

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

20. Jahrgang
März 2012
ISSN 1434-3460

6/2012

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 307, 387 – Formalmäßiges Aufrechnungsverbot im Bauträgervertrag

GmbHG §§ 53, 54, 47 Abs. 4; AktG §§ 296, 297 – Voraussetzungen der Beendigung eines Gewinnabführungsvertrags im GmbH-Konzern; Konsequenzen des BGH-Urteils v. 31.5.2011 (II ZR 109/10)

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

ZPO § 323 a. F.; BGB §§ 313, 1573, 1578b, 1581 – Abänderung einer ehevertraglichen Unterhaltsverpflichtung wegen Störung der Geschäftsgrundlage bei nachträglicher Änderung der Rechtslage (Möglichkeit der Befristung); Unterhaltsbedarf des früheren Ehegatten von Unterhaltsanspruch eines nachfolgenden Ehegatten unberührt

HGB §§ 15a, 106 Abs. 2 Nr. 2, 108, 161 Abs. 2; GmbHG § 35 Abs. 2 S. 3; AktG § 37 Abs. 3 Nr. 1 – Inländische Geschäftsanschrift einer GmbH & Co. KG; Abweichung vom Sitz der Gesellschaft unzulässig

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 307, 387 Formalmäßiges Aufrechnungsverbot im Bauträgervertrag

I. Sachverhalt

In einem Bauträgervertrag ist folgende Klausel enthalten:

„Eine Aufrechnung gegen den Kaufpreisanspruch ist nur mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig.“

II. Frage

Ist die Klausel rechtswirksam?

III. Zur Rechtslage

1. Anwendungsbereich der Klauselkontrolle

Bei Bauträgerverträgen handelt es sich regelmäßig um Verbraucherverträge i. S. v. § 310 Abs. 3 BGB. Dementsprechend findet die Klauselkontrolle gem. §§ 307-309 BGB selbst dann Anwendung, wenn es sich bei den Vertragsbedingungen nicht um Allgemeine Geschäftsbedingungen i. S. v. § 305 Abs. 1 BGB handelt. Im Rechtsverkehr gegenüber Unternehmern oder juristischen Personen des öffentlichen Rechts ist dagegen nach § 310 Abs. 1 BGB

allein § 307 BGB Grundlage der Inhaltskontrolle (vgl. nur Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl. 2012, § 307 Rn. 3).

2. Kein Verstoß gegen § 309 Nr. 3 BGB

Ist demnach der Anwendungsbereich auch der speziellen Klauselverbote nach §§ 308 f. BGB jedenfalls im Verkehr gegenüber Verbrauchern eröffnet, so muss sich das Aufrechnungsverbot zunächst an der Bestimmung des § 309 Nr. 3 BGB messen lassen. Diesem Maßstab hält die Bestimmung indes offensichtlich stand. Denn unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen werden entsprechend dem Wortlaut des § 309 Nr. 3 BGB vom Aufrechnungsverbot gerade nicht umfasst.

3. Verstoß gegen § 307 Abs. 1 BGB

a) Allgemeines

Fällt eine Klausel – wie vorliegend – in den Anwendungsbereich der §§ 308, 309 BGB, ist sie aber nach diesen Vorschriften nicht zu beanstanden, so kommt dennoch eine Unwirksamkeit nach § 307 BGB in Betracht. Allerdings ist anerkannt, dass die Inhaltskontrolle nach der Generalklausel nicht zu einer Umgehung der in §§ 308 f. BGB zum Ausdruck kommenden Regelungsabsicht führen darf (BGH NJW 1997, 739; Palandt/Grüneberg, § 307 Rn. 1).

b) BGH: Unzulässiges Aufrechnungsverbot im Architektenvertrag

Ohne sich mit den Wertungen von § 309 Nr. 3 BGB näher auseinanderzusetzen, hat der BGH mit Ur. v. 7.4.2011 (VII

ZR 209/07, NJW 2011, 1729 = NZBau 2011, 428 = ZfBR 2011, 472 = BauR 2011, 1185) befunden, dass in einem Architektenvertrag die Klausel „Eine Aufrechnung gegen den Honoraranspruch ist nur mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig.“ gem. § 9 Abs. 1 AGBG (= § 307 Abs. 1 BGB) unwirksam sei. Die hiernach erforderliche unzumutbare Benachteiligung ergebe sich daraus, dass die Klausel auch solche Fälle umfasse, in denen **dem Auftraggeber** des Architekten ein **mit dem Honoraranspruch konnex verknüpfter Schadensersatzanspruch** wegen mangelhafter oder unfertiger Leistungserbringung zustehe. Hierdurch werde in einer für den Besteller unzumutbaren Weise in das durch den Vertrag geschaffene synallagmatische Austauschverhältnis, das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung, eingegriffen. Es sei für den Besteller in jedem Fall, in dem ihm die Gegenansprüche tatsächlich zustünden, **unzumutbar, zunächst die volle Werklohnforderung zahlen zu müssen und auf die gesonderte Geltendmachung seiner Ansprüche verwiesen** zu werden. Dementsprechend sei eine unangemessene Benachteiligung nicht nur dann zu bejahen, wenn die Gegenansprüche entscheidungsreif feststünden.

Kern der Begründung für die durch den BGH abweichend von der Rechtsprechung vieler Oberlandesgerichte (siehe nur OLG Hamm BauR 2004, 1643 = MDR 2005, 30 m. w. N.) getroffene Entscheidung ist dabei der Gedanke, dass im Falle mangelhafter Leistungserbringung dem Besteller ein **Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 Abs. 1 BGB** zusteht. Da dieses Leistungsverweigerungsrecht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht ausgeschlossen werden könne (vgl. § 309 Nr. 2 lit. a) BGB = § 11 Nr. 2 lit. a) AGBG), wäre es ein „nicht hinnehmbares Ergebnis, wenn eine aus dem Leistungsverweigerungsrecht erwachsene, auf Zahlung gerichtete Gegenforderung dazu führen würde, dass der Werklohn nunmehr durchsetzbar ist“.

c) Übertragung auf andere Vertragstypen

Zwar betrifft die Entscheidung des BGH lediglich ein Aufrechnungsverbot in einem vorformulierten Architektenvertrag (vgl. speziell hierzu daher BeckOK-BGB/H. Schmidt, Stand: 1.2.2012, § 307 Rn. 144; kritisch Hänsel, in: Graf v. Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 30. EL. 2012, Teil „Klauselwerke“, Der Architektenvertrag, Rn. 226 f.; siehe zum Architektenvertrag auch Preussner, NZBau 2011, 599). Da die Begründung des BGH jedoch ihren Ausgang bei allgemeinen Erwägungen zum Wesen des synallagmatischen Austauschverhältnisses in gegenseitigen Verträgen nimmt, ist zu **erwarten, dass gleichlautende Aufrechnungsverbote auch in anderen Werkverträgen** als Architektenverträgen, namentlich in Bau-trägerverträgen (so etwa Hayn-Habermann, NJW-Spezial 2011, 492, 493; wohl auch Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2011, § 387 Rn. 247; Bast, Der Bau-trägervertrag, 7. Aufl. 2012, Rn. 257 ff.; BeckOK-BGB/Dennhardt, Stand: 1.2.2012, § 387 Rn. 7 a. E.), wenn nicht gar über das Werkvertragsrecht hinaus (so die Einschätzung von Eckhoff, GWR 2011, 446), als **unwirksam** angesehen werden. Dies liegt zumindest für Aufrechnungsverbote nahe, die Gegenforderungen erfassen, welche aus einer zur Leistungsverweigerung i. S. v. § 309 Nr. 2 lit. a) BGB berechtigenden Sachleistungsforderung hervorgegangen sind (in diesem Sinne ganz allgemein Palandt/Grüneberg, § 309 Rn. 20; Ulmer/Brandner/Hensen/Schäfer, AGB-Recht, 11. Aufl. 2011, § 309 Nr. 3 Rn. 7; MünchKommBGB/Kieninger, 5. Aufl. 2007, § 309 Nr. 2 Rn. 4).

4. Gestaltungsoptionen

Damit stellt sich aus Sicht des Vertragsgestalters die Frage nach verbleibenden Gestaltungsoptionen.

a) Individualvertraglich ausgehandeltes Aufrechnungsverbot?

Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass selbst im Rahmen individualvertraglicher Absprachen die Unwirksamkeit eines ausgehandelten Aufrechnungsverbots nicht auszuschließen ist. Speziell für Architektenverträge haben das OLG Hamburg (Beschl. v. 13.2.2009 – 11 U 41/08, BeckRS 2009, 12497) sowie das OLG Frankfurt a. M. (BauR 2008, 568 = BeckRS 2008, 7204) ausgesprochen, dass ein Aufrechnungsverbot im Verhältnis von Honorarforderungen zu Mängelbeseitigungskosten selbst individualvertraglich nicht wirksam vereinbart werden könne.

b) Formulärmäßiges Aufrechnungsverbot für „entfernere“ Gegenansprüche?

Damit verbleibt die vom BGH ausdrücklich offengelassene Frage, ob in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Aufrechnungsverbot für „entfernere“ Gegenansprüche zulässig ist (dazu näher Preussner, NZBau 2011, 599; Schwenker, ZfBR 2011, 425, 426). Hier dürfte als Leitlinie gelten, dass entsprechende Verbote je eher zulässig sind, je ferner der Gegenanspruch dem Honoraranspruch bzw. der Werklohnforderung liegt. Da freilich zugleich das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB Grenzen setzt, kann auch insoweit ein Unwirksamkeitsverdikt nicht kategorisch ausgeschlossen werden.

GmbHG §§ 53, 54, 47 Abs. 4; AktG §§ 296, 297

Voraussetzungen der Beendigung eines Gewinnabführungsvertrags im GmbH-Konzern; Konsequenzen des BGH-Urteils v. 31.5.2011 (II ZR 109/10)

I. Sachverhalt

Zwischen zwei Gesellschaften mbH besteht ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag. Dieser Vertrag soll in beiderseitigem Einvernehmen aufgehoben werden. Den Beteiligten kommt es nicht darauf an, ob dies im Wege einer Kündigung oder durch Aufhebungsvertrag geschieht.

II. Fragen

1. Bedarf die Vertragsaufhebung der Zustimmung der Gesellschafter beider Gesellschaften? Welche Mehrheiten wären in diesem Fall zu verlangen?
2. Müssen die ggf. erforderlichen Beschlüsse notariell beurkundet werden?
3. Macht es einen Unterschied, ob es sich um eine einvernehmliche Vertragsbeendigung, eine ordentliche Kündigung oder eine außerordentliche Kündigung handelt?
4. Ist die Eintragung in das Handelsregister für die Wirksamkeit der Vertragsbeendigung konstitutiv?

III. Zur Rechtslage

1. Grundzüge des GmbH-Konzernrechts nach der „Supermarkt-Entscheidung“ des BGH

Zu den Anforderungen an die wirksame Begründung eines Unternehmensvertrags mit einer GmbH als beherrschter Gesellschaft äußerte sich der BGH erstmals in der grundlegenden „Supermarkt-Entscheidung“ (Beschl. v. 24.10.1988 – II ZB 7/88, BGHZ 105, 324 = DNotZ 1989, 102 = MittRhNotK 1988, 261 = MittBayNot 1989, 33). Der BGH bestätigte, dass es sich bei dem Unternehmensvertrag um einen **gesellschaftsrechtlichen Organisationsvertrag** handle, der „**satzungsgleich den rechtlichen Status der beherrschten Gesellschaft**“ **ändere**. Gesetzliche Regelungen und Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags, die den für Unternehmensverträge maßgebenden Vorschriften und dem Inhalt des Unternehmensvertrags entgegenstünden, würden für die Dauer seiner Gültigkeit außer Kraft gesetzt (DNotZ 1989, 102, 105). Wegen dieser Wirkungen sei der Abschluss eines Unternehmensvertrags **von der Vertretungsmacht der Geschäftsführer der GmbH**, die sich der Beherrschung und Ergebnisabführung unterwirft, **nicht gedeckt**. Er bedürfe zu seiner Wirksamkeit der **Zustimmung der Gesellschafterversammlung** durch Beschluss (DNotZ 1989, 102, 105). Dabei soll laut BGH die **Obergesellschaft keinem Stimmverbot** nach § 47 Abs. 4 S. 2 GmbHG unterliegen, obwohl sie sowohl Partnerin des Unternehmensvertrags als auch Gesellschafterin der abhängigen Gesellschaft ist (DNotZ 1989, 102, 105 f.). In formeller Hinsicht führte der BGH im Wesentlichen aus, dass nicht der Unternehmensvertrag, sondern nur der **Zustimmungsbeschluss bei der beherrschten Gesellschaft der notariellen Beurkundung** bedürfe (DNotZ 1989, 102, 110 f.). Die Frage, welche Mehrheit bei der Beschlussfassung in der beherrschten Gesellschaft einzuhalten ist, ließ der BGH ausdrücklich offen (DNotZ 1989, 102, 103, 2. LS.).

Weiterhin verlangte der BGH auch die **Zustimmung der Gesellschafterversammlung der herrschenden Gesellschaft**. Zur Begründung führte er an, dass § 293 Abs. 2 AktG, welcher ein solches Zustimmungserfordernis im Aktienrecht anordnet, nicht allein die Sicherung außenstehender Aktionäre bezwecke, sondern gleichsam die Entscheidung über die Verlustübernahmepflicht (§ 302 AktG) den Gesellschaftern vorbehalte (DNotZ 1989, 102, 106 f.). Der Zustimmungsbeschluss auf der Ebene der Obergesellschaft sei **ebenfalls Wirksamkeitserfordernis für den Unternehmensvertrag**. Er müsse mit einer qualifizierten Mehrheit entsprechend § 293 Abs. 2 S. 2 AktG gefasst werden, welche mindestens drei Viertel der bei Beschlussfassung abgegebenen Stimmen umfasse; andererseits bedürfe der Beschluss **keiner notariellen Beurkundung**.

Entsprechend § 54 Abs. 1 S. 1 GmbHG müssen Zustimmungsbeschluss und Unternehmensvertrag zur **Eintragung in das Handelsregister** angemeldet werden (BGH DNotZ 1989, 102, 111). Der Anmeldung seien entsprechend § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG die Zustimmungsbeschlüsse beider Gesellschafterversammlungen und der Unternehmensvertrag beizufügen; für den Zustimmungsbeschluss der Obergesellschaft folge dies aus der entsprechenden Anwendung des § 294 Abs. 1 S. 2 AktG (DNotZ 1989, 102, 111).

2. Überblick über den bisherigen Meinungsstand zur Aufhebung eines Unternehmensvertrags

Über die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Beendigung eines Unternehmensvertrags wirksam wird, bestand bislang Streit (vgl. m. zahlr. Nachw. BGH, Urt. v.

31.5.2011 – II ZR 109/10, NJW-RR 2011, 1117, 1118 f. Tz. 18). In drei veröffentlichten oberlandesgerichtlichen Entscheidungen (BayObLG v. 5.2.2003 – 3Z BR 232/02, NJW-RR 2003, 907; OLG Frankfurt v. 11.11.1993 – 20 W 317/93, OLGZ 1994, 286 = DNotZ 1994, 685; OLG Karlsruhe v. 3.6.1994 – 4 W 122/93, DNotZ 1994, 690) wurde die Auffassung vertreten, dass die Aufhebung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags **weder auf Seiten der beherrschenden noch auf Seiten der beherrschten Gesellschaft eines Gesellschafterbeschlusses bedürfe**. Argumentativ stand dabei die Erwägung im Vordergrund, es bestehe **kein Grund**, im GmbH-Recht an die Formalien der Unternehmensvertragsbeendigung **strengere Anforderungen als im Aktienrecht zu stellen** (OLG Frankfurt DNotZ 1994, 685, 686 f.; OLG Karlsruhe DNotZ 1994, 690, 692). Auch auf die **Wertung des § 298 AktG** wurde zurückgegriffen (BayObLG NJW-RR 2003, 907 f.).

Die **Gegenansicht** (in der Rspr. insbes. LG Konstanz v. 26.11.1992 – 3 HT 1/92, MittBayNot 1993, 308; OLG Oldenburg v. 23.3.2000 – 1 U 175/99, NZG 2000, 1138) führte hingegen aus, dass auch die Rückgängigmachung eines Unternehmensvertrags satzungsändernden Charakter habe, da hierdurch die Bestimmungen der ursprünglichen Satzung wieder in Kraft träten.

3. Gegenstand der Entscheidung des BGH v. 31.5.2011 (II ZR 109/10)

a) Überblick über die Prozessgeschichte

In seiner Entscheidung vom 31.5.2011 (II ZR 109/10, NJW-RR 2011, 1117 = MittBayNot 2011, 515) hatte der BGH über eine analog § 246 AktG erhobene Anfechtungsklage gegen einen GmbH-Gesellschafterbeschluss zur Beendigung eines Unternehmensvertrags zu befinden. Kläger war der Insolvenzverwalter über das Vermögen einer Minderheitsgesellschafterin, welche einen Anteil von 10 % an der beherrschten Gesellschaft hielt. Mehrheitsgesellschafter mit einem Anteil von 90 % war eine andere Gesellschaft. Zwischen der beherrschten GmbH und dem Mehrheitsgesellschafter bestand ein im Handelsregister eingetragener Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag aus dem Jahr 1999, dem die Insolvenzschuldnerin vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zugestimmt hatte. Der Vertrag war aus wichtigem Grund ohne Kündigungsfrist kündbar, im Übrigen mit einer Frist von sechs Monaten zum Jahresablauf. Im Jahr 2011 beantragte der Kläger, einen Gesellschafterbeschluss über die Kündigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags herbeizuführen. Der Antrag wurde mit den Stimmen des Mehrheitsgesellschafters abgelehnt. Der Insolvenzverwalter vertrat die Auffassung, dass dem Mehrheitsgesellschafter gem. § 47 Abs. 4 GmbHG kein Stimmrecht zugestanden habe. Er beantragte die Nichtigerklärung des Gesellschafterbeschlusses und die Feststellung, dass der beantragte Beschluss zur (außerordentlichen, hilfsweise ordentlichen) Kündigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags zustande gekommen sei.

Nachdem das LG Chemnitz (Urt. v. 10.10.2008 – 2HKO 2438/07, BeckRS 2011, 19156) dem Antrag auf Nichtigerklärung des Gesellschafterbeschlusses stattgegeben, den Beschlussfeststellungsantrag jedoch abgewiesen hatte, wies das **OLG Dresden** (v. 8.4.2009 – 12 U 1719/08, BeckRS 2010, 17624) auf die beiderseitige Berufung hin die Klage insgesamt ab. Die **Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags unterliege denselben Anforderungen wie sein Abschluss**; aus diesem Grund

sei das herrschende Unternehmen nicht vom Stimmrecht ausgeschlossen. Der Gesichtspunkt des „*actus contrarius*“ sei **zwar kein durchgängig gültiger rechtlicher Grundsatz**, da gerade das Aktiengesetz für die Beendigung eines Unternehmensvertrags andere Voraussetzungen aufstelle als für dessen Abschluss. Jedoch komme der Rückübertragung der Verantwortung für die Unternehmensleitung **erhebliche Tragweite für die Gesellschaft und ihre Gesellschafter** zu. Es sei eine ganz erhebliche Veränderung der Verhältnisse, wenn die Leitungsverantwortung nach in der Regel mehr als fünf Jahren auf die seither nicht mehr mit der eigenverantwortlichen Geschäftsführung befasste beherrschte Gesellschaft zurückübertragen werde. Diese verfüge in dieser Situation nicht ohne Weiteres über die erforderliche Erfahrung und Ausstattung, die Geschäfte nahtlos fortzuführen und die bestehenden Geschäftskontakte zu pflegen. Sie müsse insoweit neu organisiert werden. Eine Übertragung der aktienrechtlichen Wertungen scheidet aus, da die **GmbH eine stärkere personalistische Ausgestaltung aufweise** und dies gerade bei der Beendigung eines Unternehmensvertrags maßgeblich sei.

b) Die Entscheidung des BGH über den Streitgegenstand

Der BGH wies die Revision des klagenden Insolvenzverwalters zurück. Dabei bestätigte er die Ausführungen des OLG Dresden, wonach es sich bei der Beschlussfassung über die Kündigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags um eine **Entscheidung mit körperschaftlichem Charakter** handle, bei der der **herrschende Gesellschafter ein Stimmrecht habe**. Es werde eine **Organisationsentscheidung über eine wesentliche Strukturänderung** getroffen (BGH NJW-RR 2011, 1117, 1118 Tz. 5 f.). Der BGH subsumierte den Kündigungsbeschluss unter den Begriff des „körperschaftlichen Sozialaktes“ (NJW-RR 2011, 1117, 1118). Er betonte dabei, dass der Beschluss die inneren Angelegenheiten der beherrschten Gesellschaft betreffe und ihre Organisationsstruktur verändere, sodass dem herrschenden Gesellschafter seine Mitwirkung nicht versagt werden könne.

4. Weitergehende Auswirkungen der BGH-Entscheidung

Da in der Beschlussanfechtungs- und -feststellungsklage nur über die Wirksamkeit eines Gesellschafterbeschlusses entschieden wird, **musste** der BGH die **Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Vertragsbeendigung bei Unternehmensverträgen nicht erörtern**. Denn auch diejenigen, die einen Gesellschafterbeschluss grds. nicht für erforderlich erachten, halten eine Beschlussfassung für möglich.

In der seither veröffentlichten Literatur wird allerdings einhellig vertreten, dass sich die Auswirkungen der BGH-Entscheidung **nicht ausschließlich auf die im Leitsatz enthaltene Frage nach dem Stimmverbot beschränken**. Hinsichtlich der Einzelheiten besteht Uneinigkeit. Nachstehend sollen mögliche Auswirkungen für das GmbH-Konzernrecht erörtert werden.

a) Gesellschafterbeschluss der beherrschten Gesellschaft als Wirksamkeitsvoraussetzung einer ordentlichen Kündigung

Die Literatur geht weitgehend einvernehmlich davon aus, dass für die **Kündigung des Unternehmensvertrags durch die beherrschte Gesellschaft ein Gesellschafterbeschluss** durch deren Gesellschafter nunmehr **als Wirksamkeitsvoraussetzung anzusehen** ist (Müller-Eising/Schmitt,

NZG 2011, 1100, 1101; Peters/Hecker, DStR 2012, 86, 88; Derlin, BB 2011, 2067, 2068; Bungert/Meyer, EWIR 2011, 563, 564; Bachmann, WuB 2011, 740, 741; Schädlich/Jacobi, NJ 2011, 470, 471; wohl auch Weiler, notar 2011, 409, 410; unklar Ulrich, GmbHR 2011, 925). Angesichts dieser Reaktion dürfte es sich für die Praxis empfehlen, dem postulierten Beschlusserfordernis Rechnung zu tragen. Mag dieser Aspekt auch im amtlichen Leitsatz nicht zum Ausdruck kommen, so spricht doch der Wortlaut der Entscheidungsgründe in Tz. 20 für eine solche Schlussfolgerung:

„Die Kündigung ist nicht ... als eine grundsätzlich den Geschäftsführern zugewiesene Geschäftsführungsmaßnahme anzusehen, ... Die Einordnung der Kündigung als Geschäftsführungsmaßnahme ... würde zu einem dem GmbH-Recht fremden weisungsfreien Bereich der Geschäftsführung führen ...“

Hier zeigt sich eine erhebliche Parallele zu dem Teil der Supermarkt-Entscheidung, in welchem der BGH den Gesellschafterbeschluss zur Wirksamkeitsvoraussetzung erhoben hat (DNotZ 1989, 102, 105):

„Aufgrund dieser Wirkungen des Unternehmensvertrages ist sein Abschluß von der Vertretungsmacht der Geschäftsführer der GmbH, die sich der Beherrschung und Ergebnisabführung unterwirft, nicht gedeckt. Er bedarf zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung durch Beschluß der Gesellschafterversammlung ...“

In der aktuellen Entscheidung vom 31.5.2011 heißt es zu den **Wirkungen der Beendigung des Unternehmensvertrags** in Tz. 19 ferner:

„Dass die Gesellschaft mit der Kündigung zum satzungsgemäßen Normalzustand zurückkehrt, lässt diese innergesellschaftlichen Auswirkungen nicht entfallen und lässt den Eingriff nicht schwächer als den Abschluss des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages erscheinen.“

In der Supermarkt-Entscheidung stellte der BGH einen Zusammenhang zwischen den Wirkungen des Unternehmensvertrags und der fehlenden Vertretungsmacht der Geschäftsführer her. Wenn er nunmehr die Wirkungen der Kündigung als „nicht schwächer“ beurteilt, spricht dies auch insoweit für das Fehlen der Vertretungsmacht der Geschäftsführer. Damit steht im Einklang, dass die h. M. bei **Verschmelzungsverträgen** nach Fassung des Zustimmungsbeschlusses die Wirksamkeit einer Vertragsbeendigung ebenfalls von einer **erneuten Zustimmung der Anteilseigner** abhängig macht (Semler/Stengel/Schröder, UmwG, 3. Auflage 2012, § 4 Rn. 31 m. w. N.).

b) Formbedürftigkeit des Zustimmungsbeschlusses in der beherrschten Gesellschaft

Hinsichtlich der Formfrage wird die Entscheidung des BGH unterschiedlich interpretiert. *Ulrich* (GmbHR 2011, 925) hält den Gesellschafterbeschluss für einen „nicht zu beurkundenden internen Akt der Willensbildung“, der bei der Gesellschaft verbleibe. Er erachtet weder eine notarielle Beurkundung für erforderlich noch eine Vorlage des Gesellschafterbeschlusses beim Handelsregister. Zuvor hatte *Ulrich* vertreten (GmbHR 2004, 1000, 1004), dass die Aufhebung eines Unternehmensvertrags keines Gesellschafterbeschlusses bedürfe. Gegen ein Beurkundungserfordernis spricht sich etwa auch *Theiselmann* (BB 2011, 2819, 2821) aus.

Für dieses Verständnis lässt sich anführen, dass der BGH tatsächlich den Begriff des „innergesellschaftlichen Organisationsaktes“ verwendet (Tz. 19). Dennoch scheint diese Lesart die maßgebliche Passage der Entscheidungsgründe unangemessen zu verkürzen. So heißt es im nächsten Satz: „Mit der Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags ist ein **Eingriff in die Organisationsstruktur der Gesellschaft verbunden.**“

Wie geschildert hält der BGH diesen Eingriff für „nicht schwächer“ als den mit einem Abschluss verbundenen Eingriff. Den Topos der „Änderung der Organisationsstruktur“ verwendete der BGH auch im Zusammenhang mit der Herleitung des Beurkundungserfordernisses für den Beschluss über die Zustimmung zum Abschluss eines Unternehmensvertrags (DNotZ 1989, 102, 108). Daher plädiert die nach Veröffentlichung der BGH-Entscheidung erschienene **Literatur überwiegend für die Notwendigkeit einer notariellen Beurkundung** (Müller-Eising/Schmitt, NZG 2011, 1100, 1101; Peters/Hecker, DStR 2012, 86, 88; Derlin, BB 2011, 2067, 2068; Rödl, in: Handelsblatt-Rechtsboard, blog.handelsblatt.com, 8.11.2011, abgerufen am 2.3.2012; Weiler, notar 2011, 409, 410).

c) Mehrheitserfordernisse in der beherrschten Gesellschaft

Da der BGH in der Supermarkt-Entscheidung die Frage nach dem Mehrheitserfordernis für den **Zustimmungsbeschluss zum Vertragsschluss** auf der Ebene der beherrschten Gesellschaft ausdrücklich offengelassen hat, ist diese Frage im Schrifttum umstritten. Die wohl **h. M.** verlangt unter Hinweis auf § 53 Abs. 3 GmbHG und § 33 Abs. 1 S. 2 BGB eine einstimmige Beschlussfassung bzw. die **Zustimmung sämtlicher Gesellschafter**; die Gegenansicht hält unter Verweis auf § 293 Abs. 1 AktG einen Beschluss mit satzungsändernder Mehrheit (§ 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG) für ausreichend (MünchKommGmbHG/Liebscher, 2010, GmbH-Konzernrecht Rn. 714, 715 m. w. N.). In Bezug auf die Vertragsbeendigung musste diese Frage nur von denjenigen erörtert werden, die grundsätzlich einen Gesellschafterbeschluss für nötig erachten. Soweit ersichtlich, wird **auch für den Aufhebungsbeschluss die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter verlangt** (Schwarz, DNotZ 1996, 68, 81; vgl. Mues, RNotZ 2005, 2, 25; dieselben Anforderungen wie beim Vertragsschluss).

Der BGH hatte hierüber nicht zu entscheiden. Der Beschluss, mit welchem der Vertragskündigung zugestimmt werden sollte, wurde wegen der (wirksamen) Stimmen des Mehrheitsgesellschafters überhaupt nicht gefasst. Allerdings hatte das **OLG Dresden** (BeckRS 2012, 17624) zu erkennen gegeben, dass es auch für den Zustimmungsbeschluss zur Vertragsbeendigung eine allseitige Zustimmung verlangt:

„Entscheidend ist daher, ob die Gründe, die zu der Annahme führen, der Abschluss des Unternehmensvertrages bedürfe wegen seiner grundlegenden Bedeutung für die inneren Verhältnisse der Gesellschaft der Zustimmung aller Gesellschafter auch bei der Beendigung dieses Vertrages Geltung beanspruchen. Dies ist zu bejahen.“

Daher wird man also vorsorglich von der Notwendigkeit eines einstimmigen, von allen Gesellschaftern gefassten Zustimmungsbeschlusses auszugehen haben.

d) Keine Differenzierung zwischen ordentlicher Kündigung und Aufhebungsvertrag

Der BGH äußerte sich im Urt. v. 31.5.2011 nur zur Beschlussfassung über die ordentliche Kündigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags durch die beherrschte Gesellschaft, da eine außerordentliche Kündigung mangels Kündigungsgrundes nicht in Betracht kam (NJW-RR 2011, 1117, 1118 Tz. 19). Bei der Darstellung der Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur differenzierte der BGH dagegen nicht zwischen Kündigung und Aufhebung (NJW 2011, 1117, 1118 f. Tz. 18; vgl. auch Mues, RNotZ 2005, 2, 25, 27, der sowohl für die ordentliche Kündigung als auch die Aufhebungsvereinbarung einen Zustimmungsbeschluss verlangt).

Unseres Erachtens besteht tatsächlich **kein Anhaltspunkt** dafür, zwischen einer ordentlichen Kündigung und einem Aufhebungsvertrag **zu unterscheiden**. Beide Vorgänge führen gleichermaßen zur Beendigung des Unternehmensvertrags und ziehen damit die vom BGH als einschneidend beschriebenen Wirkungen nach sich. Hielte man nur bei der ordentlichen Kündigung, nicht aber beim Abschluss eines Aufhebungsvertrags einen Zustimmungsbeschluss für erforderlich, so könnten die vom BGH zum Ausdruck gebrachten Wertungen leicht unterlaufen werden.

e) Zustimmungsbeschluss der beherrschten Gesellschaft auch bei außerordentlicher Kündigung durch beherrschte Gesellschaft?

Zu erörtern ist ferner, ob der Zustimmungsbeschluss auch bei einer außerordentlichen Kündigung durch die beherrschte Gesellschaft als Wirksamkeitsvoraussetzung anzusehen ist. *Mues* hat die Auffassung vertreten, dass sich die außerordentliche Kündigung insoweit nicht von der ordentlichen Kündigung unterscheidet (RNotZ 2005, 2, 29). Auch der in der aktuellen Entscheidung klagende Insolvenzverwalter ging offenbar davon aus, dass ein solcher Beschluss erforderlich sei, da er eine entsprechende Beschlussfeststellungsklage erhoben hatte. Ein Differenzierungskriterium könnte darin bestehen, dass gerade eine außerordentliche Kündigung üblicherweise eilbedürftig ist. Zudem ließe sich anführen, dass die außerordentliche Kündigung nach der gesetzlichen Wertung des § 297 Abs. 1 AktG eine Maßnahme der Geschäftsführung darstellt und insbesondere nach § 297 Abs. 2 AktG ein (Sonder-)Beschluss nur bei der ordentlichen Kündigung verlangt wird (vgl. MünchKommGmbHG/Liebscher, GmbH-Konzernrecht Rn. 933 m. w. N.).

Andererseits besteht in solchen Fällen keine geringere Notwendigkeit, die Gesellschafterversammlung mit derart grundlegenden Entscheidungen zu befassen. Die vom BGH beschriebenen Wirkungen der Vertragsbeendigung treten gleichermaßen bei einer außerordentlichen Kündigung ein (gegen eine Differenzierung folglich Müller-Eising/Schmitt, NZG 2011, 1100, 1101; ohne Differenzierung auch Theiselmann, BB 2011, 2819, 2821). Wegen der verbleibenden Rechtsunsicherheit dürfte es sich daher empfehlen, bei der außerordentlichen Kündigung **ebenfalls vorsorglich einen Gesellschafterbeschluss zu fassen**; ggf. kann dieser der Kündigung zeitlich nachfolgen.

f) Voraussetzungen einer Vertragsbeendigung durch die Obergesellschaft

Umstritten war bislang, ob die einvernehmliche Beendigung des Unternehmensvertrags auch auf Ebene der herrschenden Gesellschaft einen Gesellschafterbeschluss

voraussetzt. Diejenigen Autoren, die das Erfordernis eines Zustimmungsbeschlusses bereits in der beherrschten Gesellschaft verneinen, übertragen diese Auffassung folgerichtig auf die Ebene der herrschenden Gesellschaft (Schlögell, GmbHR 1995, 401, 407; Kallmeyer, GmbHR 1995, 578, 579; Timm/Geuting, GmbHR 1996, 229, 233; Ulrich, GmbHR 2004, 1000, 1004) und berufen sich insbesondere auf die Wertung des § 296 AktG. Nach der Gegenauffassung ist auch in der Obergesellschaft ein Zustimmungsbeschluss erforderlich (Ebenroth/Wilken, WM 1993, 1617, 1623; Ehlke, ZIP 1995, 355, 359; Priester, ZGR 1996, 189, 207). Zur Begründung wird darauf hingewiesen, dass mit Vertragsbeendigung die Pflicht zur Sicherheitsleistung eingreife und das Rechtsgeschäft daher außergewöhnlich sei (Priester, ZGR 1996, 189, 207). In Reaktion auf die BGH-Entscheidung vom 31.5.2011 wird in der Literatur empfohlen, auf der Ebene der Obergesellschaft **vorsorglich ebenfalls einen Zustimmungsbeschluss mit einer Mehrheit von mindestens ¾ der abgegebenen Stimmen** zu fassen; in Übereinstimmung mit der Supermarkt-Entscheidung soll insoweit auf eine notarielle Beurkundung verzichtet werden können (Peters/Hecker, DStR 2012, 86, 89).

g) Kein Zustimmungsbeschluss in beherrschter Gesellschaft bei Vertragsbeendigung durch Obergesellschaft

Ganz überwiegend wurde bisher vertreten, dass jedenfalls eine durch die Obergesellschaft ausgesprochene Kündigung nicht in ihrer Wirksamkeit von einem Zustimmungsbeschluss der beherrschten Gesellschaft abhängt (Mues, RNotZ 2005, 2, 27; Vetter, ZIP 1995, 345, 351; Ebenroth/Wilken, WM 1993, 1617, 1619). Hierfür wird angeführt, dass das Bild vom „Organisationsakt mit satzungsändernder Wirkung“ in einem solchen Fall nicht passe; ferner habe die beherrschte Gesellschaft beim Abschluss des Unternehmensvertrags dieses Risiko bereits „auf sich genommen“ (Mues, RNotZ 2005, 2, 27; hinsichtlich der Begründung abweichend Vetter, ZIP 1995, 345, 351). Ob sich aus der BGH-Entscheidung vom 31.5.2011 diesbezüglich Änderungen ergeben, ist offen.

h) Eintragung in das Handelsregister

Laut der Supermarkt-Entscheidung wird ein Unternehmensvertrag erst mit Eintragung in das Handelsregister wirksam. Zur Begründung berief sich der BGH auch insoweit auf den Charakter des Unternehmensvertrags, der mit einer Satzungsänderung vergleichbar sei. Er führte zugleich aus, dass die Anwendung der §§ 53 und 54 GmbHG der Eigenart des Vertrags angepasst werden müsse. Zur Eintragung in das Handelsregister seien analog § 54 Abs. 1 S. 1 GmbHG der Zustimmungsbeschluss und der Unternehmensvertrag anzumelden (DNotZ 1989, 102, 110 f.). Der Anmeldung sind entsprechend § 54 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GmbHG der Zustimmungsbeschluss sowie der Unternehmensvertrag und entsprechend § 294 Abs. 1 S. 2 AktG auch der Zustimmungsbeschluss der Obergesellschaft beizufügen.

Hinsichtlich der **Vertragsbeendigung** ist in der Literatur umstritten, ob die (wohl allgemein für erforderlich gehaltene) **Handelsregistereintragung** analog § 298 AktG lediglich deklaratorische Bedeutung oder konstitutiven Charakter hat, also Wirksamkeitsvoraussetzung der Vertragsbeendigung ist (vgl. Mues, RNotZ 2005, 2, 26 m. w. N.). Allerdings hat der BGH bereits mit Ur. v. 11.11.1991 (DNotZ 1992, 721, 725) entschieden, dass die Eintragung der Beendigung des Unternehmensvertrags in das Handelsregister auch bei einer GmbH als abhängiger Gesellschaft

nur deklaratorisch wirkt. *Müller-Eising/Schmitt* (NZG 2011, 1100, 1101) gehen davon aus, dass diese Rechtsprechung weiterhin gültig ist. Sie sprechen sich für eine analoge Anwendung des § 242 AktG aus, wenn seit Eintragung der Vertragsbeendigung mehr als drei Jahre vergangen sind.

i) Zustimmungsbeschluss der beherrschten Gesellschaft bei Alleingeschafterstellung der Obergesellschaft?

Schließlich wurde nach dem BGH-Urteil vom 31.5.2011 vereinzelt vertreten, dass die Notwendigkeit eines Gesellschafterbeschlusses auf der Ebene der beherrschten Gesellschaft nicht bestehe, wenn es sich um ein 100 %ige Tochtergesellschaft handele, da die Entscheidung lediglich den Schutz des Mehrheitsgesellschafters vor Initiativkündigungen bezwecke (Bungert/Meyer, EWIR 2011, 563). Die Entscheidungsgründe liefern jedoch keinen Anhaltspunkt für eine solche Differenzierung; die Einordnung der Vertragsbeendigung als „körperschaftlichen Sozialakt“ hängt darüber hinaus nicht lediglich mit Überlegungen zum Schutz des Mehrheitsgesellschafters zusammen (vgl. Greulich, StBW 2012, 140, 142; Theiselmann, BB 2011, 2819, 2820). Angesichts dessen erscheint es u. E. sehr **zweifelhaft**, ob die von *Bungert/Meyer* vorgeschlagene **Differenzierung** tragfähig ist; im Übrigen empfehlen auch diese Autoren vorsorglich die Einholung eines Gesellschafterbeschlusses.

Gutachten im Abruf-Dienst

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.

BGB §§ 463, 469, 577

Alleiniger Kommanditist einer GmbH & Co. KG als „Dritter“ i. S. v. § 577 Abs. 1 S. 1 BGB; Pflicht des Notars zur Mitteilung des Vorkaufsrechts an den Mieter bei Zweifel über das Bestehen des Vorkaufsrechts
Abruf-Nr.: 114761

BGB §§ 1030, 1093

Bestellung eines Wohnungsrechts neben einem Nießbrauch
Abruf-Nr.: 116206

BGB §§ 2256, 2258

Rücknahme eines notariellen Testaments aus der amtlichen Verwahrung; Auswirkung auf Bezugnahmen und teilweise Bestätigungserklärungen in einem nachfolgenden Testament
Abruf-Nr.: 115180

GmbHG §§ 35 Abs. 2, 55

Übernahmevereinbarung im Rahmen einer Kapitalerhöhung; Zuständigkeit für die Annahmeerklärung; Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl
Abruf-Nr.: 115169

An alle Mitglieder
der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.

NotRV
Deutsche
Notarrechtliche
Vereinigung e.V.

**Einladung
zur 15. Mitgliederversammlung in Würzburg 2012**

Sehr geehrtes Mitglied,

der Gesamtvorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung lädt alle Mitglieder herzlich zur
15. ordentlichen Mitgliederversammlung am **Freitag, dem 4. Mai 2012**,
in die **Julius-Maximilians-Universität Würzburg – Neubaukirche**,
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg, ein.

Die Veranstaltung beginnt im Anschluss an das 12. Wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht
an der Universität Würzburg um **17.00 Uhr** mit folgender **Tagesordnung**:

1. Begrüßung
2. Bericht des Vorsitzenden
3. Bericht des Schatzmeisters
4. Bericht der Rechnungsprüfer
5. Aussprache
6. Entlastung des Gesamtvorstandes
7. Verschiedenes

Wir freuen uns über ein zahlreiches Erscheinen unserer Mitglieder!

gez.
Notar Prof. Dr. Rainer Kanzleiter
(Vorsitzender)

gez.
Rechtsanwalt und Notar Burkard Scherrer
(stellv. Vorsitzender)

Programm zum vorher stattfindenden Symposium:

12. Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg zum Thema
„Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen – demographischer Wandel, faktische Lebensgemeinschaften und Patchworkfamilien“

Biologische, soziale und rechtliche Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen und Reproduktionsmedizin, Prof. Dr. Nina Dethloff, LL.M., Universität Bonn, Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Familienrecht

Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung, Dr. Andreas Albrecht, Notar, Regensburg

Testamentsgestaltung bei der Patchworkfamilie, Prof. Dr. Christopher Keim, Notar, Bingen

Vermögensauseinandersetzung bei faktischen Lebensgemeinschaften, Prof. Dr. Martin Löhnig, Universität Regensburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht sowie Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte

Betreutes Wohnen und Wohnungseigentum, Dr. Manfred Rapp, Notar, Landsberg

Beginn: 9.30 Uhr
Ende: 17.00 Uhr

Tagungsleitung: Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Notar, Regen/Zwiesel, Mitglied des Vorstands des INotR Würzburg

ZPO § 323 a. F.; BGB §§ 313, 1573, 1578b, 1581
Abänderung einer ehevertraglichen Unterhalts-
verpflichtung wegen Störung der Geschäfts-
grundlage bei nachträglicher Änderung der
Rechtslage (Möglichkeit der Befristung); Unter-
haltsbedarf des früheren Ehegatten von Unter-
haltsanspruch eines nachfolgenden Ehegatten
unberührt

a) **Haben die Parteien in einem Ehevertrag eine lebens-**
lange Unterhaltsverpflichtung vereinbart, und hat sich
die Rechtslage danach geändert (Möglichkeit der Be-
fristung), bleibt es dem Unterhaltspflichtigen im Zwei-
fel unbenommen, sich auf eine Störung der Geschäfts-
grundlage zu berufen.

b) **Der Unterhaltsanspruch der nachfolgenden Ehefrau**
hat keine Auswirkung auf den Unterhaltsbedarf der
früheren Ehefrau nach § 1578 BGB; dieser Anspruch
ist allein im Rahmen der Leistungsfähigkeit des Unter-
haltspflichtigen nach § 1581 BGB zu berücksichtigen
(im Anschluss an Senatsurteil vom 7. Dezember 2011 –
XII ZR 151/09 [...]).

BGH, Urt. v. 25.1.2012 – XII ZR 139/09
Abruf-Nr.: 11023R

Problem

Die langjährige Ehe der Beteiligten, aus der zwei Söhne hervorgingen, wurde im Jahr 1999 geschieden. Nach ihrer Trennung schlossen die Parteien im Jahr 1996 einen Ehevertrag, in dem sie neben einer umfassenden vermögens- und güterrechtlichen Auseinandersetzung den Unterhalt der Ehefrau regelten. Danach sollte die Ehefrau 50 % der – nach einem von den Parteien vereinbarten Modus – bereinigten Einnahmen aus der Zahnarztpraxis des Ehemanns erhalten. Die Unterhaltszahlung sollte auf Lebzeiten der Ehefrau erfolgen; Renteneinkommen der Ehefrau sollte angerechnet werden, nicht aber eigenes Erwerbseinkommen. Auf Grundlage des vorgenannten Ehevertrags wurde der Ehemann vom OLG Frankfurt am 9.3.2005 dazu verurteilt, ab dem 1.1.2004 an die Ehefrau monatlich 2810,83 € zu zahlen. Auf die streitgegenständliche Abänderungsklage hin, mit der der Kläger eine Herabsetzung und Befristung begehrt hatte, verurteilte das Amtsgericht den Kläger, in Anbetracht des weggefallenen Kindesunterhalts an die Beklagte ab dem 1.4.2008 fortlaufend 2248,66 € nahehehlichen Unterhalt zu zahlen. Die dagegen von den Parteien jeweils eingelegten Berufungen wurden vom OLG überwiegend zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Kläger, der nach wie vor Abänderung des mit Urteil aus dem Jahr 2005 titulierten Unterhaltsanspruchs begehrt.

Entscheidung

Der BGH hält die Revision im Wesentlichen für begründet, was zur teilweisen Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückweisung der Sache an das Berufungsgericht führt. Zunächst stellt er klar, dass sich die vom Kläger begehrte Abänderung gem. Art. 111 Abs. 1 S. 1 FGG-RG noch nach dem bis zum 31.8.2009 geltenden Verfahrensrecht, d. h. **nach § 323 ZPO a. F.**, beurteilt. Gegenstand der Abänderungsklage ist das Urteil des OLG Frankfurt vom 9.3.2005, mit dem das Gericht die – bis dahin nicht vollstreckbare

– Verpflichtung aus dem notariellen Vertrag aus dem Jahr 1996 für die Zukunft tituliert hatte.

Der BGH hält die **Abänderungsklage** für **zulässig** i. S. d. § 323 Abs. 2 ZPO a. F. Denn der Kläger habe sich hinsichtlich der Möglichkeit, den nahehehlichen Unterhalt zu befristen, in zulässiger Weise auf eine **nachträgliche Änderung der Rechtslage** berufen. Allerdings sei die Möglichkeit der Befristung des Aufstockungsunterhalts nicht erst durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz vom 21.12.2007, sondern bereits durch die Änderung der Senatsrechtsprechung aufgrund des Urteils vom 12.4.2006 (DNotZ 2006, 770) geschaffen worden. Insoweit führt der BGH aus, dass die Abänderung wegen wesentlicher Änderungen der rechtlichen Verhältnisse sowohl auf eine Gesetzesänderung als auch auf eine Änderung der gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung gestützt werden könne.

Begründet ist eine Abänderungsklage nach § 323 Abs. 1 ZPO a. F., **wenn** im Falle der Verurteilung zu zukünftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen eine **wesentliche Änderung derjenigen Verhältnisse** eintritt, die für die Verurteilung zur Entrichtung der Leistungen, **für die Bestimmung** der Höhe der Leistungen oder – was hier von Bedeutung ist – **der Dauer ihrer Entrichtung maßgebend** waren. Hatte das abzuändernde Urteil – wie vorliegend – eine bis dahin nicht vollstreckbare ehevertragliche Unterhaltsregelung auf eine entsprechende Leistungsklage hin tituliert und keine Abänderung der vertraglichen Grundlagen zum Gegenstand, ist im Rahmen des an sich einschlägigen § 323 Abs. 1 ZPO a. F. nach Ansicht des BGH **auch § 313 BGB zu beachten**. **Vorrangig** gegenüber einer Störung der Geschäftsgrundlage sei freilich durch **Auslegung** zu ermitteln, ob die Parteien eine **bindende Regelung im Hinblick auf die Möglichkeit einer Abänderung** getroffen haben. Insoweit war aus Sicht des BGH die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung fehlerhaft, da es zu Unrecht von einer selbständigen Unterhaltsvereinbarung (Vereinbarung einer Leibrente i. S. v. § 759 BGB) der Parteien ausgegangen war und eine Abänderung der Unterhaltsverpflichtung im Hinblick auf das Gesamtgefüge des Ehevertrags abgelehnt hatte. Nach Auffassung des BGH ist eine Abänderbarkeit der Unterhaltsregelung vorliegend jedoch nicht ausgeschlossen, sodass sich das Berufungsgericht mit der Frage hätte befassen müssen, ob der Vertrag gem. § 323 Abs. 1 ZPO a. F. i. V. m. § 313 BGB abzuändern war.

Für das weitere Verfahren weist der BGH darauf hin, dass sich die **Befristung des Aufstockungsunterhaltsanspruchs** der Beklagten nach Änderung der Senatsrechtsprechung im Jahr 2006 im Wesentlichen danach richtet, ob die Unterhaltsberechtigte **ehebedingte Nachteile** erlitten hat. Sei dies der Fall, scheidet eine Befristung des Unterhalts regelmäßig aus (BGH NJW 2010, 1595, 1597 Tz. 36). Aber auch bei Fehlen ehebedingter Nachteile könne aus Gründen der **nachehlichen Solidarität** eine Befristung ausgeschlossen sein (BGH NJW 2011, 1285, 1286 f. Tz. 20 ff.). Im Rahmen der Prüfung des § 1578b BGB habe das Berufungsgericht schließlich die **Regelungen des notariellen Vertrags** zu berücksichtigen und eine etwaige Abänderung hieran auszurichten. Ferner führt der BGH aus, dass § 36 Nr. 1 EGZPO im vorliegenden Fall nicht einschlägig sei, da sich die Änderung der Rechtslage nicht durch das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz vom 21.12.2007, sondern die neue Rechtsprechung zur Befristung des Aufstockungsunterhalts ergeben habe. Auf die Änderung der Rechtsprechung finde § 36 Nr. 1 EGZPO indes keine Anwendung (BGH NJW 2010, 2349, 2352 Tz. 41).

Abschließend weist der Senat noch mit Blick auf eine etwaige Unterhaltsverpflichtung des Klägers gegenüber seiner jetzigen Ehefrau auf die diesbezügliche Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung hin. Demgemäß habe der Unterhaltsanspruch der nachfolgenden Ehefrau keine Auswirkungen auf den Unterhaltsbedarf der früheren Ehefrau nach § 1578 BGB; dieser Anspruch sei vielmehr allein im Rahmen der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen nach § 1581 BGB zu berücksichtigen, wobei es maßgeblich auf die Rangverhältnisse ankomme (BGH NJW 2012, 384).

HGB §§ 15a, 106 Abs. 2 Nr. 2, 108, 161 Abs. 2; GmbHG § 35 Abs. 2 S. 3; AktG § 37 Abs. 3 Nr. 1 Inländische Geschäftsanschrift einer GmbH & Co. KG; Abweichung vom Sitz der Gesellschaft unzulässig

1. Eine Personenhandelsgesellschaft kann anders als eine GmbH ihre inländische Geschäftsanschrift nicht abweichend vom Sitz der Gesellschaft wählen.

2. Die Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift einer GmbH & Co. KG ist durch alle Gesellschafter und nicht nur durch die Komplementärin zu bewirken. (Leitsätze der DNotI-Redaktion)

Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschl. v. 14.11.2011 – 2 W 48/11
Abruf-Nr.: 11024R

Problem

Kapitalgesellschaften können seit der Neuregelung durch das MoMiG nach dem Willen des Gesetzgebers nicht nur ihren statutarischen Sitz (§ 4a GmbHG, § 5 AktG), sondern auch den Ort der inländischen Geschäftsanschrift frei wählen (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 35 f.). Ob dies auch für die Personenhandelsgesellschaften gilt, ist hingegen streitig.

Die R-GmbH & Co. KG war im Handelsregister mit Sitz und inländischer Geschäftsanschrift in B. eingetragen. Dies entsprach dem Sitz und der inländischen Geschäftsanschrift der Komplementär-GmbH, unter der auch der Geschäftsführer wohnhaft war. Der Notar meldete eine **Sitzverlegung nach D.** unter **Beibehaltung der inländischen Geschäftsanschrift in B.** sowohl bei der KG als auch bei der Komplementär-GmbH an. Das Registergericht verlangte eine berichtigte Anmeldung bezüglich der inländischen Geschäftsanschrift der GmbH & Co. KG, da die Eintragung einer vom Sitz abweichenden Geschäftsanschrift nur nach GmbH-Recht, nicht aber bei Personenhandelsgesellschaften im Handelsregister Abteilung A zulässig sei.

Entscheidung

Das OLG Schleswig-Holstein hat die Beschwerde zurückgewiesen. Die Frage, ob für Personengesellschaften seit dem Inkrafttreten des MoMiG die **Möglichkeit** besteht, einen **vom effektiven Verwaltungssitz abweichenden statutarischen Sitz zu bestimmen** (so etwa Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 106 Rn. 18 ff.; Koch, ZHR 173 (2009), 101 – jew. m. w. N.), oder ob der Sitz zwingend der Ort ist, von dem aus tatsächlich die Geschäfte geleitet werden und wo sich der Schwerpunkt der geschäftlichen Tätigkeit befindet (so die bislang h. M., vgl. BGH WM 1957, 999; MünchKommHGB/Langhein, 3. Aufl. 2011, § 106 Rn. 25 ff.; Krafka/Willer/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl.

2010, Rn. 607 – jew. m. w. N.), konnte das OLG im konkreten Fall **offenlassen**, da Sitzungssitz, Verwaltungssitz und tatsächliche Lage der Geschäftsräume identisch waren.

Für zutreffend hielt das OLG allerdings die Auffassung des Registergerichts, dass die Anmeldung einer **vom Sitz abweichenden inländischen Geschäftsanschrift** bei einer Personenhandelsgesellschaft unzulässig sei. Die inländische Geschäftsanschrift, die seit der Neuregelung durch das MoMiG in das Handelsregister einzutragen ist, sei **nur für Kapitalgesellschaften frei wählbar**. Zwar ergebe sich dies nicht eindeutig aus dem Wortlaut von § 106 Abs. 2 HGB bzw. § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG. **Sinn und Zweck** der gesetzlichen Regelung sowie die Gesetzesmaterialien bringen nach Ansicht des OLG aber zum Ausdruck, dass die inländische Geschäftsanschrift in allen Fällen eine Zustellungserleichterung zugunsten der Gläubiger bewirken soll. Die bei Kapitalgesellschaften frei wählbare inländische Geschäftsanschrift verwirklicht dies dadurch, dass gem. **§ 35 Abs. 2 S. 3 GmbHG** unter der im Handelsregister eingetragenen Geschäftsanschrift Willenserklärungen an die Vertreter der Gesellschaft abgegeben und Schriftstücke für die Gesellschaft zugestellt werden können. Es werde eine **unwiderlegliche Vermutung** dafür begründet, dass unter der eingetragenen Adresse ein Vertreter der Gesellschaft erreichbar sei (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 43). Falls eine Zustellung dort nicht möglich ist (weil unter der Anschrift etwa überhaupt keine Geschäftsräume unterhalten werden), könne nach **§ 185 Nr. 2 ZPO, § 15a HGB** unter **erleichterten Voraussetzungen eine öffentliche Zustellung** erfolgen. Eine Kapitalgesellschaft könne daher zwar einerseits ihren Sitzungssitz und ihre inländische Geschäftsanschrift frei wählen, müsse andererseits aber auch im eigenen Interesse darauf achten, unter der eingetragenen Anschrift tatsächlich erreichbar zu sein.

Dagegen gebe es im Recht der Personenhandelsgesellschaften keine § 35 Abs. 2 S. 3 GmbHG vergleichbare Vorschrift. Auch die Zustellungserleichterung des § 15a HGB gelte ausdrücklich nur für juristische Personen. Soweit **Einzelkaufleute und Personenhandelsgesellschaften** zur Anmeldung der Geschäftsanschrift verpflichtet sind, soll nach dem Willen des Gesetzgebers „durch die verbesserte Transparenz“ nur eine **„faktisch wirkende Zustellungserleichterung“** erzielt werden (BT-Drucks. 16/6140, S. 49). Durch die Veröffentlichung einer **frei gewählten inländischen Geschäftsanschrift** bei Einzelkaufleuten und Personenhandelsgesellschaften wird aber laut OLG anders als bei der Kapitalgesellschaft die beabsichtigte, bloß faktisch wirkende Zustellungserleichterung gerade nicht erreicht. Vielmehr würde die Veröffentlichung einer Anschrift, unter der tatsächlich kein Vertreter der Gesellschaft erreichbar ist, etwaige **Gläubiger der Gesellschaft in die Irre leiten**.

Zwar sollte im konkret zu entscheidenden Fall die inländische Geschäftsanschrift der GmbH & Co. KG identisch mit der inländischen Geschäftsanschrift der Komplementär-GmbH und der Wohnanschrift des Geschäftsführers sein. Dies hätte die Zustellung an die Betroffenen unter dieser Anschrift möglich gemacht. Das Registergericht ist laut OLG jedoch nicht gehalten, in jedem Einzelfall und ohne besonderen Anlass zu prüfen, ob die Eintragung der angemeldeten inländischen Geschäftsanschrift konkret zu einer faktischen Zustellungserleichterung führt. **Auf die Gegebenheiten des Einzelfalls komme es für die Beurteilung der Zulässigkeit der inländischen Geschäftsanschrift also nicht an.**

Im Hinblick auf das weitere Vorgehen des Beschwerdeführers weist das OLG vorsorglich darauf hin, dass auch die **Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift durch alle Gesellschafter** und nicht nur durch die Komplementärin zu bewirken ist (§§ 108, 161 Abs. 2 HGB; so auch DNotI-Internet-Gutachten Nr. 110840 unter www.dnoti-online-plus.de). Dies wird mit der Aktienrechtsnovelle 2012 **durch** ausdrückliche **Ergänzung des § 108 HGB** allerdings voraussichtlich **geändert** (vgl. Regierungsentwurf v. 20.12.2011, Art. 3 Ziff. 2, abrufbar unter www.bmj.de).

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 2 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, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden.
Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 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
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg