S. d. § 16 Abs. 1 GrEStG rückgängig gemacht, wenn der Veräußerer das Grundstück wieder in Besitz nimmt, den ihm zugeflossenen Kaufpreis zurückgewährt, die Lasten des Grundstücks trägt und die Nutzungen hieraus zieht (BFH v. 10.7.1996 – II B 139/95 [juris]).

Erforderlich ist darüber hinaus grundsätzlich auch die Löschung einer zugunsten des Ersterwerbers eingetragenen Auflassungsvormerkung, da eine Auflassungsvormerkung die Verkehrsfähigkeit eines Grundstücks unabhängig vom Fortbestand des zivilrechtlichen Übereignungsanspruchs beeinträchtigt (BFH DStRE 2008, 1151 = BStBl. II 2008, 882). Ausreichend ist es aber nach der BFH-Rechtsprechung, wenn der Erwerber dem Veräußerer eine Löschungsbewilligung in grundbuchrechtlich gebotener Form erteilt hat und der Veräußerer über sie frei und ohne Einflussnahme seitens des Erwerbers verfügen kann (BFH DStRE 2022, 625 Rn. 26; BFH DStRE 2008, 1151 = BStBl. II 2008, 882; ebenso FG Hessen BeckRS 2020, 41313 – nicht rechtskräftig), da dann der Erwerber keine Rechtsposition mehr hat, die es ihm ermöglicht, auf die nachfolgenden Veräußerung des Grundstücks einzuwirken.

Demgegenüber soll es nach Auffassung des FG Hessen (FG Hessen BeckRS 2020, 41313 Rn. 25) *nicht* genügen, wenn die Löschungsbewilligung dem Notar zu treuen Händen überlassen wird und nur dann dem Grundbuchamt zum Vollzug vorgelegt werden darf, wenn der Kaufpreis zurückgezahlt wird. Dies stelle noch keine freie Verfügungsmöglichkeit dar (FG Hessen BeckRS 2020, 41313 Rn. 25). In diesem Fall bestand allerdings die Besonderheit, dass Erstkäuferin eine Kapitalgesellschaft war und Zweitkäufer die Geschäftsführer dieser Gesellschaft. Es lag deshalb nach Auffassung des Gerichts nahe, dass die Ersterwerberin auch beim Zweiterwerb eigene wirtschaftliche Interessen verfolgte, da sich die Kapitalgesellschaft die Interessen derjenigen Personen zurechnen lassen müsse, die bei der Ausübung der Rechtsposition für die Kapitalgesellschaft gehandelt hätten (FG Hessen BeckRS 2020, 41313 Rn. 30). Diese Entscheidung weist also Besonderheiten auf, die sich nicht uneingeschränkt auf den vorliegenden Fall über-

tragen lassen. Zudem ist die Revision beim Bundesfinanzhof anhängig (Az. II R 38/20).

Erfolgt die Aufhebung des ursprünglichen Kaufvertrags *zeitgleich* mit der Weiterveräußerung, kommt es nach Auffassung des BFH darauf an, ob für den Ersterwerber trotz Vertragsaufhebung die Möglichkeit der Verwertung der eigenen Rechtsposition verbleibt, der Verkäufer also nicht vollständig aus seiner Bindung entlassen war (BFH DStRE 2013, 1507 Rn. 11 = BStBl. II 2014, 42). Jedenfalls wenn die Aufhebung in der gleichen Urkunde mit der Weiterveräußerung erfolge, könne der Ersterwerber seine Rechtsposition dahingehend nutzen, dass das Grundstück an eine von ihm ausgewählte Person veräußert werde (BFH DStRE 2013, 1507 Rn. 12 = BStBl. II 2014, 42). Weitere Voraussetzung ist jedoch, dass der Ersterwerber die ihm verbleibende Rechtsposition tatsächlich im eigenen wirtschaftlichen Interesse verwertet hat. Ist dem Ersterwerber das weitere Schicksal des Grundstücks indes gleichgültig, hindert die gleichzeitige Weiterveräußerung die Anwendung des § 16 Abs. 1 GrEStG nicht (BFH DStRE 2013, 1507 Rn. 14 = BStBl. II 2014, 42).

3. Übertragung auf den vorliegenden Fall

Im vorliegenden Fall besteht die Besonderheit darin, dass der Notar bzw. dessen Mitarbeiter zur Löschung der Aufassungsvormerkung bevollmächtigt waren, wenn der Käufer den Kaufpreis nicht zahlt und der Verkäufer vom Vertrag zurückgetreten ist. Soweit ersichtlich, ist diese konkrete Fallkonstellation von der Rechtsprechung noch nicht entschieden und in der Literatur auch nicht aufgegriffen worden. Unseres Erachtens kommt die *Abgabe der Löschungsbewilligung* durch den Notar aufgrund einer ihm erteilten Vollmacht der Erteilung einer Löschungsbewilligung durch den Erwerber selbst gleich (so in BFH DStRE 2008, 1151; nicht ausreichend ist jedoch allein die *Erteilung* der Vollmacht, ohne dass davon Gebrauch gemacht wurde, vgl. jüngst BFH DStRE 2022, 625). Im Falle der bereits erteilten Löschungsbewilligung hat es der Erwerber nicht mehr selbst in der Hand, an wen das Grundstück nach Aufhebung des Vertrages weiterveräußert wird. Eine Verwertung der eigenen Rechtsposition im eigenen wirtschaftlichen Interesse (BFH DStRE 2013, 1507 Rn. 14) ist dem Ersterwerber in diesen Fällen gerade nicht mehr möglich.

Der Erwerbsvorgang muss nun innerhalb der Zweijahresfrist vollständig rechtlich und tatsächlich rückgängig gemacht werden, d. h. in diesem Zeitraum müssen im Grundsatz alle Voraussetzungen für die tatsächliche Rückgängigmachung erfolgt sein. Fraglich ist nun, ob die Aufassungsvormerkung innerhalb der in § 16

Abs. 1 Nr. 1 GrEStG bestimmten Frist von zwei Jahren gelöscht werden muss oder ob es ausreichend ist, dass innerhalb dieser Frist der Antrag beim Grundbuchamt auf Löschung gestellt worden ist. In seinem Urteil vom 5.10.2005 (II B 152/04, Tz. 17 [juris]) musste der BFH zu dieser Frage mangels Entscheidungserheblichkeit keine Stellung nehmen. Der BFH hat es aber zumindest als naheliegend erachtet, dass in entsprechender Anwendung des § 16 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 GrEStG (der die gesetzliche Regelung enthält, dass in Fällen, in welchen für den Rückerwerb eine Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist, es ausreicht, wenn innerhalb der Frist die Aufassung erklärt und die Eintragung im Grundbuch beantragt wird) eine Antragstellung beim Grundbuchamt auf Löschung innerhalb der Zweijahresfrist ausreichen dürfte. Jüngst hat der BFH nun klargestellt, dass es auf die **Antragstellung beim Grundbuchamt** ankommt (BFH DStRE 2022, 625 Rn. 31). Es ist also erforderlich, dass der Löschantrag (samt Bewilligung) dem Grundbuchamt innerhalb der Zweijahresfrist zugeht. Mangels abweichender Anhaltspunkte gehen wir vorliegend davon aus, dass die Löschung der Vormerkung noch innerhalb der Zweijahresfrist erfolgte, sodass es auf die Frage des Zeitpunkts der Antragstellung nicht ankommen wird.

4. Ergebnis

Zur Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG muss im Grundsatz auch die zugunsten des Ersterwerbers eingetragene Aufassungsvormerkung innerhalb des Zweijahreszeitraums gelöscht werden, da nach Auffassung des BFH die Aufassungsvormerkung die Verkehrsfähigkeit eines Grundstücks unabhängig vom Fortbestand des zivilrechtlichen Übereignungsanspruchs beeinträchtigt. Unseres Erachtens ist eine Verwertung der wirtschaftlichen Position des Erwerbers ausgeschlossen, wenn die Löschung der Vormerkung auf Grundlage der Bevollmächtigung von Notar oder Notariatsmitarbeitern ohne Mitwirkung des Erwerbers bewirkt wird.

HGB § 13g

Aufhebung einer Zweigniederlassung; Vorlage der Gewerbeabmeldung; Prüfungsrecht des Registergerichts

I. Sachverhalt

Die Aufhebung der Zweigniederlassung einer österreichischen GmbH wird zum deutschen Handelsregister angemeldet. Das Registergericht beanstandet, dass das Gewerbe immer noch angemeldet sei und deshalb von einer tatsächlichen Aufhebung ausgegangen

werden könne. Verlangt wird die Einreichung der Gewerbeabmeldung nach öffentlichem Recht.

II. Frage

Kann das Registergericht einen entsprechenden Nachweis verlangen?

III. Zur Rechtslage

1. Ausgangspunkt: Eingeschränktes Prüfungsrecht des Handelsregisters

Es ist im Grundsatz anerkannt, dass das Registergericht eine formelle Prüfung der Anmeldung vornehmen darf. In materieller Hinsicht hat das Registergericht zu prüfen, ob die angemeldeten Tatsachen rechtmäßig und richtig sind. Hier soll im Ausgangspunkt eine Schlüssigkeitsprüfung vorgenommen werden, während bei Zweifeln auch eine vollständige Prüfung durch das Registergericht vorzunehmen ist (BGH NJW-RR 2011, 1184; NJW 1991, 1754, 1758; OLG Düsseldorf DNotI-Report 1995, 143; OLG Hamm NZG 2011, 311; Roth, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, 9. Aufl. 2019, § 8 Rn. 23; Schaub, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, § 8 Rn. 32, 138; Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 1025; BeckOGK-HGB/Schärtl, Std.: 1.1.2022, § 53 Rn. 21 f.). Dies lässt sich mit dem Zweck des Handelsregisters begründen, das keine falschen Tatsachen verlautbaren, andererseits aber auch mit der im Handelsverkehr gebotenen Schnelligkeit Eintragungen vornehmen soll.

2. Rein tatsächliche Aufhebung der Zweigniederlassung relevant

Eine Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft (§§ 13d ff. HGB) wird dabei nach deutschem Recht, d. h. wie die Zweigniederlassung einer deutschen Gesellschaft, verstanden (BeckOGK-HGB/Schaal, Std.: 15.9.2019, § 13d Rn. 29; BeckOK-HGB/Müther, Std.: 15.4.2022, § 13d Rn. 16; EBSJ/Pentz, HGB, 4. Aufl. 2020, § 13d Rn. 7). Eine Zweigniederlassung ist daher eine räumlich von der Hauptniederlassung getrennte Niederlassung, die nicht nur zu einem vorübergehenden Zweck im Rahmen des Unternehmens nach außen eigene Rechtsgeschäfte tätigt und die hierfür erforderliche Organisation in sachlicher und personeller Hinsicht aufweist (BeckOK-HGB/Müther, § 13d Rn. 16; EBSJ/Pentz, § 13d Rn. 8).

Gem. § 13g Abs. 6 HGB ist auch die Aufhebung der Zweigniederlassung anzumelden. Es handelt sich bei der Aufhebung um einen tatsächlichen Vorgang, dessen Anmeldung lediglich deklaratorisch ist; die Zweigniederlassung muss hierfür tatsächlich aufgehoben worden sein (BeckOGK/Schaal, § 13d Rn. 85; § 13g Rn. 29.1).

Auch die Literatur geht davon aus, dass ein Prüfungsrecht des Registergerichts (bei Zweifeln) nur dahingehend besteht, ob die Zweigniederlassung tatsächlich aufgehoben wurde (BeckOGK-HGB/Schaal, § 13g Rn. 29.1); das Registergericht muss dabei den Aufhebungstatbestand nicht positiv feststellen, sondern kann die Anmeldung nur dann zurückweisen, wenn offensichtlich ist, dass die Zweigniederlassung nicht aufgehoben wurde (Oetker/Preuß, HGB, 7. Aufl. 2021, § 13 Rn. 70).

Entsprechend gehen die einschlägigen Formularbücher davon aus, dass Unterlagen bei der Anmeldung der Aufhebung einer Zweigniederlassung nicht beizufügen seien (Gustavus, Handelsregisteranmeldungen, 10. Aufl. 2020, A 15 (S. 55); Schmidt/Sikora/Tiedtke, Praxis des Handelsregister- und Kostenrechts, 7. Aufl. 2014, Rn. 2331).

3. Gewerberechtliche Anmeldung als Indiz?

a) Zusammenspiel von Gewerberecht und Handelsregister

Auch im Gewerberecht begegnet der Begriff der Zweigniederlassung. Gem. § 14 Abs. 1 GewO muss jeder, der „den selbständigen Betrieb eines stehenden Gewerbes, einer Zweigniederlassung oder einer unselbständigen Zweigstelle anfangt“, dies der zuständigen Behörde anzeigen.

Der Begriff der **Zweigniederlassung** wird dabei überwiegend unter Rückgriff auf den zum Registerrecht entwickelten Rechtsbegriff verstanden (Winkler, in: Ennuschat/Wank/Winkler, 9. Aufl. 2020, GewO § 14 Rn. 37 f.; BeckOKGewO/Leisner, Std.: 1.1.2022, § 14 Rn. 33; Landmann/Rohmer GewO/Marcks, 86. EL Februar 2021, § 14 Rn. 44). Erfasst werden auch Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften (Winkler, in: Ennuschat/Wank/Winkler, GewO, 9. Aufl. 2020, § 14 Rn. 39).

Eine **unselbständige Zweigstelle** ist dagegen nicht zum Handelsregister anzumelden; hierunter ist lediglich eine von der Hauptstelle räumlich getrennte feste örtliche Anlage oder Einrichtung zu verstehen, die der Ausübung eines stehenden Gewerbes dient oder die Abwicklung der von der Hauptstelle aus geschlossenen Geschäfte erleichtern soll, ohne dass bereits die Merkmale der Zweigniederlassung erfüllt wären (Winkler, in: Ennuschat/Wank/Winkler, § 14 Rn. 44; BeckOK-GewO/Leisner, § 14 Rn. 35; Landmann/Rohmer GewO/Marcks, § 14 Rn. 44). Ausreichend ist also bereits eine Auslandsrepräsentanz oder ein Büroraum, der mit Sekretariat, Telefon und Fax ausgestattet ist und von einem selbstständigen Handelsvertreter dazu

genutzt werden soll, dort Geschäftskontakte zwischen Dritten und einem im Ausland ansässigen Unternehmen herzustellen; nicht ausreichend wäre dagegen ein bloßes Postschließfach (Winkler, in: Ennuschat/Wank/Winkler, 9. Aufl. 2020, GewO § 14 Rn. 45; BeckOK-GewO/Leisner, § 14 Rn. 37).

Anzuzeigen ist auch eine Verlegung oder Aufgabe des Betriebs (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Nr. 2 GewO). Bei der Anmeldung sind die Vordrucke nach den Anlagen 1 bis 3 GewAnzV zu verwenden (Winkler, in: Ennuschat/Wank/Winkler, 9. Aufl. 2020, GewO § 14 Rn. 26). Im Formular nach Anlage 1 zur Gewerbeanzeigerordnung (GewAnzV) ist u.a. anzukreuzen, ob das Gewerbe als Zweigniederlassung oder unselbständige Zweigstelle geführt werden soll (s. dort Ziffer 23).

In § 14 Abs. 8 S. 1 Nr. 8 GewO ist eine **Übermittlungspflicht der zuständigen Behörde** für Daten, die im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassungen betreffen, an das Handelsregister vorgesehen. Damit soll diesem ermöglicht werden, bei Nichtbeachtung einzuschreiten (§ 388 Abs. 1 FamFG; s. BeckOK-GewO/Leisner, § 14 Rn. 124). Die Übermittlung erfasst dabei auch die Angabe, ob das Unternehmen als Zweigstelle oder Zweigniederlassung angezeigt wurde (§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 8 GewAnzV).

Ob auch die Änderung der Betriebsform (d. h. z. B. eine Zweigniederlassung wird unselbständige Zweigstelle) gesondert anzuzeigen ist, wurde in der uns zugänglichen Literatur nicht explizit diskutiert, scheint u. E. nach dem Wortlaut des Gesetzes und den vom Verordnungsgeber vorgesehenen Formularen, die entsprechend differenzieren, aber nahezuliegen. Wir gehen daher davon aus, dass das Registergericht erfahren würde, ob ein Gewerbe in der Form einer Zweigniederlassung oder einer unselbständigen Zweigstelle betrieben werden würde.

b) Relevanz der gewerberechtlichen Anzeige für das Prüfungsrecht des Registergerichts

Fraglich ist, ob die unterbliebene Abmeldung der Zweigniederlassung (bzw. ggf. die Ummeldung zu einer unselbständigen Zweigstelle) für das Registergericht ein Indiz darstellen kann, um – abweichend von dem unter 2. Festgestellten – in eine tiefere Prüfung einzusteigen. Die Frage wird in der uns zugänglichen Literatur nicht diskutiert. Es finden sich lediglich allgemeine Ausführungen dazu, dass die Anzeige eines Gewerbes nicht als Beweis für dessen tatsächliche Ausübung dienen, allerdings ein Indiz hierfür darstellen könne (BeckOK-GewO/Leisner, § 14 Rn. 6; s. a. BVerwG BeckRS 1982, 31262533). Auch für die Errichtung einer Zweigniederlassung wird die Frage aufgeworfen, ob die

Vorlage einer Gewerbeanmeldung in diesem Zusammenhang verlangt werden kann. Dies erscheint fraglich. Bei *Krafka* findet sich zwar die Aussage, dies werde teilweise vertreten (Krafka, Rn. 326). Er verweist jedoch lediglich auf eine Fundstelle von Wachter, die sich zu dieser Praxis allerdings eher kritisch äußert (Wachter, in: Süß/Wachter, 3. Aufl. 2016 (Vorauf.), § 2 Rn. 50, in der aktuellen 4. Aufl. wurde das Kapitel gestrichen), da auch Zweigniederlassungen von vermögensverwaltenden Gesellschaften errichtet werden könnten.

Nach unserer persönlichen Einschätzung sprechen die besseren Gründe dafür, dass das Registergericht eine solche Abmeldung bei der Aufhebung nicht verlangen kann. Der Gesetzgeber hat auf eine Regelung der Pflicht zur Vorlage der Gewerbeabmeldung verzichtet. Daraus, dass die Anmeldung eines Gewerbes ein Indiz für die tatsächliche Ausübung darstellen mag, kann u. E. noch nicht darauf geschlossen werden, dass auch die Nicht-Abmeldung ein Indiz für den Fortbestand darstellen würde. Es erscheint zwar verlockend, einen entsprechenden Schluss zu ziehen, da Informationen über die Gewerbeanmeldung beim Registergericht vorliegen mögen. Allerdings wird dadurch der oben unter 2. dargestellte Grundsatz durchbrochen, dass die Aufhebung ein tatsächlicher Vorgang ist. Auch wenn man den *einmaligen Vorgang* der Gewerbeanmeldung als Indiz für die Existenz der Zweigstelle ansieht, rechtfertigt dies u. E. noch nicht, auch aus einem damit begründeten *Zustand* (Fortbestehen der Anmeldung) Schlüsse auf den (Fort-)Bestand der Zweigstelle zu ziehen. Die (Nicht-)Ab- oder Ummeldung bei der zuständigen Gewerbeaufsicht kann andere Gründe als die fehlende Aufhebung der Zweigniederlassung haben.

Rechtsprechung zur Frage konnten wir allerdings nicht ausfindig machen. Es ist nicht auszuschließen, dass es sich bei der Frage, ob die fehlende Abmeldung ein Indiz dafür darstellt, dass die Zweigniederlassung nicht tatsächlich aufgehoben wurde, um eine Frage handelt, die ein Gericht dem Ermessensspielraum des Registerrichters zuweisen würde.

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 Abruf-Gutachten.

BGB § 1030

Vorbehalt eines Quotennießbrauchs bei Übertragung eines vermieteten Grundstücks; Schicksal des Mietvertrags

Abruf-Nr.:

FamFG § 378

Möglichkeit der Vorlage einer originär elektronischen Eigenurkunde beim Handelsregister

Abruf-Nr.:

Rechtsprechungen

HGB § 12; BGB § 129 Abs. 1 S. 1; BeurkG § 40 Abs. 1

Keine Gleichwertigkeit einer Unterschriftbeglaubigung mittels Fernbeglaubigung (Abgleich der Unterschrift)

Eine Beglaubigung lediglich aufgrund eines Abgleichs der Unterschrift mit einer Unterschriftsprobe durch einen ausländischen Notar (hier: Schweiz) stellt keine Identitätsprüfung i. S. d. deutschen Rechts dar, sodass eine formwahrende Substitution der öffentlichen Beglaubigung ausscheidet.

(Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 20.4.2022 – 1 W 25/22 (Wx)

Problem

Durch Beschluss der Alleingesellschafterin wurde ein neuer Geschäftsführer bei einer deutschen GmbH bestellt. Die entsprechende Handelsregisteranmeldung wurde von einem Schweizer Notar beglaubigt, ohne dass der Beteiligte die Unterschrift in dessen Gegenwart geleistet oder anerkannt hätte. Vielmehr wurde die Unterschrift nur mit einer vorhandenen Unterschriftsprobe abgeglichen. Eine Unterschriftbeglaubigung nach deutschem Recht lehnten die

Beteiligten – trotz Hinweis des Verfahrensbevollmächtigten – ab. Das Registergericht wies mit Zwischenverfügung darauf hin, dass die Beglaubigung der Unterschrift nicht den deutschen Formerfordernissen entspreche. Hiergegen richtet sich die eingelegte Beschwerde.

Entscheidung

Das OLG kommt zu dem Ergebnis, dass die von dem Schweizer Notar beglaubigte Erklärung nicht dem Formerfordernis des § 12 Abs. 1 S. 1 HGB entspreche. Grundsätzlich komme eine Unterschriftbeglaubigung durch einen ausländischen Notar in Betracht, allerdings nur dann, wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbild und Stellung im Rechtsleben eine Tätigkeit ausübe, die dem deutschen Notar in seiner Funktion gleichkomme und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten habe, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspreche. Beglaubigungsformen, die dem deutschen Verfahrensrecht (§ 40 BeurkG) nicht entsprechen, erfüllten trotz der Fungibilität der Urkundsperson das nach der *lex fori* maßgeblich deutsche Formerfordernis nicht. Es fehle insofern an einer dem deutschen Recht entsprechenden Identitätsprüfung, sodass der Sinn und Zweck des Beglaubigungserfordernisses nicht gewahrt werden könne und somit eine formwahrende Substitution ausscheide.

Praxishinweis

Grundsätzlich sind an die Erfordernisse der „Gleichwertigkeit“ einer Unterschriftsbeglaubigung keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Nicht dem Sinn und Zweck der öffentlichen Beglaubigung entsprechen aber solche Beglaubigungen, bei denen eine Identitätsprüfung gar nicht oder aufgrund vollständig unsicherer Identifizierungsgrundlage vorgenommen wird (vgl. schon KG DNotI-Report 2022, 69 und das Gutachten DNotI-Report 2020, 121).

BGB §§ 280 Abs. 1 u. 3, 281 Abs. 1 u. 2, 437 Nr. 3, 439 Abs. 2, 444

(Keine) Beteiligung des Käufers an den Kosten der Nachbesserung nach den Grundsätzen „neu für alt“

1. Eine Beteiligung des Käufers an den Kosten der Nachbesserung einer (gebrauchten) mangelhaften Kaufsache nach den Grundsätzen eines Abzugs „neu für alt“ scheidet aus, wenn sich der Vorteil des Käufers darin erschöpft, dass die Kaufsache durch den zur Mangelbeseitigung erforderlichen Ersatz eines mangelhaften Teils durch ein neues Teil einen Wert-

zuwachs erfährt oder dass der Käufer durch die längere Lebensdauer des ersetzten Teils Aufwendungen erspart.

2. Für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in Höhe der voraussichtlich erforderlichen Mängelbeseitigungskosten nach § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1 BGB gilt das Gleiche, und zwar auch dann, wenn die Nachbesserung wegen des arglistigen Verschweigens des Mangels nicht angeboten werden muss (hier: Kosten für die Erneuerung einer mangelhaften Kellerabdichtung).

BGH, Urt. v. 13.5.2022 – V ZR 231/20

Problem

Im Jahr 2010 verkauften die Beklagten an die Kläger ein mit einem 1979 errichteten Reihenhaus bebautes Grundstück. Die Haftung für Sachmängel wurde ausgeschlossen. Die Beklagten hatten bereits im Jahr 2002 ein selbstständiges Beweisverfahren eingeleitet, was u. a. die Feuchtigkeit in Kellerwänden zum Gegenstand hatte. Der damalige Sachverständige fand als Ursache eine mangelhafte Abdichtung der Kellerwände. Die jetzigen Kläger bemerkten diese Durchfeuchtung der Kellerwände im Jahr 2013 und machten Gewährleistungsansprüche gegen die Beklagten geltend. Sie beriefen sich dabei auf ein arglistiges Verschweigen der mangelhaften Abdichtung und begehren daher Kosten für eine neue Kellerabdichtung in Höhe von 23.400,30 €. Die Beklagten berufen sich darauf, dass sich die Kläger nach dem Grundsatz „neu für alt“ die Wertsteigerung durch die Erneuerung der Kellerwände anrechnen lassen müssten.

Das Berufungsgericht teilte weitgehend die Ansicht der Beklagten. Die durch den Sachverständigen festgestellte Lebensdauer einer solchen Abdichtung sei bereits überschritten.

Entscheidung

Wie auch das Berufungsgericht geht der BGH davon aus, dass ein Nacherfüllungsanspruch im Grundsatz bestehe, da der Mangel arglistig verschwiegen worden sei (§ 444 BGB). Eine Nachfristsetzung war gem. § 281 Abs. 1 Var. 2 BGB entbehrlich.

Der BGH befasst sich sodann ausführlich mit der Frage, ob und in welchem Umfang nach den Grundsätzen „neu für alt“ Vorteile zu berücksichtigen sind, die der Käufer durch die Nacherfüllung erlangt. Hierzu finden sich in der Literatur unterschiedliche Auffassungen. Zum einen wird vertreten, dass der Käufer durch die Nachbesserung nicht bessergestellt sein dürfe, als er stünde, wenn

der Verkäufer von Anfang an ordnungsgemäß erfüllt hätte. Dagegen wendet eine andere Auffassung ein, dass eine Anspruchsgrundlage für eine Kostenbeteiligung des Käufers an den Kosten der Nacherfüllung fehle. Die Gegenrechte des Verkäufers seien in § 439 Abs. 6 BGB abschließend geregelt. Mehrheitlich wird hingegen eine differenzierende Auffassung vertreten, wonach eine Kostenbeteiligung des Käufers nach den Grundsätzen „neu für alt“ abzulehnen sei, wenn eine Nachbesserung nur durch den Ersatz der mangelbehafteten Teile durch neue Teile erfolge. Etwas anderes gelte dann, wenn an sonstigen Teilen der Kaufsache durch die Nachbesserung ein Wertzuwachs eintrete. Diese Wertverbesserung habe sich der Käufer anrechnen zu lassen.

Der BGH sah keinen Anlass, die Streitfrage insgesamt und abschließend zu entscheiden. Eine Beteiligung des Käufers an den Kosten der Nachbesserung einer gebrauchten mangelhaften Kaufsache scheidet grundsätzlich dann aus, wenn sich der Vorteil des Käufers darin erschöpfe, dass die Kaufsache durch den zur Mängelbeseitigung erforderlichen Ersatz eines mangelhaften Teils durch ein neues Teil einen Wertzuwachs erfahre oder dass der Käufer durch die längere Lebensdauer des ersetzten Teils Aufwendungen erspare. Ob darüber hinausgehende Vorteile angerechnet werden könnten, konnte der BGH offenlassen, da im vorliegenden Fall solche Vorteile nicht ersichtlich waren. Dieses Ergebnis stützt der BGH maßgeblich darauf, dass der Verkäufer durch Nachbesserung lediglich seinen vertraglichen Pflichten nachkomme und hierfür grundsätzlich keinen Ausgleich verlangen könne. Kann der Mangel ausschließlich durch Einbau eines neueren, ggf. höherwertigen Teils beseitigt werden, so habe der Käufer hierauf einen Anspruch, ohne sich an den Kosten beteiligen zu müssen. Der damit für den Käufer regelmäßig verbundene Vorteil einer Werterhöhung der Sache sei eine unvermeidliche Folge des dem Käufer vom Gesetzgeber eingeräumten Nacherfüllungsanspruchs. Deshalb scheidet eine allein an der längeren Lebensdauer des ersetzten Teils anknüpfende schematische Berücksichtigung eines Abzugs „neu für alt“ bei dem Schadensersatzanspruch statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB aus. Unerheblich sei auch, dass der Käufer dem Verkäufer bei einem arglistig verschwiegenen Mangel keine Frist zur Nacherfüllung setzen müsse, da er nicht schlechter stehen dürfe als bei einer „nur“ mangelhaften Kaufsache. Der Verkäufer sei ausreichend dadurch geschützt, dass der Nacherfüllungsanspruch gem. § 439 Abs. 3 S. 2 BGB (jetzt: § 439 Abs. 4 S. 2 BGB) begrenzt sei. Könne nämlich der Verkäufer die Nachbesserung verweigern, weil sie mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden sei, beschränke sich der Schadensersatzanspruch des Käufers auf den Ersatz des mangelbedingten Minderwerts.

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. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

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
Mainleite 5, 97340 Marktbreit