

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG § 53 – GmbH: Beurkundungsbedürftigkeit des Zustimmungsbeschlusses zu Gesamtvermögensgeschäften

BGB § 164; BNotO § 9; GBO § 29 – Nachweis der Verbindung zur gemeinsamen Berufsausübung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

HGB § 18 Abs. 1 u. 2; GmbHG §§ 9c, 3 Abs. 1 Nr. 1 u. 2, 4, 11 – Ersteintragung der GmbH: Firmenbestandteil „Holding“ erfordert keine Holdingstruktur im Stadium der Vorgesellschaft

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG § 53

GmbH: Beurkundungsbedürftigkeit des Zustimmungsbeschlusses zu Gesamtvermögensgeschäften

I. Sachverhalt

Die Geschäftsführer einer GmbH wollen ein Grundstück verkaufen, das den einzigen wertvollen Gegenstand im Vermögen der Gesellschaft darstellt. Die Gesellschafter sind mit dem Verkauf einverstanden und wollen einen entsprechenden Zustimmungsbeschluss fassen.

II. Fragen

Muss der Zustimmungsbeschluss trotz der Entscheidung des BGH vom 8.1.2019 (NJW 2019, 1512) analog § 53 Abs. 2 GmbHG beurkundet werden, weil ein Holzmüller/Gelatine-Fall vorliegt?

III. Zur Rechtslage

1. Rechtlicher Ausgangspunkt

Mit Urteil vom 8.1.2019 hat der BGH (NJW 2019, 1512) entschieden, dass § 179a AktG auf Gesamtvermögensgeschäfte einer GmbH nicht anzuwenden ist. Nach dieser Norm bedarf das Gesamtvermögensgeschäft einer Aktiengesellschaft der Zustimmung der Hauptversammlung, wobei der Zustimmungsbeschluss Wirksamkeitserfordernis des schuldrechtlichen Veräußerungsvertrags ist (Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 179a Rn. 13). Gilt dies auch für die GmbH nicht, so bleibt hier dennoch ein **Beschluss im Innenverhältnis erforderlich** (vgl. 2. Ls.), dessen Fehlen nach den Grundsätzen zum Missbrauch der Vertretungsmacht ins Außenverhältnis durchschlagen kann (vgl. 3. Ls.).

Vom Gesamtvermögensgeschäft i. S. d. § 179a AktG zu unterscheiden sind Geschäfte i. S. d. sog. **Holzmüller/Gelatine-Rechtsprechung** (vgl. BGH NJW 1982, 1703; DNotZ 2004, 872). Die Holzmüller-Rechtsprechung macht deutlich, dass auch gewichtige Rechtsgeschäfte unterhalb der Schwelle des Gesamtvermögensgeschäfts eine ungeschriebene Zuständigkeit der Hauptversammlung auslösen können (vgl. dazu

Heckschen, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 8 Rn. 234 ff.). Allerdings ist noch nicht abschließend geklärt, inwieweit „einfache“ Übertragungsgeschäfte ohne Mediatisierungseffekt darunterfallen (vgl. BGH NZG 2007, 234). Die Holz Müller-Grundsätze sollen auf die GmbH anzuwenden sein (Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 46 Rn. 90; Decker, NZG 2018, 447, 449) und sichern damit unabhängig von § 179a AktG die Mitwirkungsbeugnis der Gesellschafterversammlung durch einen **Zustimmungsbeschluss**.

2. Beurkundungsbedürftigkeit des Zustimmungsbeschlusses

Mit der Entscheidung des BGH gegen § 179a AktG ist daher der Zustimmungsbeschluss in der GmbH bei gewichtigen Geschäften nicht obsolet geworden. Damit stellt sich zugleich weiterhin die Frage nach der notwendigen Form. Diese Frage ist wiederum zu unterscheiden von derjenigen nach den Konsequenzen einer fehlenden (unterstellt: erforderlichen) Beurkundung im Außenverhältnis.

a) Aussagen der BGH-Entscheidung vom 8.1.2019

Den bisherigen literarischen Reaktionen auf die Grundsatzentscheidung des BGH v. 8.1.2019 ist eine wohl allgemein geteilte Prämisse zu entnehmen, nämlich: Der BGH hat zwar wegen des Grundlagencharakters des Gesamtvermögensgeschäfts einen internen Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung für nötig gehalten (richtig: Scholz/Priester/Tebben, GmbHG, 12. Aufl. 2020, § 53 Rn. 176; Zustimmungsnotwendigkeit ergibt sich für das Innenverhältnis schon daraus, dass es sich um eine ungewöhnliche Maßnahme handelt – dies ist durch die Diskussion um § 179a AktG ein wenig in den Hintergrund gerückt), er hat indes **keinerlei Aussage zu den formalen Beschlussanforderungen** getroffen. Insbesondere hat er sich nicht zur Qualität des Zustimmungsbeschlusses geäußert, etwa dazu, ob er womöglich einen zustandsbegründenden satzungsdurchbrechenden Charakter hat und bereits deshalb nur unter Wahrung der §§ 53 f. GmbHG wirksam werden kann. Weitgehend geklärt dürfte sein, dass je nach Zerschneidung des Unternehmensgegenstands (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG) eine Gesamtvermögensveräußerung zumindest im Nachgang Satzungsanpassungen erforderlich machen kann.

b) Denkbarer Lösungsansatz

Unseres Erachtens dürfte im Rahmen einer ersten **Differenzierung** danach zu unterscheiden sein, ob (1) eine Holding- oder Zweckgesellschaft das von ihr gehaltene Vermögen (etwa eine Immobilie) veräußert und diese Gesellschaft sodann liquidiert werden soll (dann:

keine Beurkundungsbedürftigkeit, vgl. § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG zum Auflösungsbeschluss: nur Dreiviertelmehrheit erforderlich, aber keine notarielle Beurkundung), ob (2) die Gesellschaft mit dem erzielten Erlös künftig einen anderen Unternehmensgegenstand verfolgen soll (dann: **Änderung des Unternehmensgegenstands** erforderlich, schon um eine Unter- oder Überschreitung des Unternehmensgegenstands zu vermeiden und dem „Wahrheitsgebot“ bei der Festsetzung des Unternehmensgegenstands zu entsprechen) oder aber, ob (3) eine vermögensverwaltende Gesellschaft in Rede steht, bei der der „Austausch“ des Vermögens (also die Des- und Reinvestition) von vornherein vom Unternehmensgegenstand gedeckt ist (dann: keine Satzungsänderung).

Es ließe sich erwägen, dieser Differenzierung **keine unmittelbare Außenwirkung** beizumessen: So könnte man argumentieren, dass die Satzung zwar evtl. im Nachgang zur Gesamtvermögensveräußerung oder vorweg (bedingt auf das Wirksamwerden der Gesamtvermögensveräußerung oder auf den Zeitpunkt, zu dem „Transaktionssicherheit“ besteht) zu ändern ist (technisch umzusetzen durch eine Anweisung an den Geschäftsführer zur Einreichung der Handelsregisteranmeldung der bereits beschlossenen Satzungsänderung zum „richtigen“ Zeitpunkt). Nicht aber müsste daraus zwingend herzuleiten sein, dass der Zustimmungsbeschluss zum Gesamtvermögensgeschäft zu beurkunden sei (wohl in diesem Sinne K. J. Müller, NZG 2019, 807, 812; diese Differenzierung nicht hinreichend beachtend Pfeiffer, BB 2019, 1107, der bei engem Unternehmensgegenstand daher den Zustimmungsbeschluss wegen Satzungsdurchbrechung für beurkundungsbedürftig hält).

Unseres Erachtens spricht viel dafür, zwischen dem internen Zustimmungsbeschluss betreffend die Geschäftsführungsmaßnahme und der Satzungsänderung zu unterscheiden. Es ließe sich anführen, dass **nicht eigentlich der interne Zustimmungsakt** der Gesellschafterversammlung **den satzungswidrigen Zustand herbeiführt** (und zwar selbst dann nicht, wenn er als Weisungsbeschluss gefasst wird), sondern (bei mangelnder vorheriger Änderung des Unternehmensgegenstands) erst der außenwirksame Geschäftsführungsakt (insoweit ist zuweilen auch von einem sog. „faktischen Verstoß“ die Rede, vgl. etwa Marquardt, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 5. Aufl. 2018, § 22 Rn. 84). Allerdings soll nach h. L. bereits der faktische Verstoß bei entsprechendem Weisungsbeschluss der Gesellschafterversammlung zu einer Satzungsdurchbrechung führen (so etwa Lawall, DStR 1996, 1169, 1170 m. w. N.). Dies ist u. E. zwar im Grundsatz richtig, im konkreten Fall aber nicht zwingend.

Denn im Zeitpunkt des Zustimmungsbeschlusses wird häufig noch gar nicht gesichert sein, ob die Gesamtvermögensveräußerung tatsächlich gelingt – nur für diesen Fall aber wird die Gesellschaft regelmäßig gewillt sein, den evtl. erforderlichen Satzungsänderungsbeschluss in Bezug auf den Unternehmensgegenstand zu fassen. Es ist also durchaus vorstellbar, dass die Gesellschaft dem Geschäftsführer ihre Zustimmung erteilen will, sich aber zugleich vorbehalten will, das Gelingen der Gesamtvermögensveräußerung abzuwarten und nur in diesem Fall die Satzung nachträglich zu ändern. Möglich ist es freilich auch, dass die Satzung im Vorfeld geändert und – gerade umgekehrt – die Gesamtvermögensveräußerung unter einen Rücktrittsvorbehalt für den Fall des Scheiterns der Satzungsänderung gestellt wird. Überwiegend wird offenbar nur dieser Weg für geeignet gehalten, um den Geschäftsführer vom Vorwurf satzungswidrigen Handelns zu befreien (vgl. etwa zur AG MünchKommAktG/Stein, 4. Aufl. 2016, § 179 Rn. 35, 105; Binge/Thölke, in: Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 3. Aufl. 2018, § 25 Rn. 97 ff.). Konsequenterweise leitet man daraus ab, dass die spätere Nachholung der Satzungsänderung (bei vorherigem Wirksamwerden des Gesamtvermögensgeschäfts) nicht geeignet sei, die Pflichtwidrigkeit des gegen die Satzung verstoßenden Geschäftsführerhandelns zu beseitigen (so MünchKommGmbHG/Liebscher, 3. Aufl. 2018, Anh. § 13 Rn. 1080). Folgte man diesem Standpunkt, wäre ein interner Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung zum bevorstehenden Gesamtvermögensgeschäft ohne Satzungsänderung wegen Satzungsverstoßes zumindest anfechtbar.

c) Tendenz in der aktuellen Literatur

Anders als zunächst erwartet scheint sich in der aktuellen Kommentarliteratur die Ansicht, dass der interne Zustimmungsbeschluss grds. beurkundungsfrei sei, nicht durchzusetzen. Vielmehr hält es etwa *Bayer* (in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 53 Rn. 3) für „zweifelhaft“, ob der Beschluss „in Abweichung zur Regel“ keiner Beurkundung bedürfe. *Bayer* scheint damit für ein grundsätzliches Beurkundungserfordernis einzutreten, was wohl – wie sich aus den Verweisen in der Fußnote erahnen lässt – seinen Grund im „faktisch“ satzungsändernden Charakter hat. Denn *Bayer* verweist u. a. auf *Marquardt* (§ 22 Rn. 114), der bei einem nachhaltigen Eingriff in die Grundlagen der Gesellschaft (auch bei Veräußerung des Gesellschaftsvermögens *in toto*) die §§ 53 f. GmbHG analog heranziehen will. Die weiteren von *Bayer* angeführten Belege, etwa *Harbarth* (in: MünchKommGmbHG, 3. Aufl. 2018, § 53 Rn. 229) oder *Weber* (DNotZ 2018, 96, 121), taugen insoweit dagegen nur bedingt zur Stützung seiner Position; diese leiten die Beurkundungsbedürftigkeit noch aus § 179a AktG her, wenn sie auch den Beschluss,

der die Vermögensübertragung im Innenverhältnis legitimiert, letztlich als einer Satzungsänderung gleichwertig betrachten. Insoweit dürfte aber der BGH diesem Ansatz gerade nicht gefolgt sein. Die Frage, ob – wie *Marquardt* und *Bayer* annehmen – auch prinzipiell bei hinreichend nachhaltigen Eingriffen in die Grundlagen der Gesellschaft eine Beschlussfassung entsprechend §§ 53 f. GmbHG vonnöten ist, hat der BGH freilich nicht erörtert.

d) Anwendung der Holzmüller/Gelatine-Grundsätze?

Unseres Erachtens kann man die Frage nach der Beurkundungsbedürftigkeit nicht mithilfe der **Holzmüller/Gelatine-Grundsätze** (BGH NJW 1982, 1703; DNotZ 2004, 872; vgl. Ziff. 1) beantworten. Dieser Rechtsprechung ist bereits im Ausgangspunkt **keinerlei Aussage** darüber zu entnehmen, ob der Zustimmungsbeschluss für sich genommen zwingend zu beurkunden ist, und schon gar nicht darüber, ob er bei einer (damals nicht entschiedenen) entsprechenden Anwendung auf die GmbH wegen einer „faktischen“ Satzungsänderung beurkundungsbedürftig gem. § 53 Abs. 2 GmbHG ist (s. auch Decker, NZG 2018, 447, 449: über die Beurkundungspflicht entsprechender Gesellschafterbeschlüsse bei der GmbH treffe diese Rechtsprechung keine Aussage). Diese Frage stellt sich im Aktienrecht nicht, da dort – unabhängig von einer Satzungsänderung – jeder Beschluss der Hauptversammlung nach Maßgabe des § 130 Abs. 1 S. 1 AktG zu beurkunden ist. Eine analoge Anwendung dieser aktienrechtlichen Bestimmung im GmbH-Recht wird aber nirgends vertreten – auch nicht, soweit es um die entsprechende Anwendung der Holzmüller/Gelatine-Grundsätze geht. Wer jedoch das Beurkundungserfordernis auf eine Analogie zu § 179a AktG stützen möchte, dürfte dafür angesichts der eingangs genannten BGH-Entscheidung die Grundlage verloren haben.

Nicht gut zu begründen ist u. E. der abweichende Ansatz von *Hoffmann/Bartlitz* (DB 2019, 1833, 1835). Die Autoren gelangen unter Heranziehung teleologischer Kriterien in Holzmüller/Gelatine-Konstellationen zu einer „analogen“ Anwendung des § 53 Abs. 2 GmbHG und daher „jedenfalls“ zu einer qualifizierten Mehrheit und „richtigerweise“ auch zur notariellen Beurkundung (warum hier eine „analoge“ Anwendung befürwortet wird, erschließt sich uns nicht; wenn man einen satzungsüberlagernden Charakter annimmt, erscheint eine direkte Anwendung konsequenter). Zu Recht konstatieren die Autoren – ohne dass dies allerdings entscheidend wäre –, dass in den Satzungswortlaut nicht eingegriffen werde. Daraus wollen sie indes herleiten (was die Schlüssigkeit der Argumentation bereits relativiert), dass die Beurkundung „nicht der Absicherung der Rich-

tigkeit des Handelsregisters dient“ (die Frage der Eintragsbedürftigkeit oder -fähigkeit beleuchten sie nicht). Unabhängig davon soll es nach *Hoffmann/Bartlitz* entscheidend darauf ankommen, dass nur die notarielle Beurkundung und die mit ihr verbundene Warn- und Beweisfunktion Klarheit über den Beschlussinhalt und eine informierte Entscheidung der Gesellschafter sicherstellen könne. Das deckt sich zumindest im Ergebnis mit der wohl h. L. im GmbH-Recht, die in *Holz Müller/Gelatine-Konstellationen* eine Satzungsänderung verlangt (Zöllner/Noack, § 53 Rn. 30: Einengung des Unternehmensgegenstands durch Ausgliederung und Verlagerung wesentlicher Unternehmensteile auf Tochtergesellschaften bedarf grds. der Satzungsänderung; Schnorbus, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG*, 6. Aufl. 2017, § 53 Rn. 22: reduziere sich die Tätigkeit einer bislang operativen Obergesellschaft entgegen der Satzung auf reine Holdingfunktionen, so liege ein Aufgabetatbestand vor, der eine Satzungsänderung erfordere) – jedenfalls dann, wenn damit eine faktische Aufgabe des bisherigen Unternehmensgegenstands einhergeht (Altmeppen, in: *Roth/Altmeppen, GmbHG*, 9. Aufl. 2019, § 53 Rn. 16).

Zumindest die letztgenannte Relativierung halten wir für bedeutend: Anknüpfungspunkt für eine **Satzungsänderung** bleibt die **Änderung des Unternehmensgegenstands**; sofern etwa die Verlagerung wesentlicher Unternehmensteile auf Tochtergesellschaften zu einer dauerhaften Unterschreitung des bisherigen Unternehmensgegenstands führt, verlangt dies eine Satzungsänderung. Wird dagegen der Geschäftsbetrieb mit der Gesamtvermögensveräußerung eingestellt, liegt darin meist ein impliziter Auflösungsbeschluss (Scholz/Cziupka, § 60 Rn. 21). Beide Varianten erfordern eine Dreiviertelmehrheit, nur im ersteren Fall aber notarielle Beurkundung.

Mit Rücksicht auf die unsichere Rechtslage und die vorerwähnten Literaturstimmen wird zumindest in *Holz Müller/Gelatine-Fällen* im Innenverhältnis **vorsorglich** ein **notariell beurkundeter Zustimmungsbeschluss** zu empfehlen sein (vgl. Meyer, *GmbHR* 2019, 973, 976).

3. Auswirkungen im Außenverhältnis

Ganz gleich, wie man sich im oben (Ziff. 1) skizzierten Streit positioniert, dürfte wegen der eingangs genannten BGH-Entscheidung weitgehend unstrittig sein, dass ein fehlender Zustimmungsbeschluss allein **nach den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht** Außenwirkung entfaltet. Die Beurkundung oder Nichtbeurkundung ist dafür nur insoweit relevant, als der Geschäftspartner im Einzelfall weiß oder hätte wissen müssen, dass ein wirksamer Zustimmungsbeschluss im Innenverhältnis fehlt. Fordert man entgegen der

hier vertretenen Auffassung zumindest in *Holz Müller/Gelatine-Konstellationen* einen notariell beurkundeten Zustimmungsbeschluss und differenziert man zwischen der Zustimmung zur außergewöhnlichen Maßnahme und zur Satzungsanpassung, so dürfte ein Missbrauch der Vertretungsmacht auch dann anzunehmen sein, wenn der Geschäftspartner weiß oder hätte wissen müssen, dass der Beschluss mangels Beurkundung nichtig ist. Faktisch müsste er dafür freilich die Interna der Gesellschaft sehr genau kennen. Durch die Hintertür über die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht kann damit das von gewichtigen Stimmen postulierte Beurkundungsgebot von Fall zu Fall wieder im Außenverhältnis Bedeutung haben. Indes wird auch zu bedenken sein, dass angesichts der weiterhin ungeklärten Rechtslage wohl kaum das beim Vertragspartner notwendige subjektive Missbrauchselement gegeben ist, wenn dieser die Wirksamkeit des tatsächlich vorliegenden Zustimmungsbeschlusses „fälschlich“ annimmt, weil er nicht mit einem Beurkundungserfordernis rechnet. Wie dieser Rechtsirrtum zu beurteilen ist, ist aber bisher nicht diskutiert worden. Vor diesem Hintergrund wird der Praxis zur Vorsicht zu raten sein.

BGB § 164; BNotO § 9; GBO § 29

Nachweis der Verbindung zur gemeinsamen Berufsausübung

I. Sachverhalt

Die Notare N1 und N2 sind zur gemeinsamen Berufsausübung i. S. d. § 9 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BNotO verbunden. In einem Grundstückskaufvertrag, den N1 beurkundet hat, ist folgende Belastungsvollmacht enthalten:

„Die Vollmacht kann nur vor dem beurkundenden Notar oder einem zur gemeinsamen Berufsausübung verbundenen Notar ausgeübt werden.“

Die Grundschuld des Käufers ist nunmehr von N2 beurkundet worden. Das Grundbuchamt verlangt einen Nachweis in der Form des § 29 Abs. 1 GBO, dass sich N1 und N2 zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden haben.

II. Frage

Kann das Grundbuchamt einen Nachweis verlangen, dass sich zwei Notare zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden haben?

III. Zur Rechtslage

1. Nachweiserfordernis gem. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO

Die im Vertrag verwendete Belastungsvollmacht ist da-

hingehend beschränkt, dass sie nur vor dem Urkundsnotar oder einem zur gemeinsamen Berufsausübung verbundenen Notar ausgeübt werden kann. Bei einer Beurkundung der Grundschild vor einem anderen als dem Urkundsnotar geht es im Kern um die Frage, ob gegenüber dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO die Eigenschaft als „zur Berufsausübung verbundener“ Notar i. S. d. § 9 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BNotO und damit als Notar i. S. d. Belastungsvollmacht nachzuweisen ist und wie dieser Nachweis ggf. geführt werden kann.

Grundsätzlich müssen gem. § 29 Abs. 1 GBO sämtliche erforderlichen Erklärungen (S. 1) und alle sonstigen Voraussetzungen für die Eintragung (S. 2) durch öffentlich beglaubigte Erklärungen oder öffentliche Urkunden nachgewiesen werden. Für den Nachweis der sonstigen Tatsachen i. S. d. Satzes 2 ist der Nachweis in öffentlicher Urkunde erforderlich, wenn diese Tatsachen nicht offenkundig sind. Es gibt also grundsätzlich zwei Möglichkeiten, die „Hürde“ des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO zu nehmen: Das Bestehen einer Sozietät zwischen ursprünglichem und jetzigem Urkundsnotar wird als **offenkundig** erachtet **oder** die Sozietät wird durch öffentliche Urkunde **nachgewiesen**. Die Offenkundigkeit ist keine weitere Nachweisform, sondern ersetzt gerade den erforderlichen Nachweis (Bayer/Meier-Wehrsdorfer, in: Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 29 Rn. 172).

Ein Nachweis ist mithin entbehrlich, wenn es sich um eine offenkundige Tatsache i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO handelt. Offenkundig sind Tatsachen immer dann, wenn sie verständige Kreise für feststehend halten, weil sie allgemein oder in einem bestimmten örtlichen Umkreis bekannt sind oder weil man sich ihre Kenntnis aus allgemein zugänglichen und zuverlässigen Quellen ohne besondere Sachkunde verschaffen kann; dabei macht es keinen Unterschied, ob die Kenntnis amtlich oder außeramtlich erlangt wird (OLG Frankfurt, Beschl. v. 20.7.2015, BeckRS 2016, 2600, Tz. 10; Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 29 Rn. 60). Nach dieser Definition hat die Rechtsprechung bspw. die Person des Bürgermeisters einer Gemeinde für offenkundig im Sinne der Norm behandelt, da diese ‚ständig in der Öffentlichkeit in dieser Funktion auftritt und wahrgenommen wird‘ (OLG Frankfurt BeckRS 2016, 2600, Tz. 10). Mit der Bürgermeisterstellung dürfte sich die Notarstellung freilich nicht vergleichen lassen, insbesondere ist die Tatsache der Verbindung zur gemeinsamen Berufsausübung nicht ohne Weiteres nach außen erkennbar. Allenfalls regionale Grundbuchämter vor Ort mögen davon Kenntnis haben.

2. Vorliegender Fall

Über einen ähnlichen wie den vorliegenden Fall hatte

jedoch das **Kammergericht** zu entscheiden (RNotZ 2014, 570 = DNotI-Report 2014, 142). Betroffen war nicht der Nachweis zur gemeinsamen Berufsausübung, sondern der Nachweis der **Aktenverwahrung durch einen anderen Notar**. Scheidet ein Notar aus dem Amt aus, gehen rechtsgeschäftlich erteilte und gesetzlich vermutete Vollmachten auf den Aktenverwahrer über (vgl. zum Übergang auf den Amtsnachfolger auch Gutachten DNotI-Report 2005, 177). Der aktenverwahrende Notar kann demnach so handeln, als wären ihm die Vollmachten persönlich erteilt worden. Laut Kammergericht ist die Tatsache, dass der handelnde Notar auch tatsächlich der aktenverwahrende Notar ist, dem Grundbuchamt gegenüber **nicht gesondert nachzuweisen**. Prägnant hat das KG insoweit formuliert (RNotZ 2014, 570, 571):

„Aufgrund seiner besonderen beruflichen Stellung, vgl. § 1 BNotO, kann von einem Notar angenommen werden, dass er sich nicht ohne Auftrag in die Verhältnisse anderer einmisch[t] [...].“

Überträgt man diesen Gedanken auf den vorliegenden Sachverhalt, so ist davon auszugehen, dass der Notar die Grundschild nur entgegennimmt, wenn die behauptete gemeinsame Verbindung zur Berufsausübung tatsächlich besteht.

Auch eine Entscheidung des **OLG Dresden** kann für den vorliegenden Fall fruchtbar gemacht werden (Beschl. v. 16.8.2011, BeckRS 2012, 7480). Sie betrifft die Frage, ob die bevollmächtigten Notariatsmitarbeiter in einer Urkunde namentlich benannt werden müssen. Problematisch ist dabei ebenfalls, wie sich bei späterer Verwendung der Vollmacht die **Eigenschaft als Angestellter des Notars** nachweisen lässt. Ein Nachweis in der Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO wird diesbezüglich regelmäßig nicht existieren. Laut OLG Dresden enthält jedoch die Urkunde, in der der Angestellte von seiner Vollmacht Gebrauch macht, **implizit** den Nachweis, dass die handelnde Person ein Notariatsangestellter des beurkundenden Notars ist. Ein Nachweis dieser Eigenschaft in der Form des § 29 Abs. 1 GBO ist demnach entbehrlich.

Aus den genannten Entscheidungen lässt sich ableiten, dass das Grundbuchamt einer Erklärung des Notars, er werde in einer bestimmten Eigenschaft tätig oder nehme eine Erklärung von einem bei ihm Angestellten entgegen, grundsätzlich vertrauen kann. Unseres Erachtens verhält es sich ebenso, wenn zwei Notare nach außen als **zur Berufsausübung verbundene Notare** auftreten. Nimmt ein Notar aufgrund der Belastungsvollmacht eine Erklärung entgegen und darf er dies nur in seiner Eigenschaft als mit dem anderen Notar

zur gemeinsamen Berufsausübung verbundener Notar, so **enthält dieser Akt selbst die Erklärung**, dass eine entsprechende Verbindung zur Berufsausübung besteht und er damit zur Entgegennahme befugt ist. Ein weiterer Nachweis dieser Verbindung ist dann nicht erforderlich.

Hinzu treten regelmäßig noch **weitere Indizien**, etwa das Handeln unter einem gemeinsamen Briefkopf oder eine gemeinsame Internetpräsenz. Solche Indizien lassen das Bestehen einer Verbindung zur gemeinsamen Berufsausübung – jedenfalls für Kreise, die in ständigem Kontakt mit Notaren stehen, wie eben das Grundbuchamt – als offensichtlich erscheinen. Wäre es anders, so müsste der potentiell zur Berufsausübung verbundene Notar einen enormen Aufwand betreiben, um nach außen als Sozius wahrgenommen zu werden (Erstellung von Briefpapier etc.). Dies ist angesichts der damit einhergehenden geringen Vorteile (Entgegennahme einer Grundschuld) und des enormen persönlichen Haftungsrisikos bei Entgegennahme ohne eine entsprechende Vollmacht unwahrscheinlich und nicht lebensnah. Die rein hypothetische Möglichkeit, dass zwischen N1 und N2 trotz Entgegennahme der Grundschuld tatsächlich keine Sozietät besteht, muss das Grundbuchamt deshalb bei seiner Beurteilung außer Betracht lassen.

Hält man entgegen der hier vertretenen Ansicht einen Nachweis dennoch für erforderlich, so kämen **zwei Nachweismöglichkeiten** in Betracht: Zum einen könnte der **Sozietätsvertrag in öffentlich-beglaubigter Form** vorgelegt werden. Hiergegen spricht jedoch bereits ein gewichtiges Geheimhaltungsinteresse der beteiligten Notare. Regelmäßig werden Sozietätsverträge zudem lediglich privatschriftlich geschlossen, sodass sie in der Grundbuchpraxis nicht nachgewiesen werden können.

Zum anderen: Soweit das **Landesrecht** eine **Genehmigung des Sozietätsvertrags durch die Aufsichtsbehörde** verlangt (vgl. etwa § 3 Abs. 1 S. 2 NotV BY, § 15 Abs. 1 NotVO NRW für hauptberufliche Notare), liegt jedenfalls ein Nachweis über die Genehmigung des Sozietätsvertrags in öffentlicher Form vor, denn die Genehmigungserklärung wird regelmäßig durch die zuständige Aufsichtsbehörde mit entsprechendem Dienstiegel versehen. Die Vorlage dieser Genehmigung könnte dem Grundbuchamt gegenüber als Nachweis für den Zusammenschluss zur gemeinsamen Berufsausübung dienen.

Doch selbst diese beiden Möglichkeiten würden **keinen endgültigen Nachweis** erbringen. Es ist nämlich nicht auszuschließen, dass der Sozietätsvertrag nach Geneh-

migung wieder aufgehoben wurde. Entsprechend wäre nur der Nachweis erbracht, dass ein Sozietätsvertrag zum damaligen Zeitpunkt bestand, im Übrigen wäre bei strenger Betrachtung kein Nachweis i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO gegeben. Im Ergebnis dürfte deshalb die obergerichtliche Rechtsprechung zu vergleichbaren Konstellationen gelten, wonach der Notar einen Nachweis in der Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO durch den Notar nicht führen muss.

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 §§ 1115 Abs. 1, 1192 Abs. 2, 874
Zur Notwendigkeit einer Eintragung der Zeiteinheit von geschuldeten Grundschuldzinsen in das Grundbuch**

Abruf-Nr.:

**EStG § 15
Übertragung von Kommanditanteilen auf die Kinder unter Vorbehalt von Rückforderungsrechten; ertragsteuerliche Anerkennung**

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

HGB § 18 Abs. 1 u. 2; GmbHG §§ 9c, 3 Abs. 1 Nr. 1 u. 2, 4, 11

Ersteintragung der GmbH: Firmenbestandteil „Holding“ erfordert keine Holdingstruktur im Stadium der Vorgesellschaft

Die Firma einer UG (haftungsbeschränkt) mit dem Bestandteil „Holding“ ist nicht deshalb irreführend gem. § 18 Abs. 2 HGB, weil die Gesellschaft im Zeitpunkt der Anmeldung oder Ersteintragung die Merkmale einer Holding tatsächlich noch nicht erfüllt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn zu erwarten ist, dass die Gesellschaft nach ihrer Eintragung und nach Aufnahme ihrer Geschäftstätigkeit als Holding fungieren wird. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Frankfurt, Beschl. v. 16.4.2019 – 20 W 53/18

Problem

Es wurde eine Unternehmergesellschaft mit der Firma „A Holding UG (haftungsbeschränkt)“ gegründet. Der statutarische Unternehmensgegenstand richtet sich auf den „Erwerb, die Verwaltung und die Veräußerung von Beteiligungen an anderen Unternehmen aller Rechtsformen, die Erbringung von Verwaltungs- und Beratungsleistungen für die Beteiligungsunternehmen sowie die Übernahme der persönlichen Haftung und der Geschäftsführung bei anderen Unternehmen, insbesondere bei Kommanditgesellschaften [...]“

Das Registergericht lehnte die Anmeldung auf Eintragung der Gesellschaft wegen unzulässiger Firmierung ab. Zur Begründung führte es an, dass „Holding“ ein „sogenannter geschützter Firmenbestandteil“ sei, für den besondere Vorgaben bestünden, da er besonders schutzbedürftig sei. Die Verwendung des Begriffs impliziere eine „gewisse Regelerwartung im allgemeinen Rechtsverkehr“. Im Fall der angemeldeten Gesellschaft läge die erforderliche Holdingstruktur aber noch nicht vor und es sei ungewiss, ob sie überhaupt zu irgendeinem Zeitpunkt gegeben sein werde. Damit sei eine Irreführung des Rechtsverkehrs i. S. d. § 18 Abs. 2 HGB zu bejahen, auch im Hinblick auf eine gewisse Unternehmensgröße.

Entscheidung

Das OLG Frankfurt hat der Beschwerde der Gesellschaft stattgegeben und den Beschluss des Registergerichts aufgehoben.

Für eine besondere Schutzbedürftigkeit des Firmenbestandteils „Holding“ sieht das OLG keine Anhaltspunkte. Auch um einen gesetzlich vorgesehenen Rechtsformzusatz handele es sich nicht. Die Frage der Zulässigkeit sei somit allein an den Voraussetzungen des § 18 HGB zu messen. Gegen die Kennzeichnungs- und Unterscheidungskraft (§ 18 Abs. 1 HGB) bestünden indes keine Bedenken und für eine Irreführungseignung (§ 18 Abs. 2 HGB) sei nichts ersichtlich.

Die Gesellschaft treffe keine gesetzliche Pflicht, bereits im Zeitraum vor der Ersteintragung (Stadium der Vorgesellschaft) ihre geschäftliche Tätigkeit aufzunehmen, um im Eintragungszeitpunkt die Strukturmerkmale einer „Holding“ zu erfüllen. Dann könne eine derartige Pflicht auch nicht mittelbar dadurch begründet werden, dass eine Geschäftsaufnahme zur Wahrung firmenrechtlicher Anforderungen vorausgesetzt werde. Jedenfalls wenn zu erwarten sei, dass die Gesellschaft nach ihrer Eintragung und der Geschäftsaufnahme genau das tun werde, was ihre Firmierung und ihr Unternehmensgegenstand nach außen erwarten ließen, könne es auf

eine tatsächliche Holdingstruktur im Stadium der Vorgesellschaft nicht ankommen.

Die Bezeichnung „Holding“ sei auch nicht wegen der vom Registergericht angeführten Größenerwartung ersichtlich geeignet, über wesentliche geschäftliche Verhältnisse aus Sicht des betroffenen Verkehrskreises irrezuführen. Eine Holding könne schon gegeben sein, wenn nur ein einziges Unternehmen von der Gesellschaft abhängig sei; „Holding“ sei keine Größenangabe, sondern eine Strukturangabe.

Die Gesellschaft werde sich allerdings an ihrer Behauptung, nach ihrer Eintragung eine Holdingtätigkeit aufzunehmen, messen lassen müssen. Dem Registergericht sei es unbenommen, zu einem späteren Zeitpunkt zu prüfen, ob diese Behauptung tatsächlich umgesetzt worden sei oder ob etwa die Voraussetzungen eines Ordnungsgeldverfahrens (§ 37 Abs. 1 HGB) oder Amtslöschungsverfahrens (§§ 395 Abs. 1, 397 FamFG) vorlägen.

Postvertriebsstück: B 08129

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

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notarassessor Dr. Julius Forschner

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
Mainleite 5, 97340 Marktbreit