

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

23. Jahrgang
November 2015
ISSN 1434-3460

22/2015

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 3, 8 – Aufteilung eines Grundstücks in Sondereigentum bei zwei Grundstücksmiteigentümern; Zuweisung von 10 Wohnungseigentumseinheiten zu einem Miteigentümer und einer Wohnungseigentumseinheit zu dem anderen Miteigentümer; Abgrenzung zwischen § 3 WEG und § 8 WEG

UmwG §§ 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 Hs. 2, 51 Abs. 1 S. 3, 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 – Verschmelzung einer Tochter-GmbH auf ihre Mutter-GmbH; Upstream-Merger; nicht voll eingezahlte Geschäftsanteile bei der Tochter-GmbH; Erlöschen der Einlageforderung; Zulässigkeit der Verschmelzung; Volleinzahlung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BeurkG § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 – Unzulässigkeit von Grundschuldbestellungen aufgrund von Mitarbeitervollmachten
GmbHG § 5a; AktG § 26 Abs. 2 – Gründungsaufwand bei Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt)

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 3, 8

Aufteilung eines Grundstücks in Sondereigentum bei zwei Grundstücksmiteigentümern; Zuweisung von 10 Wohnungseigentumseinheiten zu einem Miteigentümer und einer Wohnungseigentumseinheit zu dem anderen Miteigentümer; Abgrenzung zwischen § 3 WEG und § 8 WEG

I. Sachverhalt

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) und ein eingetragener Verein (e. V.) sind je zur Hälfte Eigentümer eines Grundstücks, welches in Wohnungseigentum aufgeteilt werden soll. Im Ergebnis soll der Verein eine Sondereigentumseinheit zu Alleineigentum erhalten (Einheit Nr. 1) und die GbR zehn Sondereigentumseinheiten (Einheiten Nr. 2-11). Die Fläche der Einheit Nr. 1 ist in etwa so groß wie die Fläche der Einheiten Nr. 2-11 zusammen. Der halbe Miteigentumsanteil der GbR soll dabei in 10 gleich große Miteigentumsanteile von je 1/20 aufgespalten und mit dem Sondereigentum an jeweils einer Einheit verbunden werden.

Ein Vertrag, bei dem die beiden Miteigentümer alle gebildeten Einheiten zum Miteigentum zu je 1/2 erwerben und dann diese Anteile tauschen, soll nicht beurkundet werden.

II. Fragen

1. Kann eine Teilung nach § 3 WEG unmittelbar in der Weise erfolgen, dass ein Miteigentümer zu 1/2 am Grundstück eine Sondereigentumseinheit und der andere Miteigentümer zu 1/2 am Grundstück 10 Sondereigentumseinheiten je zu Alleineigentum erhält, bei denen die Summe der 10 Miteigentumsanteile wiederum 1/2 ergibt?

2. Kann im Zuge der Aufteilung nach § 3 WEG derjenige Eigentümer, der die 10 Einheiten erhalten soll, seinen Miteigentumsanteil zu 1/2 am Grundstück in 10 Miteigentumsanteile spalten und im Anschluss mit jedem dieser abgespaltenen Miteigentumsanteile je eine Sondereigentumseinheit verknüpfen?

3. Ist eine Kombination aus Teilung nach § 3 WEG und § 8 WEG eine Möglichkeit, um das Ziel zu erreichen? Wenn ja, sind die beiden Teilungen zeitlich hintereinander zu schalten? Wären zwei Gemeinschaftsordnungen nötig?

III. Zur Rechtslage

1. Voraussetzungen der Einräumung von Sondereigentum

a) Teilung nach § 8 WEG

Nach § 8 Abs. 1 WEG kann der Eigentümer eines Grundstücks durch **Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt** das Eigentum in Wohnungseigentum teilen. Steht ein Grundstück vor der Begründung von Wohnungseigentum bereits im Bruchteilseigentum mehrerer Personen, so besteht ein **Wahlrecht**, ob die Eigentümer nach § 3 oder § 8 WEG vorgehen (Bärmann/Armbrüster, WEG, 13. Aufl. 2015, § 8 Rn. 5; Beck'sches Notarhandbuch/Rapp, 6. Aufl. 2015, A. III. Rn. 27). Eine Teilung nach § 8 WEG setzt nämlich nicht voraus, dass sich das Grundstück im Alleineigentum befindet. Vielmehr führt die Teilung dazu, dass sich das bislang für das Grundstücksverhältnis maßgebliche **Rechtsverhältnis an den geschaffenen Wohnungs- und Teileigentumseinheiten fortsetzt** (BayObLG NJW 1969, 883; KG NJW 1995, 62, 64; BeckOGK-BGB/Schultzky, Std.: 15.4.2015, § 8 Rn. 7; BeckOK-WEG/Munzig, Std.: 1.10.2015, § 2 Rn. 15; Staudinger/Rapp, BGB, Neubearb. 2005, § 8 WEG Rn. 9). Würden die Miteigentümer im vorliegenden Fall (GbR und e. V.) eine Teilung nach § 8 WEG vornehmen, würden sie das Sondereigentum an allen Wohnungseigentumseinheiten jeweils in Bruchteilseigentum zu gleichen Anteilen erwerben.

b) Teilung nach § 3 WEG

Gem. § 3 Abs. 1 WEG kann das Miteigentum an einem Grundstück durch **Vertrag der Miteigentümer** in der Weise beschränkt werden, dass jedem abweichend von § 93 BGB das Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung oder an bestimmten nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen in einem auf dem Grundstück errichteten oder zu errichtenden Gebäude eingeräumt wird.

Die Teilung nach § 3 Abs. 1 WEG, die der Form des § 4 WEG und damit grundsätzlich einer notariellen Beurkundung bedarf (§ 4 Abs. 2 S. 1 WEG i. V. m. § 925 Abs. 1 BGB), unterscheidet sich von der Teilung nach § 8 WEG dadurch, dass den Miteigentümern jeweils das **Sondereigentum an bestimmten Räumen** eingeräumt wird.

Der vorliegende Fall weicht von dem typischen Fall der Teilung nach § 3 WEG insoweit ab, als das Sondereigentum nicht mit einer gleich bleibenden Anzahl von Miteigentumsanteilen verbunden wird, sondern sich die **Anzahl** der Anteile **erhöht**. Ob auch dieser Fall unter die Kategorie der Teilung nach § 3 WEG gefasst werden kann, ist umstritten. Nach teilweise vertretener Ansicht soll § 3 WEG auch insoweit Anwendung finden (LG Bochum NJW-RR 1999, 887; BeckOK-WEG/Munzig, § 2 Rn. 18; wohl auch LG Düsseldorf MittRhNotK 1987, 163). Nach anderer Auffassung ist § 3 WEG nicht einschlägig (Bärmann/Armbrüster, § 2 Rn. 12; Staudinger/Rapp, § 2 Rn. 4; Weitnauer/Briesemeister, WEG, 9. Aufl. 2004, § 2 Rn. 3).

Der **BGH** hat für die umgekehrte Konstellation, dass die Anzahl der Miteigentumsanteile **verringert** wird und mit weniger Wohnungseigentumsrechten als derzeit vorhandenen Miteigentumsanteilen verbunden wird, entschieden, dass die Anteile zugleich mit der Teilung **zusammengelegt** werden können (BGH NJW 1983, 1672, 1673 f. = DNotZ 1983, 487). Weder Wortlaut noch Sinn und Zweck von § 3 WEG würden es ausschließen, dass die Miteigentümer sowohl die Zahl der Miteigentumsanteile verkleinern als

auch diesen Anteilen jeweils das Sondereigentum an einer Wohnung zuordnen könnten (BGH, a. a. O.). Hat daher z. B. ein Miteigentümer einen Miteigentumsanteil von 1/2 und haben zwei Miteigentümer weitere Miteigentumsanteile von jeweils 1/4, können letztere gemeinschaftlich zum Miteigentum zu je 1/2 eine Wohnungseigentumseinheit verbunden mit einem Miteigentumsanteil von 1/2 erwerben (Beispiel und Formulierungsvorschlag bei Beck'sches Notarhandbuch/Rapp, A. III. Rn. 25a; vgl. auch Weitnauer/Briesemeister, § 3 Rn. 6).

Es spricht viel dafür, diese Erwägungen auch auf den Fall einer Vermehrung der Miteigentumsanteile zu übertragen (so auch LG Bochum NJW-RR 1999, 887). Denn so wie bei der Verringerung der Anteile wird auch bei ihrer Vermehrung zunächst ihre Anzahl verändert und im Rahmen der Teilung nach § 3 WEG mit einzelnen Einheiten verbunden. Dem dürfte auch nicht entgegen gehalten werden können, dass ideelle Miteigentumsanteile bei Eigentümeridentität nicht identifizierbar sind. Denn erfolgt die Anteilsvermehrung zeitgleich mit der Bildung von Sondereigentum, lassen sich die durch Anteilsvermehrung entstehenden Miteigentumsanteile ohne Weiteres zuordnen.

Letztendlich kann die Frage aber dahinstehen, wenn sich das Ergebnis auch über eine Kombination einer Teilung von § 3 WEG und § 8 WEG erreichen lässt.

c) Kombination von Teilung nach § 3 und § 8 WEG

Eine Kombination von Teilungsvertrag und Teilungserklärung kann z.B. wie folgt stattfinden (vgl. Bärmann/Armbrüster, § 2 Rn. 12; Jennißen/Zimmer, WEG, 4. Aufl. 2015, § 2 Rn. 11; Staudinger/Rapp, § 2 Rn. 4; BeckOK-WEG/Munzig, § 2 Rn. 17; Riecke/Schmid/Schneider, WEG, 4. Aufl. 2015, § 2 Rn. 13): A und B sind Miteigentümer eines Grundstücks (A zu 3/4, B zu 1/4). Sie schließen zunächst einen Teilungsvertrag nach § 3 WEG, in dem der Miteigentumsanteil des A mit den drei Sondereigentumseinheiten Nr. 1-3 verbunden wird. Der Miteigentumsanteil des B wird mit der Sondereigentumseinheit Nr. 4 verbunden. Anschließend unterteilt A seinen Miteigentumsanteil analog § 8 WEG in drei Anteile zu je 1/4 und verbindet jeden von ihnen mit einer Einheit.

Im vorliegenden Fall erscheint dieses Vorgehen **ebenfalls möglich**.

Zum einen ist anerkannt, dass die Miteigentumsanteile **frei zugewiesen werden können** (Bärmann/Armbrüster, § 3 Rn. 38), sodass **keine Bedenken** bestehen, einer Wohnung einen Miteigentumsanteil von 1/2 zuzuweisen. Ferner ist es zulässig, dass einem Miteigentumsanteil mehrere Sondereigentumseinheiten zugeordnet werden (allg. Auffassung, vgl. BayObLGZ 1971, 102, 110; BeckOGK-BGB/Müller, § 2 WEG Rn. 10). Somit würden in einem ersten Schritt dem Miteigentumsanteil der GbR **zehn Sondereigentumseinheiten** zugeordnet und dem Miteigentumsanteil des Vereins **eine Sondereigentumseinheit**. In einem zweiten Schritt unterteilt die GbR den Miteigentumsanteil in Anteile von je 1/20 und verbindet mit jedem Anteil das Sondereigentum an je einer Einheit. Die Erklärungen können in einer Urkunde abgegeben werden (vgl. BeckOGK-BGB/Müller, § 2 WEG Rn. 10).

d) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass es nach dem derzeitigen Diskussionsstand umstritten ist, ob die be-

absichtliche Gestaltung **allein durch einen Teilungsvertrag gem. § 3 WEG verwirklicht werden kann**. Es ist jedoch möglich, die Teilung gem. § 3 und § 8 WEG (analog) dergestalt miteinander zu kombinieren, dass mit dem Miteigentumsanteil der GbR zunächst mehrere Einheiten verbunden werden und in einem zweiten Schritt eine Unterteilung dieses Miteigentumsanteils erfolgt.

2. Vollzug einer Kombination gem. § 3 und § 8 WEG

Fraglich ist, wie die Kombination von § 3 und § 8 WEG im Grundbuch **umgesetzt werden kann**. Die wohnungseigentumsrechtliche Literatur verweist in diesem Zusammenhang allgemein darauf, dass die Unterteilung „sogleich“ erfolgen kann (Riecke/Schmid/Schneider, § 2 Rn. 13).

Aus unserer Sicht ist kein zwingender Grund dafür ersichtlich, warum nicht beide Vorgänge nacheinander (Teilungsvertrag und dann „Unterteilung“ des eigenen Miteigentumsanteils und Vereinzelung der Wohnungen) **ohne grundbuchliche Zwischeneintragung** vorgenommen werden können. Der BGH hat entschieden, dass die **Begründung von Wohnungseigentum und die Verschiebung von Miteigentumsanteilen in einer Urkunde** ohne Zwischeneintragung erfolgen können, wenn Miteigentumsanteile **zusammengelegt** werden und mit dem zusammengelegten Miteigentumsanteil das Wohnungseigentum verbunden wird, das den bisherigen Miteigentümern nunmehr nach Bruchteilen zusteht. Eine Zwischeneintragung sei ein „sachlich unnötiger Umweg“ und deshalb nicht geboten (BGH NJW 1983, 1672, 1673 = DNotZ 1983, 487). Eine Zwischeneintragung wird auch für entbehrlich gehalten, wenn der Käufer eines Grundstücks eine Teilung nach § 8 WEG vornimmt; er kann sogleich als Eigentümer in den neu angelegten Wohnungsgrundbüchern eingetragen werden (BeckOK-BGB/Schultzky, § 8 WEG Rn. 6; BeckOK-WEG/Kral, Std.: 1.10.2015, § 8 Rn. 21; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2813). Entsprechendes gilt bei der Umwandlung einer GbR in eine Bruchteilsgemeinschaft. Eine Zwischeneintragung ist auch hier entbehrlich, wenn eine Teilung nach § 3 WEG im Grundbuch vollzogen werden soll (Staudinger/Rapp, § 3 WEG Rn. 2; Elzer/Schneider, in: Riecke/Schmid, § 3 Rn. 4; BeckOK-WEG/Gerono, § 3 Rn. 7; Jennißen/Zimmer, § 3 Rn. 6).

Diese Erwägungen dürften sich u. E. auf den hier zu entscheidenden Sachverhalt übertragen lassen. Eine Zwischeneintragung ist demzufolge entbehrlich (so auch LG Bochum NJW-RR 1999, 887).

3. Mehrere Gemeinschaftsordnungen

Auch **mehrere Gemeinschaftsordnungen dürften nicht erforderlich sein**. Gemeinschaftsordnungen sind schon kraft Gesetzes **überhaupt nicht erforderlich**, da die Miteigentümer abweichende Vereinbarungen gem. § 5 Abs. 4 WEG nur zum Inhalt des Sondereigentums machen **können**, jedoch nicht **müssen**. Dies ergibt sich auch aus folgender Kontrollüberlegung: Angenommen, die Unterteilung des Miteigentumsanteils eines Wohnungseigentümers und die „Vereinzelung“ von Sondereigentumseinheiten erfolgen erst im Nachhinein, so geschieht dies auch im Rahmen der bestehenden Wohnungseigentümergeinschaft und der bestehenden Gemeinschaftsordnung. Die „Dispositionsmacht“ des Wohnungseigentümers beschränkt sich auf dessen Miteigentumsanteil (und die damit verbundenen Sondereigentumsrechte). Daher dürfte es genügen, **eine einzige Gemeinschaftsordnung** beim Vollzug

des Teilungsvertrages zum Inhalt des Sondereigentums zu machen.

Bei der **Auslegung der Gemeinschaftsordnung** ist zu berücksichtigen, dass von vornherein die durch die Unterteilung geschaffenen Einheiten maßgeblich sein dürfen. Ist z. B. bestimmt, dass sich das Stimmrecht nach der Anzahl der Köpfe oder Objekte richtet, kommt es nicht zu einer Aufteilung des Stimmrechts nach den für die nachträgliche Teilung geltenden Grundsätzen (hierzu Beck'sches Notarhandbuch/Rapp, A. III. Rn. 85a f.). **Sämtliche Miteigentümer** sind an dem **Aufteilungsakt gleichermaßen beteiligt**; die Gemeinschaftsordnung dürfte sich auf die Aufteilung beziehen, wie sie im Ergebnis in der Urkunde vorgenommen wurde, in der beide Teilungsvorgänge erfolgen. Um Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden, kann sich evtl. ein klarstellender Hinweis empfehlen.

4. Ergebnis

Die angestrebte Gestaltung ist im Ergebnis rechtlich zulässig. Sie kann zumindest dadurch erreicht werden, dass eine Teilung nach § 3 WEG erfolgt, indem die GbR als Miteigentümerin das Sondereigentum an den Einheiten Nr. 2 bis 11 erlangt, sie diesen Miteigentumsanteil aufteilt (§ 8 WEG analog) und mit jedem neuen Miteigentumsanteil das Sondereigentum an einer Einheit verknüpft. Die Teilungen können in einer Urkunde vorgenommen werden. Eine Zwischeneintragung im Grundbuch ist nicht erforderlich. Es kann von vornherein eine einzige Gemeinschaftsordnung gefasst werden.

UmwG §§ 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 Hs. 2, 51 Abs. 1 S. 3, 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 1

Verschmelzung einer Tochter-GmbH auf ihre Mutter-GmbH; Upstream-Merger; nicht voll eingezahlte Geschäftsanteile bei der Tochter-GmbH; Erlöschen der Einlageforderung; Zulässigkeit der Verschmelzung; Volleinzahlung

I. Sachverhalt

Eine 100%ige Tochter-GmbH soll auf ihre Mutter-GmbH verschmolzen werden. Dabei soll nach § 54 Abs. 1 UmwG keine Kapitalerhöhung erfolgen. Es sollen auch keine Anteile gewährt werden.

Die Geschäftsanteile der Tochter-GmbH sind nur halb eingezahlt.

II. Fragen

1. Ist auch bei Halbeinzahlung der Geschäftsanteile der Tochter-GmbH die Verschmelzung zulässig oder müssen die Geschäftsanteile erst voll eingezahlt werden?

2. Müssen alle Gesellschafter der Mutter-GmbH nach § 51 Abs. 1 S. 3 UmwG dem Verschmelzungsbeschluss zustimmen?

III. Zur Rechtslage

1. Die Struktur des Upstream-Merger

Für die Verschmelzung einer Tochter-GmbH auf ihre Mutter-GmbH regelt § 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 Hs. 2 UmwG, dass an die Gesellschafter der übertragenden GmbH (hier: an die Mutter-GmbH) **keine Anteile** gewährt werden

dürfen, da dies eigene Anteile wären. Korrespondierend hierzu bestimmt § 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UmwG, dass ein Kapitalerhöhungsverbot existiert. Gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 UmwG erlischt der übertragende Rechtsträger (hier: die Tochter-GmbH) mit Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister und deren Wirksamwerden zwingend. Daraus ergibt sich als systemimmanente Konsequenz, dass die Anteile an der übertragenden Tochter-GmbH untergehen.

2. Zustimmungserfordernis bei nicht voll eingezahlten Geschäftsanteilen

§ 51 Abs. 1 S. 3 UmwG regelt ganz allgemein für eine Verschmelzung unter Beteiligung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, dass **alle Gesellschafter** der aufnehmenden GmbH **zustimmen** müssen, wenn bei den Geschäftsanteilen der übertragenden GmbH nicht alle zu leistenden Einlagen in voller Höhe bewirkt sind. Dies berücksichtigt die Gefahr der zukünftigen Mitgesellschafter bei der aufnehmenden GmbH, nach § 24 GmbHG für die noch offenen Einlageverpflichtungen subsidiär zu haften. Bei der hier vorliegenden Konstellation der Verschmelzung einer Tochter-GmbH auf ihre Mutter-GmbH kann es systembedingt aber nicht zu einer noch offenen Einlageforderung kommen. Wie oben (Ziff. 1.) dargestellt, bleiben keine nur teilweise eingezahlten Geschäftsanteile bestehen und werden solche auch nicht neu gewährt. Die Einlageforderung der Tochter-GmbH gegen die Mutter-GmbH geht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf die Mutter-GmbH über. Dort erlischt sie durch **Konfusion**. Dies ist zwingende Folge der Verschmelzung einer Tochter-GmbH auf eine Mutter-GmbH.

3. Zulässigkeit des Upstream-Merger

Für die Unzulässigkeit der Verschmelzung der Tochter-GmbH auf ihre Mutter-GmbH bei nicht voll eingezahlten Geschäftsanteilen finden sich weder im UmwG noch in der hierzu ergangenen Rechtsprechung oder Literatur Anhaltspunkte. Vielmehr geht die Literatur (KölnKommUmwG/Simon/Nießen, 2009, § 51 Rn. 25; Lutter/Winter/Vetter, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 51 Rn. 32) von der oben dargestellten Rechtsfolge aus. Infolge des Untergangs der Einlageforderung könne es **nicht** zu einer (**subsidiären**) **Haftung** der Gesellschafter der Muttergesellschaft kommen, so dass für die Verschmelzung ihre individuelle Zustimmung nicht erforderlich sei. Daher sei eine teleologische Reduktion des § 51 Abs. 1 S. 3 UmwG dahingehend, dass eine gesonderte Zustimmung aller Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft nicht erforderlich sei, gerechtfertigt (ebenso Henssler/Strohn/Haeder, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 51 UmwG Rn. 3).

4. Gläubigerschutzaspekte

Diese Konsequenz erscheint u. E. auch unter Gläubigerschutzgesichtspunkten vertretbar. Denn durch die Verschmelzung der Tochter-GmbH auf die Mutter-GmbH geht nicht nur die Einlageforderung gegen die Mutter-GmbH unter, sondern gehen auch **sämtliche Verbindlichkeiten** gegenüber Gläubigern der T-GmbH **auf die M-GmbH** über. Die Gläubiger der T-GmbH können also unmittelbar Zugriff auf das Vermögen der ehemaligen Gesellschafterin (Mutter-GmbH) nehmen, so dass eine mittelbare Sicherung durch die Haftung der Gesellschafterin für noch offene Einlageforderungen auch unter Gläubigerschutzgesichtspunkten nicht erforderlich erscheint. Außerdem bleibt wie bei jeder Verschmelzung die Möglichkeit, ggf. nach § 22 UmwG Sicherheit zu ver-

langen. Ausdrückliche höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser Problematik konnten wir allerdings nicht finden.

5. Ergebnis

Im Ergebnis ist u. E. die Verschmelzung der Tochter-GmbH auf ihre Mutter-GmbH auch bei nicht voll eingezahlten Geschäftsanteilen der Tochter-GmbH zulässig. Einer gesonderten Zustimmung aller Gesellschafter der Mutter-GmbH nach § 51 Abs. 1 S. 3 UmwG bedarf es nicht.

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.

BGB §§ 1018, 1090, 1191; ZVG §§ 180, 182
Feststellung des geringsten Gebots und Bestehenbleiben von Rechten im Falle einer Teilungsversteigerung
Abruf-Nr.:

BGB §§ 414, 415; BayVwVfG Artt. 54 ff.
Schuldübernahme hinsichtlich einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung durch Vertrag zwischen dem Schuldner und dem Übernehmer
Abruf-Nr.:

EU ErbVO Artt. 24, 34
England: Beurkundung eines Inlandstestaments für eine in England lebende deutsche Staatsangehörige
Abruf-Nr.:

BGB §§ 2296, 132; ZPO §§ 192 ff., 178 ff.
Zugang des Rücktritts vom Erbvertrag; Zustellung durch Vermittlung des Gerichtsvollziehers; Ersatzzustellung
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BeurkG § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1
Unzulässigkeit von Grundschuldbestellungen aufgrund von Mitarbeitervollmachten

Ein Notar begeht eine Amtspflichtverletzung, wenn er Grundschuldbestellungen in Verbraucherverträgen ohne sachlichen Grund durch seine in den zugrunde liegenden Grundstückskaufverträgen bevollmächtigten Mitarbeiter beurkundet. (Leitzatz der DNotI-Redaktion)

BGH, Beschl. v. 20.7.2015 – NotSt(Brfg) 3/15

Problem

Der Kläger, ein Rechtsanwalt und Notar aus dem Oberlandesgerichtsbezirk C., hat in insgesamt 180 Fällen Finanzierungsgrundschulden mit einer Mitarbeiterin beurkundet, welche hierzu von den jeweiligen Käufern im Grundstückskaufvertrag bevollmächtigt worden war.

Die Beklagte hat das Verhalten des Klägers als Dienstpflichtverletzung gewertet (§ 95 BNotO) und eine Geldbuße gegen ihn verhängt. Sie begründete dies mit den Richtlinien der Notarkammer C. Der Kläger berief sich auf die Richtlinien anderer Notarkammern, wonach die Bestellung von Grundpfandrechten mit Mitarbeitern des Notars nicht pflichtwidrig sei.

Der BGH musste über die Frage entscheiden, ob sich der Kläger amtspflichtwidrig verhalten hat. Im Mittelpunkt stand dabei die Frage, ob das Vorgehen des Klägers mit § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG vereinbar war. Hiernach hat der Notar bei Verbraucherverträgen darauf hinzuwirken, dass die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich oder durch eine Vertrauensperson abgegeben werden.

Entscheidung

Nach Auffassung des BGH hat der Kläger gegen § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG verstoßen.

Die Grundschuldbestellungen seien **Verbraucherverträge**. Die **Darlehensnehmer** hätten als Verbraucher gehandelt und die Erklärungen gegenüber ihrer finanzierenden Bank abgegeben.

Ein Mitarbeiter des Notars sei auch **keine Vertrauensperson** des Verbrauchers. Vertrauensperson könne nur sein, wer Interessenvertreter des Verbrauchers sei. Eine zur Neutralität verpflichtete Person scheide als Vertrauensperson aus. Der Verbraucher solle die Chance haben, seine Interessen gegenüber dem Unternehmer möglichst effektiv zur Geltung zu bringen. Dies sei aber nicht gewährleistet, wenn eine Person für ihn auftrete, die nicht in seinem Lager stehe. Die **Mitarbeiter des Notars** seien im Wesentlichen diesem gegenüber verantwortlich und stünden in gewissem Maß in dessen Pflichtenkreis. So wie der Notar seien auch dessen Mitarbeiter nicht zur einseitigen Interessenwahrnehmung befugt.

Nach Auffassung des BGH ist die Grundschuldbestellung auch kein vom Anwendungsbereich des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG ausgenommenes **Vollzugsgeschäft**. Die Bestellung eines Finanzierungsgrundpfandrechts aufgrund einer im Grundstückskaufvertrag erteilten Belastungsvollmacht stelle sich nicht als Vollzugsmaßnahme des Kaufvertrags dar. Dies ergebe sich schon daraus, dass der Grundstückskaufvertrag auch ohne die Bestellung der Finanzierungsgrundschuld vollzogen werden könne. Gegen eine Einordnung als Vollzugsgeschäft spricht nach Auffassung des Senats auch der Umstand, dass der Verkäufer grundsätzlich nicht verpflichtet ist, bei der Beschaffung des Kaufpreises, insbesondere durch Belastung des Grundstücks vor Auflassung, mitzuwirken.

Für irrelevant hält der BGH den Umstand, dass nach den **Richtlinien anderer Notarkammern** die Bestellung von Grundpfandrechten durch Mitarbeiter des Notars nicht pflichtwidrig sei. Für den Kläger würden alleine die Richtlinien der Notarkammer C. gelten. Es sei zu berücksich-

tigen, dass sich die Satzungsgewalt der Notarkammer darin erschöpfe, bereits in der BNotO angelegte Berufspflichten zu konkretisieren. Angesichts der Regelung des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG bestünden vielmehr Bedenken gegen die Wirksamkeit der Richtlinien von Notarkammern, die in Abweichung von der gesetzlichen Vorschrift die Beurkundung von Finanzierungsgrundpfandrechten durch bevollmächtigte Mitarbeiter des Notars für zulässig erklären.

Nicht erfolgreich war auch der Einwand des Klägers, es hätte überprüft werden müssen, ob **Ausnahmetatbestände** nach § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG vorgelegen hätten. Es sei zwar denkbar, dass im Einzelfall ein Sachgrund für eine abweichende Gestaltung des Beurkundungsverfahrens und ein Ausnahmetatbestand gegeben seien. Solche Tatbestände seien im vorliegenden Fall aber nicht ersichtlich.

Abschließend legt der BGH dar, warum dem Kläger auch ein Verschulden vorzuwerfen sei. Angesichts mehrerer Rundschreiben sowie einschlägiger Rechtsprechung könne sich der Kläger nicht darauf berufen, er habe nach gewissenhafter Prüfung der zu Gebote stehenden Hilfsmittel eine Rechtsnorm ausgelegt, bei der die Zweifelsfragen noch nicht ausgetragen gewesen seien.

GmbHG § 5a; AktG § 26 Abs. 2 Gründungsanwendung bei Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt)

Eine Verletzung der auf die UG entsprechend anwendbaren Gläubigerschutzvorschrift des § 26 Abs. 2 AktG folgt nicht daraus, dass der gesellschaftsvertraglich bestimmte Gründungsaufwand genau dem vereinbarten Stammkapital (von hier 1.000 €) entspricht.

KG, Beschl. v. 31.7.2015 – 22 W 67/14

Problem

Es wurde eine Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt) gegründet. Das Stammkapital beläuft sich auf 1.000 €. Der Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass die Gesellschaft die Gründungskosten bis zu einem Betrag von 1.000 € trägt.

Nach Auffassung des Registergerichts sind die Gründungskosten zu hoch angesetzt. Diese könnten maximal 300 € betragen.

Entscheidung

Die hiergegen gerichtete Beschwerde hatte Erfolg. Nach Auffassung des KG ist die UG (haftungsbeschränkt) in das Handelsregister einzutragen

Das Registergericht darf nach § 9c Abs. 1 S. 1 GmbHG die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister nur vornehmen, wenn sie ordnungsgemäß errichtet und angemeldet ist. Nach § 9c Abs. 2 Nr. 2 GmbHG ist die Eintragung einer mangelhaften Bestimmung des Gesellschaftsvertrags abzulehnen, wenn **Gläubigerschutzvorschriften** verletzt sind.

In diesem Zusammenhang ist auch die analog auf die GmbH und die UG (haftungsbeschränkt) anzuwendende Norm des **§ 26 Abs. 2 AktG** zu berücksichtigen.

Hiernach ist im Interesse der Gläubiger und Gesellschafter sicherzustellen, dass in der Satzung offen gelegt wird, inwieweit das Grundkapital durch Gründungsaufwand vorbelastet ist. Deshalb muss die gesellschaftsvertragliche Regelung den von der Gesellschaft zu tragenden Gesamtbetrag des **Gründungsaufwands erkennen lassen**. Diese Voraussetzung war im vorliegenden Fall erfüllt, da im Gesellschaftsvertrag die Höhe der Gründungskosten angegeben war.

Eine Verletzung des § 26 Abs. 2 AktG folge – so das KG – nicht daraus, dass der Gründungsaufwand **i. H. v. 1.000 € genau dem Stammkapital** entspricht. Die in Nr. 5 des Musterprotokolls für die Gründung einer Gesellschaft vorgesehene Höchstgrenze von 300 € oder die in der Registerpraxis etablierte **Obergrenze von 10 % des Stammkapitals** (vgl. OLG Hamburg DNotZ 2011, 457 m Anm. Weiler) sei auf den vorliegenden Fall nicht zu übertragen. Wenn bei einer UG bis zur Grenze von 300 € der Gründungsaufwand dem Stammkapital entsprechen dürfe, sei nicht nachvollziehbar, warum dies anders sein solle, wenn Gründungsaufwand und Stammkapital 1.000 € betragen würden. Denn durch die **Deckelung auf die Höhe des Stammkapitals** werde ausgeschlossen, dass die neue Gesellschaft allein aufgrund des Gründungsaufwands **bilanziell überschuldet** ins Leben trete.

Nur ein Überschreiten der Stammkapitalgrenze und die damit einhergehende Überschuldung der Gesellschaft würden ein vom Registergericht zu berücksichtigendes Eintragungshindernis bilden. Dem Gründungsaufwand stünden im vorliegenden Fall die Erfordernisse des Gläubigerschutzes nicht entgegen. Die Gläubiger würden bereits durch die zwingende Firmierung als „UG“ und den Zusatz „haftungsbeschränkt“ auf Risiken hingewiesen. Außerdem könnten sie sich durch Einsichtnahme in den Gesellschaftsvertrag über die Höhe einer Vorbelastung des Stammkapitals durch den Gründungsaufwand informieren.

Hinweis

Im Zusammenhang mit dem vorliegenden Problemkreis ist die jüngst veröffentlichte Entscheidung des OLG Celle (DNotI-Report 2015, 23) von Interesse. Nach dieser Entscheidung kann eine GmbH mit einem Stammkapital von 25.000 € keine Gründungskosten i. H. v. bis zu 15.000 € tragen. In den Entscheidungsgründen führte das Gericht aus, dass die durch Musterprotokoll gegründete UG (haftungsbeschränkt) bei einem Stammkapital bis 300 € sämtliche Gründungskosten nur bis zur Höhe des Stammkapitals tragen könnte. Sei das Stammkapital höher (bis 24.999 €), könnten solche Gesellschaften keine höheren Gründungskosten als 300 € tragen. Diese Ausführungen stehen in einem Spannungsverhältnis zur hier besprochenen Entscheidung des KG.

Literaturhinweise

Postvertriebsstück: B 08129

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

Veranstaltungen

Weitere Termine für **Januar 2016** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 (www.anwaltsinstitut.de).

Intensivkurs Erbrecht (Frenz), 11.-12.1.2016 Oldenburg

Das GNotKG in der Praxis (Tondorf), 29.1.2016 Trier

Zwangsversteigerungsrecht in der notariellen Vertragsgestaltung (Franck), 29.1.2016 Bochum

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: Notarassessor Dr. Johannes Weber

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