

Abschrift

Frantzen & Wehle · Joachimstaler Str. 10-12 · D-10719 Berlin · Germany

Landgericht Berlin
9. Zivilkammer
Tegeler Weg 17 - 21
10589 Berlin

Vorab per Fax, ohne Anlagen: (030) 90 188 - 518

BERLIN, 11. September 2009

G:\texte\CF1\AS\0909aufbau_liquidationsgesellschaft_mBH.doc

- 9 O 464/08 -

In Sachen

**Aufbau Liquidationsgesellschaft mbH (vormals Aufbau
Verlagsgruppe GmbH) in Insolvenz**

g e g e n

**Bundesanstalt für Vereinigungsbedingte Sonderaufgaben in
Abwicklung**

nimmt die Klägerin Bezug auf ihren Schriftsatz vom
21.07.2009 und auf den Beklagten-Schriftsatz vom
31.08.2009 und trägt ergänzend zu ihrem bisherigen
Vortrag wie folgt vor:

I.

Die Klägerin hat in ihren Schriftsatz vom 21.07.2009
unter entsprechendem Beweisantritt ausführlich zu den
Beurkundungsmängeln im Zusammenhang mit der



**FRANTZEN
& WEHLE**

RECHTSANWÄLTE UND NOTAR

DR. CHRISTOPHER FRANTZEN
Rechtsanwalt und Notar

JAN WEHLE
Rechtsanwalt

DR. FLORENS GIRARDET, LL.M.
Rechtsanwalt

BIRGIT EITNER, LL.M.
Rechtsanwältin

Joachimstaler Straße 10 - 12 /
Kurfürstendamm
D-10719 Berlin
Germany

Telefon
+ 49 (0) 30 23 63 42 - 0
Telefon (Notariat)
+ 49 (0) 30 23 63 42 - 12
Telefax
+ 49 (0) 30 23 63 42 - 42

eMail
kanzlei@frantzen-wehle.de
Internet
www.frantzen-wehle.de

Bankverbindung
Berliner Volksbank eG
Kto 546 9076 000
BLZ 100 900 00

IBAN: DE 30 1009 0000 5469 0760 00
SWIFT/BIC: BEVODEBB

Steuer-Nr.
13/292/61094

Beurkundung des Geschäftsanteilskauf- und -übertragungsvertrages vom 18.09.1991, Urkunde des Notars Detlef Müller in Berlin, UR-Nr. 226/1991, des Beitritts- und Änderungsvertrages zum Geschäftsanteilskauf- und -übertragungsvertrag vom 27.09.1991, Urkunde des Notars Dr. Günter Paul in Frankfurt/Main, UR-Nr. 366/1991, zusammen Anlage K 12, und der Vergleichsurkunde vom 23./24.11.1992, Notar Christian M. Klein in Berlin, UR-Nr. 665/1992, Anlage B 23, und der daraus resultierenden Formnichtigkeit (§ 125 Satz 1 BGB i.V.m. § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG) aller drei Urkunden vorgetragen, wobei diese Formmängel und die daraus resultierende -nichtigkeit sich nicht etwa auf den jeweils schuldrechtlichen Teil (Kaufvertrag bzw. -verträge über GmbH-Geschäftsanteile) beschränken, sondern auch den jeweils dinglichen Teil (Abtretung bzw. Abtretungen von GmbH-Geschäftsanteilen) der in Rede stehenden Urkunden mitumfassen. Auf diesen Schriftsatz vom 21.07.2009 nimmt die Klägerin zur Vermeidung von Wiederholungen vollumfänglich Bezug. Im Nachgang zu den dortigen Beweisanträgen, insbesondere den vorgelegten Schreiben der Klägerin an die Beklagte vom 15.02.1993 und vom 29.11.1993, Anlagen K 126 und K 127, überreichen wir

Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 13.07.1994 nebst Rückschein, **Anlage K 130**, und Antwortschreiben der Klägerin hierauf an die Beklagte vom 18.07.1994, **Anlage K 131**.

In diesem Schriftverkehr (Anlagen K 126, K 127, K 130 und K 131), in dem es um die Einhaltung der käuferseits übernommenen vertragsstrafebewehrten Arbeitsplatzgarantie (Ziff. 7.1.1 Geschäftsanteilskauf- und -übertragungsvertrag vom 18.09.1991, Teil der Anlage K 12) geht, wird explizit auch auf die Vereinbarung vom 23./24.11.1992, Notar Christian M. Klein in Berlin, UR-Nr. 665/1992, Anlage B 23, Bezug genommen. Dies alles belegt sehr anschaulich, dass nach dem Willen der Parteien die Regelungen in den Vorurkunden vom 18.09.1991 und vom 27.09.1991 in die Vergleichsvereinbarung vom 23./24.11.1992 aufgenommen und perpetuiert werden sollten.

II.

Weiter nimmt die Klägerin Bezug auf den Beklagten-Schriftsatz vom 31.08.2009, dort unter IV. 4., und die dortigen Ausführungen der Beklagten zu einer möglichen Heilung der diesseits vorgetragenen Beurkundungs- und Formmängel gem. § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG. Hierauf erwidern wir für die Klägerin wie folgt:

Die Klägerin hatte in ihrem Schriftsatz vom 21.07.2009 herausgearbeitet, dass im Ergebnis alle drei Urkunden,

- Geschäftsanteilskauf- und -übertragungsvertrag vom 18.09.1991, Urkunde des Notars Detlev Müller in Berlin, UR-Nr. 226/1991,

welchen wir hiermit noch einmal, nunmehr vollständig mit allen Anlagen und Anhängen, als **Anlage K 132** überreichen,

- Beitritts- und Änderungsvertrag zum Geschäftsanteilskauf- und -übertragungsvertrag vom 27.09.1991, Urkunde des Notars Dr. Günter Paul in Frankfurt/Main, UR-Nr. 366/1991,

welchen wir hiermit noch einmal, nunmehr vollständig mit allen Anlagen und Anhängen, als **Anlage K 133** überreichen,

- Vergleichsvertrag vom 23./24.11.1992, Urkunde des Notars Christian M. Klein in Berlin, UR-Nr. 665/1992, Anlage B 23,

wegen Nichtverlesens der Anlagen 1 bis 4, Anlagen zum Geschäftsanteilskauf- und -übertragungsvertrag vom 18.09.1991, Urkunde des Notars Detlev Müller in Berlin, UR-Nr. 226/1991, nichtig sind. Bei allen drei Beurkundungen wurden diese Anlagen – auf die nicht nur schlicht hingewiesen (im Sinne einer erläuternden Bezugnahme = keine Verweisung im beurkundungsrechtlichen Sinne), sondern im Sinne einer ersetzenden Bezugnahme gem. § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG verwiesen (echte Verweisung im beurkundungsrechtlichen Sinne) wurde – nicht verlesen, so dass hier ein Beurkundungs- bzw. Formmangel mit der Folge der Formnichtigkeit aller drei genannten Urkunden vorliegt (§ 125 Satz 1 BGB i.V.m. § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG i.V.m. § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG). Hinsichtlich der Einzelheiten verweisen wir auf unsere schriftsätzlichen Ausführungen vom 21.07.2009.

Zwar hat der BGH wiederholt entschieden hat, dass ein an sich formnichtiges Verpflichtungsgeschäft gem. § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG gültig wird, wenn nur die Abtretung des GmbH-Anteils gem. § 15 Abs. 3 GmbHG ordnungsgemäß beurkundet ist; dies gilt auch dann, wenn der Verkauf und die Abtretung des GmbH-Anteils nicht in zwei getrennten, auf einander folgenden, sondern in einer Notarurkunde erklärt worden sind (BGH, Urt. v. 16.01.1991 – VIII ZR 335/89, zitiert nach juris, dort Tz. 9; Beschl. v. 29.01.1992 – VIII ZR 95/91, zit. nach juris, dort Tz. 2; BGHZ 127, 129, 132; Urt. v. 25.03.1998 – VIII ZR 185/96, zitiert nach juris, dort Tz. 1 und 34). Voraussetzung für

eine Heilung gem. § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG ist aber, dass die Abtretung des Geschäftsanteils ihrerseits ordnungsgemäß beurkundet und damit wirksam ist.

BGH, Beschl. v. 29.01.1992 – VIII ZR 95/91, zit. nach juris, dort Tz. 2:

„Das gesamte formnichtige Verpflichtungsgeschäft wird gemäß § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG gültig, **wenn nur die Abtretung des mitverkauften GmbH-Anteils gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG ordnungsgemäß notariell beurkundet ist.** Für die Frage der Heilung nach 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG kommt es allein darauf an, **ob die Anteilsübertragung für sich allein betrachtet ordnungsgemäß und vollständig beurkundet ist.** Das der Abtretung zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft bleibt dabei außer Betracht. Die Heilung tritt deshalb selbst dann ein, wenn formnichtiges Verpflichtungsgeschäft und formgültige Abtretung in derselben notariellen Urkunde enthalten sind (.....) und erstreckt sich auf den gesamten Inhalt des Verpflichtungsgeschäfts (.....).“

Hervorhebungen in Fettdruck durch den Unterzeichner

Im Lichte dieser BGH-Rechtsprechung ist zu prüfen, ob die Abtretungen in den drei in Rede stehenden Notarurkunden (Anlagen K 12 und B 23.) für sich betrachtet jeweils ordnungsgemäß beurkundet, also vorliegend die beurkundungsrechtlichen Verfahrensvorschriften, insbesondere die §§ 9 und 13a BeurkG, eingehalten worden sind:

- a) **Geschäftsanteilskauf- und -übertragungsvertrag vom 18.09.1991, Urkunde des Notars Detlev Müller in Berlin, UR-Nr. 226/1991, Anlage K 132**

Die Abtretung der Geschäftsanteile an der vermeintlichen „Aufbau-Verlag Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Aufbau“ – nachfolgend kurz die „**Aufbau-Verlag GmbH i.A.**“ – und an der vermeintlichen „Rütten & Loening, Berlin Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Aufbau“ – nachfolgend kurz die „**Rütten & Loening GmbH i.A.**“ –, nachfolgend zusammen auch als die „**kaufgegenständlichen Geschäftsanteile**“ bezeichnet, ist dort in Ziff. 3 geregelt.

Diese verweist u.a. auf Ziff. 7.3 lit. b) des Vertrages [„Einzahlung von DM 800.000,00 auf ein nach Ziffer 7.3 lit. b) des Vertrages zu errichtendes Konto“]. Ziff. 7.3 lit. b) des Vertrages verweist wiederum auf die Anlage 4 (bei dem in Rede stehenden, durch die Aufbau-Verlag GmbH i.A. noch zu errichtenden Konto sollte es sich um ein Konto handeln, über das die Aufbau-Verlag GmbH i.A. nur gemeinsam mit Herrn Molinari von der Beklagten sollte verfügen können; der auf diese Konto einzuzahlende Betrag von DM 800.000,00 sollte ausschließlich zur Erfüllung der in der Anlage 4, dort Ziffern 1 bis 6, genannten Verbindlichkeiten der Aufbau-Verlag GmbH i.A. verwendet werden; die Klägerin hat zu dieser Problematik bereits in ihrem Schriftsatz vom 11.05.2009, Blatt 28 f. vorgetragen).

Bei dieser Verweisung auf die Anlage 4 handelt es sich nicht um einen bloßen Hinweis (etwa auf ein bestehendes oder noch zu errichtendes Konto der Aufbau-Verlag GmbH i.A., auf bestimmte Verbindlichkeiten der Aufbau-Verlag GmbH i.A., die aus Mitteln des Käufers getilgt werden sollten). Vielmehr ging es darum, die Verpflichtung des Käufers zu begründen, neben dem eigentlichen Kaufpreis einen weiteren Betrag in Höhe von DM 800.000,00 auf ein noch zu errichtendes Konto der Aufbau-Verlag GmbH i.A. zu überweisen und dafür Sorge zu tragen, dass dieser Betrag nur zur Tilgung bestimmter Verbindlichkeiten der Aufbau-Verlag GmbH i.A. verwendet wurde, die sich im einzelnen aus der Anlage 4 ergeben. Bei den zu tilgenden Verbindlichkeiten handelte es sich um Verbindlichkeiten der Aufbau-Verlag GmbH i.A. gegenüber Tochtergesellschaften der Beklagten (vgl. Ziff. 7.3 des Vertrages). Neben der Pflicht des Käufers zur Kaufpreiszahlung und zur Zahlung eines weiteren Betrages in Höhe von DM 800.000,00 zwecks Tilgung von Verbindlichkeiten der Aufbau-Verlag GmbH i.A. wurde hier auch eine selbständige Nebenpflicht des Käufers begründet, die Verwendung dieser Mittel durch die Aufbau-Verlag GmbH i.A. zu überwachen.

Beurkundungsverfahrensrechtlich handelt es sich bei dieser Verweisung in Ziff. 7.3 lit. b) des Vertrages auf die Anlage 4 nicht um eine lediglich erläuternde Bezugnahme, nicht um einen schlichten Hinweis, sondern um eine ersetzende Bezugnahme, auch als ersetzende Verweisung bezeichnet (ersetzende Bezugnahme deshalb, weil der Inhalt der notariellen Niederschrift durch die Verweisung auf das in Bezug genommene Schriftstück hergestellt, „ersetzt“ wird). Beurkundungsverfahrensrechtlich liegt eine ersetzende Verweisung = ersetzende Bezugnahme i.S.d. § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG immer dann vor, wenn gewollt ist, dass der Inhalt eines anderen Schriftstücks – dies kann eine Anlage zur notariellen Niederschrift sein, so der Grundfall des § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG, dies kann aber auch eine andere notarielle Niederschrift sein, so der Fall des

§ 13a BeurkG, hier sieht das Gesetz bestimmte Erleichterungen und Befreiungen von der Beifügungs- und Vorlesungspflicht vor – so anzusehen ist, als ob es selber Inhalt der notariellen Niederschrift wäre (§ 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG: „Erklärungen in einem Schriftstück, auf das in der Niederschrift verwiesen wird und das dieser beigelegt wird, gelten als in der Niederschrift selbst enthalten.“). Verfahrensrechtlich liegt stets eine ersetzende Verweisung vor, wenn der Inhalt eines anderen Schriftstücks in die notarielle Niederschrift hineingefügt, also (mit- bzw. nochmals) beurkundet werden soll. Ob eine solche Beurkundung nötig ist, ist eine materielle Frage, nämlich nach dem Umfang des vorgeschriebenen oder vereinbarten Beurkundungszwangs. Soll etwas aus einem anderen Schriftstück in die notarielle Niederschrift in der Weise hineingedacht werde, als wäre es „ein Stück von ihr“, ist das verfahrensrechtlich eine ersetzende Bezugnahme, mag sie materiellrechtlich erforderlich sein oder nicht. Man kann ersetzend verweisen, ohne vom Beurkundungserfordernis dazu gezwungen zu sein, ebenso wie man Überflüssiges beurkunden kann, und man kann (verfahrensrechtlich zulässig) in einer notariellen Niederschrift auf etwas verweisen (hinweisen), was damit nicht beurkundet ist, sei es materiell beurkundungspflichtig oder nicht; die materiellen Folgen der verfahrensrechtlich zulässigen Nichtbeurkundung der Erklärungen, auf die hingewiesen wurde, richten sich dann ausschließlich nach sachlichem Recht (zum Vorstehenden insgesamt vgl. die instruktiven Erläuterungen von Lichtenberger, NJW 1980, 864, 866).

Daraus folgt für den vorliegenden Fall: Materiellrechtlich mag man darüber streiten, ob die Angabe eines bestimmten Kontos des Verkäufers bzw. der verkauften Gesellschaft, auf das durch den Käufer der Kaufpreis und ggf. darüber hinaus weitere käuferseitige Gegenleistungen zu überweisen sind, und eine Aufstellung bestimmter, vom Käufer zu tilgender Verbindlichkeiten der verkauften Gesellschaft im Rahmen der Beurkundung der Abtretung der Geschäftsanteile, um die es vorliegend allein geht, tatsächlich gem. § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG beurkundungsbedürftig ist, wofür vieles spricht. Liegt aber, wie hier, verfahrensrechtlich eine ersetzende Bezugnahme i.S.d. § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG vor, den Beteiligten ging es erkennbar darum, den Inhalt der vorliegend allein interessierenden Anlage 4 zum Inhalt der notariellen Niederschrift, und zwar auch ihres Abtretungsteils zu machen, so war diese zwingend mit zu beurkunden, also mit zu verlesen. Der Notar hat hiervon jedoch ausweislich der Schlussformel der notariellen Niederschrift (Vertrag vom 18.09.1991, Anlage K. 132, dort am Ende der Niederschrift, unmittelbar vor den Unterschriften der Erschienenen und des Urkundsnotars) ausdrücklich abgesehen („den Beteiligten, die jedoch auf eine Verlesung der Anlagen 1 bis 4 verzichtet haben“), so dass ein Beurkundungsmangel mit der Rechtsfolge der Formnichtigkeit (auch) der

Abtretung der Geschäftsanteile vorliegt (§ 125 Satz 1 BGB i.V.m. § 15 Abs. 3 GmbH i.V.m. § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG.

Zwischenergebnis: Mangels formgültiger Abtretung der Geschäftsanteile an der Aufbau-Verlag GmbH i.A. und der Rütten & Loening GmbH i.A. im Rahmen der notariellen Urkunde vom 18.09.1991, UR-Nr. 226/1991 des Notars Detlev Müller in Berlin, konnte keine Heilung des formnichtigen Geschäftsanteilskaufvertrages vom 18.09.1991 gem. § 15 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. Abs. 3 GmbHG eintreten.

b) **Beitritts- und Änderungsvertrag zum Geschäftsanteilskauf- und -übertragungsvertrag vom 27.09.1991, Urkunde des Notars Dr. Günter Paul in Frankfurt/Main, UR-Nr. 366/1991, Anlage K 133**

Die Abtretung der kaufgegenständlichen Geschäftsanteile ist dort in Ziff. 3 geregelt. Diese verweist u.a. auf „Ziff. 7.3 lit. b) dieses Vertrages“ [„Einzahlung von DM 800.000,-- (in Worten: Deutsche Mark achthunderttausend) auf ein nach Ziffer 7.3 lit. b) dieses Vertrages zu errichtendes Konto“]. Da Ziff. 7.3 lit. b) des Vertrages vom 18.09.1991, Anlage K 132, siehe vorstehend II. lit. a), in dem Beitritts- und Änderungsvertrag vom 27.09.1991, Anlage K 133, nicht neu geregelt bzw. neu gefasst worden ist, handelt es sich bei dieser Verweisung um eine Verweisung auf die Vorurkunde (Vertrag vom 18.09.1991), in dem Beitritts- und Änderungsvertrag vom 27.09.1991 als „Anlage 1“ bezeichnet (siehe Blatt 3, dort Ziff. 1, und die Schlussformel auf Blatt 10 des Beitritts- und Änderungsvertrages vom 27.09.1991, dort am Ende der Niederschrift unmittelbar vor den Unterschriften der Erschienenen und dem Urkundsnotar). Bei dieser Verweisung handelt es sich aus den vorgenannten Gründen nicht um einen bloßen Hinweis, sondern um eine ersetzende Bezugnahme i.S.v. § 9 Abs. 1 Satz 2 BeurkG (ersetzende Bezugnahme deshalb, weil der Inhalt der Haupturkunde, der Beitritts- und Änderungsvertrag vom 27.09.1991, durch die Verweisung auf die in Bezug genommene Vorurkunde, der Vertrag vom 18.09.1991, hergestellt, „ersetzt“, wird). Rechtsfolge ist, dass die Anlage 1, der Vertrag vom 18.09.1991, bei der Beurkundung am 27.09.1991 mit zu beurkunden war. Ausweislich der Schlussformel auf Blatt 10 des Beitritts- und Änderungsvertrages vom 27.09.1991, dort am Ende der Niederschrift unmittelbar vor den Unterschriften der Erschienenen und des Urkundsnotars, hat der Notar dennoch nur die „vorstehende Niederschrift“, nicht aber die „Anlage 1“ verlesen, so dass insoweit eine Nichtbeurkundung vorliegt.

Vorliegend kommt die Besonderheit hinzu, dass es sich bei der ersetzend in Bezug genommenen „Anlage 1“ um eine „andere notarielle Niederschrift“ [der,

wenn auch unvollständig, beurkundete Notarvertrag vom 18.09.1991, siehe oben unter II. lit. a)], also um eine Bezugsurkunde i.S.d. § 13a BeurkG handelt, so dass an sich nach Maßgabe des § 13a BeurkG nur eine eingeschränkte Beifügungs- und Vorlesungspflicht bestand. Doch versäumte es der amtierende Notar ausweislich seiner Feststellungen in der Urkunde vom 27.09.1991, die Beteiligten zu fragen, ob sie auf das Verlesen der Bezugsurkunde verzichten; jedenfalls haben die Beteiligten vorliegend die Bekanntheitserklärung gem. § 13a Abs. 1 Satz 1 BeurkG („... dass ihnen der Inhalt der anderen Niederschrift bekannt ist und sie auf das Vorlesen verzichten.“) nur unvollständig abgegeben (sie haben zwar erklärt, „daß ihnen der Inhalt dieser Urkunde bekannt ist“, auf das Vorlesen der Bezugsurkunde haben sie aber gerade nicht verzichtet, vgl. Blatt 3, dort Ziff. 1, und die Schlussformel auf Blatt 10 des Beitritts- und Änderungsvertrages vom 27.09.1991, dort fehlen entsprechende Feststellungen des Notars). Da es sich bei der Bekanntheitserklärung gem. § 13a Abs. 1 Satz 1 BeurkG um ein zwingendes Wirksamkeitserfordernis der Beurkundung handelt, eine Muss-Vorschrift des BeurkG, deren Verletzung regelmäßig zur Formnichtigkeit der Urkunde führt, führt allein dieses Versäumnis zur Formnichtigkeit (auch) der Abtretungen der Geschäftsanteile, soweit sie in dem Beitritts- und Änderungsvertrag vom 27.09.1991 (erneut) erklärt worden sind.

Hinzu kommt, dass von den Erleichterungen des § 13a BeurkG nur dann rechts- und formwirksam Gebrauch gemacht werden kann, wenn die ersetzend in Bezug genommene „andere notarielle Niederschrift“ ihrerseits formgültig errichtet worden ist; ob sie daneben auch materiell wirksam ist, ist in diesem Zusammenhang unerheblich. Entscheidend ist, dass die Bezugsurkunde formell gültig ist (Winkler, BeurkG, 16. Aufl. 2008, § 13a Rn 30). Daran fehlt es vorliegend, da hier die in Bezug genommene „Anlage 1“, der Notarvertrag vom 18.09.1991, nur unvollständig und damit fehlerhaft beurkundet worden war (die Anlagen 1 bis 4 zur notariellen Niederschrift vom 18.09.1991 hatte der Notar ausweislich seiner Feststellungen in der Schlussformel der notariellen Niederschrift nicht verlesen) und auch, wie oben unter II. lit. a) ausgeführt, keine Heilung gem. § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG eingetreten war.

Zwischenergebnis: Mangels formgültiger Abtretung der Geschäftsanteile an der Aufbau-Verlag GmbH i.A. und der Rütten & Loening GmbH i.A. auch im Rahmen des Beitritts- und Änderungsvertrages vom 27.09.1991, UR-Nr. 366/1991 des Notars Dr. Günter Paul in Frankfurt/Main, konnte somit auch auf diesem Wege keine Heilung des formnichtigen Geschäftsanteilskaufvertrages gem. § 15 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. Abs. 3 GmbHG eintreten.

Die Beklagte hatte somit Recht, als sie ihrem – internen – Gesprächsprotokoll vom 20.11.1992 (Anlage K 99) ausführte, dass der Unternehmenskaufvertrag vom 18.09.1991 einschließlich seines Nachtrages vom 27.09.1991 aus formellen Gründen nichtig sei (so auch die Sachstandsdarstellung und die Hausmitteilung der Beklagten jeweils vom 20.01.1993, Unteranlagen 4 und 5 zur Anlage K 122 = Anfechtungserklärung der Klägerin vom 17.06.2009).

Nachgetragen sei, dass eine Heilung gem. § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG am 18.09.1991 und am 27.09.1991 auch daran scheiterte, dass die verkauften Gesellschaften, Aufbau-Verlag GmbH i.A. und die Rütten & Loening GmbH i.A., jeweils nur Scheingesellschaften (rechtliches nullum) waren [vgl. BGHZ 141, 1, 11 f.; BGH, Beschl. v. 16.10.2006 – II Z B 32/05, zitiert nach juris, dort Tz. 13 ff.; siehe ausführlich nachfolgend unter II. lit. c)]. Geschäftsanteile an einer Scheingesellschaft teilen deren rechtliches Schicksal, sind also gleichfalls als Scheingeschäftsanteile anzusehen. Die Abtretung solcher, nicht existenter Scheingeschäftsanteile kann aber nicht die Heilungswirkung des § 15 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. Abs. 3 GmbHG auslösen; Voraussetzung für eine Heilung ist vielmehr eine rechtswirksame Abtretung der kaufgegenständlichen und auch tatsächlich existenten Geschäftsanteile (ganz h.M.; siehe nur BGHZ 127, 129, 132 f.; BGH, Urt. v. 25.03.1998 – VIII ZR 185/96, zitiert nach juris, dort Tz. 31, 34).

c) **Vergleichsvertrag vom 23./24.11.1992, Urkunde des Notars Christian M. Klein in Berlin, UR-Nr. 665/1992, Anlage B 23**

Die Abtretung der kaufgegenständlichen Geschäftsanteile wird dort in Ziff. 9 (Blatt 10 f. des Vergleichsvertrages vom 23./24.11.1992) erklärt, und zwar zweimal.

Zunächst wird Bezug genommen auf die Vorurkunde vom 18.09.1991 (Geschäftsanteilskaufvertrag) und die dort vereinbarten aufschiebenden Bedingungen. Sodann erklären die Parteien übereinstimmend, dass die vorgenannten aufschiebenden Bedingungen eingetreten seien und in Hinblick hierauf die Verkäuferin die Geschäftsanteile an die dies annehmende BFL abtrete (Blatt 10 oben des Vergleichsvertrages vom 23./24.11.1992).

Sodann wird Bezug genommen auf die Vorurkunde vom 27.09.1991 (Beitritts- und Änderungsvertrag) und die dort vereinbarten aufschiebenden Bedingungen. Sodann erklären die Parteien übereinstimmend, dass die vorgenannten aufschiebenden Bedingungen eingetreten seien und in Hinblick hierauf die Verkäuferin die Geschäftsanteile an die dies annehmenden Käufer abtrete (Blatt

10 unten / Blatt 11 oben des Vergleichsvertrages vom 23./24.11.1992). Nachzutragen ist, dass auch der beurkundende Notar davon ausging, dass der Beitritts- und Änderungsvertrag vom 27.09.1991 den zuvor geschlossenen Geschäftsanteilskaufvertrag vom 18.09.1991 in Bezug genommen hat („In dem Beitritts- und Änderungsvertrag vom 27. September 1991 sowie durch Bezugnahme auf den Geschäftsanteilskaufvertrag“, Blatt 11 oben des Vergleichsvertrages vom 23./24.11.1992).

Ganz offensichtlich erfolgte die zweimalige (erneute) Erklärung und (erneute) Beurkundung der Abtretung der kaufgegenständlichen Geschäftsanteile mit dem Ziel, die Heilungswirkung des § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG herbeizuführen. Es ist zu unterstellen, dass der beurkundende Notar Christian M. Klein – ebenso wie die Beklagte (vgl. deren Gesprächsprotokoll vom 20.11.1992, Anlage K 99, deren Sachstandsdarstellung und Hausmitteilung jeweils vom 20.01.1993, Unteranlagen 4 und 5 zur Anlage K 122 = Anfechtungserklärung der Klägerin vom 17.06.2009) – die Formnichtigkeit der Vorurkunden vom 18.09.1991 und vom 27.09.1991 und die oben skizzierte Rechtsprechung zu der Heilungsvorschrift des § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG (BGH, Urt. v. 16.01.1991 – VIII ZR 335/89 und Beschl. v. 29.01.1992 – VIII ZR 95/91) kannte und bei der Formulierung des Vergleichsvertrages vom 23./24.11.1992 genau hierauf abgestellt hat. Denn ansonsten würde die zweimal erklärte Abtretung der kaufgegenständlichen Geschäftsanteile, zunächst durch die Beklagte (Verkäuferin) an die BFL Beteiligungsgesellschaft mbH und dann noch einmal, wieder durch die Beklagte (Verkäuferin), an die Käufer, keinen Sinn machen. Der Widerspruch, der in dieser zweifachen Abtretung der identischen Geschäftsanteile liegt, löst sich nur dann auf, wenn man die Abtretungen auf die jeweils zu heilenden formnichtigen Vorurkunden vom 18.09.1991 (Geschäftsanteilskaufvertrag) und vom 27.09.1991 (Beitritts- und Änderungsvertrag) rückbezieht.

Solche ihrem Wortlaut nach sich widersprechenden, in sich widersprüchlichen Willenserklärungen sind nur dann nicht wegen Perplexität nichtig, wenn sich ein widerspruchsfreier Inhalt im Wege der Auslegung ermitteln lässt (OLG Dresden, Urt. v. 22.08.2007 – 13 U 107/07, zitiert nach juris, dort Orientierungssatz 3 und Tz. 31; vgl. auch BGH, NJW-RR 2003, 1136). Dies ist hier zwar der Fall. Der offensichtliche Widerspruch der in dieser zweifachen Abtretung der Geschäftsanteile an der Aufbau-Verlag GmbH i.A. und der Rütten & Loening GmbH i.A. liegt, Ziff. 9 des Vergleichsvertrages vom 23./24.11.1992, löst sich jedoch nur auf, wenn man gedanklich die Vorurkunden vom 18.09.1991 (Geschäftsanteilskaufvertrag) und vom 27.09.1991 (Beitritts- und Änderungsvertrag) in Bezug nimmt und in die Ziff. 9 der Vergleichsurkunde vom

23./24.11.1992 hineingefügt. Damit liegt zumindest implizit eine ersetzende und nicht nur erläuternde Inbezugnahme der beiden genannten Vorurkunden vor. Da vorliegend das Beurkundungsverfahren gem. §§ 9 Abs. 1 Satz 2, 13 BeurkG in Bezug auf die beiden in Rede stehenden, ersetzend in Bezug genommenen Vorurkunden nicht eingehalten ist (die Vorurkunden wurden weder verlesen noch der Vergleichsurkunde beigelegt, keine der formalen Anforderungen des § 13a BeurkG ist auch nur im Ansatz erfüllt), sind somit auch die Abtretungen in Ziff. 9 der Vergleichsurkunde vom 23./24.11.1992 nicht formwirksam beurkundet und damit formnichtig (§ 125 Satz 1 BGB i.V.m. § 15 Abs. 3 GmbHG); eine Heilung des Geschäftsanteilskaufvertrages vom 18.09.1991 in der Gestalt des Beitritts- und Änderungsvertrages vom 27.09.1991 in der Gestalt des Vergleichsvertrages vom 23./24.11.1992 gem. § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG scheidet damit aus.

Im übrigen scheidet vorliegend eine Heilung gem. § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG auch aus folgenden Gründen aus:

Die Klägerin ist mitnichten (rechts-) identisch mit den kaufgegenständlichen Scheingesellschaften Aufbau-Verlag GmbH i.A. und Rütten & Loening GmbH i.A.; sie ist auch nicht etwa Rechtsnachfolgerin der beiden vorgenannten Scheingesellschaften. Denn ausweislich der Feststellungen des LG Frankfurt/Main, Urt. v. 18.11.2005 – 2-27 O 238/04, Anlage K 2, Blatt 14 unten des Urteils, und des Kammergerichts, VIZ 1996, 547, 548 („Plus-Auflagen“), und VIZ 2003, 548, 549 ff. („rückständiger Mietzins“), in diesem Sinne auch BGH, BGHZ 141, 1, 11 f., und Beschl. v. 16.10.2006 – II ZB 32/05, zitiert nach juris, dort Tz. 13 ff., ist vorliegend die Klägerin nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft mit der Beschlussfassung vom 20.02.1992 (u.a. Feststellung des Gesellschaftsvertrages der Klägerin durch die Käufer, Urkunde des Notars Albrecht Stockburger in Frankfurt/Main, UR-Nr. 71/1992) zunächst als fehlerhafte Vor-GmbH und schließlich am 06.08.1992 mit der Löschung des Zusatzes „im Aufbau“ im Handelsregister als (fehlerhafte) GmbH (rechts-) wirksam entstanden. Die registerrechtliche Löschung des Zusatzes „im Aufbau“ in Folge der durch die Käufer auf der Grundlage der §§ 19 ff. TreuhG eingeleiteten vermeintlichen Nachgründungsmaßnahmen einschließlich des Fortsetzungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 20.02.1992 gem. § 22 TreuhG entfaltete insoweit konstitutive Wirkung und führte zur Entstehung der Klägerin als juristische Person (Kammergericht, VIZ 1996, 547, 548; VIZ 2003, 548, 549 ff.; in diesem Sinne auch BGHZ 141, 1, 11 f., dort wurde in Hinblick auf das in concreto Nicht-Vorliegen eines – wenn auch mangelbehafteten – Gesellschaftsvertrages eine fehlerhafte Gesellschaft verneint, und BGH, Beschl. v. 16.10.2006 – II ZB 32/05, zitiert nach juris, dort Tz. 13 ff.).

Die auf diesem Wege, nämlich als fehlerhafte Gesellschaft zur Entstehung gelangte Klägerin ist aber, wie sich aus BGH, Beschl. v. 16.10.2006 – II ZB 32/05, zitiert nach juris, dort Tz. 22 f., ergibt, keinesfalls identisch mit den nichtigen Scheingesellschaften Aufbau-Verlag GmbH i.A. und Rütten & Loening GmbH i.A. und hat auch nicht etwa deren Rechtsnachfolge angetreten. Die Klägerin war, wie es der BGH, a.a.O., dort Tz. 23, treffend formuliert ein „leerer Unternehmensträger“, ein „Unternehmensträger ohne Unternehmen“; das LG Frankfurt/Main, Urt. v. 18.11.2005 – 2-27 O 238/04, Anlage K 2, Blatt 14 unten des Urteils, spricht in diesem Zusammenhang genauso treffend von einer „vermögenslosen Neugründung“ und meint damit letztlich das gleiche.

Insoweit bleibt es bei den oben unter II. lit. b) a.E. getroffenen Feststellungen: Die kaufgegenständlichen Gesellschaften Aufbau-Verlag GmbH i.A. und Rütten & Loening GmbH i.A. waren und sind jeweils Scheingesellschaften (rechtliches nullum). Geschäftsanteile an einer Scheingesellschaft teilen deren rechtliches Schicksal, sind also gleichfalls als Scheingeschäftsanteile zu beurteilen. Die Abtretung solcher, nicht existenter Scheingeschäftsanteile löst nicht die Heilungswirkung des § 15 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. Abs. 3 GmbHG aus; Voraussetzung für eine Heilung ist vielmehr eine rechtswirksame Abtretung der kaufgegenständlichen und auch tatsächlich existenten Geschäftsanteile (ganz h.M.; siehe nur BGHZ 127, 129, 132 f., und BGH, Urt. v. 25.03.1998 – VIII ZR 185/96, zitiert nach juris, dort Tz. 31, 34).

Selbst wenn in Ziff. 9 des Vergleichsvertrages vom 23./24.11.1992 stattdessen – entgegen obiger Annahme – die Geschäftsanteile an der Klägerin (fehlerhafte Gesellschaft, nicht identisch mit den Scheingesellschaften) auf die Käufer abgetreten worden sein sollten, wofür nichts spricht, denn die Geschäftsanteile an der Klägerin waren nicht Gegenstand der vorangegangenen Verträge (Geschäftsanteilskaufvertrag vom 18.09.1991 und Beitritts- und Änderungsvertrag vom 27.09.1991, zu diesem Zeitpunkt existierte die Klägerin noch nicht), so würde dies an obigem Ergebnis nichts ändern. Denn, wie ausgeführt, sind die kaufgegenständlichen Scheingesellschaften keinesfalls identisch mit der Klägerin (weder Rechtsidentität noch Rechtsnachfolge), letztere stellt vielmehr ein aliud dar. Die Abtretung eines aliud's kann aber nicht zu einer Heilung des formnichtigen, sich auf die kaufgegenständlichen Gesellschaften (Scheingesellschaften) beziehenden Geschäftsanteilskaufvertrages gem. § 15 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. Abs. 3 GmbHG führen.

Dazu kommt folgendes: Gesellschafter der Klägerin waren von Anfang an die die vermeintlichen Nachgründungsmaßnahmen §§ 19 ff. TreuHG durchgeführte habenden Käufer (siehe oben). Die Abtretung von Geschäftsanteilen an jemanden, dem diese bereits gehören, hier die Abtretung von Geschäftsanteilen an der Klägerin durch die Beklagte an die Käufer, obwohl letztere als die Gründer der Klägerin bereits vor dem 23./24.11.1992 ihre Gesellschafter waren, ist ein Fall der anfänglichen, objektiven und dauernden (rechtlichen) Unmöglichkeit mit der Rechtsfolge der Nichtigkeit der Abtretung, § 306 BGB a.F. (siehe insoweit Blatt 19 f. des Einspruchsschriftsatzes der Klägerin vom 20.07.2009 mit zahlreichen Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur). Auch insoweit fehlt es also an einer rechtswirksamen Abtretung von Geschäftsanteilen, so dass es in dieser – hypothetisch angenommenen – Fallkonstellation nicht zu einer Heilung der formnichtigen Vorkunden gem. § 15 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. Abs. 3 GmbH kommt.

Zwischenergebnis: Die in Ziff. 9 des Vergleichsvertrages vom 23./24.11.1992, UR-Nr. 665/1992 des Notars Christian M. Klein in Berlin, durch die Parteien erneut erklärte Abtretung der kaufgegenständlichen Geschäftsanteile ist in sich widersprüchlich. Der Widerspruch löst sich nur durch eine zumindest implizite ersetzende Bezugnahme der Vorkunden (Geschäftsanteilskaufvertrag vom 18.09.1991, UR-Nr. 226/1991 des Notars Detlev Müller in Berlin, und Beitritts- und Änderungsvertrag vom 27.09.1991, UR-Nr. 366/1991 des Notars Dr. Günter Paul in Frankfurt/Main) auf. Da in Bezug auf die beiden ersetzend in Bezug genommenen Vorkunden das Beurkundungsverfahren gem. §§ 9 Abs. 1 Satz 2, 13 BeurkG nicht eingehalten wurde, ist auch die Ziff. 9 des Vergleichsvertrages vom 23./24.11.1992 formnichtig (§ 125 Satz 1 BGB i.V.m. § 15 Abs. 3 GmbHG). Eine Heilung des Geschäftsanteilskaufvertrages vom 18.09.1991 in der Gestalt des Beitritts- und Änderungsvertrages vom 27.09.1991 in der Gestalt des Vergleichsvertrages vom 23./24.11.1992 gem. § 15 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. Abs. 3 GmbHG scheidet damit aus.

Eine Heilung gem. § 15 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. Abs. 3 GmbHG scheidet darüber hinaus auch deshalb aus, da sich die Abtretung vom 23./24.11.1992 – wie auch schon die vorangegangenen Abtretungen vom 18.09.1991 und vom 27.09.1991 – jeweils auf Geschäftsanteile an einer nicht existenten Scheingesellschaft, also auf nicht existente Scheingeschäftsanteile bezog, es insoweit also an einer rechtswirksamen Abtretung der kaufgegenständlichen Geschäftsanteile, die nach der Rechtsprechung unabdingbare Voraussetzung für eine Heilung gem. § 15 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. Abs. 3 GmbHG ist, fehlte.

Ergebnisse:

- Mangels formgültiger Abtretung der Geschäftsanteile an der Aufbau-Verlag GmbH i.A. und der Rütten & Loening GmbH i.A. im Rahmen des Geschäftsanteilskauf- und -übertragungsvertrages vom 18.09.1991, UR-Nr. 226/1991 des Notars Detlev Müller in Berlin, ist es hierdurch nicht zu einer Heilung des formnichtigen Geschäftsanteilskaufvertrages vom 18.09.1991 gem. § 15 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. Abs. 3 GmbHG gekommen.
- Mangels formgültiger Abtretung der Geschäftsanteile an der Aufbau-Verlag GmbH i.A. und der Rütten & Loening GmbH i.A. auch im Rahmen des nachfolgenden Beitritts- und Änderungsvertrages vom 27.09.1991, UR-Nr. 366/1991 des Notars Dr. Günter Paul in Frankfurt/Main, ist es auch auf diesem Wege nicht zu einer Heilung des formnichtigen Geschäftsanteilskaufvertrages gem. § 15 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. Abs. 3 GmbHG gekommen.
- Schließlich enthält auch der Vergleichsvertrag vom 23./24.11.1992, UR-Nr. 665/1992 des Notars Christian M. Klein in Berlin, keine formwirksame Erklärung der Abtretung der kaufgegenständlichen Geschäftsanteile (§ 15 Abs. 3 GmbHG). Auch auf diesem Wege ist es somit nicht zu einer Heilung des formnichtigen Geschäftsanteilskaufvertrages gem. § 15 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. Abs. 3 GmbHG gekommen.
- Alle drei vorgenannten Notarurkunden (vom 18.09.1991, vom 27.09.1991 und vom 23./24.11.1992) enthalten keine wirksame Abtretung der kaufgegenständlichen Geschäftsanteile, da es sich bei diesen jeweils um nicht existente Geschäftsanteile, um Scheingeschäftsanteile (rechtliches nullum) handelt. Mangels wirksamer Abtretung der kaufgegenständlichen Geschäftsanteile tritt auch keine Heilungswirkung gem. § 15 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. Abs. 3 GmbHG ein.

Wir stellen direkt zu.

gez. Dr. Christopher Frantzen

Dr. Christopher Frantzen
Rechtsanwalt