

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

21. Jahrgang
November 2013
ISSN 1434-3460

22/2013

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 26 Abs. 3, 24 Abs. 6, 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7, 12 Abs. 4 S. 5 – Beschluss der Wohnungseigentümer gem. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG; Löschung einer Zwangssicherungshypothek durch Löschungsbewilligung des Verwalters; grundbuchmäßiger Nachweis des Ermächtigungsbeschlusses der Wohnungseigentümergeinschaft durch öffentliche Urkunde

HGB §§ 18, 19; GmbHG §§ 4, 5a – „gUG“ als zulässiger Rechtsformzusatz einer gemeinnützigen Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt); zulässige Firma mit „gGmbH“

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

ZPO §§ 1029, 1031, 1040 Abs. 3 S. 2, 1062 Abs. 1 Nr. 2; BGB § 311b Abs. 1 S. 1; GmbHG § 15 Abs. 4 S. 1; BeurkG § 17 Abs. 1 – Schiedsvereinbarung; unzulässige Klausel zur Selbstbestimmung der eigenen Zuständigkeit; grds. keine Beurkundungsbedürftigkeit der in Bezug genommenen Schiedsgerichtsordnung

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 26 Abs. 3, 24 Abs. 6, 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7, 12 Abs. 4 S. 5

Beschluss der Wohnungseigentümer gem. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG; Löschung einer Zwangssicherungshypothek durch Löschungsbewilligung des Verwalters; grundbuchmäßiger Nachweis des Ermächtigungsbeschlusses der Wohnungseigentümergeinschaft durch öffentliche Urkunde

I. Sachverhalt

Für eine Wohnungseigentümergeinschaft ist im Grundbuch eine Zwangssicherungshypothek eingetragen. Der Verwalter bewilligt notariell die Löschung der Zwangssicherungshypothek; eine löschungsfähige Quittung wird nicht erteilt. Seine Verwaltereigenschaft weist er durch ein Protokoll der Eigentümerversammlung nach, welches der (bisherige und neue) Verwalter als Versammlungsleiter, der Vorsitzende des Versammlungsbeirats und ein Eigentümer unterschrieben haben. Diese Unterschriften wurden notariell beglaubigt. In demselben Protokoll ist ein „Ermächtigungsbeschluss“ enthalten, wonach der Verwalter auch die Löschung der Zwangssicherungshypothek bewilligen kann.

Das Grundbuchamt verweigert die Löschung der Zwangssicherungshypothek, weil sämtliche Eigentümer den Ermächtigungsbeschluss unterschreiben müssten, und zwar in notarieller Form; § 26 Abs. 3 WEG sei nicht entsprechend anwendbar.

II. Frage

In welcher Form muss der Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft den Ermächtigungsbeschluss (§ 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG) gegenüber dem Grundbuchamt nachweisen, wenn er die Löschung einer Zwangssicherungshypothek der Wohnungseigentümergeinschaft bewilligt?

III. Zur Rechtslage

1. Löschungsbewilligung durch WEG-Verwalter

In der Praxis sind nicht selten **Wohnungseigentümergeinschaften als Berechtigte einer Zwangssicherungshypothek**, z. B. wegen rückständiger Hausgeldzahlungen, im Grundbuch eingetragen. Bis zum Grundlagenbeschluss des BGH vom 2.6.2005 (DNotZ 2005, 776) und der darauffolgenden Änderung des § 10 Abs. 6 WEG mussten zur grundbuchrechtlichen Bezeichnung der Eigentümergeinschaft stets alle Wohnungseigentümer als Gläubiger im Grundbuch eingetragen werden. Folglich konnten auch nur sämtliche Wohnungseigentümer die Löschung eines eingetragenen Rechts bewilligen (vgl. etwa LG Frankfurt a. M. RNotZ 2006, 63). Da die Wohnungseigentümergeinschaft als Personenverband nunmehr **teilrechtsfähig** ist, kann sie – soweit sie verwaltend tätig wird – selbst Forderungsinhaber und Trägerin eines dinglichen Rechts

sein (dazu Böhlinger, NotBZ 2008, 179). **Im Grundbuch als Gläubiger eingetragen** wird daher nur noch der Personenverband „Wohnungseigentümergeinschaft“ (§ 10 Abs. 6 S. 4 WEG). Soll in der Folge ein für die Wohnungseigentümergeinschaft eingetragenes dingliches Recht wieder aus dem Grundbuch gelöscht werden, stellt sich die Frage, **wer für** die Abgabe einer solchen **Löschungsbewilligung zuständig** ist.

Teilweise wird in der Literatur aus der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft abgeleitet, dass der Verwalter als Vertreter der Gemeinschaft zur Abgabe einer Löschungsbewilligung befugt ist (so etwa Böttcher, Rpfleger 2009, 181, 182). Insbesondere die **Rechtsprechung** sieht dies jedoch anders und **differenziert** danach, ob die durch das eingetragene Recht gesicherten **Ansprüche noch bestehen** oder aber **bereits nachweislich erloschen** sind (etwa OLG München MittBayNot 2012, 47 m. zust. Anm. Then = NJW-RR 2011, 590; LG Köln RNotZ 2011, 179). Der Katalog des § 27 Abs. 3 WEG bestimme abschließend, inwieweit der Verwalter mit Wirkung für und gegen die Wohnungseigentümergeinschaft handeln könne. Sei die Zahlung des gesicherten Betrages nicht nachgewiesen, scheidet die Zuordnung der Erteilung einer Löschungsbewilligung zu den Fallgruppen des § 27 Abs. 3 S. 1 Nrn. 1 bis 6 WEG aus. Zwar könne der Verwalter gem. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 i. V. m. § 27 Abs. 1 Nr. 4 und 5 WEG Lasten- und Kostenbeiträge anfordern, in Empfang nehmen und abführen, ferner alle Zahlungen und Leistungen bewirken und entgegennehmen, die mit der laufenden Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums zusammenhängen. Die Aufgabe von Sicherheiten zähle jedoch zumindest dann nicht mehr zur laufenden Verwaltung, wenn diese mangels Leistung noch benötigt würden (OLG München MittBayNot 2012, 47, 48).

Nach der letztgenannten Ansicht ist bei der Aufgabe von Sicherheiten durch die Wohnungseigentümergeinschaft regelmäßig auf den **Auffangtatbestand des § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG** zurückzugreifen. Danach benötigt der Verwalter für „sonstige Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen“ einen **Beschluss der Wohnungseigentümer**. Ein derartiger Beschluss ist häufig mit einem erheblichen Zeit- und Kostenaufwand verbunden, sodass es sich aus Sicht der Praxis evtl. bereits bei der Verwalterbestellung empfiehlt, einen entsprechenden „**Vorratsbeschluss**“ der Wohnungseigentümer über die Erteilung der Ermächtigung zu fassen. Zusammen mit dem Verwalternachweis und der Löschungsbewilligung des Verwalters in grundbuchmäßiger Form könnte dieser Beschluss sodann dem Grundbuchamt bei Bedarf vorgelegt werden.

Vorliegend wurde zur Löschung der Zwangssicherungshypothek ein Beschluss gem. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG gefasst. Fraglich ist jedoch, ob er den Nachweisanforderungen des § 29 GBO genügt – dies vor dem Hintergrund, dass **weder GBO noch WEG** für ermächtigende Beschlüsse gem. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG eine **Nachweiserleichterung entsprechend §§ 26 Abs. 3, 24 Abs. 6 WEG vorsehen**.

2. Exkurs: Grundbuchlicher Nachweis der Verwalterstellung

§ 26 WEG regelt, wie die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer den Verwalter bestellen und abberufen kann (vgl. vor allem Abs. 1). Komplementär zur Bestellungsvorschrift sieht § 26 Abs. 3 WEG eine **Nachweiser-**

leichterung gegenüber dem Grundbuchamt vor. Danach ist die Vorlage einer Niederschrift über den Bestellungsbeschluss, bei der die Unterschriften der in § 24 Abs. 6 WEG bezeichneten Personen öffentlich beglaubigt sind, als Nachweis ausreichend, soweit die Verwaltereigenschaft durch eine öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werden muss. Ergänzend hierzu ordnet § 24 Abs. 6 WEG generell an, dass über die in der Versammlung gefassten Beschlüsse eine Niederschrift aufzunehmen ist und diese von dem Vorsitzenden und einem Wohnungseigentümer und, falls ein Verwaltungsbeirat bestellt ist, auch von dessen Vorsitzenden oder seinem Vertreter zu unterschreiben ist. Neben § 26 Abs. 3 WEG verweist im Übrigen nur § 12 Abs. 4 S. 5 WEG auf die Grundnorm des § 24 Abs. 6 WEG, wobei § 12 Abs. 4 S. 5 WEG im Gegensatz zu § 26 Abs. 3 WEG erst durch die WEG-Novelle 2007 in das Gesetz eingefügt wurde.

Vorliegend stellt sich die **Frage, ob § 26 Abs. 3 WEG auf andere Konstellationen** – insbesondere auf Beschlüsse gem. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG – **entsprechend anzuwenden** ist. Sollte die analoge Anwendung des § 26 Abs. 3 WEG auf solche Beschlüsse ausscheiden, wäre über sie im Hinblick auf den grundbuchlichen Nachweis (§ 29 GBO) regelmäßig eine **Niederschrift gem. § 36 BeurkG** anzufertigen. Käme eine analoge Anwendung in Betracht, wäre dagegen das Protokoll ausreichend, das mit den beglaubigten Unterschriften des Versammlungsleiters, des Vorsitzenden des Verwaltungsbeirats und eines Wohnungseigentümers versehen ist.

Aus dem Gesetz und den Gesetzesmaterialien geht nicht (ausdrücklich) hervor, ob der Gesetzgeber die Norm des § 26 Abs. 3 WEG für analogiefähig erachtete (BT-Drucks. 7/62, S. 1). Der Gesetzgeber schuf die **Nachweiserleichterung** des § 26 Abs. 3 WEG, weil der Verwalter – anders als z. B. der Geschäftsführer einer GmbH – nicht einmal deklaratorisch in ein öffentliches Register eingetragen werden kann. **Um die Legitimation des Verwalters im Rechtsverkehr bzw. Grundbuchverkehr zu erleichtern**, wurden die Anforderungen an die Nachweisführung im Vergleich zu § 29 GBO deutlich herabgesetzt (s. im Überblick: Bärman/Merle, WEG, 12. Aufl. 2013, § 26 Rn. 293).

Für die Nachweiserleichterung analog § 26 Abs. 3 WEG kann man daneben folgenden Gedanken anführen: Der Gesetzgeber ließ die öffentliche Beglaubigung der in § 24 Abs. 6 WEG bezeichneten Personen (Vorsitzender, Vorsitzender des Verwaltungsbeirats oder sein Vertreter, Wohnungseigentümer) ausreichen, weil die **Unterschriften** allein dieser Personen im Grundbuchverfahren bzw. im Rechtsverkehr bereits **für eine ausreichende Richtigkeitsgewähr des Protokolls Sorge tragen**. Denn letztlich übernimmt jede Person, welche die Niederschrift eines Versammlungsprotokolls unterschreibt, die Gewähr für die Richtigkeit des Protokollinhalts. Sie trägt mit ihrer Unterschrift nicht nur Verantwortung für die inhaltlich korrekte Wiedergabe der Versammlung im Protokoll, sondern auch für die Vollständigkeit der Niederschrift (Bärman/Merle, § 24 Rn. 120 ff., insbesondere Rn. 123). Ob sich dieser Gedanke der ausreichenden Richtigkeitsgewähr über den Wortlaut des § 26 Abs. 3 WEG hinaus auf andere Nachweiskonstellationen übertragen lässt, musste der BGH noch nicht entscheiden. Insbesondere **steht eine höchstrichterliche Klärung der Frage, ob die analoge Anwendung** des § 26 Abs. 3 WEG bei einem „Ermächtigungsbeschluss“ nach § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG **möglich ist, weiterhin aus**.

3. Rspr. und Lit. zur analogen Anwendung des § 26 Abs. 3 WEG

In der Vergangenheit sind Rechtsprechung und Literatur häufig davon ausgegangen, dass § 26 Abs. 3 WEG nicht nur auf den Nachweis der Bestellung des Verwalters gem. § 26 Abs. 1 WEG, sondern analog auch auf vergleichbare Nachweiskonstellationen anwendbar ist.

a) Rechtsprechung

aa) Befürwortung der Analogie

Bereits mit Beschluss vom 29.12.1961 bejahte das **BayObLG** (BayObLGZ 1961, 392, 396) die Analogiefähigkeit des § 26 Abs. 3 WEG in einem Fall, in dem ein Wohnungseigentümer gem. § 12 WEG der **Zustimmung der Eigentümerversammlung zur Veräußerung seines Wohnungseigentums** bedurfte. Nach Ansicht des Gerichts kann diese Zustimmung dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO dadurch nachgewiesen werden, dass ihm eine Niederschrift über die Beschlussfassung in der Wohnungseigentümerversammlung vorgelegt wird, bei der die Unterschriften der in § 24 Abs. 6 WEG bezeichneten Personen öffentlich beglaubigt sind. Interessanterweise grenzt das BayObLG (BayObLGZ 1961, 392, 395 f.) in den Beschlussgründen den Fall, dass ein Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümergeinschaft ausreichend ist, von dem Fall ab, dass bestimmte oder alle Wohnungseigentümer individuell der Veräußerung zustimmen müssen:

„Bedarf die Veräußerung des Wohnungseigentums der Zustimmung bestimmter anderer Wohnungseigentümer, sei es aller oder einzelner, oder der Zustimmung (bestimmter oder bestimmbarer) Dritter (etwa eines jeweiligen Grundstücksnachbarn oder des Verwalters), so kann kein Zweifel sein, daß deren persönliche Zustimmung dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO vorgelegt werden muß [...]. Anders ist es jedoch, wenn, wie hier, die Zustimmung einer Mehrheit der Wohnungseigentümerversammlung erforderlich wird. [...] Nicht was der eine oder andere Wohnungseigentümer will und erklärt, hat Maß zu geben, sondern was die Gemeinschaft mit der erforderlichen Mehrheit ordnungsgemäß beschließt, gewinnt Rechtsbestand. [...] [Diese Zustimmung wird] dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO durch Vorlage der Niederschrift über die Beschlussfassung in der Wohnungseigentümerversammlung, bei der die Unterschriften der in § 24 Abs. 5 WEG [Anm. der Redaktion: jetzt § 24 Abs. 6 WEG] bezeichneten Personen öffentlich beglaubigt sind, nachgewiesen.“

In diesem Sinne vertrat auch das LG Bielefeld mit Beschl. v. 19.5.1981 (Rpflerger 1981, 355) für den Nachweis einer **Nutzungsänderung durch Mehrheitsbeschluss** die Ansicht, dass § 24 Abs. 6 WEG i. V. m. § 26 Abs. 3 WEG entsprechend anzuwenden ist. Jüngst ließ das OLG Hamm (FGPrax 2013, 196 = NotBZ 2013, 310) eine analoge Anwendung des § 26 Abs. 3 WEG für den Fall zu, dass nach der Teilungserklärung zur Veräußerung des Wohnungseigentums gem. § 12 Abs. 1 WEG auch die **Zustimmung des Beirats** erforderlich und dessen Bestellung im Grundbuchverfahren nachzuweisen ist.

bb) Ablehnung der Analogie

Gegen eine analoge Anwendung des § 26 Abs. 3 WEG sprach sich das **BayObLG** dagegen mit Beschluss vom 14.12.1978 (BayObLGZ 1978, 377) aus. Abweichend von der oben skizzierten Entscheidung beschäftigte sich das BayObLG diesmal nicht mit dem Nachweis eines (Mehrheits-)Beschlusses, sondern mit dem Nachweis, dass

Sondernutzungsrechte begründet und zur Eintragung im Grundbuch bewilligt worden waren. Nach dieser Entscheidung kann der **Nachweis der Eintragungsbewilligungen** aller Wohnungseigentümer (bzw. der Bevollmächtigung des Verwalters zur Abgabe derartiger Bewilligungen) dem Grundbuchamt gegenüber nicht durch eine Niederschrift über eine Versammlung der Wohnungseigentümer in der in § 26 Abs. 3 WEG bestimmten Form geführt werden (so auch Bärmann/Pick, WEG, 19. Aufl. 2010, § 26 Rn. 29). Ein solcher Nachweis sei selbst dann nicht möglich, wenn die Wohnungseigentümer das betreffende Sondernutzungsrecht nicht durch Vereinbarung, sondern durch einstimmigen Beschluss begründet haben sollten. Denn anders als im Beschluss vom 29.12.1961 stehe bei der Eintragung von Sondernutzungsrechten kein (Mehrheits-)Beschluss als „andere Voraussetzung der Eintragung“ i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO in Frage; vielmehr seien Bewilligungen aller Wohnungseigentümer als „sonstige zu der Eintragung erforderliche Erklärungen“ i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 1 GBO betroffen (BayObLGZ 1978, 377, 383).

cc) OLG Hamm: Analogie bzgl. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG

Konkret in Bezug auf § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG **bejahte das OLG Hamm** mit Beschluss vom 20.10.2009 (DNotZ 2010, 130) eine **analoge Anwendung des § 26 Abs. 3 WEG**. Im zugrunde liegenden Fall erwarb der Verband der Wohnungseigentümer zwei Teileigentumseinheiten (Stellplätze). Um die Vertretung des Verbands durch den Verwalter zu gewährleisten, ermächtigte die Eigentümer den Verwalter durch Beschlussfassung gem. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG zum Eigentumserwerb für die Gemeinschaft. Das OLG Hamm führte u. a. aus, dass eine dem Verwalter im Verwaltervertrag erteilte allgemeine Ermächtigung zum Abschluss von Rechtsgeschäften für die Wohnungseigentümergeinschaft nicht dahin verstanden werden könne, dass diese auch einen Immobilienerwerb für die Gemeinschaft erfasse. Dafür bedürfe es vielmehr einer speziellen Bevollmächtigung des Verwalters, die regelmäßig durch mehrheitliche Beschlussfassung der Eigentümerversammlung erfolge. Laut OLG Hamm sind dabei diese „*Beschlussfassung sowie die Verwalterbestellung [...] dem Grundbuchamt in der Form des § 26 Abs. 3 WEG nachzuweisen*“ (DNotZ 2010, 130, 133).

Keine konkreten Aussagen zur Analogiefähigkeit des § 26 Abs. 3 WEG lassen sich dagegen zwei jüngeren Entscheidungen des OLG München und des LG Frankfurt entnehmen. So hatte das **OLG München** (MittBayNot 2012, 47) lediglich darüber zu entscheiden, ob der Verwalter eines ermächtigenden Beschlusses der Wohnungseigentümer bedarf. Es nahm jedoch nicht dazu Stellung, in welcher Form dieser Beschluss dem Grundbuchamt gegenüber nachzuweisen ist. Das **LG Frankfurt a. M.** (RNotZ 2006, 63) musste sich nur mit dem Fall auseinandersetzen, dass nicht die Gemeinschaft, sondern die einzelnen Wohnungseigentümer als Berechtigte der Zwangssicherungshypothek im Grundbuch eingetragen sind. Es ging also nicht wie bei der Ermächtigung nach § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG um eine Löschungsbewilligung, die der Verband selbst als Hypothekengläubiger abgibt.

b) Literatur

Die Literatur geht **teilweise** allgemein von einer **analogen Anwendbarkeit** des § 26 Abs. 3 WEG auf vergleichbare Fälle aus (Weitnauer/Lüke, WEG, 9. Aufl. 2004, § 26 Rn. 46; Riecke/Schmid/Abramenko, Wohnungsei-

gentumsrecht, 3. Aufl. 2010, § 26 WEG Rn. 96; vgl. Demharter, ZWE 2012, 75, 76). Teilweise wird die Nachweiserleichterung des § 26 Abs. 3 WEG ausdrücklich auf § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG angewandt (Abramenko, IMR 2011, 151; Jennißen/Heinemann, WEG, 3. Aufl. 2012, § 27 Rn. 160). **Andere Stimmen** äußern sich dagegen **ablehnend** zu einer Ausweitung des § 26 Abs. 3 WEG, beschränken sich aber weitgehend darauf, die Entscheidung des BayObLG vom 14.12.1978 (BayObLGZ 1978, 377) schlagwortartig wiederzugeben (jurisPK-BGB/Geiben, 6. Aufl. 2012, § 26 WEG Rn. 70; vgl. RGRK-BGB/Augustin, 12. Aufl. 1996, § 27 WEG Rn. 26). § 26 Abs. 3 WEG soll sich jedenfalls nicht zum Nachweis der Berechtigung des Verwalters bei der Abgabe von Eintragungsbewilligungen (z. B. für Sondernutzungsrechte) im Namen sämtlicher Wohnungseigentümer heranziehen lassen (Soergel/Stürner, BGB, 12. Aufl. 1989, § 26 WEG Rn. 13; Sauren, WEG, 5. Aufl. 2008, § 26 Rn. 64).

Mit näherer Begründung verneint **Bub** eine entsprechende Anwendung des § 26 Abs. 3 WEG in vergleichbaren Fällen und geht von einem **Analogieverbot** aus (Staudinger/Bub, BGB, Neubearb. 2005, § 26 WEG Rn. 524). Er leitet das Verbot daraus ab, dass § 26 Abs. 3 WEG in Bezug auf § 29 GBO eine Ausnahmenvorschrift sei, dass eine planwidrige Regelungslücke fehle und im Zeitpunkt der Einführung des § 26 Abs. 3 WEG Nachweisschwierigkeiten in sonstigen Fällen bereits bekannt gewesen seien. Weil eine entsprechende Anwendung auf Eintragungsbewilligungen der Wohnungseigentümer oder die Bevollmächtigung des Verwalters ausscheide, müssten sämtliche Wohnungseigentümer diese öffentlich beglaubigen lassen.

4. Voraussetzungen der Analogiebildung

Soll § 26 Abs. 3 WEG vorliegend analog anwendbar sein, muss eine planwidrige Regelungslücke im Gesetz und eine vergleichbare Interessenlage im gesetzlich geregelten (§ 26 Abs. 3 WEG) und im Fall des § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG gegeben sein. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.

a) Planwidrige Regelungslücke

aa) Gesetzesgenese als Argument gegen Analogie

Gegen eine planwidrige Regelungslücke könnte *prima facie* neben dem Gesetzeswortlaut die Gesetzesgenese ins Feld geführt werden. Der Gesetzgeber ließ bei der **ursprünglichen Verabschiedung** des WEG im Jahre 1951 die Nachweiserleichterung (§ 26 Abs. 3 WEG) **ungeregelt**, obwohl er eine Regelung zur Abfassung des Versammlungsprotokolls schuf (§ 24 Abs. 6 S. 2 WEG). Erst durch das Änderungsgesetz vom 30.7.1973 (BGBl. I, S. 910) fasste der Gesetzgeber § 26 WEG neu und erließ dabei die heute in Abs. 3 niedergelegte Vorschrift. Laut der amtlichen Begründung zum damaligen Gesetzentwurf sollte dadurch die bis dahin bestehende Rechtsunsicherheit darüber beseitigt werden, „*welche Anforderungen an den Nachweis der Verwaltereigenschaft durch eine öffentlich beglaubigte Urkunde gestellt werden müssen*“; der Gesetzgeber griff konkret die „*vielfach anerkannte Rechtsprechung des Bayerischen Obersten Landesgerichts*“ auf, das bereits mit Beschluss vom 3.7.1964 die Unterschriftbeglaubigung der in § 24 Abs. 6 S. 2 WEG aufgeführten Personen als ausreichenden Grundbuchnachweis erachtet hatte (BT-Drucks. 7/62, S. 9; vgl. BayObLGZ 1964, 237). Trotz der Diskussion über eine analoge Anwendung des § 26 Abs. 3 WEG **unterstellte** der Gesetzgeber auch bei Verabschiedung der **WEG-Novelle 2007 nur einen weiteren Fall der Nachweiserleichterung**, nämlich

denjenigen der Aufhebung einer Veräußerungsbeschränkung durch Mehrheitsbeschluss (§ 12 Abs. 4 WEG).

bb) Kein zwingender Ausschluss der Analogie

Andererseits dürfte **aus der Gesetzesgenese kein genereller Ausschluss** der Analogiefähigkeit folgen. Dass der Gesetzgeber bei Verabschiedung des Gesetzes im Jahre 1951 keine Sonderregelung zur Nachweiserleichterung traf, könnte schlicht damit zusammenhängen, dass er das Problem übersehen hat. Durch das Änderungsgesetz von 1973 griff der Gesetzgeber zwar nur die Entscheidung des BayObLG zur Nachweiserleichterung bzgl. der Verwaltereigenschaft auf (BayObLGZ 1964, 237), lehnte eine entsprechende Handhabung bei Mehrheitsbeschlüssen der Eigentümerversammlung (mit denen das BayObLG bekanntlich bereits zuvor zu tun gehabt hatte, s. BayObLGZ 1961, 392) aber auch nicht ab.

Die 2007 in Kraft getretene Änderung des § 12 Abs. 4 S. 5 WEG dürfte einer darüber hinausgehenden Analogiebildung ebenfalls nicht entgegenstehen. Zum einen sprach die damalige Regierungsbegründung nur davon, dass es „*geboten*“ erscheine, „*klarzustellen, dass es einer Bewilligung der Löschung gemäß § 19 GBO nicht bedarf, wenn der Beschluss zur Aufhebung der Veräußerungsbeschränkung dem Grundbuchamt in der Form des § 26 Abs. 4 WEG (öffentliche Beglaubigung) [jetzt § 26 Abs. 3 WEG] nachgewiesen wird*“ (BR-Drucks. 397/05, S. 48 f.). Zum anderen ließe sich mit Blick auf § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG einwenden, dass diese Bestimmung erst nachträglich in die WEG-Novelle Eingang fand. Anders als § 12 Abs. 4 S. 5 WEG ist sie auf einen Vorschlag der Bundesregierung in der Gegenäußerung in BT-Drucks. 16/887 zurückzuführen, mit dem man auf die Stellung des Verwalters nach Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Gemeinschaft reagieren wollte (siehe im Einzelnen BT-Drucks. 16/3843, S. 26).

Somit ist es u. E. zumindest **nicht auszuschließen**, dass die fehlende Verweisung in § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG auf § 26 Abs. 3 WEG auf einem **gesetzgeberischen Versehen** beruht und der Gesetzgeber bei der Regelung der materiell-rechtlichen Repräsentationsfragen des Verbands die grundbuchlichen Nachweiserfordernisse ungewollt unregelt gelassen hat.

cc) Kein kategorisches Analogieverbot

Ein kategorisches Analogieverbot im Sinne *Bubs* dürfte allein aus der Gesetzesgenese jedenfalls nicht abzuleiten sein. Denn nach Ansicht der Methodenlehre ist die Annahme, dass Ausnahmenvorschriften eng auszulegen und einer analogen Anwendung nicht zugänglich sind, in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend (vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 355). Vielmehr ist zunächst in der Sache zu prüfen, ob die Analogiebildung im Einzelfall dem Gebot entspricht, Gleiches gleich bzw. Ungleiches ungleich zu behandeln (hierzu wiederum: Larenz, S. 392).

b) Interessenlage und Wertungsebene

Wertend betrachtet könnte man einer gesetzserweiternden Rechtsanwendung unter Berufung auf die Entscheidung des BayObLG aus dem Jahre 1978 ablehnend gegenüberstehen. Denn nach diesem Beschluss kann der Nachweis der Eintragungsbewilligungen der Wohnungseigentümer oder der Bevollmächtigung des Verwalters gegenüber dem Grundbuchamt nicht durch eine Niederschrift über eine Versammlung der Wohnungseigentümer in der in § 26 Abs. 3

WEG bestimmten Form geführt werden (BayObLGZ 1978, 377; s. bereits oben). Andererseits ließe sich aber auch die Entscheidung des OLG Hamm (DNotZ 2010, 130) heranziehen, wonach eine analoge Anwendung des § 26 Abs. 3 WEG bei Beschlüssen gem. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG gerechtfertigt ist.

aa) Beschluss des BayObLG v. 14.12.1978

Die Entscheidung des BayObLG aus dem Jahre 1978 dürfte sich u. E. letztlich nicht auf Ermächtigungsbeschlüsse gem. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG übertragen lassen. Im Gegensatz zum Fall des BayObLG, der aus der Zeit vor Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit des Verbands stammt, liegt der Regelung des § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG nicht das Konzept der Bevollmächtigung des Verwalters durch individuelle Willenserklärungen aller Wohnungseigentümer zugrunde, sondern das **Modell einer Ermächtigung durch Beschluss** – ggf. durch Mehrheitsentscheidung.

Zudem hatte die Entscheidung des BayObLG eine Vereinbarung zum Gegenstand, mit der Sondernutzungsrechte begründet wurden, also eine Vereinbarung über eine Änderung der in der Teilungserklärung niedergelegten Gemeinschaftsordnung. In der Sache war damit eine **Vereinbarung betroffen, die sich auf die Grundordnung der Gemeinschaft bezog** und bei der grundbuchverfahrensrechtlich eine individuelle Bewilligung aller Wohnungseigentümer erforderlich war (§§ 19, 29 Abs. 1 S. 1 GBO). Hiervon **abzugrenzen** sind **Beschlüsse gem. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG**, die durch Bildung eines Gemeinschaftswillens in der Versammlung der Wohnungseigentümer **aufgrund Mehrheitsentscheidungs** getroffen werden können. Bei derartigen Mehrheitsbeschlüssen, die grundbuchverfahrensrechtlich unter § 29 Abs. 1 S. 2 GBO fallen, ist anders als bei der Begründung von Sondernutzungsrechten eine § 26 Abs. 3 WEG vergleichbare Interessenlage gegeben.

bb) Erst-recht-Schluss bzgl. Nachweis der Vertretungsmacht

Für eine analoge Anwendung des § 26 Abs. 3 WEG im Sinne der Entscheidung des OLG Hamm (DNotZ 2010, 130) spricht darüber hinaus evtl. ein Erst-recht-Schluss. Kann nämlich die Bestellung des Verwalters dem Grundbuchamt gegenüber in erleichterter Form nachgewiesen werden, dürfte dies erst recht im Hinblick auf seine Vertretungsmacht bzw. Rechtsmacht gelten. Auch im Falle des § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG, in dem nachzuweisen ist, dass der Verwalter durch die Wohnungseigentümergeinschaft wirksam ermächtigt wurde, ist **im weiteren Sinne die Vertretungsmacht des Verwalters**, und zwar in seiner Funktion als organschaftlicher Vertreter des Verbands, **betroffen**. Sie könnte bei Existenz eines öffentlichen Registers in gleicher Weise dort eingetragen werden wie die Bestellung selbst.

Der **Normzweck des § 26 Abs. 3 WEG** dürfte daher auch bei § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG einschlägig sein.

cc) Richtigkeitsgewähr als Wertungsaspekt

Weiterhin stellt sich die Frage, ob sich **durch die öffentliche Beglaubigung der Unterschriften aller Wohnungseigentümer**, die in der Versammlung anwesend waren, eine **verstärkte Richtigkeitsgewähr** des nachgewiesenen Beschlusses erreichen lässt. Insofern erscheint ein entsprechendes Verlangen des Grundbuchamts **zweifelhaft**. Wie bereits ausgeführt sind der Vorsitzende der Versammlung, der den Entwurf des Protokolls zu verantworten hat, sowie der unterzeichnete Wohnungseigentümer, dessen Unter-

schrift ebenfalls gem. § 26 Abs. 3 WEG öffentlich zu beglaubigen ist, auch ohne Beteiligung der übrigen Wohnungseigentümer dazu verpflichtet, die Richtigkeit des Protokolls zu prüfen und zu bezeugen. Dagegen könnte die Unterschriftsbeglaubigung der übrigen Wohnungseigentümer lediglich in grundbuchtauglicher Form nachweisen, dass diese Eigentümer unterschrieben haben. Ein besonderer Beweiswert hinsichtlich des genauen Hergangs der Versammlung wäre damit aber nicht verbunden.

Wollte man eine zusätzliche Richtigkeitsgewähr bzw. einen qualifizierten Beweiswert erreichen, müsste der Notar während der Wohnungseigentümersammlung ein **Tatsachenprotokoll gem. §§ 36 f. BeurkG** erstellen, vergleichbar der Niederschrift einer Hauptversammlung gem. § 130 AktG. Die differenzierte Regelung des § 130 AktG zeigt jedoch, dass bei Verbandsbeschlüssen mit nicht allzu großer Bedeutung **keine überspannten Anforderungen an die Nachweisführung** im Register- und Rechtsverkehr zu stellen sind.

Schließlich spricht auch der **Beschluss des BayObLG vom 29.12.1961** (BayObLGZ 1961, 392) für eine Analogiebildung im Hinblick auf § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG. Kann im Referenzfall, dass Wohnungseigentum veräußert werden soll (§ 12 WEG), der Beschluss der Wohnungseigentümersammlung in erleichterter Form nachgewiesen werden, muss dies erst recht in der vergleichbaren Konstellation gelten, dass lediglich die Löschung einer Zwangssicherungshypothek infrage steht.

5. Fazit

Wenngleich eine höchstrichterliche Klärung noch aussteht, sprechen u. E. die besseren Gründe für den vom OLG Hamm (DNotZ 2010, 130) vertretenen Ansatz. Eine **analoge Anwendung des § 26 Abs. 3 WEG im Falle des § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG** dürfte somit zu **bejahen** sein. Das Argument der vergleichbaren Interessenlage und das Gleichbehandlungsgebot wiegen schwerer als die Gegenargumente „Analogieverbot“ und „Gesetzesgenese“. Hinzu kommt, dass Rechtsprechung und Literatur eine analoge Anwendung des § 26 Abs. 3 WEG auf den Fall des § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG vielfach nahelegen. Die Gegenansicht stützt sich ganz überwiegend auf eine Entscheidung des BayObLG aus dem Jahre 1978 (BayObLGZ 1978, 377), die jedoch – anders als § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG – den Nachweis von Vereinbarungen zur Grundordnung der Gemeinschaft betrifft.

HGB §§ 18, 19; GmbHG §§ 4, 5a

„gUG“ als zulässiger Rechtsformzusatz einer gemeinnützigen Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt); zulässige Firma mit „gGmbH“

I. Sachverhalt

Ein eingetragener Verein möchte als alleiniger Gesellschafter eine Unternehmergesellschaft gründen, die i. S. d. §§ 51 ff. AO steuerprivilegiert sein soll. Die UG soll folgende Firma führen: „D. J. gUG (haftungsbeschränkt)“.

II. Frage

Bestehen gegen die gewünschte Firma hinsichtlich des Firmenteils „gUG“ rechtliche Bedenken?

III. Zur Rechtslage

1. Zulässigkeit des Rechtsformzusatzes „gGmbH“ (§ 4 S. 2 GmbHG n. F.)

Ob eine gemeinnützige GmbH ihre Firma mit dem Bestandteil „gGmbH“ bilden darf, war lange Zeit sehr umstritten (vgl. nur MünchKommHGB/Heidinger, 3. Aufl. 2010, § 18 Rn. 189; Miras, Die neue Unternehmungsgesellschaft, 2. Aufl. 2011, Rn. 209; Clausnitzer, DNotZ 2010, 345, 354; Ullrich, NZG 2007, 656). Die h. L. hielt den gem. § 4 GmbHG obligatorischen Rechtsformzusatz für die GmbH auch mit einem ergänzten „g“ noch für allgemein verständlich. Eine Irreführung bzgl. der Rechtsform sei nicht zu besorgen. Strenger sah es allerdings das OLG München (DNotZ 2007, 148; zustimmend Paulick, DNotZ 2008, 167; a. A. Ullrich, NZG 2007, 656; GroßkommGmbHG/Heinrich, 2. Aufl. 2013, § 4 Rn. 37; Ammon/Ries, in: Röhrich/Graf v. Westphalen, HGB, 3. Aufl. 2008, § 18 Rn. 64; MünchKommHGB/Heidinger, § 18 Rn. 189; Miras, Rn. 209).

Schon 2007 hatte der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum MoMiG-RegE die Bundesregierung um Prüfung gebeten, ob in § 4 GmbHG die Abkürzung „gGmbH“ aufgenommen werden könne (Stellungnahme v. 6.7.2007, BT-Drucks. 16/6140, S. 62). Dieses Ansinnen wurde von der Bundesregierung damals jedoch mit der Begründung abgelehnt, dass der Zusatz „gemeinnützig“ als GmbH-Firmenbestandteil ohnehin zulässig sei, die Variante „gGmbH“ aber unzulässig, da diese Abkürzung im Geschäftsleben fälschlicherweise als Sonderform der GmbH gedeutet werden und daher zu unnötigen Verwirrungen führen könne (Gegenäußerung der Bundesregierung v. 25.7.2007, BT-Drucks. 16/6140, S. 74).

Inzwischen hat der Gesetzgeber seine Meinung geändert. Mit dem Ehrenamtsstärkungsgesetz vom 21.3.2013 (BGBl. I, S. 656) wurde dem § 4 GmbHG ein neuer Satz 2 hinzugefügt, wonach die **Abkürzung „gGmbH“ für eine gemeinnützige GmbH zulässig** ist. Hierzu führt die Regierungsbegründung (BT-Drucks. 17/11316, S. 17) aus:

„Durch die Ergänzung des § 4 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) soll Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die steuerbegünstigte Zwecke nach den §§ 51 bis 68 der Abgabenordnung verfolgen, weiterhin ermöglicht werden, ihre Firma mit der Abkürzung „gGmbH“ zu bilden, die bereits von zahlreichen bestehenden Gesellschaften verwendet wird. Die Abkürzung „gGmbH“ ist kein besonderer Rechtsformzusatz, der auf eine besondere Form der GmbH hinweist. Der Buchstabe „g“ vor der abgekürzten Bezeichnung der Rechtsform soll anzeigen, dass die Gesellschaft steuerbegünstigte Zwecke verfolgt, die auch als gemeinnützige Zwecke im weiteren Sinne bezeichnet werden.“

2. Zulässigkeit des Rechtsformzusatzes „gUG“?

Zur Zulässigkeit des Rechtsformzusatzes „gUG“ enthält die Gesetzesbegründung zum neuen § 4 S. 2 GmbHG hingegen keine Ausführungen. Bei § 5a Abs. 1 GmbHG – der Regelung zur Firma der Unternehmungsgesellschaft – hat der Gesetzgeber keine Ergänzung erwogen. Daher lässt sich u. E. aus § 4 S. 2 GmbHG n. F. nicht ohne Weiteres schließen, dass auch der Rechtsformzusatz „gUG“ zulässig ist. Vor Einführung des § 4 S. 2 GmbHG lehnten selbst Befürworter des Rechtsformzusatzes „gGmbH“ – soweit sie das Problem überhaupt erörterten – die Zulässigkeit des Rechtsformzusatzes „gUG“ ab (s. insb. Miras, Rn. 209; Michalski/Miras, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 5a Rn. 53). Zwar wird die gemeinnützige UG (haftungsbeschränkt) in Aufsätzen häu-

fig mit dem Kürzel „gUG“ bezeichnet (s. nur Oberbeck/Winheller, DStR 2009, 516; Bayer/Hoffmann, GmbHR 2009, R102); die firmenrechtliche Zulässigkeit dieser Abkürzung bleibt dabei jedoch unbehandelt.

Zwar wird teilweise die Zulässigkeit der „gUG“ befürwortet (Wachter, GmbHR 2013, R145, R146). Allerdings überwiegen in der Literatur die Bedenken gegen eine Firmierung mit dem Bestandteil „gUG“. § 4 GmbHG lasse zwar für die reguläre GmbH eine „**allgemein verständliche Abkürzung**“ des Begriffs „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ zu und bleibe damit für verschiedene, nicht näher genannte Abkürzungsvarianten offen (Miras, Rn. 212; Michalski/Miras, § 5a Rn. 53). § 5a Abs. 1 GmbHG gebe **aber nur eine einzige zulässige Abkürzung vor, nämlich „UG (haftungsbeschränkt)“**. Diese Striktheit des Wortlauts im Hinblick auf Abkürzungen verbiete jegliche Variation, also auch den Zusatz weiterer Buchstaben. In der **Regierungsbegründung zu § 5a Abs. 1 GmbHG** (BT-Drucks. 16/6140, S. 31) wird ebenfalls betont, dass die beiden im Gesetz vorgegebenen Rechtsformzusatzvarianten zwingend sind. Das Beharren auf dem Gesetzeswortlaut ergibt hier auch Sinn, da die Unternehmungsgesellschaft als neue Variante der GmbH derzeit noch nicht etabliert ist und der Geschäftsverkehr sich zunächst an die Abkürzung „UG (haftungsbeschränkt)“ wird gewöhnen müssen. Würde daneben „gUG (haftungsbeschränkt)“ zugelassen, wäre eine erheblich größere Verwirrung als bei dem Kürzel „gGmbH“ zu befürchten.

Der Firmenbestandteil „gUG (haftungsbeschränkt)“ wird aus den vorgenannten Gründen daher als firmenrechtlich unzulässig und nicht eintragungsfähig erachtet (Miras, Rn. 212; Michalski/Miras, § 5a Rn. 53). An diesem Argumentationsstrang hat sich u. E. durch die Ergänzung von § 4 GmbHG durch S. 2 nichts geändert.

3. Ergebnis

Der **Rechtsformzusatz „gGmbH“** ist nach der ausdrücklichen Regelung in § 4 S. 2 GmbHG zweifelsfrei **zulässig**. Auf die Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt) lässt sich diese Regelung nicht ohne Weiteres übertragen. Mangels klarer gesetzlicher Regelung ist daher derzeit noch **nicht abschließend geklärt**, ob es sich bei „**gUG (haftungsbeschränkt)**“ um eine zulässige Abkürzung handelt. Die in der Literatur geäußerten Bedenken gegen die Verwendung dieses Rechtsformzusatzes sind allerdings durchaus beachtlich.

Gutachten im Abrufdienst

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.

WEG § 10; BGB § 1090

Wohnungseigentümergeinschaft als Berechtigte einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit

Abruf-Nr.:

ErbbauRG § 1 Abs. 4

Verpflichtung des Grundstückseigentümers zur Aufhebung eines Erbbaurechts; Zulässigkeit vormerkungsgesicherter Ansprüche zur (Rück-)Übertragung eines Erbbaurechts

Abruf-Nr.:

EGBGB Art. 26

Großbritannien: Beurkundung eines Erbvertrags mit einem britischen Ehemann; Auswirkungen der Europäischen Erbrechtsverordnung; Umzug nach England

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

ZPO §§ 1029, 1031, 1040 Abs. 3 S. 2, 1062 Abs. 1 Nr. 2; BGB § 311b Abs. 1 S. 1; GmbHG § 15 Abs. 4 S. 1; BeurkG § 17 Abs. 1

Schiedsvereinbarung; unzulässige Klausel zur Selbstbestimmung der eigenen Zuständigkeit; grds. keine Beurkundungsbedürftigkeit der in Bezug genommenen Schiedsgerichtsordnung

1. Zur Gültigkeit einer Schiedsklausel im Übrigen, die über die Zuweisung von Streitigkeiten an ein (DIS-) Schiedsgericht hinaus eine unzulässige Kompetenz-Kompetenz-Zuweisung enthält.

2. Auch wenn die Schiedsvereinbarung als Teil eines einheitlichen, formbedürftigen Vertragswerks mitzubeurkunden ist, bedarf die maßgebliche Schiedsgerichtsordnung (hier: die der DIS) regelmäßig nicht der Mitbeurkundung.

OLG München, Beschl. v. 10.9.2013 – 34 SchH 10/13
Abruf-Nr.: **11104R**

Problem

Eine Schweizer AG (S. A.) und drei Gesellschaften mbH schlossen mit einem Unternehmen der Sportartikelindustrie und deren 100%iger Tochter, die zugleich Eigentümerin mehrerer Immobilien auf einem ehemaligen Kasernengelände war, mit notarieller Urkunde vom 22.12.2010 einen **Rahmenvertrag über den Verkauf und die Übertragung von Grundstücken und Gesellschaftsanteilen**. In den Anlagen zu diesem Rahmenvertrag waren u. a. entsprechende Einzelverträge enthalten. Der Rahmenvertrag enthielt unter Nummer 16 ferner folgende Regelung:

16. Schiedsgericht

16.1 Jede Streitigkeit, die aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag oder seinen Anlagen entsteht, einschließlich jeder Streitigkeit über die Wirksamkeit oder das Bestehen dieses Vertrags, mit Ausnahme derjenigen Streitigkeiten, die von Gesetzes wegen einem Schiedsgericht nicht zur Entscheidung zugewiesen werden können, wird entsprechend der Schiedsgerichtsordnung des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. (DIS) endgültig entschieden, ohne dass die Möglichkeit der Anrufung der ordentlichen Gerichtsbarkeit besteht. Das Schiedsgericht kann auch über die Gültigkeit dieser Schiedsvereinbarung bindend entscheiden.

16.2 Sitz des Schiedsgerichts ist Nürnberg. ...

Im Rahmen eines am 14.3.2012 eingeleiteten Schiedsverfahrens wurde die Zuständigkeit des Schiedsgerichts gerügt. Mit Zwischenentscheid vom 5.3.2013 stellte das Schiedsgericht seine Zuständigkeit fest. Gegen diesen Zwischenentscheid wurde Antrag beim OLG München auf Feststellung der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts gestellt. Dabei wird die **inhaltliche Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung in § 16.1** des Rahmenvertrages und deren **Formunwirksamkeit** gem. § 125 S. 1 BGB gerügt. Letzteres wird darauf gestützt, dass das Formgebot von § 311b Abs. 1 S. 1 BGB, § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG, insbesondere der **Vollständigkeitsgrundsatz**, verletzt sei, da die Schiedsgerichtsordnung (im Folgenden DIS-SGO) nicht beurkundet wurde.

Entscheidung

1. Nach Ansicht des OLG München ist die **Schiedsvereinbarung in Ziff. 16.1 nicht wegen ihres Inhaltes unwirksam**. Allerdings sei die Bestimmung in Ziff. 16.1 S. 2 des Rahmenvertrages unwirksam, da dem Schiedsgericht darin die Befugnis eingeräumt werde, letztinstanzlich über die Gültigkeit der Schiedsklausel zu entscheiden. Nach dem Wortlaut der Regelung soll die Entscheidung des Schiedsgerichts über § 1040 Abs. 1 S. 1 BGB hinausgehend bindend sein. Demgemäß könnte die Entscheidung des Schiedsgerichts über seine eigene Zuständigkeit sachlich nicht überprüft werden. Zwar sei die Entscheidung des Schiedsgerichts über die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung auch nach § 1040 ZPO bindend, sofern kein Antrag nach § 1040 Abs. 3 S. 2 ZPO gestellt werde. Die Regelung in Ziff. 16.1 S. 2 gehe aber darüber hinaus, indem sie den Vertragsparteien die Möglichkeit nehmen möchte, gegen die (Zuständigkeits-)Entscheidung des Schiedsgerichts eine **Entscheidung des staatlichen Gerichts** herbeizuführen (§ 1040 Abs. 3 S. 2 ZPO). Dieser Rechtsbehelf sei indes **nicht abdingbar**. Ungeachtet dessen sei die Regelung in Ziff. 16.1 S. 1 des Rahmenvertrages – jedenfalls nach ihrem Inhalt – für sich genommen wirksam.

2. Die angegriffene Klausel sei auch **nicht wegen Formmangels nach § 125 S. 1 BGB nichtig**. Denn die **Mitbeurkundung der DIS-SGO** war nach Ansicht des OLG München für den formwirksamen Abschluss der Schiedsvereinbarung **nicht erforderlich**. Ein dahin gehender Formzwang ergebe sich weder aus § 311b Abs. 1 S. 1 BGB noch aus § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG oder aus § 17 Abs. 1 BeurkG.

Grundsätzlich sei auch die **Schiedsvereinbarung selbst nicht beurkundungsbedürftig**. Die Form der Schiedsvereinbarung sei vielmehr in **§ 1031 ZPO** abschließend geregelt. Hätten die Parteien also in einer separaten Urkunde eine Schiedsvereinbarung geschlossen, wäre diese - vorbehaltlich einer „erschwerenden“ Formmodifikation durch die Parteien – nur an § 1031 ZPO zu messen gewesen. **Anders** liege der Fall jedoch, wenn die **Schiedsvereinbarung Teil eines einheitlichen, nach § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG oder § 311b Abs. 1 S. 1 BGB formbedürftigen Vertragswerks** sei. Sämtliche Vereinbarungen, aus denen sich der schuldrechtliche Vertrag nach dem Willen der Beteiligten zusammensetzt, unterliegen dann dem Formzwang (**Vollständigkeitsgrundsatz**). Die Vereinbarung ist nur dann vollständig beurkundet, wenn sie alles verlautbart, was die Parteien als regelungsbedürftig angesehen haben. Formbedürftig seien in jedem Fall die **rechtlich wesentlichen Vertragsbestandteile (essentialia negotii)**. Teilweise soll

sich der Formzwang auch auf Bestimmungen erstrecken, von deren Wirksamkeit die Beteiligten den Bestand des Vertrages nicht abhängig gemacht haben (Verweis auf Staudinger/Schumacher, BGB, Neubearb. 2011, § 311b Rn. 156 m. w. N.).

Es stehe den Parteien indes frei, die **Bestimmung von Leistung und Gegenleistung** und sogar die Bezeichnung etwa des Erwerbers eines Grundstücks **einem Beteiligten oder einem Dritten zu überlassen**, unabhängig davon, ob das Bestimmungsrecht wesentliche oder nicht wesentliche Abreden betrifft. Das **Bestimmungsrecht selbst müsse zwar in der Urkunde zum Ausdruck kommen**. Allerdings sei auch eine konkludente Einräumung möglich. Wenn sogar hinsichtlich der *essentialia negotii* das Bestimmungsrecht eines Dritten begründet werden könne, spreche nichts dagegen, im Rahmen einer mitbeurkundeten Schiedsvereinbarung einem Dritten die Bestimmung des Verfahrens zu überlassen. **Nichts anderes** bedeute aber die **Vereinbarung, dass sich das Verfahren nach der DIS-SGO richte**. Dadurch werde dieser Institution die Bestimmung des Verfahrens übertragen. Eine Pflicht zur Beurkundung der Verfahrensordnung könnte sich allenfalls dann ergeben, wenn es den Parteien **auf ganz bestimmte Verfahrensregeln angekommen** wäre und weder Schiedsvereinbarung noch Hauptvertrag ohne diese Regelungen geschlossen worden wären. Denn das **Beurkundungserfordernis nach § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG bzw. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB erstrecke sich auf alle Vereinbarungen, aus denen sich das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft nach dem Willen der Parteien zusammensetzt**. Nebenabreden müssen demgemäß ebenfalls beurkundet werden, wenn sie mit dem Hauptgeschäft eine rechtliche Einheit bilden, also nach dem Willen der Vertragsschließenden mit diesem „stehen und fallen“ (Verweis auf BGH NJW-RR 1989, 198).

Unter Zugrundelegung der vorstehend dargestellten Grundsätze bestehe **kein Erfordernis der Beurkundung der DIS-SGO**. Nach dem Parteiwillen seien Schiedsvereinbarung und materiell-rechtlicher Vertrag getrennt zu beurteilen. Den Beteiligten kam es (nur) darauf an, dass das betreffende institutionelle Schiedsgericht tätig wird und dass dieses dann seine jeweils gültige Verfahrensordnung anwendet. Folglich waren nur die Bestimmung der Zuständigkeit dieses Schiedsgerichts und die Anwendung der zum Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung für das Schiedsgericht geltenden Verfahrensordnung vom Beurkundungserfordernis erfasst. Es fehlen Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien hiervon abweichend etwa gerade die zum Zeitpunkt der Beurkundung geltende DIS-SGO angewandt wissen wollten. Der Inhalt des Schiedsverfahrensordnung sei somit dem Schiedsgericht als Drittem zur näheren Bestimmung (ähnlich § 317 BGB) anvertraut worden (Verweis auf Gutachten DNotI-Report 2008, 188).

Etwas anderes folge auch nicht aus der **notariellen Belehrungspflicht nach § 17 Abs. 1 BeurkG**. Aus dieser verfahrensrechtlichen Bestimmung könne sich eine Beurkundungspflicht ohnehin allenfalls mittelbar ergeben, da der Notar nur über das belehren könne, was ihm bekannt ist. Immer dann, wenn Regelungen der Bestimmung Dritter überlassen sind, könne der Notar lediglich über die damit verbundenen Gefahren belehren. Gerade bei der Wahl einer Schiedsordnung einer anerkannten Schiedsorganisation werde sich der Umfang der diesbezüglichen Belehrungspflicht aber in Grenzen halten, zumal eine Belehrungspflicht nur insoweit bestehe, als eine Belehrung erforderlich sei, um den Willen der Beteiligten rechtswirksam, wahreitsgemäß und vollständig niederzulegen.

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
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg