

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

22. Jahrgang
Juni 2014
ISSN 1434-3460

11/2014

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BNotO § 21; BeurkG §§ 39, 39a, 42; HGB § 9 – Registerbescheinigung und Fertigung eines beglaubigten Handelsregisterauszugs durch den Notar aufgrund Einsicht in das elektronisch geführte Handelsregister

BGB §§ 130, 145, 147, 148, 177, 308 Nr. 1 – Widerruf und Genehmigung eines Angebots, das von einem vollmachtlosen Vertreter abgegeben wurde; zweijährige Bindungsfrist

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 640 Abs. 1 S. 1 – Konkludente Abnahme einer Werkleistung

BGB §§ 138, 181, 164; GmbHG §§ 15, 33 – Sittenwidrigkeit eines Vertrags über Verkauf und Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen; Kollusion; Missbrauch einer Vollmacht mit Befreiung von § 181 BGB; Einschaltung eines arglosen Untervertreeters; Veranlassung eines arglosen „Mitvertreeters“; Veräußerung eigener Geschäftsanteile der GmbH

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BNotO § 21; BeurkG §§ 39, 39a, 42; HGB § 9 Registerbescheinigung und Fertigung eines beglaubigten Handelsregisterauszugs durch den Notar aufgrund Einsicht in das elektronisch geführte Handelsregister

I. Fragen

1. Darf der Notar einen Ausdruck aus dem elektronischen Handelsregister, den er selbst abgerufen hat, notariell beglaubigen? Lässt sich dieser Auszug als beglaubigter Handelsregisterauszug im Rechtsverkehr verwenden?

2. Kann der Notar auf andere Art beweiskräftig die Einsicht in das elektronische Handelsregister dokumentieren?

II. Zur Rechtslage

1. Beglaubigter Handelsregisterauszug

a) Amtlicher Ausdruck oder beglaubigte Abschrift des Registergerichts

Gem. § 9 Abs. 1 S. 1 HGB ist die Einsicht in das Handelsregister und in die zum Handelsregister eingereichten Schriftstücke jedermann zu Informationszwecken gestattet. Gem. § 9 Abs. 4 HGB kann dabei von den

Eintragungen und den zum Handelsregister eingereichten Dokumenten ein **Ausdruck** verlangt werden, von den eingereichten Schriftstücken, die nur in Papierform vorliegen, kann eine **Abschrift** gefordert werden. Die Abschrift ist nach § 9 Abs. 4 S. 3 HGB von der Geschäftsstelle zu beglaubigen und der Ausdruck als amtlicher Ausdruck zu fertigen, wenn nicht auf die Beglaubigung verzichtet wird.

b) Keine beglaubigte Abschrift aufgrund Handelsregistereinsicht des Notars

Bereits aus dem Wortlaut des § 9 Abs. 4 S. 3 HGB ergibt sich, dass für die Beglaubigung von Abschriften aus dem Handelsregister und für amtliche Ausdrücke grundsätzlich nur die **Geschäftsstelle des Gerichts zuständig** ist, bei dem das Handelsregister geführt wird. Funktionell zuständig ist dort der jeweilige Urkundsbeamte (§§ 10, 29, 30, 30a HRV). Entsprechend dem Wortlaut des § 9 Abs. 4 HGB vertritt nach unserem Kenntnisstand niemand, dass auch der Notar eine entsprechende beglaubigte Abschrift oder einen amtlichen Ausdruck fertigen kann. Die Handelsregisterverordnung (HRV) enthält dazu keine Vorschriften; vielmehr heißt es in § 29 HRV, dass der „Urkundsbeamte der Geschäftsstelle“ zuständig ist, u. a. für die Erteilung von Ausdrucken oder Abschriften. Die Zuständigkeit des Notars verneinte auch das OLG Hamm (OLGZ 1967, 333, 339 f.).

Nichts anderes ergibt sich u. E. aus den Ausführungen von *Malzer* (DNotZ 2006, 9, 16), der lediglich die nota-

rielle Beglaubigung eines einfachen Ausdrucks aus dem elektronischen Handelsregister behandelt. Einem solchen Ausdruck kommt jedoch keine höhere Beweiskraft als dem Ausdruck selbst zu (zu §§ 39, 39a, 42 BeurkG noch im Folgenden).

c) Beglaubigte Abschrift nach § 42 BeurkG

Vom beglaubigten Handelsregisterauszug i. S. d. § 9 Abs. 4 HGB zu unterscheiden ist die beglaubigte Abschrift i. S. d. § 42 BeurkG. Wird dem Notar ein vom Handelsregister erstellter (amtlicher) Ausdruck nach § 9 Abs. 4 HGB vorgelegt, so kann der Notar hiervon selbstverständlich – wie von allen anderen Urkunden auch – beglaubigte Abschriften nach § 42 BeurkG fertigen.

Dies setzt aber voraus, dass bereits ein vom Registergericht erstellter Auszug oder Ausdruck als Urkunde vorhanden ist, denn eine beglaubigte Abschrift nach § 42 BeurkG kann **nur von einer Urkunde** gefertigt werden. Dabei braucht es sich zwar nicht um ein Schriftstück zu handeln – auch von Plänen, Stammbäumen und Zeichnungen aller Art darf der Notar Abschriften beglaubigen (Winkler, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 42 Rn. 12; Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 6. Aufl. 2013, § 42 BeurkG Rn. 4; Heinemann, in: Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 2012, § 42 Rn. 7; Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO/BeurkG, 3. Aufl. 2011, § 42 BeurkG Rn. 2; Lerch, BeurkG, 4. Aufl. 2011, § 42 Rn. 3). Die **beglaubigte Abschrift einer elektronischen Einsicht**, wie etwa der Einsicht in das elektronische Handelsregister, ist nach § 42 BeurkG indes **nicht möglich**.

Denkbar wäre aber die Beglaubigung des Ausdrucks eines elektronischen Dokuments, das mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen ist (§ 42 Abs. 4 BeurkG), etwa die elektronische Übermittlung eines amtlichen Ausdrucks nach § 30a Abs. 5 HRV, oder die elektronische Abschriftsbeglaubigung eines (unsignierten) elektronischen Dokuments nach § 39a BeurkG, das wiederum nach § 42 Abs. 4 BeurkG in eine beglaubigte Abschrift umgewandelt werden kann (Malzer, DNotZ 2006, 9, 16; zum Medientransfer auch: Preuß, § 42 BeurkG Rn. 16 ff.). Im letztgenannten Fall handelt es sich nur um eine (elektronische) Abschrift eines elektronischen Dokuments, die keine höhere Beweiskraft als das elektronische Dokument selbst entfaltet; ebenso liegt es, wenn (was möglich ist) nach § 42 BeurkG eine beglaubigte Abschrift von einem einfachen Ausdruck aus dem Handelsregister erstellt wird.

2. Registerbescheinigung nach § 21 BNotO

a) Registerbescheinigung aufgrund Einsicht in das elektronische Handelsregister

Von der Fertigung eines notariell beglaubigten Handelsregisterauszugs zu unterscheiden ist die vom Notar gem. § 21 BNotO erstellte Registerbescheinigung. § 21 BNotO enthält insoweit eine ausdrückliche Zuständigkeitsnorm für Notare. Voraussetzung der Registerbescheinigung ist gem. § 21 Abs. 2 BNotO, dass sich der Notar zuvor über die Eintragung Gewissheit verschafft hat und diese Gewissheit auf Einsichtnahme in das Register oder in eine beglaubigte Abschrift davon beruht.

Die Registerbescheinigung kann nach heute allgemeiner Auffassung **auch aufgrund Einsicht in das elektronisch geführte Handelsregister** ausgestellt werden (Winkler, § 12 Rn. 23; Piegsa, in: Armbrüster/Preuß/Renner, § 12 BeurkG Rn. 28; Sandkühler, in: Arndt/Lerch/Sandkühler,

BNotO, 7. Aufl. 2012, § 21 Rn. 13; Heinemann, § 12 Rn. 13; Eylmann/Vaasen/Limmer, § 21 BNotO Rn. 13).

b) Ausdruck des Handelsregisters als Teil der Registerbescheinigung

Beurkundungsrechtlich **zulässig** wäre es, im Rahmen der Registerbescheinigung **zunächst den Inhalt des Registers festzustellen**. Dies könnte theoretisch auch derart geschehen, dass der Notar einen entsprechenden Vermerk vor oder auf einen Ausdruck aus dem elektronischen Handelsregister setzt. Bereits vor Inkrafttreten des § 23 RNotO als Vorgängernorm des heutigen § 21 BNotO konnten Notare anerkanntermaßen bezeugen, dass ihnen ein Zeugnis des Registergerichts vorgelegen habe, und dessen Inhalt wortgetreu in ihrer Bescheinigung wiedergeben (vgl. Schippel/Bracker/Reithmann, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 21 Rn. 2).

c) Rechtliche Schlussfolgerung in der Registerbescheinigung

Die Registerbescheinigung nach § 21 BNotO zeichnet sich allerdings dadurch aus, dass der Notar über die reine Wahrnehmung von Tatsachen hinaus aus den wahrgenommenen Tatsachen auch eine rechtliche Schlussfolgerung zieht. Die Bescheinigung über den Registerinhalt nach § 21 BNotO setzt daher eine eigene rechtliche Würdigung des Notars voraus (Sandkühler, § 21 Rn. 4; Eylmann/Vaasen/Limmer, § 21 BNotO Rn. 2; Schippel/Bracker/Reithmann, § 21 Rn. 8 ff.).

Eine Registerbescheinigung i. S. d. § 21 BNotO liegt also **nur vor, wenn** der Notar über die Wiedergabe des Registerinhalts hinaus **rechtliche Schlussfolgerungen** im Hinblick auf die Vertretungsmacht, das Bestehen oder den Sitz einer Gesellschaft, eine Firmenänderung, Umwandlung oder andere rechtserhebliche Umstände zieht.

3. Vermerkurkunde über Einsicht in das elektronische Handelsregister

a) Vermerk über Eintragung in öffentliches Register

Nach § 39 BeurkG ist es beurkundungsrechtlich zulässig, dass der Notar eine **Urkunde in Vermerkform über Eintragungen in ein öffentliches Register** ausstellt. Als solches Register kommt insbesondere das Handels-, Vereins-, Genossenschafts- oder Partnerschaftsregister in Betracht (Winkler, § 39 Rn. 10; Grziwotz, in: Grziwotz/Heinemann, § 39 Rn. 5; Lerch, § 39 Rn. 3; vgl. auch Malzer, DNotZ 2006, 9, 16; BT-Drucks. 16/12319, S. 20).

Im Unterschied zur Registerbescheinigung nach § 21 BNotO enthält ein Vermerk nach § 39 BeurkG **lediglich ein Zeugnis über die vom Notar wahrgenommene Tatsache**, d. h. über den Inhalt der öffentlichen Register, nicht aber eine rechtliche Beurteilung des Wahrgenommenen (Winkler, § 39 Rn. 11; Grziwotz, § 39 Rn. 5; Lerch, § 39 Rn. 3). Allerdings können Vermerke nach § 39 BeurkG mit einer Registerbescheinigung nach § 21 BNotO verbunden werden (Winkler, § 39 Rn. 11; Grziwotz, § 39 Rn. 9; Lerch, § 39 Rn. 3).

Das Zeugnis ist öffentliche Urkunde i. S. d. § 29 GBO und hat dieselbe Beweiskraft wie ein beglaubigter Registerauszug. Es erbringt wie der Registerauszug nur Beweis für die Eintragung, nicht aber für deren Richtigkeit (Winkler, § 39 Rn. 11; Grziwotz, § 39 Rn. 9; Lerch, § 39 Rn. 3). Im Grundbuchverfahren reicht die notarielle Tatsachenbescheinigung allerdings wegen § 32 Abs. 1 GBO

nicht aus (BeckOK-GBO/Otto, Std.: 1.4.2014, § 32 Rn. 51; BT-Drucks. 16/12319, S. 20).

b) Vermerk aufgrund Einsicht in das elektronische Register

Da eine Einsicht in das elektronisch geführte Handelsregister für die Erstellung einer Registerbescheinigung nach § 21 BNotO ausreicht (s. Ziff. 2 a)), muss die elektronische Einsicht auch für eine Zeugnisurkunde nach § 39 BeurkG genügen.

Beurkundungsrechtlich spricht nichts dagegen, den Inhalt des wahrgenommenen Registers durch einen Ausdruck aus dem elektronischen Register wiederzugeben.

BGB §§ 130, 145, 147, 148, 177, 308 Nr. 1 Widerruf und Genehmigung eines Angebots, das von einem vollmachtlosen Vertreter abgegeben wurde; zweijährige Bindungsfrist

I. Sachverhalt

A und B sind mit Anteilen zu je ½ Eigentümer eines Grundstücks. A, handelnd im eigenen Namen und zugleich als Vertreter ohne Vertretungsmacht für B, hat dem C in notarieller Urkunde das Grundstück zum Kauf angeboten; A und B sollen an das Angebot bis 2016 gebunden sein. B hat das Angebot noch nicht genehmigt und es ist C auch noch nicht zugegangen. A, B und C sind keine Unternehmer i. S. v. § 14 BGB.

II. Fragen

1. Ist bei einem Angebot vollmachtlose Vertretung zulässig?
2. Kann A das Angebot vor Genehmigung des B und vor Zugang bei C durch einseitige Erklärung gegenüber C widerrufen?
3. Kann A den B mit den Rechtsfolgen des § 177 Abs. 2 BGB zur Genehmigung auffordern?
4. Begegnet die lange Bindungsfrist unter Privatleuten rechtlichen Bedenken?

III. Zur Rechtslage

1. Vollmachtlose Vertretung bei Abgabe eines Angebots

Vertretung ist bei Abgabe einer Willenserklärung grundsätzlich immer möglich, sofern die Erklärung nicht ausnahmsweise höchstpersönlich abgegeben werden muss. Dies gilt im Prinzip auch für das Handeln eines vollmachtlosen Vertreters (dessen Erklärungen binden den Vollmachtgeber freilich nur, wenn er die in seinem Namen vollmachtlos abgegebene Erklärung nachträglich genehmigt). Gem. **§ 180 S. 1 BGB** ist die Vertretung ohne Vertretungsmacht jedoch bei einem einseitigen Rechtsgeschäft grundsätzlich unzulässig. Die Abgabe eines Angebots stellt allerdings kein einseitiges Rechtsgeschäft dar, sondern eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die Teil eines mehrseitigen Rechtsgeschäfts wird (Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, § 145 Rn. 1). § 180 BGB ist folglich **nicht anwendbar**. Im Ergebnis kann das Angebot somit in vollmachtloser Vertretung abgegeben werden.

2. Widerruf des Angebots vor Genehmigung des B und vor Zugang bei C

Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist und in dessen Abwesenheit abgegeben wird, erlangt in dem Zeitpunkt Wirksamkeit, in dem sie dem anderen zugeht. Sie wird nicht wirksam, wenn dem anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht (**§ 130 Abs. 1 BGB**). Das vorliegende Angebots ist daher jedenfalls nur so lange widerruflich, als es dem C noch nicht zugegangen ist.

Soweit A das Angebot im eigenen Namen abgegeben hat, ist er bis zum Zugang des Angebots bei C, unabhängig von einer Genehmigung des B, allein zum Widerruf berechtigt. Fraglich ist lediglich, **ob A das Angebot auch für den B widerrufen kann**. Hierfür ließe sich anführen, dass A nur eine von ihm selbst abgegebene Erklärung widerriefe und diese mangels Genehmigung des B ohnehin noch schwebend unwirksam ist. Allerdings bedeutet der **Widerruf** einer Willenserklärung ein **rechtsgestaltendes einseitiges Rechtsgeschäft** (Palandt/Ellenberger, Vor § 104 Rn. 11, 17). Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft ist Vertretung **ohne Vertretungsmacht grundsätzlich unzulässig** (s. Ziff. 1), **sofern nicht ausnahmsweise ein Fall des § 180 S. 2 BGB** vorliegt. Greift § 180 S. 2 BGB ein, so sind die Vorschriften über Verträge entsprechend anwendbar, und B könnte folglich den von A in seinem Namen erklärten Widerruf nachträglich genehmigen. Allein kann der Vertreter ohne Vertretungsmacht demnach aber nicht über das Wirksamwerden des Angebots disponieren (vgl. auch MünchKommBGB/Bayreuther, 6. Aufl. 2012, § 184 Rn. 4; Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2009, § 184 Rn. 8).

3. Aufforderung zur Genehmigung des Angebots gem. § 177 Abs. 2 BGB

Will der vollmachtlos Vertretene die Erklärungen des vollmachtlosen Vertreters genehmigen, so kann er dies auch gegenüber dem vollmachtlosen Vertreter selbst tun. Die Genehmigung beendet den von § 177 Abs. 1 BGB angeordneten Schwebezustand. Ist sie noch nicht erteilt, kann der andere Teil den vollmachtlos Vertretenen gem. § 177 Abs. 2 BGB zur Erklärung darüber auffordern. Erklärt der Vertretene die **Genehmigung** daraufhin **nicht innerhalb von zwei Wochen** nach Empfang der Aufforderung, so **gilt sie als verweigert** (**§ 177 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BGB**).

Der Gesetzeswortlaut **knüpft die Rechtswirkung des § 177 Abs. 2 BGB also nur an die vom anderen Vertragsteil** (vorliegend C) **erklärte Aufforderung**. Dass der vollmachtlose Vertreter diese Rechtswirkungen herbeiführen kann, sieht das Gesetz nicht vor. Auch eine **analoge Anwendung scheidet aus**. Denn unabhängig davon, ob überhaupt von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen ist, **fehlt es an einer vergleichbaren Interessenlage**. Nach seinem Sinn und Zweck soll § 177 Abs. 2 BGB dem anderen Vertragsteil die Möglichkeit geben, den für ihn regelmäßig unbefriedigenden Schwebezustand auch dann zu beenden, wenn der vollmachtlos Vertretene sich nicht erklären will. Diese Interessenlage besteht für den vollmachtlosen Vertreter nicht. Zwar haftet er gem. § 179 Abs. 1 BGB dem anderen Vertragsteil, wenn der Vertretene die Genehmigung verweigert und der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht nicht kannte oder kennen musste (§ 179 Abs. 3 S. 1 BGB). Der vollmachtlose Vertreter bleibt somit während des Schwebezustands darüber im Unklaren, ob er haften muss oder nicht. Allerdings

wäre es für ihn nachteilig, durch Herbeiführung der Fiktion nach Ablauf von zwei Wochen die ihm bloß drohende Haftung in eine tatsächliche Haftung zu verwandeln. Für eine solche Möglichkeit des vollmachtlosen Vertreters besteht kein Bedürfnis. Eine analoge Anwendung des § 177 Abs. 2 BGB wird daher, soweit ersichtlich, auch nirgends befürwortet.

4. Zweijährige Bindung an das Angebot

Bei Abgabe des Angebots darf der Offerent eine Frist bestimmen, innerhalb derer das Angebot angenommen werden kann. Während dieser Frist ist er an das Angebot gebunden. In der Bemessung der Frist ist der Offerent grundsätzlich frei (Palandt/Ellenberger, § 148 Rn. 1 f.). Die **Grenze des Zulässigen** ergibt sich **regelmäßig nur aus § 138 BGB**. Im Falle eines für 99 Jahre bestellten Erbbaurechts hatte der BGH (MittBayNot 2013, 477 = ZNotP 2013, 382) etwa über ein Angebot zum Ankauf des Erbbaugrundstücks zu entscheiden, das eine Bindungsdauer von 44 Jahren vorsah. Selbst diese lange Bindung beanstandete der BGH nicht.

Etwas anderes gilt indes, wenn die Bindungsfrist eine **Allgemeine Geschäftsbedingung** darstellt. In diesem Fall greift § 308 Nr. 1 BGB: Hiernach ist eine Bestimmung unwirksam, durch die sich der Verwender unangemessen lange Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots vorbehält. Der BGH hat in jüngerer Zeit entschieden, dass im Rahmen dieser Bestimmung eine Bindungsfrist des Offerenten **regelmäßig nicht länger als vier Wochen** betragen darf (DNotZ 2010, 913; DNotZ 2014, 41; DNotZ 2014, 358). Die vom BGH konkretisierten Anforderungen an eine wirksame Frist nach § 308 Nr. 1 BGB sind nicht nur auf Verbraucherverträge, sondern auf alle Arten von Allgemeinen Geschäftsbedingungen anzuwenden. Sofern die Bindungsfrist daher vorliegend als von C gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung anzusehen ist, wäre sie angesichts der zweijährigen Dauer gem. § 308 Nr. 1 BGB unwirksam. Handelt es sich hingegen nicht um eine Allgemeine Geschäftsbedingung, so hängt die Zulässigkeit von den Umständen des Einzelfalls ab, dürfte im Grundsatz aber zu bejahen sein (vgl. auch Staudinger/Bork, Neubearb. 2010, § 148 Rn. 5; MünchKommBGB/Busche, § 148 Rn. 5).

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.de>

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

**BeurkG § 44a; ZPO § 415 Abs. 1
Ergänzung einer Urkunde nach Abschluss des
Beurkundungsverfahrens**
Abruf-Nr.:

**EGBGB Art. 15
Argentinien: Rechtsnatur der Sociedad Conyugal**
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB § 640 Abs. 1 S. 1 Konkludente Abnahme einer Werkleistung

Eine konkludente Abnahme kommt in Betracht, wenn das Werk nach den Vorstellungen des Auftraggebers im Wesentlichen mangelfrei fertiggestellt ist und der Auftragnehmer das Verhalten des Auftraggebers als Billigung seiner erbrachten Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht verstehen darf.

BGH, Urt. v. 20.2.2014 – VII ZR 26/12

Problem

Im Jahre 1998 beauftragte die Klägerin den Architekten Sch. – an dessen Stelle später die Beklagte trat – mit Architektenleistungen und Tragwerksplanungen für das Bauvorhaben „Ganzjahresbad K.“. Das Bad wurde im Dezember 2000 in Betrieb genommen. Mit Schreiben vom Februar 2004 bat die Klägerin die Beklagte um Übergabe des Unterlagenbestands zur Baumaßnahme. In dem Schreiben hieß es u. a.: „*In Anbetracht der Tatsache, dass die Baumaßnahme Ganzjahresbad K. wie durch Sie vermerkt als abgeschlossen gilt, ist nicht zu erkennen, weshalb die Unterlagen noch weiterhin in Ihrem Haus verbleiben sollen. Nach ordentlicher Archivierung in unserem Haus stehen Ihnen die Unterlagen auch weiterhin nach Absprache als Sichtungsmaterial zur Verfügung*“. Die Beklagte übergab daraufhin der Klägerin die gewünschten Unterlagen.

Im April 2010 beehrte die Klägerin sodann von der Beklagten Schadensersatz wegen Kosten aus der Beseitigung von Mängeln am Ganzjahresbad, darüber hinaus Feststellung, dass die Beklagte auch zum Ersatz weiterer aus der Mängelbeseitigung entstehender Kosten verpflichtet sei. Die Klägerin stützte ihr Begehren auf angebliche Planungs- und Überwachungsfehler bei der Bauausführung. Die Beklagte hat gegenüber dem Ansinnen der Klägerin u. a. die Einrede der Verjährung erhoben. Das Berufungsgericht hat daraufhin die Klage wegen Verjährung etwaiger Schadensersatzansprüche abgewiesen.

Entscheidung

Einleitend weist der BGH darauf hin, dass auf einen etwaigen Schadensersatzanspruch der Klägerin gem. § 635 BGB a. F. wegen eines Planungs- und Überwachungsfehlers der Beklagten nach Maßgabe der Überleitungsvorschrift des Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 1 EGBGB grundsätzlich (d. h., sofern nicht ausnahmsweise ein arglistiges Verschweigen von Mängeln anzunehmen sei) die **fünfjährige Verjährungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB n. F.** zur Anwendung komme. Der Lauf der Frist beginne, wenn die Abnahme erfolgt sei (Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 2 EGBGB, § 638 Abs. 1 S. 2 BGB a. F., § 634a Abs. 2 BGB n. F.) oder Umstände gegeben seien, nach denen eine Erfüllung des Vertrags nicht mehr in Betracht komme (BGH NJW 2011, 1224, 1225 Tz. 16; NJW 2010, 3573, 3574 Tz. 23).

Der BGH erinnert sodann daran, dass eine **Abnahme** nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent, d. h. durch schlüssiges Verhalten des Auftraggebers erfolgen könne. Eine Abnahme sei anzunehmen, wenn der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer auch ohne ausdrückliche

Erklärung erkennen lasse, dass er das **Werk als im Wesentlichen vertragsgerecht billige**. Erforderlich sei ein tatsächliches Verhalten des Auftraggebers, das geeignet sei, seinen Abnahmewillen dem Auftraggeber gegenüber eindeutig und schlüssig zum Ausdruck zu bringen. Ob eine konkludente Abnahme vorliege, beurteile sich grundsätzlich nach den Umständen des Einzelfalls. Ausgehend hiervon sei es nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht im Anfordern und Entgegennehmen der Bauunterlagen im Jahre 2004 nach den Gesamtumständen eine konkludente Abnahme erkenne; beide Vertragsbeteiligten seien ersichtlich davon ausgegangen, dass das Bauvorhaben vollendet sei und demzufolge die vom Architekten geschuldeten Leistungen erbracht gewesen seien.

Soweit die Klägerin geltend mache, zum Zeitpunkt des Anforderns der Unterlagen seien die Architektenleistungen noch nicht vollständig erbracht gewesen (es habe noch Leistungsphase 9 des § 15 HOAI ausgestanden), führe dies zu keiner abweichenden Beurteilung. Zwar lasse sich eine **konkludente Abnahme im Regelfall nur** dann annehmen, wenn alle vertraglich geschuldeten Leistungen erbracht seien. Die Vollendung des Werks sei jedoch **nicht ausnahmslos** Voraussetzung. Es komme nämlich stets darauf an, ob der Auftragnehmer das **Verhalten des Auftraggebers nach den gesamten Umständen des Einzelfalls** dahingehend verstehen dürfe, dass die erbrachten Leistungen als im Wesentlichen vertragsgerecht gebilligt würden. Dies könne ausnahmsweise auch dann der Fall sein, wenn die Leistung noch nicht vollständig fertiggestellt oder mit Mängeln behaftet sei. Mit dem Anfordern der Unterlagen zum Zwecke der Archivierung habe die Klägerin zum Ausdruck gebracht, sie sehe die Arbeiten der Beklagten als im Wesentlichen beendet an.

Im Ergebnis hebt der BGH das angefochtene Urteil gleichwohl auf und verweist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück (§ 563 Abs. 1 S. 1 ZPO). Das Berufungsgericht habe nämlich seine Pflicht gem. **Art. 103 Abs. 1 GG (rechtliches Gehör)** verletzt, indem es das substantiierte Vorbringen der Klägerin zu einem etwaigen arglistigen Verhalten der Beklagten unberücksichtigt und unaufgeklärt gelassen habe. Sollte die Beklagte einen Mangel nicht arglistig verschwiegen haben, werde das Berufungsgericht den Sachverhalt noch unter dem Gesichtspunkt würdigen müssen, ob der **Einrede der Verjährung evtl. die Grundsätze der Sekundärhaftung bei Architektenverträgen entgegenstünden**.

**BGB §§ 138, 181, 164; GmbHG §§ 15, 33
Sittenwidrigkeit eines Vertrags über Verkauf
und Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen;
Kollusion; Missbrauch einer Vollmacht mit
Befreiung von § 181 BGB; Einschaltung eines
arglosen Untervertreeters; Veranlassung eines
arglosen „Mitvertreeters“; Veräußerung eigener
Geschäftsanteile der GmbH**

Ein Vertrag ist wegen sittenwidriger Kollusion nichtig, wenn ein von den Voraussetzungen des § 181 BGB befreiter Bevollmächtigter seine Vollmacht missbraucht, um mit sich als Geschäftsgegner ein Geschäft zum Nachteil des Vertretenen abzuschließen. Ein solcher Fall liegt auch vor, wenn der Vertreter einen arglo-

sen Untervertreter einschaltet oder er aufgrund seiner Vertretungsmacht einen weiteren, arglosen (Mit-)Vertreter zu dem Geschäft veranlasst und so das Insihgeschäft verschleiert.

BGH, Urt. v. 28.1.2014 – II ZR 371/12

Problem

Die vorliegende Entscheidung betrifft im Kern eine missbräuchliche Veräußerung von Geschäftsanteilen, die eine am eigentlichen Vertrag nicht beteiligte Person veranlasst hatte.

An der GmbH, deren Anteile veräußert wurden, waren neben der Klägerin ihr Ehemann, der Beklagte zu 3 (im Folgenden: B3), und eine schweizerische AG (Q-AG) beteiligt. Die Q-AG war möglicherweise eine 100%ige Tochtergesellschaft der GmbH, jedenfalls aber im Verhältnis zu ihr ein abhängiges Unternehmen. Die Anteile der AG waren daher letztlich als eigene Anteile der GmbH zu werten. Nachdem sich B3 von der Klägerin getrennt hatte, übertrug er seine Anteile an der GmbH im November 2008 auf die Q-AG. Im Februar 2009 berief die Klägerin den B3 als Geschäftsführer der GmbH ab und bestellte sich zur neuen Geschäftsführerin. Anschließend informierte sie B3 und den Verwaltungsrat der Q-AG (R) von der Abberufung und forderte beide auf, Rechtsgeschäfte und insbesondere Anteilsübertragungen fortan zu unterlassen.

Im März 2009 schloss die Q-AG einen Vertrag über Verkauf und Abtretung ihrer Anteile an der GmbH mit der Beklagten zu 2 (im Folgenden: B2), einer Schwester des B3. Sowohl die Q-AG als auch die Erwerberin B2 wurden dabei von M vertreten, einer Rechtsanwältin, die in derselben Kanzlei wie B3 tätig war. Vollmacht zum Handeln für die Q-AG hatte ihr (und dem B3) im Januar 2009 der R erteilt, dies unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB und mit der Befugnis, im gleichen Umfang Untervollmachten zu erteilen. Vollmacht zum Handeln für B2 hatte M im März 2009 von B2 erhalten.

Die Klägerin beantragte Feststellung, dass B2 nicht Gesellschafterin der GmbH geworden, sondern die Q-AG weiterhin Gesellschafterin sei. Das Landgericht gab der Klage statt, das Berufungsgericht wies sie auf Berufung der Beklagten hin ab. Dagegen richtete sich die Revision der Klägerin.

Entscheidung

Im Gegensatz zum Berufungsgericht sieht der II. Zivilsenat des BGH den B3 nicht als unbeteiligten Dritten an und bejaht die Sittenwidrigkeit der Anteilsveräußerung wegen Kollusion. Der BGH unterstellt dabei in tatsächlicher Hinsicht, dass B3 den Abtretungsvertrag entworfen und M zum Gebrauch der Vollmacht der Q-AG veranlasst hat. Auch die Vollmacht der B2 solle B3 besorgt und seine Schwester als Erwerberin lediglich vorgeschoben haben.

Nach Ansicht des BGH ist ein Vertrag sittenwidrig und nichtig gem. § 138 BGB, wenn der Vertreter das Geschäft kollusiv mit dem Vertragspartner zum Nachteil des Vertretenen abschließt (s. bereits BGH NJW 1989, 26 f.; NJW 2000, 2896, 2897). Aus gleichem Grund sei ein Vertrag nichtig, wenn ein von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Vertreter seine Vollmacht missbrau-

che, um mit sich selbst als Geschäftsgegner ein Geschäft zum Nachteil des Vertretenen abzuschließen. Eine solche **Kollusion** liege **auch dann** vor, **wenn der Vertreter nicht selbst handele, sondern** einen arglosen Untervertreter einschalte oder er aufgrund seiner Vertretungsmacht einen weiteren, **arglosen (Mit-)Vertreter zum Geschäft veranlasse und das In-sich-Geschäft auf diese Weise verschleierte**. Diesen letzten Fall sieht der BGH konkret verwirklicht. Soweit der M Bösgläubigkeit gefehlt habe, sei das Ansinnen des B3 aus ihrer Sicht der Q-AG zuzurechnen gewesen, dies vor allem im Hinblick auf die auch ihm von der Q-AG erteilte Vollmacht. B3 habe die Vollmacht damit missbraucht. Die Klägerin als einzige stimmberechtigte Gesellschafterin und Geschäftsführerin der Mutter-GmbH habe nämlich sowohl B3 als auch R ausdrücklich angewiesen, Anteilsveräußerungen zu unterlassen. Auf der Erwerberseite handelte nach Ansicht des BGH ebenfalls B3: Nach dem zu unterstellenden Vortrag der Klägerin erteilte er nämlich der M den Auftrag, für B2 aufzutreten. Von einem bewussten Missbrauch wäre selbst dann auszugehen, wenn der Auftrag von der arglosen B2 erteilt, sie von B3 als wirtschaftlichem Erwerber aber nur vorgeschoben worden wäre.

Offen lässt der BGH weiterhin die interessante Frage, **ob die Veräußerung eigener Anteile** einer GmbH in die Vertretungskompetenz des Geschäftsführers fällt oder zusätzlich **eines Gesellschafterbeschlusses bedarf** (offenlassend bereits BGH DNotZ 2004, 217, 218; vgl. auch Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20 Aufl. 2013, § 33 Rn. 28 m. w. N.). Auf einen Gesellschafterbeschluss komme es konkret nicht an, weil die Klägerin Anteilsveräußerungen ausdrücklich untersagt und B3 dieser Weisung zuwidergehandelt habe.

Für das weitere Verfahren weist der BGH schließlich darauf hin, dass selbst bei eigenem Erwerbsinteresse der B2 eine Unwirksamkeit der Übertragung wegen **Missbrauchs der Vertretungsmacht** in Betracht komme. Ein Missbrauch könne auch dann gegeben sein, wenn sich dem anderen Vertragsteil der begründete Verdacht eines Treueverstößes des Vertreters aufdrängen müsse. Dies sei nach den vorgelegten (ungewöhnlichen) Umständen des Geschäfts der Fall gewesen.

Literaturhinweise

Postvertriebsstück: B 08129

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

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Sebastian Herrler

Redaktion: Dr. Simon Blath

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg