

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

24. Jahrgang
November 2016
ISSN 1434-3460

21/2016

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 883, 158, 428 – Sicherung eines aufschiebend bedingten Rückforderungsanspruchs durch Vormerkung

BauGB §§ 11, 124, 127, 129; BayKAG Art. 5a – Erschließungskosten; Folgekostenvertrag; Regimeentscheidung; gemeindlicher Eigenanteil; unentgeltliche Übertragung von Flächen mit Erschließungsanlagen an Gemeinde; städtebaulicher Vertrag

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

GmbHG § 16 Abs. 1 – Intertemporaler Anwendungsbereich von § 16 Abs. 1 GmbHG n. F.

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 883, 158, 428

Sicherung eines aufschiebend bedingten Rückforderungsanspruchs durch Vormerkung

I. Sachverhalt

M übergibt eine Immobilie an S und behält sich unter bestimmten Voraussetzungen die Rückforderung vor. Ein gleiches Recht soll der Ehefrau F des M zustehen, falls diese M überlebt. Daher tritt M sein Rückforderungsrecht für diesen Fall aufschiebend bedingt an die dies annehmende F ab. Es wird bewilligt und beantragt, eine (einzige) Vormerkung für M, bedingt abgetreten an F, in das Grundbuch einzutragen.

Das Grundbuchamt lehnt die Eintragung der F mit der Begründung ab, derzeit sei nur M Inhaber des Rechts.

II. Fragen

1. Bedarf die bedingte Abtretung einer Rückerwerbsvormerkung der ausdrücklichen Eintragung ins Grundbuch?

2. Ändert sich die Rechtslage, wenn M und FMiteigentümer zu je ½ sind und das Recht dem Längstlebenden aufgrund entsprechender Abtretung nach dem Tod des Erstversterbenden allein zustehen soll?

III. Zur Rechtslage

1. Eintragungsfähigkeit der aufschiebend bedingten Abtretung

Die Eintragungsfähigkeit der aufschiebend bedigten Ab-

tretung des Anspruchs und des Rechts aus der Vormerkung im Grundbuch ist umstritten.

In der aktuellen Auflage von *Schöner/Stöber* (Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1516) heißt es:

„Auch eine auflösend bedingte Abtretung des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs kann berichtigend bei der Vormerkung eingetragen werden; nach hM soll dies auch für eine aufschiebend bedingte Abtretung gelten. Dies ist jedoch nicht richtig: eine bedingte Abtretung der Vormerkung ist wegen deren Akzessorietät gar nicht möglich. Die aufschiebend bedingte Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs hat zur Folge, dass erst mit Bedingungseintritt die Forderung und damit die Vormerkung übergehen (§ 401 BGB). Erst zu diesem Zeitpunkt tritt Grundbuchunrichtigkeit ein, die zu berichtigen ist. Eine künftige Grundbuchunrichtigkeit kann jedoch im Grundbuch nicht vermerkt werden. Würde vor Bedingungseintritt der (aufschiebend bedingte) Zessionar als Berechtigter der Vormerkung eingetragen, würde gerade dadurch das Grundbuch unrichtig, da es nicht den gegenwärtigen Anspruchsinhaber und Vormerkungsberechtigten ausweist, sondern (nur) einen noch nicht Berechtigten; dies ist nicht möglich.“

Nach der Rechtsprechung (BayObLG DNotZ 1986, 496; OLG München RNotZ 2011, 420; OLG Jena, Beschl. v. 31.3.2014 – 3 W 82/14, zitiert nach juris) **und** der weiterhin **h. M. in der Literatur** ist demgegenüber auch eine **aufschiebend bedingte Abtretung eines durch Vormerkung gesicherten Anspruchs im Grundbuch eintragbar** (BeckOGK-BGB/Assmann, Std.: 1.7.2016, § 885 Rn. 150.1; Munzig, in: Keller/Munzig, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 20 GBO Rn. 106; Krause, in: Schulze/

Grziwotz/Lauda, Bürgerliches Gesetzbuch, Vertrags- und Prozessformularbuch, 2. Aufl. 2014, § 885 Rn. 10; Staudinger/Gursky, BGB, 2013, § 883 Rn. 347; Monath, RNotZ 2004, 360, 374 Fn. 160; Amann, NotBZ 2005, 1 Fn. 15; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Kap. 4 H Rn. 1937; Berringer, DNotZ 2009, 877, 878; Zeiß, BWNotZ 1980, 15). Die Annahme, vor Bedingungseintritt sei die Abtretung bei der Auflassungsvormerkung nicht eintragbar, ist für die Vertreter dieser Auffassung nicht überzeugend. Es sei allgemein anerkannt, dass nach der Rechtsprechung auch die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines künftigen oder bedingten Anspruchs zulässig sei (BGH DNotZ 1997, 720); insofern bestünden auch gegen die Eintragungsfähigkeit der aufschiebend bedingten Abtretung keine Bedenken (Monath, a. a. O.).

Im Ergebnis entspricht die von *Schöner/Stöber* (a. a. O.) vertretene Ansicht, der sich das Grundbuchamt bislang anschließt, nicht der h. M. in Rechtsprechung und Literatur.

Unseres Erachtens ist die Mindermeinung aus den genannten Gründen nicht überzeugend. Wenn auch ein künftiger Anspruch in das Grundbuch eintragbar ist, kann für die aufschiebend bedingte Abtretung des Anspruchs nichts anderes gelten.

2. Rechtslage bei Miteigentum der Ehegatten

Sind die übergebenden Ehegatten Miteigentümer zu 1/2, so soll ihnen das Rückforderungsrecht in der Regel zusammen zustehen und dem Überlebenden allein. Dann bedarf es der Eintragung als Mitgläubiger nach § 428 BGB, wozu ebenfalls die Eintragung einer Vormerkung genügt. Wird die Vormerkung hingegen für die Ehegatten zu je 1/2 eingetragen, verringert sich das Recht vorbehaltlich einer anderen Regelung beim Tod des einen Ehegatten (vgl. Muster bei Krause, in: Schulze/Grziwotz/Lauda, § 885 Rn. 8, 10).

BauGB §§ 11, 124, 127, 129; BayKAG Art. 5a Erschließungskosten; Folgekostenvertrag; Regimeentscheidung; gemeindlicher Eigenanteil; unentgeltliche Übertragung von Flächen mit Erschließungsanlagen an Gemeinde; städtebaulicher Vertrag

I. Sachverhalt

Es soll ein Grundstückskaufvertrag geschlossen werden, in dem ein Landwirt einer bayrischen Gemeinde einen hälftigen Miteigentumsanteil an einem derzeit landwirtschaftlich genutzten Grundstück verkauft. Das Grundstück liegt in Bayern. Die Gemeinde beabsichtigt, für dieses Grundstück einen Bebauungsplan aufzustellen (der Vertrag enthält diesbezüglich keine unzulässige Verpflichtung). Im Zuge des Grundstückskaufs wird auch eine Vereinbarung zur Auseinandersetzung der Bruchteilsgemeinschaft getroffen. Nach Inkrafttreten des Bebauungsplans soll jedem Bruchteilseigentümer eine seiner hälftigen Beteiligungen entsprechende Baulandfläche zu Alleineigentum zugeteilt werden. Die Erschließung soll voraussichtlich durch die Gemeinde selbst erfolgen.

In dem Grundstückskaufvertrag sollen folgende weitere Vereinbarungen getroffen werden:

Der Landwirt soll sich verpflichten:

a) alle Erschließungskosten im weitesten Sinne im Ver-

hältnis der Fläche der ihm zugeteilten Bauparzellen zur Gesamtfläche des Baugebiets zu tragen,

b) im o. g. Anteilsverhältnis alle sonstigen für die Baureifmachung im weitesten Sinne anfallenden Kosten (auch die Kosten für die Änderung des Flächennutzungsplans, die Aufstellung des Bebauungsplans, die Ausgleichsflächen etc.) zu tragen oder der Gemeinde zu erstatten, ausgenommen die internen Verwaltungskosten der Gemeinde,

c) im Zuge der Auseinandersetzung der Bruchteilsgemeinschaft die öffentlichen Bedarfsflächen (Straßen etc.) unentgeltlich an die Gemeinde zu übertragen.

II. Fragen

1. Sind die vorstehend skizzierten weiteren Vereinbarungen rechtlich zulässig?

2. Insbesondere: Ist im Hinblick auf die bestehende Bruchteilsgemeinschaft (Miteigentümerregelung) eine vertragliche Übernahme des gemeindlichen Eigenanteils gemäß § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB auch dann zulässig, wenn die Gemeinde die Erschließung selbst übernimmt und nicht an einen Erschließungsträger überträgt?

3. Ändert sich die rechtliche Beurteilung, wenn statt eines ideellen Miteigentumsanteils eine Teilfläche des künftigen Baugebiets an die Gemeinde zu Alleineigentum veräußert wird, während der Landwirt die Restfläche in Alleineigentum behält?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeines

Zunächst bedarf es einer **Abgrenzung**, ob der zu schließende Vertrag dem **privaten oder dem öffentlichen Recht** zu unterstellen ist. Für die Abgrenzung kommt es dabei auf den **Gegenstand und den Zweck des Vertrages** an (GmS-OGB NJW 1986, 2359). Werden sowohl zivilrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Vereinbarungen getroffen, so ist auf den **Schwerpunkt der Vereinbarungen** abzustellen (Bonk/Neumann, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 54 Rn. 78).

Auf der einen Seite handelt es sich hier um einen schlichten Grundstückskauf der Gemeinde, also einen rein **zivilrechtlichen Vertrag**. Andererseits werden auch Vereinbarungen zur künftigen Erschließung eines neuen Baugebiets getroffen, da für die Grundstücksfläche ein Bebauungsplan aufgestellt werden soll. Der Landwirt soll sich insbesondere verpflichten, Erschließungskosten und die Kosten der Baureifmachung zu tragen sowie Flächen von Erschließungsanlagen unentgeltlich auf die Gemeinde zu übertragen. Es handelt sich demnach um typische Gegenstände eines städtebaulichen Vertrages i. S. d. § 11 BauGB (n. F.). Es sollen insbesondere Vereinbarungen zu den Kosten i. S. d. § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB getroffen werden. Solche Regelungen sind **öffentlich-rechtlicher Natur**, weil sich die Gemeinde städtebauliche Folgekosten abnehmen lässt (Birk, Städtebauliche Verträge, 5. Aufl. 2013, Rn. 10). Dass die Gemeinde in Vollzug einer Vereinbarung Flächen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben erhält (Erschließungsanlagen), ändert nichts an der öffentlich-rechtlichen Natur (Birk, Rn. 12). Werden nicht nur Regelungen i. S. d. § 11 BauGB getroffen, sondern handelt die Gemeinde auch als Käufer eines Grundstücks, ist im Einzelfall der vorrangige Gegenstand und Zweck des Vertrags zu bestimmen (Birk, Rn. 14). Dort, **wo das Planungsrecht im Vordergrund steht, ist regelmäßig von einem öffentlich-rechtlichen Gegenstand auszuge-**

hen (Birk, Rn. 14; Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt, Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 4. Aufl. 2013, S. 73).

Ob der Vertrag hier dem öffentlichen oder dem privaten Recht zuzuordnen ist, ist also letztlich eine Frage der Auslegung im Einzelfall. Unseres Erachtens handelt es sich mit den eben dargelegten Argumenten um öffentlich-rechtliche Vereinbarungen. Dies ändert natürlich nichts an der Tatsache, dass auch im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages privatrechtliche Regelungen getroffen werden können (Birk, Rn. 8). Selbst wenn der Vertrag dem Privatrecht zuzuordnen wäre, müssten die Regelungen des § 11 BauGB jedenfalls über die §§ 134, 138 BGB beachtet werden; es dürfte sich also auch zivilrechtlich nicht um ein unzulässiges Koppelungsgeschäft handeln (BVerwG DNotZ 1994, 63, 67 f.; Birk, Rn. 15).

Im vorliegenden Fall soll zwar nicht die Durchführung der Erschließung insgesamt oder in Teilen an eine dritte Person (sog. Vorhabenträger) übertragen werden. Vertragspartner eines städtebaulichen Vertrags kann jedoch auch ein einzelner Grundstückseigentümer im vertraglich definierten Erschließungsgebiet sein, dem das ganze Erschließungsgebiet gehört (Birk, Rn. 219).

2. Zulässigkeit eines Kostenübernahmevertrages bei Erschließung durch die Gemeinde in Eigenregie

a) Rechtslage nach Bundesrecht

aa) Alte Rechtslage

Bis zur Änderung der §§ 11 und 124 BauGB durch das Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten und Gemeinden und weiterer Fortentwicklung des Städtebaurechts vom 11. Juni 2013 (BGBl. I S. 1548) wurde überwiegend vertreten, dass die Gemeinde eine **Regimeentscheidung** zu treffen hatte. Sie konnte als Trägerin der Erschließungslast (§ 123 Abs. 1 BauGB) entweder die Erschließung selbst durchführen (**Eigenregie**) und den ihr entstandenen Erschließungsaufwand beitragsmäßig einfordern (hierzu konnten auch Vorauszahlungs- oder Ablösungsvereinbarungen getroffen werden) oder die Erschließung auf einen Dritten übertragen (**Fremdregie**) und insofern eine vertragliche Refinanzierung außerhalb des Abgabenrechts vereinbaren (vgl. Birk, Rn. 180 ff.). Eine **vertragliche Kostenerstattung bei Durchführung der Erschließung in Eigenregie** war nach dieser Rechtslage **nicht zulässig**. Das BVerwG (MittBayNot 2011, 523) vertrat die Ansicht, dass die Regelung über den Erschließungsvertrag in **§ 124 BauGB a. F.** gegenüber derjenigen über die Zulässigkeit und den Gegenstand städtebaulicher Verträge in § 11 BauGB a. F. die **speziellere Norm** sei. Lagen demnach die Voraussetzungen des § 124 BauGB a. F. nicht vor, war ein Rückgriff auf die allgemeine Vorschrift des § 11 BauGB a. F. gesperrt. Dies war insbesondere der Fall, wenn sich die Gemeinde im Erschließungsvertrag umfangreiche Befugnisse vorbehalten hatte, die praktisch auf ein unbeschränktes Recht zur Selbstvornahme hinausliefen (BVerwG MittBayNot 2011, 523). Weiterhin galt zu beachten, dass die Gemeinde nach Ansicht des BVerwG (a. a. O) die Erschließung nicht durch Vertrag auf eine von ihr (ganz oder mehrheitlich) beherrschte Eigengesellschaft übertragen konnte, da es sich bei dieser nicht um einen „Dritten“ i. S. d. § 124 Abs. 1 BauGB a. F. handelte.

bb) Derzeitige Rechtslage

Nach Inkrafttreten des Änderungsgesetzes ist nunmehr **umstritten, ob** eine solche **Regimeentscheidung** der Gemeinde **noch erforderlich ist**. Zuzugeben ist, dass

eine Regimeentscheidung sich nicht gänzlich erübrigt haben kann, muss doch feststehen, ob die Erschließung in Eigenregie oder in Fremdregie durchgeführt wird. Richtigerweise ist danach zu fragen, ob die Gemeinde nunmehr bei der Erschließung in Eigenregie ein **Wahlrecht** hat, die **Erschließungskosten als Beiträge zu verlangen oder einen sog. Kostenübernahmevertrag abzuschließen** (vgl. Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 11 Rn. 21; Battis/Mitschang/Reidt, NVwZ 2013, 961, 964). Während **eine Ansicht** Kostenübernahmeverträge nunmehr für **zulässig** erachtet (Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 11 Rn. 21, 55; Dirnberger, DNotZ 2014, 424, 429 f.; ders., in: Jäde/Dirnberger/Weiss, BauGB, 7. Aufl. 2013, § 11 Rn. 38; Brügelmann/Bank, BauGB, Std.: 89. Erg.-Lfg. 2014, § 11 Rn. 47.6 ff., 47.16; Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt, S. 235; BeckOK-BauGB/Hoffmann, Std.: 25.7.2016, § 11 Rn. 15, 28; wohl auch Grziwotz, in: Beck'sches Notarhandbuch, 6. Aufl. 2015, A. XI. Rn. 25a sowie ders., in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 115. EL 2014, § 11 Rn. 14), steht ein **Teil der Literatur** dem nach wie vor **ablehnend** gegenüber (Birk, Rn. 187a, 256a ff.; Quaas/Kukk, in: Schrödter, BauGB, 8. Aufl. 2015, § 11 Rn. 24; Ewer, NVwZ 2013, 1318, 1320; i. Erg. auch Bier, DVBl 2013, 541, 546). Es würde sich neben dem „Erschließungsvertrag“ (so die überholte Terminologie des § 124 BauGB a. F.) und dem Beitragsrecht (§§ 127 ff. BauGB) um einen dritten Weg zur Refinanzierung von Erschließungsmaßnahmen handeln (vgl. BVerwG MittBayNot 2011, 523, 526).

Die Ansicht, die weiterhin die Zulässigkeit von Kostenübernahmeverträgen bei Erschließung in Eigenregie ablehnt, stützt sich überwiegend auf die **mangelnde Gesetzgebungskompetenz des Bundes** und beruft sich auf eine Entscheidung des BVerwG (ZfBR 2013, 259 ff.) zur Rechtslage vor Änderung der §§ 11 und 124 BauGB. Dort führt dieses aus (Hervorhebungen durch das DNotI):

„Der Senat lässt offen, ob – mit Blick auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes – schon die verfassungskonforme Auslegung des § 11 Absatz 1 Satz 2 Nr. 3 BauGB es ausschließt, ihm die erforderliche Ermächtigungsgrundlage zum Abschluss eines Vertrages der hier vorliegenden Art zu entnehmen. In Betracht kommt insoweit nur die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für das ‚Bodenrecht‘ (Art. 74 Absatz 1 Nr. 18 GG). Zu dieser Materie gehören solche Vorschriften, die den Grund und Boden unmittelbar zum Gegenstand rechtlicher Ordnung haben, insbesondere das Städtebaurecht. Darin eingeschlossen ist das Erschließungsrecht, dessen Vollzug die Realisierung städtebaulicher Planungen überhaupt erst ermöglicht (BVerfG, Beschluss vom 8. November 1972 – 1 BvL 15/68 u. a. – BVerfGE 34, 139, 144 f.; Oeter, in: v. Mangoldt/Klein, GG, 6. Auflage 2010, Art. 74 Rn. 129); ausgenommen von der Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für das Bodenrecht ist neben dem Kommunalabgabenrecht allerdings – seit 1994 – das Recht der Erschließungsbeiträge.

Der Senat hat bereits entschieden, dass der Bund trotz der die Erschließungsbeiträge erfassenden Kompetenzbeschränkung weiterhin befugt ist, unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Erschließungsrechts zu vertraglichen Regelungen über ‚Erschließungskosten‘ (§ 124 Absatz 2 BauGB) zu ermächtigen. Diese Gesetzgebungskompetenz besteht unabhängig davon, ob die den Gegenstand des Vertrages bildenden Erschließungsanlagen nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähig sind oder nicht (BVerwG, Urteil vom 10. August 2011 – Aktenzeichen 9 C 6.10 –

BVerwGE 140, 209). In Bezug auf die Erschließungskosten des § 124 Absatz 2 BauGB erlaubt das Gesetz die Überbürdung auch solcher Aufwendungen, die die Gemeinde im Beitragsweg nicht hätte abrechnen können (BVerwG, Urteil vom 10. August 2011 a. a. O.). Dies mag dafür sprechen, dass der **Bundesgesetzgeber auch im Zusammenhang mit einem Folgekostenvertrag die Gemeinden ermächtigen kann, Kosten jenseits des beitragsfähigen Aufwandes, soweit sie Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens sind, vertraglich abzuwälzen.** Auch unter dieser Prämisse ist aber **fraglich, ob die Regelungskompetenz des Bundes eine Vertragsgestaltung abdeckt, die – im Falle einer nach Landesrecht beitragsfähigen Erschließungsanlage – den Beitragsanspruch nicht lediglich dadurch ergänzt, dass der durch den Beitrag nicht gedeckte Aufwand (,Kostenspitzen‘) vertraglich abgewälzt wird, sondern – wie hier – einen vertraglichen Zahlungsanspruch neben den nach Landesrecht entstandenen Beitragsanspruch stellt.** Indem der zwischen den Beteiligten geschlossene Vertrag der Kl. ein Wahlrecht einräumt, anstelle der Beitragsfestsetzung den vertraglichen Zahlungsanspruch zu verfolgen, dürfte er das Sachgebiet des Bodenrechts verlassen und das Kommunalabgabenrecht berühren, welches der Gesetzgebungskompetenz des Bundes verschlossen ist.“

(BVerwG ZfBR 2013, 259, 260 f.)

Träfe dies zu, so wäre § 11 BauGB n. F. wohl verfassungskonform so auszulegen, dass Kostenübernahmeverträge nicht von der Vorschrift gedeckt sind, da die Vorschrift andernfalls mangels Gesetzgebungskompetenz verfassungswidrig wäre (vgl. BVerwG ZfBR 2013, 259, 260).

cc) Unzulässigkeit von Kostenübernahmeverträgen

Insbesondere hat sich auch der Vorsitzende des für Abgabenrecht zuständigen 9. Revisions-Senats des BVerwG Bier (DVBl 2013, 541, 546) kritisch geäußert. Tritt ein vertraglicher Zahlungsanspruch neben den nach Landesrecht entstandenen Beitragsanspruch oder ersetzt ein solcher diesen, spricht seiner Ansicht nach einiges dafür, dass das Sachgebiet des Bodenrechts (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG) verlassen wurde und das Erschließungsbeitragsrecht bzw. Kommunalabgabenrecht berührt ist, welches der Gesetzgebungskompetenz des Bundes verschlossen ist.

Teilweise stellt das BVerwG (NVwZ-RR 2013, 479, 480) in seiner Rechtsprechung auch darauf ab, dass aus § 123 Abs. 1 BauGB ein Verbot der vertraglichen Refinanzierung bei Erschließung in Eigenregie folge. Dieser Vorschrift lasse sich die Schutzfunktion des Erschließungsbeitragsrechts entnehmen (BVerwG NVwZ-RR 2013, 479, 480). Ob dieses Argument auch vor dem Hintergrund der gesetzlichen Neuregelung noch tragfähig ist, darf bezweifelt werden. Schließlich hat der Gesetzgeber der einschränkenden Auslegung der §§ 11, 124 BauGB a. F. ausdrücklich eine Absage erteilt.

dd) Zulässigkeit von Kostenübernahmeverträgen

Die Literatur geht demgegenüber überwiegend von einer bestehenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus (eingehend Brügelmann/Bank, BauGB, § 11 Rn. 47.7 ff.; BeckOK-BauGB/Hoffmann, § 11 Rn. 28.1; Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt, S. 235). Jedenfalls ergebe sich eine solche Kompetenz **kraft Sachzusammenhangs** (Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt, S. 236).

Für die Zulässigkeit solcher Kostenübernahmeverträge spricht, sofern man eine Gesetzgebungskompetenz des

Bundes bejaht, dass der Gesetzgeber den **Begriff der „städtebaulichen Maßnahme“ in § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Nr. 3 BauGB im gleichen Sinne verstanden** wissen will (BT-Drs. 17/11468, S. 18). Die beispielhafte Aufzählung in Nr. 1 enthält dabei u. a. die Kosten für die Erschließung durch nach Bundes- oder Landesrecht beitragsfähige sowie nicht beitragsfähige Erschließungsanlagen. Auch die Erschließungskosten können demnach Gegenstand eines Folgekostenvertrages i. S. d. Nr. 3 sein (Brügelmann/Bank, BauGB, § 11 Rn. 47.6).

Auch **§ 127 BauGB steht der Zulässigkeit nicht entgegen.** Die Bedenken des BVerwG (MittBayNot 2011, 523, 526) leiten sich aus der Gesetzgebungsgeschichte zu § 11 BauGB a. F. ab. Dies kann nun, nach der gesetzlichen Neuregelung, kein tragfähiges Argument mehr sein (Brügelmann/Bank, BauGB, § 11 Rn. 47.11; a. A. Quaas/Kukk, in: Schrödter, § 11 Rn. 47; Ewer, NVwZ 2013, 1318, 1319 f.). § 11 BauGB verdrängt § 127 BauGB als die speziellere Vorschrift (vgl. Brügelmann/Bank, BauGB, § 11 Rn. 47.11).

Die Regelung des **§ 11 Abs. 1 S. 3 BauGB** spricht ebenfalls für dieses Ergebnis. Hiernach kann die Gemeinde auch städtebauliche Verträge mit einer juristischen Person abschließen, an der sie selbst beteiligt ist (sog. Eigengesellschaft). Mit der Übertragung der Erschließung auf eine kommunale Eigengesellschaft haben die Gemeinden in der Vergangenheit versucht, aus Gründen der Kostenersparnis den im Beitragsrecht zwingenden gemeindlichen Eigenanteil (§ 129 Abs. 1 S. 3 BauGB) zu vermeiden (Grziwotz, DNotZ 2015, 246, 258). Dass der Gesetzgeber dieses Vorgehen nun – entgegen der Rechtsprechung des BVerwG – gebilligt hat, spricht dafür, eine Regimeentscheidung i. o. g. Sinn nicht mehr für erforderlich zu halten.

Auch die **Verlagerung des Regelungsgehalts des § 124 Abs. 2 S. 3 BauGB a. F.** spricht für diese Ansicht. Hiernach konnte die Gemeinde im Erschließungsvertrag ihren Eigenanteil nach § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB auf den Erschließungsträger abwälzen. Diese Regelung wurde in § 11 Abs. 2 S. 3 BauGB übernommen. Damit wurde klargestellt, dass eine Kostenbeteiligung der Gemeinde nicht erforderlich ist (vgl. BeckOK-BauGB/Hoffmann, § 11 Rn. 15.4; Bracher/Reidt/Schiller, Bauplanungsrecht, 8. Aufl. 2014, Rn. 1140; Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, § 11 Rn. 36 f.; vgl. auch BVerwG NVwZ 2011, 690, 693 zur Reaktion des Gesetzgebers auf die ältere Rechtsprechung, wonach die Gemeinde ihren 10%igen Eigenanteil nicht im Wege eines Erschließungsvertrages auf den Erschließungsträger abwälzen dürfte). Die Verpflichtung zur Tragung eines Gemeindeanteils gilt nur noch für Erschließungsverträge, die vor dem 1.5.1993 abgeschlossen worden sind (§ 242 Abs. 8 S. 2 i. V. m. § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB). Nach der Gesetzesbegründung, sollte durch Satz 3 ausdrücklich geregelt werden, dass eine **Eigenbeteiligung der Gemeinde nicht erforderlich ist, wenn der Vertragspartner Kosten oder sonstige Aufwendungen trägt oder übernimmt** (BT-Drs. 17/11468, S. 13). Angeknüpft wird nur an den „Vertragspartner“, nicht jedoch an den „Erschließungs- oder Vorhabenträger“. Deutlich wird hieraus das Ziel des Gesetzgebers, den Handlungsspielraum der Kommunen zu erweitern (BT-Drs. 17/11468, S. 10).

Auch das Argument, dass über eine einmal entstandene Beitragspflicht keine vertragliche Regelung getroffen werden könne, trägt nicht. Wegen der vertraglichen Kostenübernahme sind gar keine „nicht anderweitig ge-

decken Aufwendungen“ (§ 127 Abs. 1 BauGB) für die Gemeinde entstanden (Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt, S. 236; BeckOK-BauGB/Hoffmann, § 11 Rn. 28).

ee) Kostentragungspflicht im Einzelfall

Auch wenn man der letztgenannten Ansicht folgt und davon ausgeht, dass eine vollständige Tragung der Erschließungskosten, inklusive des gemeindlichen Eigenanteils, vertraglich vereinbar ist, schließt dies allerdings nicht aus, dass sich die **Gemeinde ausnahmsweise** im Einzelfall **zur Wahrung der Angemessenheit i. S. v. § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB an den Kosten für städtebauliche Maßnahmen zu beteiligen** hat (Battis/Krautzberger/Löhr, § 11 Rn. 37, 75; BeckOK-BauGB/Hoffmann, § 11 Rn. 45; Grziwotz, in: Beck'sches Notarhandbuch, A.XI. Rn. 24). Auch den Grundsatz der **Abgabengleichheit** gilt es bei einer solchen Regelung zu beachten (vgl. Ernst/Grziwotz, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Std.: 93. Erg.-Lfg. 2009, § 129 Rn. 25).

b) Landesrechtliche Sondersituation

Fraglich ist jedoch, ob sich nicht **landesrechtlich in Bayern die Situation anders** darstellt (vgl. Dirnberger, MittBayNot 2011, 529). Der bayerische Landesgesetzgeber hat mit Art. 5a Abs. 1 KAG das Erschließungsbeitragsrecht der §§ 127 ff. BauGB in das Landesrecht übernommen (§ 125a Abs. 1 S. 2 GG; vgl. BVerwG MittBayNot 2003, 241; Driehaus, Erschließungs- und Ausbaubeiträge, 9. Aufl. 2012, § 1 Rn. 14). Zuletzt hat der Gesetzgeber Korrekturen in Art. 5a BayKAG mit dem Änderungsgesetz zum Kommunalabgabengesetz (KAG) vorgenommen (GVBl. 2016, S. 36; hierzu auch Knöpfle, Kommunalpraxis BY 2016, 191 ff.; Rottenwallner, NVwZ 2016, 1290 ff.). Art. 5a Abs. 4 BayKAG (vormals Art. 5 Abs. 2 BayKAG) ordnet an, dass die **vertragliche Übernahme erschließungsbeitragsfähiger Aufwendungen auch im Rahmen städtebaulicher Verträge möglich** ist und § 11 BauGB insofern entsprechend gilt.

Es handelt sich dabei nicht um eine landesgesetzgeberische Klarstellung zu einer bundesrechtlichen Norm, wozu auch die Kompetenz fehlen würde, sondern wohl um eine **landesgesetzgeberische Zulassung von Verträgen** im Recht der leistungsgebundenen Beiträge, der Straßenausbaubeiträge, der Erschließungsbeiträge und der Kostenersatzung für Grundstücksanschlüsse unter Verweisung auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 11 BauGB (Grziwotz, MittBayNot 2003, 200, 203; ders., in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Std.: 110. Erg.-Lfg. 2013, § 11 Rn. 315; BeckOK-BauGB/Hoffmann, § 11 Rn. 28.1). Damit wird dem vom BVerwG (ZfBR 2013, 259 f.) propagierten Erfordernis einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung der Zulässigkeit von Vereinbarungen im Abgabenrecht Rechnung getragen.

Bislang war zweifelhaft, ob der Landesgesetzgeber zu dieser gesetzlichen Anordnung die Kompetenz besaß (Grziwotz, MittBayNot 2003, 200, 203). Berücksichtigt man die vom BVerwG (MittBayNot 2011, 523) angenommene Spezialität des § 124 BauGB a. F. zu § 11 BauGB a. F. und ordnet man § 124 BauGB a. F. aufgrund seiner systematischen Stellung dem Erschließungsrecht zu, so würde die landesgesetzgeberische Kompetenz fehlen (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG). Dieser Annahme wurde durch die Gesetzesänderung eine Absage erteilt (Dirnberger, DNotZ 2014, 424, 429) und damit diesem Argument durch Integrierung des § 124 BauGB a. F. in § 11 BauGB n. F. der Boden entzogen. Obwohl ausdrückliche Stellungnahmen hier noch aus-

stehen, scheint es uns richtig, die **vertragliche Erhebung auch der beitragsfähigen Kosten als dritte Möglichkeit der gemeindlichen Refinanzierung in Bayern anzuerkennen**.

Dass eine solche landesgesetzliche Regelung wohl zulässig ist, hat auch das BVerwG in einem Urteil angedeutet (ZfBR 2013, 259, 261). Jedenfalls kann dem wohl nicht mit dem im Schrifttum vertretenen Argument der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes entgegengetreten werden (vgl. Ewer, NVwZ 2013, 1318, 1320). Die Zulässigkeit des Kostenübernahmevertrages ergibt sich nämlich – jedenfalls auch – aus dem Landesrecht, indem Art. 5a Abs. 2 BayKAG solche Kostenübernahmeverträge ausdrücklich zulässt und für die Zulässigkeitsvoraussetzungen auf § 11 BauGB verweist. Die **Tragung des gemeindlichen Eigenanteils** nach § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB ist demnach wohl **nicht mehr zwingend** (Grziwotz, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 11 Rn. 364) und dürfte nur noch im Rahmen der Angemessenheitskontrolle nach § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB beachtlich sein.

3. Kriterium der Kausalität (§ 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB)

Der in § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 geregelte Kausalitätsgrundsatz ist von zentraler Bedeutung für die Vertragsgestaltung bei Kostenübernahmen durch Private (BeckOK-BauGB/Hoffmann, § 11 Rn. 42). Es kann demnach die Übernahme von Kosten oder sonstigen Aufwendungen vereinbart werden, die der Gemeinde für städtebauliche Maßnahmen entstehen oder entstanden sind, und die Voraussetzung oder Folge des geplanten Vorhabens sind. Die Kausalität enthält danach sowohl eine zeitliche als auch eine sachliche Komponente (BeckOK-BauGB/Hoffmann, § 11 Rn. 43). Ob diese kausale Veranlassung vorliegt, ist für jeden Kostenpunkt einzeln zu beurteilen. Jedenfalls hinsichtlich der vorliegenden Kostenpositionen dürften hier wenig Zweifel aufkommen.

4. Zulässigkeit der Regelungen im Einzelnen

a) Verpflichtung zur Tragung aller Kosten für die Baureifmachung

Der Landwirt soll auch die sonstigen Kosten für die Baureifmachung im weitesten Sinne tragen. Es handelt sich dabei um einen sog. **Folgelastenvertrag**. Folgelasten sind Kosten, die der Gemeinde durch bestimmte städtebauliche Maßnahmen (z. B. Ausweisung neuer Baugebiete) für notwendige, durch eben diese städtebaulichen Maßnahmen veranlasste Infrastrukturen entstehen und die nicht durch gesetzlich vorgesehene Refinanzierungsinstrumente (z. B. Beiträge oder Gebühren) direkt von den begünstigten Grundstückseigentümern oder Nutzern eingefordert werden können (OVG Koblenz DNotZ 2015, 376, 377 m. Anm. Grziwotz; Birk, Rn. 694). Ein solcher Folgekostenvertrag kann auch mit den Eigentümern der Grundstücke im Plangebiet geschlossen werden, welche nicht beabsichtigen, selbst im Plangebiet auf der Grundlage des zu schaffenden Bebauungsplans zu bauen. Die Eigentümer können sich zulässigerweise zur Übernahme von mit der Baulandentwicklung verbundenen Aufwendungen der Gemeinde verpflichten (Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt, S. 195).

Grziwotz führt insofern aus:

„Bereits § 11 I 2 Nr. 1 BauGB enthält hinsichtlich der Vorbereitung und Durchführung städtebaulicher Maßnahmen durch den Vorhabenträger auch die Übernahme der da-

mit zusammenhängenden Kosten. § 11 I 2 Nr. 3 BauGB ist insoweit die allgemeine Erstattungsvorschrift von Aufwendungen für städtebauliche Maßnahmen. Zu ihnen gehören neben den ‚klassischen‘ **Folgekosten** z. B. auch Aufwendungen für naturschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen, die Baureifmachung, die Boden-sanierung und nach wohl überwiegender Ansicht (vgl. Rn. 26) auch für Erschließungsmaßnahmen. Auch die Übernahme verwaltungsinterner Kosten ist zulässig (BVerwG DNotZ 2006, 905; Vierling DNotZ 2006, 891). Maßstab ist, ob die den geforderten Kosten zugrunde liegenden Maßnahmen auch auf außenstehende Private hätten übertragen werden können. Demnach sind auch verwaltungsinterne Kosten für die Erstellung von Planentwürfen und für die technische Vorbereitung von Verfahrensschritten übernahmefähig (Dirnberger BayGT 2006, 90, 92). Von der Abwälzbarkeit ausgenommen sind die Kosten für Aufgaben, die die Gemeinde zwingend durch eigenes Personal wahrnehmen muss. Im Vertrag müssen die **abwälzbaren Kosten hinreichend konkret beschrieben** und der **tatsächliche Aufwand** (z. B. zeitlicher Umfang der Planzeichnung) **dargelegt** werden; eine Pauschale, insbesondere in Höhe eines Angebots eines Architekten, ist nicht zulässig.“

(Grziwotz, in: Beck'sches Notarhandbuch, A.XI. Rn. 25a, mit Hervorhebungen durch das DNotI; zum Ganzen eingehend Birk, Rn. 510-560).

Auch insofern dürften die vorliegend avisierten Vereinbarungen zulässig sein, sofern die vorstehenden Anforderungen eingehalten werden.

b) Verpflichtung zur Tragung der Erschließungskosten für die Fläche der zugeteilten Bauparzellen

Bejaht man die Zulässigkeit eines reinen Kostenübernahmevertrags, so kann der Landwirt vertraglich verpflichtet werden, die Erschließungskosten für die Fläche der zugeteilten Bauparzelle zu tragen, obwohl die Gemeinde die Erschließung in Eigenregie durchführt. Der vertraglichen Vereinbarung zugänglich sind sowohl beitragsfähige, als auch nicht beitragsfähige Aufwendungen (Bier, DVBl. 2013, 541, 545 m. w. N.). In jedem Fall erforderlich ist jedoch aus Gründen der Abgabengleichheit, wie bei Folgekosten, eine hinreichend **konkrete Bezifferung und Darlegung**.

c) Verpflichtung, die öffentlichen Bedarfsflächen bei Auseinandersetzung der Bruchteilsgemeinschaft unentgeltlich an die Gemeinde zu übertragen

Die Literatur geht einhellig davon aus, dass sich die Vertragspartei eines städtebaulichen Vertrages zur Übertragung des Eigentums an den Flächen der Erschließungsanlagen, die nicht im Eigentum der Gemeinde stehen, verpflichten kann (vgl. nur Birk, Rn. 84, 311; Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt, S. 24, 270 f.; Ewer, NVwZ 2013, 1318, 1319). Eine solche Vereinbarung dürfte jedenfalls unter den Voraussetzungen zulässig sein, unter denen die Übernahme von Folgekosten i. S. d. § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BauGB zulässig ist (Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt, S. 82). Schließlich erlaubt § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 Hs. 2 BauGB ausdrücklich die Einbeziehung der Bereitstellung von Grundstücken in den Folgekostenvertrag (Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt, S. 195). Im Übrigen könnten die Kosten für den Erwerb der Flächen für Erschließungsanlagen auch nach § 128 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB als Erschließungsaufwand geltend gemacht und damit auf die Eigentümer umgelegt werden.

5. Angemessenheit (§ 11 Abs. 2 S. 1 BauGB) und verbundene Koppelung (Art. 56 Abs. 1 S. 2 BayVwVfG)

a) Angemessenheit

Die vereinbarten Leistungen müssen den gesamten Umständen nach angemessen sein (§ 11 Abs. 2 S. 1 BauGB; allg. dazu Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt, S. 260 f.). Insgesamt haben die Gemeinden im Rahmen von Ankaufverfahren darauf zu achten, dass die den Eigentümern abverlangten Leistungen (z. B. Flächenabtretungen, Preisvereinbarungen) angemessen bleiben (Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt, S. 74). In aller Regel wird man sich für Flächenabtretungen wohl an der 30 %-Grenze des zulässigen Flächenbeitrags im Umlegungsverfahren (§§ 55 Abs. 2, 57, 58 Abs. 1 S. 2 BauGB) als Regelgrenze orientieren können (vgl. Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt, S. 81). Insgesamt kann als Anhaltspunkt für die Beurteilung der Angemessenheit der im städtebaulichen Vertrag vereinbarten Leistungen die dem privaten Vertragspartner nach Abzug der von ihm zu erbringenden Leistungen noch verbleibende, durch die Bauleitplanung zu erwartende Bodenwertsteigerung („Planungsgewinn“) herangezogen werden (BeckOK-BauGB/Hoffmann, § 11 Rn. 46).

b) Koppelungsverbot

Weiterhin müssen die Leistungen nach den gesamten Umständen in einem sachlichen Zusammenhang stehen (sog. Koppelungsverbot; vgl. OVG Koblenz DNotZ 2015, 376, 377 m. Anm. Grziwotz; Dirnberger, DNotZ 2014, 424, 430). Das Koppelungsverbot besteht aus zwei Elementen: Zum einen darf durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag nichts miteinander verknüpft werden, was nicht ohnehin schon in einem „inneren Zusammenhang“ steht. Zum anderen dürfen hoheitliche Entscheidungen ohne entsprechend gesetzliche Ermächtigung nicht von wirtschaftlichen Gegenleistungen abhängig gemacht werden, es sei denn, erst die Gegenleistung beseitigt ein der Entscheidung entgegenstehendes rechtliches Hindernis (BeckOK-BauGB/Hoffmann, § 11 Rn. 38).

Im Bereich der Kostenübernahmeverträge gilt das Koppelungsverbot nur in modifizierter Form (BeckOK-BauGB/Hoffmann, § 11 Rn. 41). Es handelt sich bei Folgekostenvereinbarungen nicht um einen „Verkauf von Hoheitsakten“, weil es nicht zu einem echten Leistungsaustausch zwischen der Gemeinde und dem Privaten kommt, sondern um eine Art Aufwendungsersatz für Folgekosten, die ursächlich mit der konkreten Planung zusammenhängen und auf diese bezogen sind (BVerwG NJW 1973, 1895, 1897 f.).

Ob die vorgenannten Kriterien erfüllt sind, ist eine Frage der Auslegung im Einzelfall.

6. Zulässigkeit der Vereinbarungen bei entstehender Miteigentümergeinschaft

Zu der Frage, ob unterschiedliche Anforderungen einzuhalten sind, je nachdem ob die Gemeinde Alleineigentümerin einer Teilfläche wird oder sie und der Landwirt zunächst Miteigentümer werden, konnte in der Literatur keine Stellungnahme aufgefunden werden. Evidenterweise gehen alle Fundstellen davon aus, dass die Gemeinde zu Alleineigentum erwirbt. U. E. dürften sich die Ausführungen in der Literatur **auch auf die Fälle des Miteigentums der Gemeinde ohne Weiteres übertragen lassen**. Problematisch könnte jedoch sein, ob die Beitragspflicht für ein Grundstück im Miteigentum der Gemeinde und des Landwirts so gespalten werden kann, dass sie für einen Miteigentumsanteil entsteht, für einen anderen je-

doch nicht, und wie sich insofern die Auseinandersetzung der Bruchteilsgemeinschaft auswirkt. Vorzugswürdig erscheint daher, sofern dies realisierbar ist, der Abschluss eines Teilflächenkaufvertrages.

7. Zusammenfassung

U. E. dürften die anvisierten Vereinbarungen zulässig sein. Rechtsprechung zu dieser Problematik liegt angesichts der erst jüngst erfolgten Gesetzesänderung jedoch noch nicht vor und auch das Bild in der Literatur ist uneinheitlich. Selbst wenn man die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Zulässigkeit von städtebaulichen Kostenübernahmeverträgen verneint, wäre der Vertrag wohl aufgrund der Ermächtigung in Art. 5a Abs. 2 BayKAG mit den gesetzlichen Bestimmungen vereinbar.

Zu erwägen ist in jedem Fall aus Gründen der notariellen Vorsicht, die Tragung der Erschließungskosten im Vertrag nur insofern zu regeln, als es sich dabei um nicht beitragsfähigen Erschließungsaufwand handelt (dieser ist folgelastfähig; vgl. Birk, Rn. 256d) und die Erschließungskosten im Übrigen von der Gemeinde durch Beitragsbescheid geltend machen zu lassen. Dies wäre wiederum nur unter Berücksichtigung des § 129 Abs. 1 S. 3 BauGB und damit unter Berücksichtigung des gemeindlichen Eigenanteils von mindestens 10 % möglich.

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.

BauGB §§ 45, 61; BGB § 311b
Begründung eines Ankaufs- und Benennungsrechts im amtlichen Umlegungsverfahren
Abruf-Nr.:

MaBV §§ 1, 3, 7; BGB §§ 305 ff.
Verkauf von erschlossenen Grundstücken durch Erschließungsträger; Anwendbarkeit der MaBV; zivilrechtliches Vorleistungsverbot
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

GmbHG § 16 Abs. 1
Intertemporaler Anwendungsbereich von § 16 Abs. 1 GmbHG n. F.

§ 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG in der seit dem 1.11.2008 geltenden Fassung ist nicht anwendbar auf Veränderungen in den Personen der Gesellschafter aus der Zeit vor dem 1.11.2008, wenn die Veränderung der Person des Gesellschafters i. S. v. § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG a. F. vor dem 1.11.2008 angemeldet worden ist. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Dresden, Beschl. v. 1.6.2016 – 17 W 289/16

Problem

§ 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG n. F. bestimmt, dass im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung im Verhältnis zur Gesellschaft als Inhaber eines Geschäftsanteils nur gilt, wer als solcher in die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) eingetragen ist. Nach früherem Recht, vor Inkrafttreten des MoMiG zum 1.11.2008, knüpfte die relative Gesellschafterstellung des Erwerbers im Rahmen einer rechtsgeschäftlichen Veräußerung ausschließlich daran, dass der Erwerb unter Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft angemeldet wurde; die Gesellschafterliste hatte keine Rechtsscheinwirkung. Seit der Neufassung begründet die Vorschrift demgegenüber (auch) die unwiderlegliche Vermutung, dass der gemäß Abs. 1 legitimierte Gesellschafter im Verhältnis zur Gesellschaft unabhängig von der materiellen Rechtslage Gesellschafter ist. Entscheidend für die Ausübung der Gesellschafterrechte, insbesondere des Rechts zur Teilnahme an Gesellschafterversammlungen und des Stimmrechts, ist daher allein die formelle Legitimation des Gesellschafters aus der Gesellschafterliste.

Die Entscheidung behandelt die Frage, **ob** ab Inkrafttreten des MoMiG **für die relative Gesellschafterstellung bis zur Einreichung einer neuen Liste noch das frühere System** der Anmeldung bei der GmbH **gilt oder bereits das Listensystem** auf Basis der zuletzt eingereichten Gesellschafterliste aus früherer Zeit (mithin vor dem 1.11.2008). Anders als bei § 16 Abs. 3 GmbHG, fehlt eine § 3 Abs. 3 EGGmbHG vergleichbare Übergangsregelung. Die Frage hat **hohe Praxisrelevanz** und ist bislang nicht höchstrichterlich geklärt.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Bei einer 1994 gegründeten GmbH hatte der Geschäftsführer vor dem streitgegenständlichen Anmeldeverfahren zuletzt 1998 eine Gesellschafterliste zur Aufnahme in das Handelsregister eingereicht. Vor November 2008 gab es Veränderungen im Gesellschafterbestand, die der Gesellschaft entsprechend den Vorgaben des § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. angemeldet wurden. Der Geschäftsführer hatte jedoch im Nachgang – objektiv pflichtwidrig – keine korrigierte Gesellschafterliste an das Registergericht übermittelt. Im Jahr 2014 beschloss die Gesellschafterversammlung verschiedene Satzungsänderungen unter Mitwirkung der neuen Gesellschafter, die Anfang 2016 zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet wurden. Das Registergericht wies die Anmeldung mit der Begründung zurück, an der Beschlussfassung hätten nicht legitimierte Gesellschafter i. S. d. § 16 Abs. 1 GmbHG n. F. mitgewirkt. Das Amtsgericht half der hiergegen eingelegten Beschwerde nicht ab.

Entscheidung

Die Beschwerde vor dem OLG Dresden hat Erfolg.

Eingangs stellt das Gericht fest, dass **alle an der Beschlussfassung Beteiligten vor Inkrafttreten des MoMiG als Gesellschafter i. S. d. § 16 Abs. 1 GmbHG a. F.** galten, da die Anteilsübertragungen ordnungsgemäß bei der Gesellschaft angemeldet worden waren. An der relativen Gesellschafterstellung der Erwerber habe sich durch Inkrafttreten der Neufassung zum 1.11.2008 nichts geändert, da sich die Neuregelung in Satz 1 nicht auf Veränderungen erstrecke, die schon vor dem 1.11.2008 bei der Gesellschaft ordnungsgemäß angemeldet worden seien, aber nachfolgend nicht zu einer Aktualisierung der Gesellschafterliste geführt hätten.

Zur Begründung dieser Auffassung setzt sich das Gericht zunächst mit dem Streitstand zum intertemporalen Anwendungsbereich des § 16 GmbHG n. F. auseinander. Dabei stellt der Senat fest, dass sich die überwiegende Ansicht im **Schrifttum** mit z. T. umfangreicher und in weiten Teilen überzeugender Begründung **gegen eine Einschränkung** auf Veränderungen nach Inkrafttreten des MoMiG ausspricht. Demgegenüber habe das **LG München** mit Teilen der Literatur in der – soweit ersichtlich – einzigen veröffentlichten Entscheidung den **gegenteiligen Standpunkt** eingenommen.

Das **OLG Dresden** schließt sich der **letztgenannten Auffassung** zumindest für jene Fälle an, bei denen die **relative Gesellschafterstellung bereits vor Inkrafttreten des MoMiG begründet** worden war. Zwar sei der Wortlaut der Vorschrift nicht eindeutig. Die Entstehungsgeschichte spreche jedoch gegen eine Erstreckung auf ordnungsgemäß angemeldete, nicht in der Gesellschafterliste verlautbarte Veränderungen im Gesellschafterbestand. Der Gesetzgeber habe bewusst auf eine besondere Übergangsregel oder ausdrückliche Äußerung im Gesetzgebungsverfahren verzichtet, weil aus seiner Sicht die Neuregelung „selbstverständlich nicht im Falle ‚alter‘ [...] Veränderungen relevant sein“ solle.

Diese Ansicht werde auch durch einen **Vergleich** mit der Vorschrift des **§ 40 Abs. 2 GmbHG n. F.** bestätigt, bei der nach allgemeiner Ansicht keine (nachträgliche) Pflicht des Notars zur Listeneinreichung für Anteilsabtretungen vor Inkrafttreten des MoMiG bestehe.

Zudem sprächen Existenz und Inhalt der Übergangsvorschrift des § 3 Abs. 3 EGGmbHG bezüglich der Möglichkeit des

gutgläubigen Anteilserwerbs nicht gegen, sondern für eine einschränkende Auslegung des § 16 Abs. 1 GmbHG. Dem Gesetzgeber könne nicht unterstellt werden, in puncto relativer Gesellschafterstellung – anders als bei § 16 Abs. 3 GmbHG – unangemessene Härten aufgrund nachlässiger Führung der Gesellschafterliste entstehen lassen zu wollen. Vielmehr sei **bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten**, von denen eine ganz oder teilweise zur Verfassungswidrigkeit der Norm führe, **der verfassungskonformen Auslegung der Vorzug zu geben**.

Bei einem abweichenden Verständnis des § 16 Abs. 1 GmbHG werde nach Auffassung des Senats **gegen das grundgesetzliche Verbot der echten Rückwirkung von Gesetzen verstoßen**. Nach vormaligem Recht sei die relative Gesellschafterstellung ausschließlich durch die ordnungsgemäße Anmeldung gegenüber der Gesellschaft begründet worden. Weder den Veräußerer noch den Erwerber hätten Pflichten hinsichtlich der bereits damals zu führenden Gesellschafterliste getroffen. Dieser abschließend **begründete Status dürfe** ihnen **nicht nachträglich durch ein neues Gesetz entzogen werden**, zumal an die relative Gesellschafterstellung erhebliche Folgen anknüpften, etwa das Recht zur Mitwirkung bei Gesellschafterversammlungen, Gewinnbezugsrechte sowie sonstige Zahlungsansprüche und -verpflichtungen. Das **geschützte Vertrauen** der Beteiligten der Anteilsabtretung in den Fortbestand der nach § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. begründeten Fiktionswirkung werde schließlich **nicht durch** die nach altem und neuem Recht **bestehende Möglichkeit** der Beteiligten, von der Gesellschaft und dem pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer die **„Berichtigung“ der Gesellschafterliste und ggf. Schadensersatz zu verlangen, gemindert**.

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: Notarassessorin Karin Raude

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