

**Herausgeber**

Prof. Dr. Walter Bayer, Jena  
Notar Dr. Peter Schmitz, Köln  
Prof. Dr. Rainer Schröder, Berlin  
Notar Dr. Oliver Vossius, München  
Richter am BGH Roland Wendt, Karlsruhe

**Schriftleiter**

Bezirksnotar Christian Rupp, Berlin  
Notar Andreas Schmitz-Vormoor, Remscheid

alles wichtige praxisnah

sechs 2014

**editorial**

„Ach Europa!“ (Oliver Vossius) 185

**beitrag des monats**

Neues aus Karlsruhe zur Zulässigkeit der Auslandsbeurkundung?  
(Jan Lieder/Christoph Ritter) 187

**jahresrückblick**

Grundbuch- und Grundbuchverfahrensrecht –  
Aktuelle Entwicklungen (Ulrich Spieker) 196

**praxisforum**

Die Thesaurierungspflicht des § 5a Abs. 3 GmbHG und  
umwandlungsrechtliche Fragestellungen bei der  
Unternehmersgesellschaft (Timo Lutz) 210

**neues aus der kostenlaube**

Kleine Ursache – große Wirkung (Oliver Vossius) 216



„Ach Europa!“

Sehr geehrte Frau Kollegin,

sehr geehrter Herr Kollege,

„Ach Europa!“ ... so hieß eine 1987 erschienene Reportage von *Hans Magnus Enzensberger*. Er schilderte Eindrücke von einer Rundreise durch diesen Erdteil. Seine Schilderung der Vielfalt, des „Mischmasch“ als „*unsere endgültige Gestalt*“ ist noch heute lesenswert, gerade auch nachdem ein gutes Vierteljahrhundert vergangen ist. Interessant ist auch, wie er schon 1987 im Osten die zarten Pflänzchen der Freiheit bemerkt hat.

Schon in *Enzensbergers* Berichten spielt „rabiater Regionalismus“ in Europa eine Rolle; der Begriff stammt übrigens von *Lothar Baier* im SPIEGEL vom 12.10.1987. Wenn dieses Editorial vor Ihnen liegt, werden die Europawahlen vorbei sein. Die rituellen Klagen über geringe Wahlbeteiligung und populistische Rattenfänger haben wir dann alle im Ohr. Viel zu wenig ist hingegen die Rede von den Errungenschaften der Europäischen Union.

Leider aber wird die beste Werbung für Europagegner immer noch im Berlaymont in Brüssel gemacht, dem Sitz der Europäischen Kommission. Das Papier zur „*datio in solutum*“, womit den Londoner Zocker-Bankern erlaubt werden soll, dem Hypothekarkreditnehmer über Verfallsklauseln einfach sein Eigentum wegzunehmen, ist so eine Steilvorlage. Noch so ein Eigentor ist der Richtlinienentwurf zur Ein-Personen-Gesellschaft (*societas unius personae* „SUP“), ein Konjunkturprogramm für Nepper, Schlepper und Bauernfänger. Hier zeigt sich ein fundamentalistischer Marktradikalismus, als ob es die Finanzkrise nie gegeben hätte.

Auf der anderen Seite stehen Projekte wie das Gemeinsame Europäische Kaufrecht, das den Vertrag und damit die Vertragsfreiheit zum Subziel einer ökonomisch effizienten Güterverteilung degradiert. Vergessen scheint das große Projekt des europäischen Liberalismus, das in den Zivilrechtskodifikationen der letzten zwei Jahrhunderte kulminierte. Energieausweise, Glühbirnenverbote und Kaffeemaschinenrichtlinien fallen in die zweite, die Privatisierung der Wasserversorgung in die erste Kategorie.

Ich blättere in *Enzensbergers* Schweden-Bericht, der den dortigen Wohlfahrtsstaat als aussterbendes Modell schildert. Damit sollte in einer Demokratie das spätabolutistische Beglücken von oben nach unten fortgesetzt werden. In der Tat: Das Oszillieren zwischen Manchester und Sanssouci, zwischen Apotheose des Markts und Apotheose der Zwangsbeglückung, gehört zu dem, was viele an Europa irritiert. Warum wählt man nicht den Mittelweg, zumal unklar ist, wie lange Manchester überhaupt noch dazu gehört?

Wegen des Schwankens der Kommission zwischen Extremen tue ich mich mit Europa so schwer. Denn Form und das sich darin materialisierende Verfahren, z. B. das Beurkundungsverfahren, wären ein solcher Mittelweg. Das Potenzial, das in der Institution des lateinischen Notariats steckt, wird aber in Brüssel kaum gesehen und noch weniger genutzt. Wenn die herrschende Ideologie dem Einzelnen keine gestaltbaren Wege zur Verwirklichung seiner Freiheit zur Verfügung stellt, sondern im Vertrag nur ein auszufüllendes Formular als Medium der Güterallokation sieht und für die Form als atavistisches Hemmnis („Regulierung“) im Kampf ums Dasein auf den Märkten keinen Platz mehr hat, dann ist die vorsorgende Rechtspflege abgemeldet – und nicht nur die, sondern letztlich auch ein wesentliches Stück Freiheit.

Wer noch nicht gemerkt haben sollte, welche Parallelen hier zum Totalitarismus des 20. Jahrhunderts bestehen, der lese einmal aufmerksam die Diskussionsbeiträge in den Jahrgängen der DNotZ ab 1933 über Sinn und Funktion von Form (möglichst mit *Bernd Rütters* epochaler Habilitationsschrift „Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus“, 1968, derzeit 7. Aufl. 2012, Tübingen, daneben auf dem Tisch). Trotz allem und gerade deshalb: Es lohnt sich, für eine weitere Europäische Integration unter dem Banner der Freiheit des Einzelnen zu kämpfen. Das gilt auch für uns als Verband und für mich als dessen Präsidenten. Denn die sinistren Gegenmodelle haben wir im letzten Vierteljahrhundert immer wieder mit Erschrecken gesehen. Der „rabiater Regionalismus“ führt in die Balkanisierung. Seit fast genau hundert Jahren sollten wir eigentlich wissen: Europa ist alternativlos!

Mit herzlichen kollegialen Grüßen

Ihr Dr. Oliver Vossius,

Präsident des Deutschen Notarvereins

## inhaltsverzeichnis

<b>editorial</b>	„Ach Europa!“ (Dr. Oliver Vossius)	185
<b>inhalt</b>		186
<b>impressum</b>		209
<b>beitrag des monats</b>	Neues aus Karlsruhe zur Zulässigkeit der Auslandsbeurkundung? (Professor Dr. Jan Lieder, Christoph Ritter)	187
<b>jahresrückblick</b>	Grundbuch- und Grundbuchverfahrensrecht – Aktuelle Entwicklungen (Ulrich Spieker)	196
<b>rechtsprechung</b>	LG Düsseldorf: Unternehmergesellschaft: Geschäftsführerhaftung für vor Eintragung getätigte Geschäfte (mit Anmerkung von Dr. Daniel Seebach)	207
<b>praxisforum</b>	Die Thesaurierungspflicht des § 5a Abs. 3 GmbHG und umwandlungsrechtliche Fragestellungen bei der Unternehmergesellschaft – Zugleich Besprechung der Entscheidungen des OLG Hamm vom 5.5.2011 – I – 27 W 24/11, des OLG Stuttgart vom 13.10.2011 – 8 W 341/11 und des BGH vom 19.4.2011 – II ZB 25/10 (Timo Lutz)	210
<b>neues aus der kostenlaube</b>	Kleine Ursache – große Wirkung (Dr. Oliver Vossius)	216
<b>rückblick</b>	Premiere für die Veranstaltung „Fit fürs Notariat in fünf Tagen“	218
<b>diskussion</b>		219
<b>nachrichten</b>		220
<b>cartoon</b>	notar bene	220



## beitrag des monats

Jan Lieder/Christoph Ritter

# Neues aus Karlsruhe zur Zulässigkeit der Auslandsbeurkundung?

**Der folgende Beitrag setzt sich vor dem Hintergrund des BGH-Beschlusses vom 17.12.2013 (GmbHR 2014, 248 = NZG 2014, 219 = ZIP 2014, 317) mit der Wirksamkeit einer Beurkundung von Geschäftsanteilsübertragungen im Ausland auseinander und beleuchtet eingehend die systematischen und dogmatischen Zusammenhänge.**

## I. Einleitung

Die Übertragung von Anteilen an deutschen GmbHs im Ausland beschäftigt Rechtsprechung und Schrifttum seit über 100 Jahren.<sup>1</sup> Sachverhalte, in denen sich die Frage der Zulässigkeit einer Auslandsbeurkundung stellt, genauer: die Frage der Wirksamkeit einer im Ausland vorgenommenen Beurkundung, können von den Beteiligten willkürlich zur (vermeintlichen) Kosteneinsparung herbeigeführt werden („Beurkundungstourismus“<sup>2</sup>), liegen teilweise aber auch in der Natur der Sache begründet, etwa wenn die einzige Gesellschafterin einer GmbH im Ausland residiert.<sup>3</sup>

Vorübergehende Rechtssicherheit schaffte in der Vergangenheit die Grundsatzentscheidung des II. Zivilsenats des BGH vom 16.2.1981. Nach der darin verfochtenen Äquivalenzthese konnte auch ein ausländischer Notar das Formerfordernis des § 53 Abs. 2 GmbHG i. V. m. Art. 11 Abs. 1 S. 2 EGBGB a. F. erfüllen, sofern die ausländische Beurkundung der deutschen Beurkundung gleichwertig war.<sup>4</sup> Zumindest für die Abtretung von GmbH-Geschäfts-

anteilen war in der Folgezeit die Substitution des Beurkundungserfordernisses weithin anerkannt.<sup>5</sup>

Dieser gesicherte Rechtsstand wurde in der jüngeren Vergangenheit durch zwei im Jahr 2008 parallel verlaufene Entwicklungen wieder in Zweifel gezogen, und zwar zum einen durch die Erneuerung des GmbH-Rechts im Zuge des MoMiG<sup>6</sup> und zum anderen durch die Reform des schweizerischen Obligationenrechts. So wurde die reformierte Gesellschafterliste deutscher GmbHs gleich in dreifacher Hinsicht erheblich aufgewertet. Erstens wurden die Regelungsmaterien fusioniert, indem die Legitimation der Gesellschafter nach § 16 GmbHG nunmehr unmittelbar an die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG anknüpft. Zweitens ist nun der beurkundende Notar – zumindest für Veränderungen im Gesellschafterbestand durch Abtretung von GmbH-Anteilen – unmittelbar<sup>7</sup> in die Aktualisierung der Gesellschafterliste eingebunden (§ 40 Abs. 2 GmbHG). Drittens wurde der Gesellschafterliste gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG die Funktion eines Rechtsscheinträgers für den redlichen Erwerb von Geschäftsanteilen zugewiesen. Erklärtes Ziel war es, „die Richtigkeitsgewähr der Liste“<sup>8</sup> zu erhöhen und „Transparenz über die Anteilseignerstrukturen der GmbH zu schaffen“.<sup>9</sup> „Lücken, z. B. bei der Auslandsbeurkundung“, sollten geschlossen werden.<sup>10</sup> Fast parallel zu dieser Reform ist in der Schweiz mit Wirkung zum 1.1.2008 das

<sup>1</sup> Vgl. die umfassende Zusammenstellung bei Bayer, GmbHR 2013, 897 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Bayer, GmbHR 2013, 897, 907.

<sup>3</sup> So im Fall von BGH, Beschl. v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76: Wohnsitz der Gesellschafterin war Zürich.

<sup>4</sup> BGH, Beschl. v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76, 78: Bejaht wurde die Gleichwertigkeit für einen öffentlichen Urkundsbeamten des Notariats Zürich (Altstadt).

<sup>5</sup> Vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 25.1.2005 – 11 U 8/04 (Kart), GmbHR 2005, 764 (766 f.) („Kanton Basel“); Bayer, GmbHR 2013, 897, 898, 900 m. zahlr. w. N.

<sup>6</sup> Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) v. 23.10.2008, BGBl 2008 I, S. 2026.

<sup>7</sup> BT-Drucks 16/6140, S. 44 li. Sp., auch zur Kritik an der früheren notariellen Anzeige gegenüber dem Registergericht; vgl. noch Scholz/U. H. Schneider, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 40 Rn 25.

<sup>8</sup> BT-Drucks 16/6140, S. 43, 44, jew. re. Sp.

<sup>9</sup> BT-Drucks 16/6140, S. 37 re. Sp und S. 26 li. Sp.

<sup>10</sup> BT-Drucks 16/6140, S. 37 re. Sp.



Beurkundungserfordernis für die Abtretung von Stammanteilen an schweizerischen GmbHs abgeschafft worden.<sup>11</sup> Zur Anteilszession unter schweizerischem Recht ist gemäß Art. 785 Abs. 1 OR nunmehr Schriftform (Art. 12 ff. OR) ausreichend;<sup>12</sup> der Einschaltung eines Notars bedarf es nicht länger.

Vor dem Hintergrund der veränderten rechtlichen Rahmenbedingungen kamen in der Rechtsprechung<sup>13</sup> sowie im Schrifttum<sup>14</sup> vermehrt Zweifel an der künftigen Substituierbarkeit des Formerfordernisses auf. Der hier besprochene Beschluss des II. Zivilsenats des BGH vom 17.12.2013<sup>15</sup> setzt sich erstmals mit dem Problemkomplex der Auslandsbeurkundung nach neuem Recht auseinander. Die Aussagekraft der Entscheidung beschränkt sich indes auf die Kompetenz eines im Ausland ansässigen Notars zur Einreichung der Gesellschafterliste. Die zentralen Aussagen des BGH können nicht ohne weiteres auf die grundlegende Problematik der Substitution des Beurkundungserfordernisses übertragen werden. Dies folgt bereits aus dem besonders gelagerten Sachverhalt des Beschlusses.

## II. Sachverhalt und zentrale Aussagen des BGH

Die Beschwerdeführerinnen, eine GmbH und deren potenzieller Erwerber, beehrten die Aufnahme der von dem beurkundenden Notar mit Sitz im schweizerischen Basel eingereichten Gesellschafterliste in den Registerordner. Dieses Begehren lehnte das Registergericht München mit der Begründung ab, die in § 40 GmbHG verankerte Kompetenzverteilung stehe der Listeneinreichung durch einen ausländischen Notar entgegen. Die hiergegen durch die Beschwerdeführerinnen eingelegte Beschwerde hat das OLG München zurückgewiesen und dabei ausdrücklich offengelassen, ob die Auslandsbeurkundung wirksam war.<sup>16</sup>

Der BGH hat nun die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben und klargestellt, dass das Registergericht eine zum Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste nicht bereits aus dem Grund zurückweisen darf, weil sie von einem Notar mit Sitz in Basel (Schweiz) eingereicht worden ist (Leitsatz 1). Zudem bekräftigt der II. Zivilsenat im Anschluss an seine Landmark-Entscheidung aus dem Jahr 1981 die Fortgeltung der Äquivalenzthese vor dem Hintergrund der dem deutschen GmbH-Recht durch das MoMiG gebrachten Änderungen (Leitsatz 2).

## III. Einordnung und Würdigung der Entscheidungsgründe

Der geneigte Leser könnte bei unbefangener Lektüre der Leitsätze und Entscheidungsgründe auf den Gedanken verfallen, der BGH habe die Wirksamkeit der Abtretungsbeurkundung zumindest

für Notare in Basel (Kanton Basel-Stadt) anerkannt. Auf den zweiten Blick zeigt sich indes, dass sich die Aussagen des BGH auf den Umfang des registergerichtlichen Prüfungsrechts im Listenaufnahmeverfahren gemäß § 40 GmbHG beschränken. Der BGH bestätigt, dass eine Zurückweisung durch das begrenzte formale Prüfungsrecht des Registergerichts im Rahmen des Listeneinreichungsverfahrens gedeckt sein kann (dazu unten 1.). Der Listeneinreichung durch einen ausländischen Notar stünden weder eine etwaige evidente Unzulässigkeit der Auslandsbeurkundung von GmbH-Anteilsabtretungen entgegen (dazu unten 2.) noch die Kompetenzverteilung nach § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG (dazu unten 3.). Weiterhin ungeklärt bleibt – vor allem im Hinblick auf das geänderte schweizerische Obligationenrecht – die Frage der grundsätzlichen Wirksamkeit einer Abtretungsbeurkundung durch einen Notar in Basel, Zürich oder anderswo in der Schweiz.

### 1. Umfang der registergerichtlichen Prüfung

#### a) Prüfungsrecht des Registergerichts im Zusammenhang mit Auslandsbeurkundungen

Der Senat prüft die maßgeblichen Rechtsfragen aus der Perspektive des Registergerichts und stellt zunächst klar, dass das Registergericht nicht verpflichtet ist, die Liste **inhaltlich** zu überprüfen.<sup>17</sup> Allerdings dürfe es prüfen, ob die eingereichte Gesellschafterliste den **formalen** Anforderungen des § 40 GmbHG entspreche, und bei Mängeln deren Entgegennahme verweigern.<sup>18</sup> Was die einreichende Person betrifft, beschränke sich das Prüfungsrecht auf die Frage, ob die Person ihre Kompetenz aus § 40 Abs. 1 oder 2 GmbHG ableiten könne. Das Registergericht dürfe daher prüfen, ob der Listeneinreicher ein Geschäftsführer der Gesellschaft sei oder ein Notar, der an den Veränderungen mitgewirkt hat, aufgrund welcher eine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen war. Denn – so der BGH – die formale Einreichungszuständigkeit lasse sich durch das Registergericht in kurzer Zeit zweifelsfrei klären.<sup>19</sup>

Daraus folgt indes nicht ohne weiteres auch eine Prüfungskompetenz des Registergerichts in Bezug auf die konkrete Einreichungsbefugnis von Geschäftsführer oder Notar. Andernfalls müsste nämlich die rechtliche Wirksamkeit des der neuen Gesellschafterliste zugrunde liegenden Übertragungsaktes oder sonstigen Veränderungsvorgangs eingehend geprüft werden.<sup>20</sup> Es konnte also zumindest offen bleiben, ob die Auslandsbeurkundung tatsächlich zu Änderungen i. S. v. § 40 Abs. 1 GmbHG geführt hatte.

Man wird jedoch den Senat auch nicht so verstehen dürfen, dass das Registergericht letztlich nur die Behauptung des Einreichenden, Notar zu sein und in dieser Eigenschaft an Veränderungen i. S. v. § 40 GmbHG mitgewirkt zu haben, ausreichen lassen muss oder auch nur kann. Denn das Registergericht – so der Senat weiter – dürfe prüfen, „*ob es sich bei der [einreichenden] Person [...] um [...] einen Notar handelt*“.<sup>21</sup> Man wird das so verstehen müssen, dass

<sup>11</sup> Obligationenrecht (GmbH-Recht sowie Anpassungen im Aktien-, Genossenschafts-, Handelsregister- und Firmenrecht), Änderung vom 16.12.2005, Amtliche Sammlung Nr. 44 vom 30.10.2007, S. 4791 (4804, 4836, 4839) (abrufbar unter: <<http://www.admin.ch/opc/de/official-compilation/2007/4791.pdf>> [10.4.2014]).

<sup>12</sup> Allerdings sind die Anteile in Abwesenheit einer anderslautenden gesellschaftsvertraglichen Regelung kraft Gesetzes vinkuliert, Art. 786 Abs. 1, 2, Art. 787 Abs. 1 OR.

<sup>13</sup> Vgl. LG Frankfurt, Urt. v. 7.10.2009 – 3/13 O 46/09, GmbHR 2010, 96, 97 m. zust. Komm. Gerber = NZG 2009, 1353 = ZIP 2010, 88.

<sup>14</sup> Bayer, DNotZ 2009, 887, 890 ff.; Böttcher, ZNotP 2010, 6, 8 ff.; Braun, DNotZ 2009, 585, 591 ff.; Gerber, GmbHR 2010, 97, 98 f.; Hermanns, RNotZ 2010, 38, 41 f.; sehr zurückhaltend auch Trendelenburg, GmbHR 2008, 644, 647 f.

<sup>15</sup> BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248.

<sup>16</sup> OLG München, Beschl. v. 6.2.2013 – 31 Wx 8/13, GmbHR 2013, 269 = NZG 2013, 340 = ZIP 2013, 458.

<sup>17</sup> BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248 Rn 7 im Einklang mit der ganz h. M., vgl. MüKo-GmbHG/Heidinger, 2012, § 40 Rn 232–238.

<sup>18</sup> BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248 Rn 8; erstmals anerkannt durch BGH, Beschl. v. 20.9.2011 – II ZB 17/10, BGHZ 191, 84 Rn 10 = NZG 2011, 1268 unter Zustimmung der obergerichtlichen Rechtsprechung und Teilen des Schrifttums; vgl. für weitere Nachweise MüKo-GmbHG/Heidinger, 2010, § 40 Rn 234–237.

<sup>19</sup> BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248 Rn 9.

<sup>20</sup> BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248 Rn 10 m. w. N.

<sup>21</sup> BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248 Rn 9; Hervorhebung durch Verf.

das Registergericht prüfen darf, ob die Gesellschafterliste von einem Notar erstellt und eingereicht wurde, der zumindest abstrakt, das heißt unabhängig vom konkreten Veränderungsvorgang, an solchen Veränderungen in potenziell rechtmäßiger Weise mitgewirkt haben kann (abstrakt-potenzielle Einreichungszuständigkeit). Für einen deutschen Notar versteht sich dies von selbst; für ausländische Notare bedarf diese Voraussetzung einer eigenständigen Feststellung.

Die Frage der abstrakt-potenziellen Einreichungszuständigkeit des Auslandsnotars und damit letztlich der potenziellen Wirksamkeit der Auslandsbeurkundung hätte sich nach diesem Prüfungsmaßstab in entscheidungserheblicher Weise gestellt. Denn nur wenn nicht von vornherein feststeht, dass die im Ausland vorgenommene Beurkundung unwirksam ist, könnte der ausländische Notar abstrakt-potenziell an Veränderungen i. S. v. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG mitgewirkt haben. Nur dann käme der ausländische Notar überhaupt für den Kreis der in § 40 Abs. 2 GmbHG Genannten in Betracht.<sup>22</sup> Das Registergericht wäre also nach dem vom BGH anerkannten formalen Prüfungsrecht berechtigt gewesen, die abstrakte Möglichkeit zu prüfen, ob das für den einreichenden ausländischen Notar maßgebliche Recht den Voraussetzungen einer Substitution des Beurkundungserfordernisses genügt. Die durch das MoMiG und die Reform des schweizerischen Obligationenrechts begründeten Zweifel an der Gültigkeit von Auslandsbeurkundungen belegen indes anschaulich, dass sich die Aufnahme zahlreicher Gesellschafterlisten hierdurch unweigerlich in die Länge gezogen hätte. Für die Abtretungsbeurkundung durch einen in Basel-Stadt residierenden Notar hätte sich der BGH in der Sache zudem festlegen müssen – so womöglich das wahre Kalkül der Beschwerdeführerinnen.<sup>23</sup>

#### b) Neue Einschränkung: Evidenzkontrolle

Anders als in der Grundsatzentscheidung vom 20.9.2011 zum formalen Prüfungsrecht des Registergerichts,<sup>24</sup> in der es vor allem um den zulässigen Listeninhalt ging, legt sich der BGH in der Rechtsfrage diesmal nicht ausdrücklich fest. Stattdessen präzisiert er den skizzierten Prüfungsmaßstab nochmals – freilich ohne die hiermit verbundene Konkretisierung in aller Deutlichkeit herauszustellen. Das Registergericht dürfe – so das Gericht – die eingereichte Gesellschafterliste zurückweisen, wenn die formalen Voraussetzungen des § 40 GmbHG, also namentlich die Geschäftsführer- oder Notareigenschaft, offensichtlich nicht gegeben, sondern zur Listeneinreichung Unbefugte am Werke gewesen seien.<sup>25</sup> Durch diese Prüfung könne verhindert werden, dass in das Handelsregister Gesellschafterlisten aufgenommen würden, die mit hoher Wahrscheinlichkeit die wahre Rechtslage nicht richtig wiedergeben und daher später berichtigt werden müssten.<sup>26</sup> Ein ausländischer Notar stehe einem unbefugten Dritten in diesem Sinne aber nicht per se gleich, da dieser nicht offensichtlich, das heißt unter jedem denkbaren Umstand, zur Listeneinreichung unberechtigt sei.<sup>27</sup> Die – weit überwiegend

sogar als obligatorisch (!) angesehene<sup>28</sup> – auf positive Feststellung der formalen Einreichungsvoraussetzungen gerichtete Prüfung verkürzt der Senat folglich auf eine negative Evidenzkontrolle. Da sich die Einreichungskompetenz des ausländischen Notars als Annex aus seiner Beurkundungskompetenz ergebe, habe das Registergericht folglich nur zu prüfen, ob die Auslandsbeurkundung offensichtlich unwirksam sei, der Auslandsnotar also unter keinem denkbaren Umstand zur Einreichung der Gesellschafterliste berechtigt war.<sup>29</sup>

#### c) Stellungnahme und praktische Implikationen

Gerade für den Fall der Auslandsbeurkundung erweist sich die Durchführung der Evidenzkontrolle als besonders schwierig. Zahlreiche Judikate älteren Datums dürften heute schon deshalb kaum belastbar sein, weil weder eine Verschärfung noch eine Lockerung der Anforderungen an ausländische Urkundspersonen bzw. Beurkundungsverfahren im Rahmen einer Evidenzkontrolle adäquat erfasst werden können. Zumindest die ausländischen Rechte, für die eine Substitution der Beurkundung anerkannt worden ist, dürften die schwache Evidenzhürde daher ohne Mühe nehmen. Dies läuft zumindest für Notare lateinischer Prägung auf eine Art „*Vermutung der Gleichwertigkeit*“ im Registerverfahren hinaus.<sup>30</sup> Doch selbst von Exoten, wie dem kalifornischen notary public,<sup>31</sup> wird man ohne nähere Prüfung seiner rechtlichen Stellung und des von ihm zu beachtenden Verfahrensrechts kaum sagen können, die von ihm „betreute“ Abtretung sei unter allen denkbaren Umständen offensichtlich von vornherein unwirksam. Nach dem vom Senat angelegten Prüfungsmaßstab dürfte die kalifornische Liste nicht einmal dann zurückgewiesen werden, wenn die Beurkundung aus Sicht des Registergerichts wahrscheinlich in Deutschland unwirksam wäre. Die im Beschluss ausgesprochene Weisung an das Registergericht, die vom Notar in Basel eingereichte Gesellschafterliste in den Registerordner aufzunehmen,<sup>32</sup> nimmt es nachgerade billigend in Kauf, dass sie wegen Unwirksamkeit der zugrunde liegenden Beurkundung<sup>33</sup> unrichtig wird.

Der Beschluss schwächt damit die inhaltliche Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste weiter<sup>34</sup> ab.<sup>35</sup> Das ist problematisch vor allem mit Blick auf die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG sowie das Anliegen, interessierte Dritte zuverlässig über die aktuelle Zusammensetzung des Gesellschafterkreises zu informieren.<sup>36</sup> Die sich hieraus ergebenden Wertungswidersprüche sind freilich im gegenwärtigen System der lex lata angelegt.<sup>37</sup> Der Gesetzgeber hat

<sup>22</sup> Zum str. Verhältnis zwischen ausländischem Notar und Geschäftsführer der GmbH siehe unten III.3.

<sup>23</sup> Vgl. *Herrler*, GmbHR 2014, 225 f.

<sup>24</sup> BGH, Beschl. v. 20.9.2011 – II ZB 17/10, BGHZ 191, 84 Rn 9 bis 12 = GmbHR 2011, 1269. Gegen eine Prüfungscompetenz des Registergerichts auch in dieser Konstellation MüKo-GmbHG/*Heidinger*, 2010, § 16 Rn 247.

<sup>25</sup> BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248 Rn 9.

<sup>26</sup> BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248 Rn 9 a. E.

<sup>27</sup> BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248 Rn 11.

<sup>28</sup> Vgl. OLG Frankfurt v. 22.11.2010 – 20 W 333/10, GmbHR 2011, 198, 200; OLG München v. 8.9.2009 – 31 Wx 82/09, GmbHR 2009, 1211; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner/Gruber*, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 40 Rn 7; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 40 Rn 6a.

<sup>29</sup> BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248 Rn 11 ff.

<sup>30</sup> So *Herrler*, GmbHR 2014, 225, 227.

<sup>31</sup> Gegen Substitution OLG Stuttgart, Ur. v. 17.5.2000 – 20 U 68/99, GmbHR 2000, 721, 724 f. m. krit. Komm. *Emde*, GmbHR 2000, 728, 729.

<sup>32</sup> BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248 Tenor und Rn 24.

<sup>33</sup> Etwa dann, wenn sich doch herausstellen sollte, dass das reformierte Obligationenrecht der Substitution entgegenstehe, folglich die Auslandsbeurkundung unwirksam gewesen sei.

<sup>34</sup> Zur Legitimationsschwäche der Gesellschafterliste in ihrer gegenwärtigen Form siehe *Lieder*, AcP 210 (2010), 857, 904 f.; *ders.*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, Habil. Jena 2013, erscheint 2014, § 11 III 5 b.

<sup>35</sup> S. bereits *Herrler*, GmbHR 2014, 225 ff.

<sup>36</sup> Zu den Reformzielen s. oben den Text ab Fn 6.

<sup>37</sup> Vgl. *Siß*, DNotZ 2011, 414 (420): Zwecke des MoMiG stehen in einem „Spannungsverhältnis“.

bewusst von einer registergerichtlichen Prüfung des Listeninhalts abgesehen und die Pflege der Gesellschafterlisten in die Hände der Notare und Geschäftsführer gelegt. Deren schadensersatzbewehrte Amtspflichten, verbunden mit dem (unterstellten) Interesse des materiell berechtigten Gesellschafters an der inhaltlichen Richtigkeit der Gesellschafterliste (§ 16 Abs. 1 und 3 GmbHG), sollen gewährleisten, dass Listeninhalt und wahre Rechtslage übereinstimmen.<sup>38</sup> Vor diesem Hintergrund erweist sich der eingeschränkte registergerichtliche Prüfungsmaßstab im Ergebnis als konsequent. Schließlich würden höhere Anforderungen an die inhaltliche Prüfung der Gesellschafterliste, etwa das Erfordernis einer positiven Feststellung der Gleichwertigkeit von Auslandsbeurkundungen, zu legislatorisch nicht intendierten Belastungen für die Registergerichte führen.<sup>39</sup> Zudem würde eine zügige Aufnahme geänderter Gesellschafterlisten<sup>40</sup> in Frage gestellt und zugleich die Gefahr kreuzender Listen signifikant erhöht. Die auf evidente formelle Fehler beschränkte registergerichtliche Kontrolle entspricht damit am ehesten dem vom Gesetzgeber gewollten einfachen Aktualisierungsverfahren.<sup>41</sup>

## 2. Wirksamkeit der Auslandsbeurkundung

Von der Prüfungskompetenz des Registergerichts ist die Frage zu trennen, ob GmbH-rechtliche Beurkundungserfordernisse nach der Reform durch das MoMiG und der Änderung des schweizerischen Obligationenrechts auch weiterhin einer Substitution zugänglich sind.<sup>42</sup> Der II. Zivilsenat hält dies in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung im Grundsatz für möglich.<sup>43</sup> In diesem Zusammenhang stellt der BGH ausdrücklich klar, dass die Neuregelungen durch das MoMiG einer substituierenden Beurkundung durch einen ausländischen Notar nicht a priori entgegenstehen.<sup>44</sup> Auf anderweitige Einwände betreffend das ausländische Beurkundungsrecht, namentlich die erwähnten Änderungen des Obligationenrechts der Schweiz, brauchte der Senat mit Blick auf den reduzierten Prüfungsmaßstab nicht einzugehen.<sup>45</sup> Ebenfalls höchstrichterlich ungeklärt und von großer praktischer Bedeutung ist die Frage, ob eine Gleichwertigkeit des ausländischen Beurkundungsverfahrens auch dann bejaht werden kann, wenn zwar das Fremdrecht keine dem deutschen Beurkundungsrecht entsprechenden Verfahrenserfordernisse enthält, die deutschen Beurkundungsstandards indes durch individuell vereinbarten Mehraufwand im Rahmen der konkreten Beurkundung herbeigeführt werden können. Im Folgenden wird zunächst die Äquivalenzthese des BGH kritisch gewürdigt (a), bevor auf einzelne Aspekte der Gleichwertigkeit einzugehen ist (b).

### a) Die Gleichwertigkeitsprämisse

#### aa) Rechtsprechung des BGH

Das vom BGH in den Mittelpunkt der materiellen Prüfung gestellte Kriterium der Gleichwertigkeit verlangt, dass „die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und

für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten hat, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht“.<sup>46</sup> Auf die Prüfungs- und Belehrungspflichten nach § 17 BeurkG komme es allerdings nicht an, da die Wirksamkeit der Beurkundung hiervon nicht berührt werde. Die Beteiligten könnten auf die Erfüllung dieser Pflichten verzichten, was anzunehmen sei, wenn sie einen ausländischen Notar aufsuchen, da sie von ihm regelmäßig keine genaue Kenntnis des deutschen Gesellschaftsrechts erwarten könnten. Genaue Kenntnisse des Auslandsnotars über das deutsche Gesellschaftsrecht seien für die Substitution nicht erforderlich.<sup>47</sup>

#### bb) Meinungsstand im Schrifttum

Aus der Formulierung „ein Verfahrensrecht zu beachten hat“ wird verbreitet der Schluss gezogen, dass sich die als tragend qualifizierten Grundsätze des deutschen Beurkundungsrechts im ausländischen Verfahrensrecht in zwingender Form wiederfinden müssen.<sup>48</sup> Zum Teil wurde auch angenommen, das Beurkundungserfordernis selbst müsse zwingend vorgesehen sein, so dass es nach Wegfall des Beurkundungserfordernisses für die Abtretung von Stammanteilen an schweizerischen GmbHs bereits deshalb an der Gleichwertigkeit der Auslandsbeurkundung mit deutschem Beurkundungsrecht mangle.<sup>49</sup> Verbreitet abgelehnt wird insbesondere die These von der Verzichtbarkeit der Prüfungs- und Belehrungspflicht.<sup>50</sup> Zumindest die Belehrungspflicht sei im Kern unverzichtbar.<sup>51</sup> Der Wegfall des Beurkundungserfordernisses könne vor diesem Hintergrund zur Folge haben, dass eine äquivalente Prüfung und Belehrung mangels Erfahrung des Auslandsnotars mit Anteilsabtretungen künftig ausgeschlossen ist.<sup>52</sup>

Daneben wird auf fehlende Vorlesepflichten<sup>53</sup> und die nach deutschem Beurkundungsrecht zwingende Notarhaftung gemäß § 19 BNotO verwiesen.<sup>54</sup> Eine individuelle Vereinbarung zwischen den Beteiligten, die sicherstellen soll, dass das konkret durchgeführte Beurkundungsverfahren den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht, genüge

<sup>46</sup> St. Rspr. seit BGH, Beschl. v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76, 78; bestätigt von BGH, Ur. v. 22.5.1989 – II ZR 211/88, ZIP 1989, 1052, 1054 f. und jetzt BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248 Rn 14.

<sup>47</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248 Rn 14; BGH, Beschl. v. 16.2.1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76, 78 f. mit dem Hinweis, dass Auslandsbeurkundungen ansonsten niemals wirksam wären.

<sup>48</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 15 Rn 27b; Hermanns, RNotZ 2011, 224, 227; Herrler, GmbHR 2014, 225, 231; Süß, DNotZ 2011, 414, 419, 424; jurisPK-BGB/Süß, 6. Aufl. 2012, Art. 11 EGBGB Rn 78; großzügiger jetzt Bayer, GmbHR 2013, 897, 912 f., der insoweit auch dispositive ausländische Verfahrensvorschriften anerkennt; sympathisierend Link, BB 2014, 579, 584.

<sup>49</sup> Vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 15 Rn 27b; Hauschild/Kallrath/Wachter/Bayer/Meier-Wehnsdorfer, Notarhdb. Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2011, § 9 Rn 24.

<sup>50</sup> Vgl. Heckschen, BB 2014, 466; Herrler, GmbHR 2014, 225, 230; dem BGH folgend wohl Link, BB 2014, 579, 583 f.

<sup>51</sup> Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO/BeurkG, 3. Aufl. 2011, § 17 BeurkG Rn 16; Winkler, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 17 Rn 1: unverzichtbare „magna charta“ notarieller Tätigkeit.

<sup>52</sup> Erwägend Bayer, GmbHR 2013, 897, 913; Braun, DNotZ 2009, 585, 588; Saenger/Scheuch, BB 2008, 65, 67.

<sup>53</sup> Vgl. Bayer, GmbHR 2013, 897, 911 ff.; Hermanns, RNotZ 2011, 224, 227; Herrler, GmbHR 2014, 225, 231; Süß, DNotZ 2011, 414, 419, 424; jurisPK-BGB/Süß, 6. Aufl. 2012, Art. 11 EGBGB Rn 79.

<sup>54</sup> Vgl. Bayer, GmbHR 2013, 897, 913; Heckschen, BB 2014, 466; Schervier, NJW 1992, 593, 596.

<sup>38</sup> BT-Drucks 16/6140, S. 38 li. Sp., 43 re. Sp. und 44 li. Sp.

<sup>39</sup> BT-Drucks 16/6140, S. 43 re. Sp., 44 li. Sp.

<sup>40</sup> BT-Drucks 16/6140, S. 38 li. Sp.

<sup>41</sup> Insoweit der Entscheidung zust. auch Heckschen, BB 2014, 466; Seibt, EWiR 2014, 171, 172; Vossius, NotBZ 2014, 139, 140.

<sup>42</sup> Siehe die Aufbereitung des Diskussionsstands bei Bayer, GmbHR 2013, 897, 911 sowie die Nachw. in Fn 13 und 14.

<sup>43</sup> BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248 Rn 14.

<sup>44</sup> BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248 Leitsatz 2 und Rn 14–22.

<sup>45</sup> Hierzu sogleich unten III. 2. a) bb).



der Gleichwertigkeit nicht, da eine solche Vereinbarung einvernehmlich wieder aufgehoben werden könne.<sup>55</sup>

Die Gegenposition interpretiert den Gleichwertigkeitsmaßstab des BGH weniger restriktiv. Sie hält nicht die abstrakte Ausgestaltung des ausländischen Beurkundungsrechts oder überhaupt das Bestehen eines Beurkundungserfordernisses für maßgeblich, sondern allein den Umstand, ob die Anforderungen der deutschen Formvorschrift im konkreten Fall in gleichwertiger Art und Weise erfüllt sind.<sup>56</sup> Eine Auslandsbeurkundung kann nach dieser Auffassung auch dann äquivalent sein, wenn Anteilsrechte im ausländischen Recht privatschriftlich abgetreten werden können, wie namentlich Stammanteile an schweizerischen GmbHs nach der Reform des Obligationenrechts. Entscheidend sei nur, dass die Beurkundung im konkreten Einzelfall den unverzichtbaren deutschen Standard wahre.

#### bb) Stellungnahme

Die Substitutionsfrage ist nicht durch eine bloße Interpretation der Gleichwertigkeitsthese zu lösen. Allein entscheidend sind die Voraussetzungen für die Substitution eines nach deutschem Recht bestehenden Formerfordernisses.

Im Hinblick auf die Frage der Abtretungsbeurkundung im Ausland ist die relevante Aussage der Substitution, dass die notarielle Beurkundung gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG i. V. m. § 128 BGB (Tatbestandsmerkmal einer deutschen Sachnorm) durch eine Beurkundung im Ausland (ein Geschehen außerhalb des berufenen Rechts<sup>57</sup>) erfüllt werden kann.<sup>58</sup> Es geht hierbei um die rechtliche Bewertung eines konkreten „Auslandsgeschehens“ im Hinblick auf die inländische Sachnorm, also um einen Subsumtionsvorgang.<sup>59</sup> Maßgeblich ist daher, ob die Auslegung der Sachnorm ergibt, dass sie auch durch das konkrete Auslandsgeschehen erfüllt werden kann,<sup>60</sup> also durch die konkrete Äquivalenz des Auslandsgeschehens im Hinblick auf die mit der Sachnorm verfolgten Zwecke.<sup>61</sup>

<sup>55</sup> Die Expertise des Notars ist naturgemäß einer Vereinbarung nicht zugänglich.

<sup>56</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.3.2011 – 3 Wx 236/10, GmbHR 2011, 417, 419 = NZG 2011, 388 = ZIP 2011, 564, allerdings ohne Diskussion; Schervier, NJW 1992, 593 (596); Scholz/Seibt, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 15 Rn 87; MüKo-BGB/Spellenberg, 5. Aufl. 2010, Art. 11 EGBGB Rn 91; Staudinger/Winkler von Mohrenfels, BGB, 2013, Art. 11 EGBGB Rn 200.

<sup>57</sup> Die Form der Übertragung wird gem. Art. 11 Abs. 1 EGBGB gesondert vom auf die Übertragung anwendbaren Recht (Gesellschaftsstatut) angeknüpft, vgl. Bayer, GmbHR 2013, 897, 902; ders., DNotZ 2009, 887, 889; GroßkommGmbHG/Löbbe, 2. Aufl. 2013, § 15 Rn 140; MüKo-GmbHG/Reichert/Weller, 2010, § 15 Rn 135 a. E.

<sup>58</sup> Vgl. allgemein Staudinger/F. Sturm/G. Sturm, BGB, 2012, Einl. IPR, Rn 259.

<sup>59</sup> Vgl. Staudinger/Winkler von Mohrenfels, BGB, 2013, Art. 11 EGBGB Rn 200.

<sup>60</sup> Vgl. MüKo-BGB/Sonnenberger, 5. Aufl. 2010, Einl. IPR, Rn 602, der allerdings zwischen ausländischen Rechtserscheinungen und ausländischen Tatsachen unterscheidet, vgl. ebenda Rn 602, 607. Da die Substituierbarkeit in beiden Fällen von der Auslegung der betreffenden Norm abhängt, dürfte die praktische Bedeutung der Unterscheidung gering sein.

<sup>61</sup> Vgl. Koch/Magnus/Winkler von Mohrenfels/Winkler von Mohrenfels, IPR und Rechtsvergleichung, 4. Aufl. 2010, § 1 Rn 50; im Ansatz ähnlich Engel, DStR 2008, 1593, 1595, der normzweckgebundene Gleichwertigkeit des Auslandsvorgangs verlangt; im Ansatz ähnlich Braun, DNotZ 2009, 585, 586; a. A. Bayer, GmbHR 2013, 897, 912, der institutionelle Gleichwertigkeit fordert; ähnlich Götze/Mörtel, NZG 2011, 727, 728: Gleichwertigkeit der Rechtsbegriffe „notarielle Beurkundung“ in Deutschland und der Schweiz; jurisPK-BGB/Süß, 6. Aufl. 2012, Art. 11 EGBGB Rn 78: Gleichwertigkeit des ausländischen Notariatssystems.

Vor diesem Hintergrund kann der Prüfungsmaßstab für die Substituierbarkeit einer nach dem GmbHG erforderlichen Beurkundung durch einen ausländischen Notar schon nicht pauschal für alle nach dem GmbHG bestehenden Beurkundungserfordernisse formuliert werden. Vielmehr ist von der betreffenden Sachnorm – hier also von der konkreten Formvorschrift des § 15 Abs. 3 GmbHG – auszugehen und zu fragen, welche Anforderungen die Bestimmung nach ihrem individuellen Normzweck an Urkundsperson und Urkundsverfahren stellt.

#### b) Anforderungen des § 15 Abs. 3 GmbHG an die Auslandsbeurkundung

##### aa) Normzwecke des § 15 Abs. 3 GmbHG 1892

Mit § 15 Abs. 3 GmbHG bezweckte der historische GmbH-Gesetzgeber zum einen, die Mitgliedschaft in der GmbH als grundsätzlich dauerhaftes Verhältnis auszugestalten und den spekulativen Handel mit Geschäftsanteilen durch die Erschwerung ihrer Übertragung zu verhindern (Erschwerungsfunktion).<sup>62</sup> Zum anderen anerkannte er in Ermangelung einer adäquaten Verbriefung von GmbH-Anteilen das Bedürfnis der Beteiligten, einen authentischen Nachweis über die Tatsache der Anteilsübertragung führen zu können (Beweis- und Klarstellungsfunktion).<sup>63</sup> Der Wille des historischen Gesetzgebers war hingegen nicht darauf gerichtet, die Beteiligten vor den Folgen eines – womöglich nicht gewollten oder übereilten – Anteilserwerbs oder einer Anteilsveräußerung zu warnen (keine Warnfunktion); hieran vermag auch die allgemeine Verfahrensvorschrift des § 17 BeurkG nichts zu ändern.<sup>64</sup>

##### bb) Aufladung des § 15 Abs. 3 GmbHG durch das MoMiG?

Nach Inkrafttreten des MoMiG wird über die beiden anerkannten Formzwecke<sup>65</sup> hinaus verbreitet angenommen, die notarielle Beurkundung intendiere außerdem die Gewährleistung<sup>66</sup> – respektive Erhöhung<sup>67</sup> – der materiellen Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste vermittelt durch den zugrunde liegenden Übertragungsakt. Im Hinblick auf die Anforderungen an ein formsubstituierendes Auslandsgeschehen lassen sich hieraus freilich noch keine verwertbaren Schlüsse ziehen. Zweifelhaft bleibt namentlich, wie das Beurkundungserfordernis des § 15 Abs. 3 GmbHG zur Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste beitragen soll.

Zunächst ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien zum MoMiG, dass die „Mitwirkung“ des Notars an Listenveränderungen nebst Aktualisierungspflicht nach § 40 Abs. 2 GmbHG die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste erhöhen soll.<sup>68</sup> Allerdings ist die Richtigkeit des Listeninhalts de lege lata schon

<sup>62</sup> Vgl. Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, Habil. Jena 2013, erscheint 2014, § 9 VI 1 a m. w. N.

<sup>63</sup> Vgl. Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, Habil. Jena 2013, erscheint 2014, § 9 VI 1 b; MüKo-GmbHG/Reichert/Weller, 2010, § 15 Rn 17 a. E.

<sup>64</sup> So die h. M.; vgl. BGH, Urt. v. 25.9.1996 – VIII ZR 172/95, NJW 1996, 3338, 3339; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 15 Rn 1; MüKo-GmbHG/Reichert/Weller, 2010, § 15 Rn 18 f., 148 a. E.; Gehrlein/Ekkenga/Simon/Michael Winter, GmbHG, 2012, § 15 Rn 15 a. E.; eingehend Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, Habil. Jena 2013, erscheint 2014, § 9 VI 1 c m. N. auch zur Gegenauffassung.

<sup>65</sup> Zur rechtspolitischen Kritik und Reformüberlegungen ausf. Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, Habil. Jena 2013, erscheint 2014, § 9 VI 2.

<sup>66</sup> Vgl. Braun, DNotZ 2009, 585, 590.

<sup>67</sup> König/Götte/Bormann, NZG 2009, 881, 882.

<sup>68</sup> BT-Drucks 16/6140, S. 38 li. Sp., 44 re. Sp.



dadurch grundsätzlich in Frage gestellt, dass die Geschäftsführerzuständigkeit nach § 40 Abs. 1 GmbHG in die Hände juristischer Laien gelegt ist.<sup>69</sup> Hierdurch wird auch die durch das MoMiG aufgewertete Bedeutung der notariellen Mitwirkung für den Listeninhalt erheblich relativiert. Hinzu kommt, dass der Notar nach allgemeiner Ansicht nicht zu prüfen hat, ob die im Handelsregister aufgenommene bisherige Gesellschafterliste, an welche die zu beurkundende Abtretung anknüpft, die wahre Rechtslage wiedergibt.<sup>70</sup> Da somit die notarielle Beurkundung unter Umständen an unrichtige Listen anknüpft, kann jedenfalls nicht generell von einer erhöhten Richtigkeitsgewähr des Übertragungsaktes und der hieraus hervorgehenden Gesellschafterliste gesprochen werden.

Das bedeutet indes nicht, dass die gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG vorgesehene notarielle Beurkundung schlechthin ungeeignet ist, die Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste zu erhöhen. Für die Richtigkeit des beurkundeten Übertragungsakts kann der Notar jedenfalls soweit eintreten, wie er die hierfür erforderlichen Voraussetzungen zu prüfen hat. Zur Gewährleistung der Wirksamkeit der Abtretung prüft der deutsche Notar etwa die Identität der Beteiligten (§ 10 BeurkG) sowie bei entsprechenden Anhaltspunkten ihre Geschäftsfähigkeit<sup>71</sup> (§ 11 BeurkG) und Vertretungsberechtigung (§ 12 BeurkG). Daneben gewährleistet die notarielle Mitwirkung insoweit die Richtigkeit der Gesellschafterliste, als der Notar unmittelbar verpflichtet ist, eine aktualisierte Liste gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG einzureichen. § 15 Abs. 3 GmbHG fordert vor diesem Hintergrund die Mitwirkung eines Notars an rechtsgeschäftlichen Veränderungen im Gesellschafterbestand und bezweckt damit zugleich eine zügige, der Anteilsübertragung entsprechende Anpassung der Gesellschafterliste. Diese Mechanismen sind geeignet und vom MoMiG-Gesetzgeber ausdrücklich dafür vorgesehen, in bescheidenem Umfang zur Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste beizutragen.<sup>72</sup> Durch das MoMiG wurde dieser zusätzliche Zweck in das Formerfordernis des § 15 Abs. 3 GmbHG inkorporiert. Dementsprechend hat sich die Prüfung der Gleichwertigkeit auch an der Erreichung dieses Zwecks zu orientieren.

### cc) Zwischenergebnis

Als Zwischenfazit ist festzuhalten: Eine im Ausland vorgenommene Beurkundung ist der Inlandsbeurkundung gleichwertig und substituiert diese, wenn

- die Erschwerungsfunktion,
- die Beweis- und Klarstellungsfunktion sowie
- die auf die Personen der Beteiligten, den Übertragungsakt und die anschließende Listenkorrektur beschränkte Richtigkeitsgewähr

äquivalent, das heißt wie durch eine Beurkundung im Inland, erfüllt werden. Die abstrakte Vorbildung und Stellung des Auslandsnotars im Rechtsleben und das ausländische Verfahrensrecht spielen nur insoweit eine Rolle, als sie die Erreichung dieser

Zwecke generell ausschließen,<sup>73</sup> was freilich nicht oft der Fall sein dürfte.<sup>74</sup> Umgekehrt schließen Versäumnisse im Hinblick auf die zu erreichenden Zwecke die konkrete Gleichwertigkeit selbst dann aus, wenn nach deutschem Beurkundungsrecht lediglich ein nicht zur Unwirksamkeit der Beurkundung führender Verfahrensverstoß vorläge.<sup>75</sup> Das abstrakte ausländische (Verfahrens-)Recht spielt aus Sicht der zu substituierenden Formvorschrift hingegen keine Rolle. Entscheidend ist allein, dass den Zwecken der substituierten Norm vollständig genügt ist und der substituierende Vorgang im *konkreten* Einzelfall dem substituierten entspricht. Hat der ausländische Notar die aus Sicht der deutschen Formvorschrift tragenden Grundsätze im Rahmen seiner konkreten Beurkundungstätigkeit beachtet, ist den Anforderungen der Substitution Genüge getan.

### c) Mindestanforderungen des § 15 Abs. 3 GmbHG für die Gleichwertigkeit der Auslandsbeurkundung

#### aa) Beweis- und Klarstellungsfunktion

Die Beweis- und Klarstellungsfunktion des § 15 Abs. 3 GmbHG erfordert die Anfertigung einer unterschriebenen Niederschrift über die Verhandlungen, die die Person des Notars, die Beteiligten und deren Erklärungen enthält (vgl. §§ 8 f. BeurkG). Ferner muss der Urkunde nach §§ 415, 418 ZPO Beweiskraft zukommen, was voraussetzt, dass die beurkundende Stelle nach dem ausländischen Recht mit öffentlichem Glauben versehen<sup>76</sup> und die Auslandsurkunde in Deutschland als echt anzusehen ist (z. B. Art. 1 Abs. 2 lit. c, Art. 3 f. HÜ-BL<sup>77</sup>).<sup>78</sup> Auf eine vergleichbare Ausbildung des ausländischen Notars kommt es insoweit nicht an.<sup>79</sup>

#### bb) Eingeschränkte Richtigkeitsgewähr

Die Vorbildung des Auslandsnotars und seine Stellung im Rechtsleben sind allerdings im Rahmen der beschränkten Richtigkeitsgewähr des Übertragungsaktes zu berücksichtigen. Sie muss ihn befähigen, Inhalt und Wirksamkeit der vorgenommenen Beurkundung beurteilen zu können.<sup>80</sup> Aus der Niederschrift muss sich ergeben, dass der Auslandsnotar den Willen der Beteiligten zur Anteilsübertragung erkannt, entsprechende Erklärungen beurkundet und in den Personen der Beteiligten liegende Unwirksamkeitsgründe geprüft hat (vgl. §§ 10 ff. BeurkG). Da der Inhalt der Abtretung als dingliches Rechtsgeschäft überschaubar, namentlich nur auf die Übertragung des Anteils vom Veräußerer auf den Erwerber gerichtet ist,<sup>81</sup> sind an die abstrakt zu verlangenden Vorkenntnisse keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Auf vertiefte Kenntnisse im Gesellschaftsrecht kommt es

<sup>69</sup> Vgl. GroßkommGmbHG/Löbbe, 2. Aufl. 2013, § 15 Rn 142.

<sup>70</sup> Vgl. OLG, Düsseldorf Beschl. v. 2.3.2011 – 3 Wx 236/10, NZG 2011, 388 (389); OLG München, Beschl. v. 27.5.2009 – 31 Wx 38/09, NZG 2009, 797 (798); Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 40 Rn 28; Bednarz, BB 2008, 1854, 1861; Katschinski/Rawert, ZIP 2008, 1993, 2002; Mayer, DNotZ 2008, 403, 411; U. H. Schneider, GmbHR 2009, 393, 396; Vossius, DB 2007, 2299, 2304.

<sup>71</sup> Vgl. BeckOK-BeurkG/Litzenburger, Stand: 1.2.2014, § 11 Rn 2.

<sup>72</sup> So auch Leitzen, ZNotP 2014, 42, 46 f.

<sup>73</sup> A. A. aber BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248 Rn 14 und die ganz h. L., vgl. Staudinger/Winkler von Mohrenfels, BGB, 2013, Art. 11 EGBGB Rn 295.

<sup>74</sup> Beispiele: Es dürfen den Beteiligten keine Ausfertigungen der Urkunde ausgehändigt werden (Beweisfunktion, vgl. § 51 BeurkG). Der ausländische Notar darf die Geschäftsfähigkeit der Beteiligten nicht prüfen (beschränkte Richtigkeitsgewähr).

<sup>75</sup> Bspw. ein Verstoß gegen § 17 Abs. 2a BeurkG, auch wenn die Formvorschrift Übereilungsschutz bezweckt und daher Belehrung erfordert, vgl. BeckOK-BeurkG/Litzenburger, Stand: 1.2.2014, § 17 Rn 47.

<sup>76</sup> Vgl. Staudinger/Magnus, BGB, 2002, Art. 32 EGBGB Rn 113.

<sup>77</sup> Haager Übereinkommen zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation vom 5.10.1961.

<sup>78</sup> Vgl. Zöller/Geimer, ZPO, 29. Aufl. 2012, § 438 Rn 1 f.; Musielak/M. Huber, ZPO, 11. Aufl. 2014, § 415 ZPO Rn 8 i. V. m. § 438 Rn 2 f.

<sup>79</sup> A. A. Staudinger/Winkler von Mohrenfels, BGB, 2013, Art. 11 EGBGB Rn 287.

<sup>80</sup> Vgl. Hauschild/Kallrath/Wachter/Bayer/Meier-Wehrsdorfer, Notarhdb. Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2011, § 9 Rn 13.

<sup>81</sup> Hierzu ausf. Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, Habil. Jena 2013, erscheint 2014, §§ 6 II und 7 II 2.

ebenso wenig an wie auf eine überdurchschnittliche Qualifikation des Auslandsnotars. Eine abgeschlossene juristische Ausbildung, die zwingend zivilrechtliche und gesellschaftsrechtliche Grundlagen umfassen muss, ist ausreichend. Dem an den konkret beurkundeten Vorgang anknüpfenden Maßstab der Gleichwertigkeitsprüfung entspricht es aber auch, dass bei komplexen Transaktionen höhere Anforderungen an den Auslandsnotar zu stellen sind. Faktisch wird die Bedeutung dieser Frage jedoch durch das Erfordernis der Beweiskraft relativiert. Es spricht eine Vermutung dafür, dass das ausländische Recht den öffentlichen Glauben der Urkunde an den vorherigen Erwerb grundlegender Rechtskenntnisse der Urkundsperson knüpft.<sup>82</sup> Mit öffentlichem Glauben ist zwar auch der notary public des common law versehen,<sup>83</sup> reine Unterschriftsbelaubigungen genügen aber weder der beschränkten Richtigkeitsgewähr noch der Beweisfunktion i. S. d. § 15 Abs. 3 GmbHG i. V. m. §§ 415, 418 ZPO.

Schließlich ist die Auslandsbeurkundung nur gleichwertig, wenn in der Urkunde eine dem § 40 Abs. 2 GmbHG entsprechende Verpflichtung des Auslandsnotars zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste vorgesehen ist.<sup>84</sup> Zwar ist richtig, dass die Verpflichtung aus § 40 Abs. 2 GmbHG an die abgeschlossene Beurkundung anknüpft und von der Beurkundung der Anteilsabtretung zu unterscheiden ist.<sup>85</sup> Es darf aber nicht übersehen werden, dass die Formvorschrift im Zusammenspiel mit § 40 Abs. 2 GmbHG zugleich auch die Verpflichtung des Notars zur Listenkorrektur intendiert. Die Begründung einer Einreichungspflicht des ausländischen Notars ist danach zwingend erforderlich.<sup>86</sup> Andernfalls könnte die von § 15 Abs. 3 GmbHG bezweckte Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste durch Beurkundungen im Ausland gezielt unterlaufen werden.<sup>87</sup>

Einen Grenzfall der materiellen Richtigkeitsgewähr bildet die Haftung des Auslandsnotars. Unmittelbar trägt die Haftung nichts zur Richtigkeit der Urkunde bei. Die Haftung flankiert allerdings die notariellen Pflichten und lässt sich kaum sinnvoll von ihnen lösen. Das spricht dafür, der Haftung im Hinblick auf die Formzwecke materielle Bedeutung beizumessen. Der Auslandsnotar muss also für die Unwirksamkeit der beurkundeten Abtretung und die Unrichtigkeit der eingereichten Gesellschafterliste wie ein deutscher Notar einzustehen haben. Diese Haftung muss in der Urkunde als dem für die Substitution maßgeblichen Vorgang fixiert werden.<sup>88</sup>

#### cc) Erschwerungsfunktion

Der Erschwerungsfunktion ist, sofern man annimmt, ein Formerfordernis sei überhaupt zur Erschwerung geeignet,<sup>89</sup> mit der Beteiligung der Urkundsperson an der Anteilsübertragung und durch das Beurkundungsverfahren genügt.

#### dd) Prüfungs- und Belehrungsfunktion nach § 17 BeurkG?

Der Prüfungs- und Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG kommt innerhalb der Gleichwertigkeitsprüfung besondere Bedeutung zu,

die im Schrifttum vielfach missverstanden wird. Soweit es die Substitution angeht, entscheidet die einschlägige Formvorschrift – hier also § 15 Abs. 3 GmbHG – über die Gleichwertigkeit. Da dem Formerfordernis nach zutreffender herrschender Meinung indes keine Warnfunktion zukommt,<sup>90</sup> spielt die Prüfungs- und Belehrungsfunktion nach § 17 BeurkG für die Wirksamkeit der durch einen Auslandsnotar beurkundeten Anteilsübertragung letztlich keine Rolle. Die im Schrifttum über Dispositivität und Reichweite des § 17 BeurkG geführte Diskussion geht an der Sache vorbei. Denn es geht nicht um die Substitution dieser Verfahrens-, sondern um die Ersetzung der Formvorschrift. Daher kann es auf die Kenntnisse des Auslandsnotars über das deutsche GmbH-Recht auch nur insoweit ankommen, als es die mit § 15 Abs. 3 GmbHG – nicht mit § 17 BeurkG (!) – verfolgten Zwecke erfordern. Im Vordergrund steht insofern die Beweis- und Klarstellungsfunktion, während die Prüfungs- und Belehrungsfunktion im Ergebnis ohne Belang ist.

#### d) Praktische Hinweise

Die Beurkundung von Anteilsübertragungen durch Notare mit Sitz in Basel (Schweiz) ist unter bestimmten Voraussetzungen geeignet, die Formerfordernisse nach deutschem GmbH-Recht zu erfüllen. Da über die genaue Ausgestaltung des Beurkundungsverfahrens wenig Einigkeit herrscht und auch der BGH in der vorliegenden Entscheidung keine generalisierenden Aussagen zur – materiellen – Wirksamkeit der Auslandsbeurkundung getätigt hat, ist den Beteiligten zu einer möglichst risikoarmen Vertragsgestaltung zu raten. Folgt man – entgegen dem hiesigen Vorschlag – der im Schrifttum vorherrschenden Ansicht, empfiehlt sich in der Urkunde ein Hinweis darauf, dass die Feststellungen i. S. d. §§ 10 ff. BeurkG erfolgt sind und im Übrigen analog §§ 13, 17 BeurkG verfahren wurde. Darüber hinaus sollte sich der Auslandsnotar explizit einer § 19 BNotO entsprechenden Notarhaftung unterwerfen.<sup>91</sup>

### 3. Listeneinreichung durch einen ausländischen Notar im Kompetenzgefüge des § 40 GmbHG

#### a) Grundannahmen des BGH zum Regelungsgehalt des § 40 GmbHG

Das Kompetenzgefüge des § 40 GmbHG steht nach Ansicht des II. Zivilsenats der Einreichung durch einen ausländischen Notar nicht entgegen. Der ausländische Notar sei zur Listeneinreichung „jedenfalls dann berechtigt, wenn die von ihm im Ausland vorgenommene Beurkundung [...] einer Beurkundung durch einen deutschen Notar gleichwertig und deshalb im Inland wirksam ist“.<sup>92</sup> Im Einklang mit seinem Urteil vom gleichen Tag<sup>93</sup> vermag das Gericht § 40 GmbHG keine Aussage in Bezug auf sich gegenseitig ausschließende Einreichungszuständigkeiten oder Einreichungsberechtigungen zu entnehmen.<sup>94</sup> Vielmehr regelt § 40 GmbHG lediglich die Pflicht zur Listeneinreichung, worauf sich auch die Abgrenzung zwischen Geschäftsführung und Notar durch das Wort „anstelle“ beschränke. Dementsprechend könnten die in § 40 GmbHG Genannten auch ohne eine entsprechende Verpflichtung berechtigt sein, eine Gesellschafterliste einzureichen.<sup>95</sup> Der Einreichung durch einen ausländischen Notar stehe

<sup>82</sup> Ablehnend Bayer, GmbHR 2013, 897, 913.

<sup>83</sup> Vgl. Staudinger/Magnus, BGB, 2002, Art. 32 EGBGB Rn 113.

<sup>84</sup> A. A. Schulze, IPRax 2011, 365, 367.

<sup>85</sup> Vgl. OLG Düsseldorf Beschl. v. 2.3.2011 – I-3 Wx 236/10, GmbHR 2011, 417 (419) = NZG 2011, 388 = ZIP 2011, 564; Götze/Mörtel, NZG 2011, 727, 728 f.

<sup>86</sup> A. A. Götze/Mörtel, NZG 2011, 727, 728 f.; wie hier aber Herrler, GmbHR 2014, 225, 228 f., der dies allerdings nicht als Frage der Gleichwertigkeit betrachtet.

<sup>87</sup> Gegen die Auslandsbeurkundung aus diesem Grund jurisPK-BGB/Süß, 6. Aufl. 2012, Art. 11 EGBGB Rn 79 m. w. N.

<sup>88</sup> Wie hier auch Schervier, NJW 1992, 593, 596.

<sup>89</sup> Kritisch Happ, ZHR 169, (2005), 6, 24 f.; Heidenhain, ZIP 2001, 721, 722; Häsemeyer, JuS 1980, 1, 2.

<sup>90</sup> S. Text zu Fn 64.

<sup>91</sup> Dafür Bayer, GmbHR 2013, 897, 913.

<sup>92</sup> BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248 Rn 13, zum engen Prüfungskorsett vgl. oben III 1.

<sup>93</sup> BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZR 21/12, GmbHR 2014, 198 m. Komm. Bayer; vgl. zum Urteil auch Lieder, NZG 2014, 329.

<sup>94</sup> BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248 Rn 12.

<sup>95</sup> BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248 Rn 12.

daher auch nicht das Territorialprinzip entgegen. Die Einreichungskompetenz ergebe sich stattdessen als Annex aus der Beurkundungskompetenz des Auslandsnotars.<sup>96</sup>

### b) Meinungsstand in der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum

In der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum wurde bisher ganz überwiegend der entgegengesetzte Standpunkt vertreten und § 40 GmbHG eine von den Beteiligten zwingend zu beachtende Kompetenzzuweisung entnommen.<sup>97</sup> Im Hinblick auf dieselbe Veränderung des Gesellschafterkreises sollten parallele Berechtigungen von Geschäftsführer und Notar ausgeschlossen sein.<sup>98</sup> Im Übrigen sollte der ausländische Notar nach bisher vorherrschender Schrifttumsauffassung wegen des Territorialprinzips nicht zur Listeneinreichung berechtigt sein,<sup>99</sup> teilweise wurde aber auch nur verlangt, der grundsätzlich gegebenen Einreichungsberechtigung eine Einreichungspflicht beiseitezustellen.<sup>100</sup>

### c) Stellungnahme

Zur Gewährleistung einer gleichwertigen Auslandsbeurkundung ist der Auslandsnotar nach hier vertretener Auffassung im Rahmen einer privatautonomen Vereinbarung analog § 40 Abs. 2 GmbHG zur Einreichung der Gesellschafterliste zum Handelsregister zu verpflichten. Vor dem Hintergrund der an der Einbeziehung der Geschäftsführer in die Listenpflege geübten Fundamentalkritik<sup>101</sup> muss der Ruf nach einer Geschäftsführerliste in Fällen der Auslandsbeurkundung verwundern. Erlangt der Geschäftsführer keine Kenntnis von der im Ausland beurkundeten Abtretung, müsste die Liste – Wirksamkeit der Auslandsbeurkundung unterstellt – nach dieser Auffassung unrichtig bleiben. Nicht nur mit der erstrebten Richtigkeitsgewähr, sondern auch mit der ausdrücklichen Zielsetzung des Gesetzgebers, eine einfache und unbürokratische Änderung der Gesellschafterliste zu ermöglichen,<sup>102</sup> steht dies in eklatantem Widerspruch.

Selbst wenn man annehmen würde, der Auslandsnotar sei nicht zur Einreichung verpflichtet und könne hierzu auch nicht verpflichtet werden, bedeutete die Anerkennung einer Einreichungsberechtigung – in Übereinstimmung mit dem BGH – keinen Bruch im System des § 40 GmbHG.

Bereits nach dem Wortlaut regelt § 40 GmbHG lediglich die Verpflichtung zur Listeneinreichung.<sup>103</sup> Hierauf bezieht sich das abgrenzende Wort „anstelle“. Es verleiht der Selbstverständlichkeit

Ausdruck, dass der Geschäftsführer eine aktualisierte Liste nicht einreichen muss, wenn ohnehin ein Notar hierzu verpflichtet ist, weil dieser an der Veränderung mitgewirkt hat. Nebeneinander bestehende Einreichungsberechtigungen von Geschäftsführer und Notar sind nach dem Wortlaut folglich nicht ausgeschlossen.<sup>104</sup>

Vielmehr geht der MoMiG-Gesetzgeber von einem flexibleren System aus, wenn es in den Materialien heißt:

*Erlangt das Registergericht glaubhafte Kenntnis davon, dass die Geschäftsführer ihrer Verpflichtung zur Aktualisierung der Gesellschafterliste nicht nachkommen, kann es sie [...] dazu anhalten, eine neue Liste einzureichen. Diese Kenntnis kann dem Registergericht auch dadurch vermittelt werden, dass der Veräußerer oder der Erwerber dem Registergericht die Abtretung mitteilt. Veräußerer und Erwerber sind demnach nicht schutzlos, wenn sie Zweifel daran haben, ob der Geschäftsführer eine neue Liste zum Register gereicht hat. Darüber hinaus ist nach der vorgesehenen Neufassung des § 40 Abs. 2 der Notar zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste verpflichtet, sofern er an der Veränderung mitgewirkt hat.<sup>105</sup>*

In normhistorischer Hinsicht ist weiterhin von Bedeutung, dass der Gesetzgeber explizit keine Prüfpflicht des Registergerichts vorgesehen hat<sup>106</sup> und überhaupt den registergerichtlichen Prüfungsaufwand minimieren wollte.<sup>107</sup> Vor allem dürfte es dem Gericht schwerfallen, exklusive Einreichungsberechtigungen in der täglichen Arbeit effektiv durchzusetzen. Jedenfalls steht ihm zur Realisierung zwingender Zuständigkeitsregeln kein hinreichendes Sanktionsinstrumentarium zur Verfügung.

Schließlich kann gegen eine parallele Berechtigung zur Einreichung von Gesellschafterlisten nicht eingewandt werden, sie gefährde die angestrebte<sup>108</sup> Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste.<sup>109</sup> Zum einen bietet auch die Mitwirkung eines (inländischen) Notars nur eingeschränkt Gewähr für die Richtigkeit der Gesellschafterliste.<sup>110</sup> Zum anderen sind die Geschäftsführer – in Ermangelung einer notariellen Mitwirkung – zwingend in das Verfahren der Listenaktualisierung eingebunden.<sup>111</sup> Reichen sie falsche Gesellschafterlisten ein, haften sie Gesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern gemäß § 40 Abs. 3 GmbHG auf Schadensersatz, und zwar unabhängig davon, ob sie in Missbrauchsabsicht, vorsätzlich oder auch nur fahrlässig gehandelt haben.<sup>112</sup> Davon abgesehen kann das Registergericht die Einreichung inhaltlich falscher Gesellschafterlisten durch die Geschäftsführer aufgrund seines eingeschränkten Prüfungsrechts ohnehin nicht verhindern. Es besteht daher kein Grund zu der Annahme, gerade das Fehlen einer scharfen Kompetenzabgrenzung würde Geschäftsführern ein zusätzliches Missbrauchspotenzial eröffnen oder auch nur zur (erneuten) Einreichung einer (fehlerhaften) Liste neben der des Notars motivieren. Abgesichert wird das Einreichungsprozedere stattdessen einerseits durch die den Geschäftsführern nach § 40 Abs. 1 und 3 GmbHG und die dem Notar nach § 40 Abs. 2 GmbHG, § 19 Abs. 1 BNotO drohende, an die Pflicht zur Listeneinreichung anknüpfende Haftung,<sup>113</sup> und andererseits durch das

<sup>96</sup> BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248 2. Leitsatz und Rn 13.

<sup>97</sup> OLG Hamm, Beschl. v. 16.2.2010 – 15 W 322/09, GmbHR 2010, 430, 431 m. Komm. *Herrler*; OLG München, Beschl. v. 27.5.2009 – 31 Wx 38/09, GmbHR 2009, 825, 826 f.; OLG München, Beschl. v. 6.2.2013 – 31 Wx 8/13, GmbHR 2013, 269: „Nebeneinander von Zuständigkeiten ist nicht gewollt“; *Hasselman*, NZG 2009, 449, 452 und 453 a. E.: „tertium non datur“; in *MüKo-GmbHG/Heidinger*, 2012, § 40 Rn 117; *U. H. Schneider*, GmbHR 2009, 393, 396; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 40 Rn 11; *ders.*, DB 2013, 1099 f.; den BGH dezidiert abl. *Heckschen*, BB 2014, 466; vgl. noch *Seibt*, EWIR 2014, 171, 172, der wohl grds. von einem Kompetenzverstoß ausgeht, dies jedoch für hinnehmbar hält.

<sup>98</sup> So etwa *Süß*, DNotZ 2011, 414, 422.

<sup>99</sup> Vgl. *Roth/Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 15 Rn 91, § 40 Rn 18; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 40 Rn 27; *Michalski/Terlau*, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 40 Rn 27; zahlr. w. Nachw. bei *Süß*, DNotZ 2011, 414, 421 m. Fn 36.

<sup>100</sup> Vgl. *Herrler*, GmbHR 2013, 617, 629; *Wicke*, DB 2013, 1099, 1101.

<sup>101</sup> Vgl. statt vieler *MüKo-GmbHG/Heidinger*, 2012, § 40 Rn 106, 114–116.

<sup>102</sup> BT-Drucks 16/6140, S. 44 li. Sp.

<sup>103</sup> BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248 Rn 12.

<sup>104</sup> A. A. *Leitzen*, ZNotP 2014, 42, 45.

<sup>105</sup> BT-Drucks 16/6140, S. 44 li. Sp.

<sup>106</sup> BT-Drucks 16/6140, S. 44 li. Sp.

<sup>107</sup> BT-Drucks 16/6140, S. 43 re. Sp.

<sup>108</sup> Vgl. BT-Drucks 16/6140, S. 43 und 44, jew. re. Sp.

<sup>109</sup> So aber ausf. *Herrler*, GmbHR 2014, 225, 227 ff.

<sup>110</sup> Siehe oben III. 2. b) bb).

<sup>111</sup> Berechtigte rechtspolitische Kritik üben *Bayer* in *Liber Amicorum M. Winter*, 2011, S. 9, 13 f.; *Herrler*, GmbHR 2014, 225, 228.

<sup>112</sup> Vgl. *MüKo-GmbHG/Heidinger*, 2012, § 40 Rn 111.

<sup>113</sup> Vgl. bereits *Lieder*, NZG 2014, 329, 331.



Eigeninteresse der Gesellschafter<sup>114</sup> an einem der wahren Rechtslage entsprechenden Listenstand. Im Ergebnis trägt die Annahme paralleler Einreichungsberechtigungen daher keine zusätzlichen Gefahren für die Richtigkeit der Gesellschafterliste in das bestehende System hinein. Dass durch die Annahme paralleler Berechtigungen falsche Anreize für die Geschäftsführer gesetzt werden, ist nach alledem nicht ersichtlich.

#### IV. Zusammenfassung und Ausblick

1. Die Neukonzeption der Gesellschafterliste durch das MoMiG steht nach Auffassung des BGH einer Substitution der nach § 15 Abs. 3 GmbHG erforderlichen Abtretungsbeurkundung und damit deren Wirksamkeit in Deutschland nicht a priori entgegen. Bei aller gebotenen Vorsicht kann man den Beschluss als Signal einer tendenziellen Öffnung des BGH gegenüber Auslandsbeurkundungen werten.<sup>115</sup> Eine endgültige Klärung der Frage bleibt indes einem kontradiktorischen Verfahren zwischen dem eingetragenen Gesellschafter, dem Nichteingetragenen und/oder der GmbH vorbehalten.
2. Das Registergericht ist nicht verpflichtet, eingereichte Gesellschafterlisten auf ihre inhaltliche Ordnungsmäßigkeit zu prüfen. Das zwischenzeitlich anerkannte, auf die formalen Voraussetzungen des § 40 GmbHG bezogene Prüfungsrecht des Registergerichts ist durch die vorliegende Entscheidung erheblich relativiert worden und wird in der registergerichtlichen Praxis an Bedeutung einbüßen. Registergerichte sind nur noch zu einer „Evidenzkontrolle“ berufen; ob darüber hinaus materielle Fehler geprüft werden dürfen, bleibt offen.<sup>116</sup>
3. § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG ist nach zutreffender Auffassung nicht als Kompetenzvorschrift zu verstehen, sondern als eine Gebotsnorm. Im Hinblick auf Geschäftsführer und Notare zielt das Gebot nicht darauf ab, die Einreichung einer Gesellschafterliste durch „Unzuständige“ zu verhindern. Die Norm regelt vielmehr, unter welchen Umständen (jedenfalls) eine haftungsbewehrte Einreichungspflicht besteht.
4. Die materielle Wirksamkeit von Auslandsbeurkundungen ist durch die Grundsatzentscheidung des BGH nicht abschließend geklärt worden. In der Sache ist sie anhand einer Gleichwertigkeitsprüfung orientiert an den Formzwecken des § 15 Abs. 3 GmbHG zu bestimmen. Dabei ist zu beachten, dass § 15 Abs. 3 GmbHG die vom Notar ausgehende Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste und damit die Regelung

des § 40 Abs. 2 GmbHG inkorporiert. Nach zutreffender Auffassung setzt die Gleichwertigkeit einer ausländischen Beurkundung daher voraus, dass Erschwerungsfunktion, Beweis- und Klarstellungsfunktion sowie Richtigkeitsgewähr Genüge getan wird. Wesentlich dafür ist, dass durch unwiderrufliche Erklärungen sichergestellt wird, dass der ausländische Notar die Einreichungsverpflichtung unter den in § 40 Abs. 2 GmbHG genannten Voraussetzungen und eine daran anknüpfende Haftung übernimmt.

5. Angesichts des eingeschränkten Prüfungsumfangs ist es schwer vorstellbar, dass von ausländischen Notaren zum Registergericht eingereichte Gesellschafterlisten allein wegen ihrer Anknüpfung an eine Auslandsbeurkundung nicht den Anforderungen des § 40 GmbHG genügen. Sie dürfen daher in der Regel nicht zurückgewiesen werden. Die Geschäftsführer müssen – sofern sie von der Veränderung Kenntnis erlangen – aufgrund ihrer allgemeinen Korrekturpflicht die Liste schleunigst prüfen und etwaige Fehler durch Einreichung einer (aktualisierten) Gesellschafterliste beheben.<sup>117</sup>



**Professor Dr. Jan Lieder, LL.M. (Harvard)**

ist Lehrstuhlinhaber für Bürgerliches Recht und Gesellschaftsrecht sowie Direktor am Institut für Wirtschafts- und Steuerrecht der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.  
E-Mail: [jlieder@law.uni-kiel.de](mailto:jlieder@law.uni-kiel.de)



**Christoph Ritter**

ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena.  
E-Mail: [Christoph.Ritter@uni-jena.de](mailto:Christoph.Ritter@uni-jena.de)

<sup>114</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248 Rn 19 unter Hinweis auf die Regierungsbegründung, BT-Drucks 16/6140, S. 38 li. Sp.

<sup>115</sup> So auch *Leitzen*, ZNotP 2014, 42, 46; *Seibt*, EWiR 2014, 171, 172.

<sup>116</sup> BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, GmbHR 2014, 248 Rn 23.

<sup>117</sup> Zur mit dem Beschluss einhergehenden weiteren Belastung der Geschäftsführer s. die krit. Anm. von *Heckschen*, BB 2014, 466.

# Grundbuch

Blatt 238 dem Eigentum verbundener Rechte Wirtschaftsart und Lage	Bestandsverzeichnis			Einlegebogen 1
	Größe			
e	ha	a	m <sup>2</sup>	
		4		
		15	66	

## jahresrückblick

Ulrich Spieker

## Grundbuch- und Grundbuchverfahrensrecht

### Aktuelle Entwicklungen

Seit dem letzten Berichtszeitraum wurden das Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare (FGNotAufgÜbertrG)<sup>1</sup> und das Gesetz zur Einführung des Datenbankgrundbuchs (DaBaGG)<sup>2</sup> verkündet.

Das FGNotAufgÜbertrG trat im Wesentlichen zum 1.9.2013 in Kraft. Das DaBaGG trat im Wesentlichen am 9.10.2013 in Kraft, ein kleiner Teil der Vorschriften tritt erst zum 1.10.2014 oder zum 1.1.2017 in Kraft.

### A. Gesetzliche Änderungen

#### I. Änderungen durch das FGNotAufgÜbertrG

##### 1. Grundbucheinsicht und Mitteilung des Grundbuchinhaltes

###### a) Grundbucheinsichtsrecht des Notars (§ 12 GBO a. F.)

Gemäß § 43 Abs. 1 GBV<sup>3</sup> dürfen Beauftragte inländischer öffentlicher Behörden das Grundbuch einsehen, ohne dass es der Darlegung eines berechtigten Interesses bedarf. Das gilt gemäß § 43 Abs. 2 GBV gleichermaßen für Notare. Aus der Gleichstellung der Notare mit Beauftragten inländischer öffentlicher Behörden folgt, dass die Einsichtnahme ohne Darlegung eines berechtigten Interesses nur zulässig ist, wenn der Einsichtnahme eine öffentlich-rechtliche Amtstätigkeit zugrunde liegt. Für den Notar bedeutet das, dass die Einsichtnahme im uneingeschränkten Abrufverfahren (mithin ohne vorherige Darlegung eines berechtigten Interesses) stets einen Bezug zur notariellen Tätigkeit aufweisen muss, denn nur dann erfolgt die Einsichtnahme in der öffentlich-rechtlichen Funktion des Notars.<sup>4</sup>

Bisher schon durften also Notare einem zur Einsicht in das Grundbuch Berechtigten den Grundbuchinhalt mitteilen, wenn dies im Zusammenhang mit einem (sonstigen) Amtsgeschäft nach § 20 oder § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO erfolgte.<sup>5</sup>

Strittig war das Recht des Notars zur sogenannten „isolierten Grundbucheinsicht“, also ohne Zusammenhang mit einem Amtsgeschäft. Ein Notar verstößt jedenfalls dann gegen seine Amtspflichten aus § 14 Abs. 1 und 3 BNotO, wenn er auf bloße Anforderung durch verschiedene Makler Grundbuchauszüge einholt, ohne vorab zu prüfen, ob die Makler von den jeweiligen Eigentümern entsprechend bevollmächtigt waren.<sup>6</sup>

###### b) Isolierte Grundbucheinsicht durch den Notar und berechtigtes Interesse (§ 133a GBO n. F.)

Durch das FGNotAufgÜbertrG wurde § 133a GBO eingefügt und damit klargestellt, dass Notare demjenigen, der ein berechtigtes Interesse im Sinne von § 12 GBO darlegt, den Inhalt des Grundbuchs auch in den Fällen mitteilen dürfen, in denen die Grundbucheinsicht nicht im Zusammenhang mit einer Beratung, Beurkundung und Beglaubigung erfolgt (sogenannte isolierte Grundbucheinsicht).<sup>7</sup> Wer das Grundbuch und die zu ihm gehörenden Grundakten einsehen will, muss aber auch nach der gesetzlichen Neuregelung gegenüber dem Notar ein berechtigtes Interesse darlegen (§ 12 GBO; § 46 GBV). Die Durchführung und Abwicklung der isolierten Grundbucheinsicht durch den Notar ist in den §§ 85, 85a GBV geregelt. Danach darf der Notar demjenigen, der ihm ein berechtigtes Interesse im

<sup>1</sup> BGBl 2013 I Nr. 32, S. 1800; dazu *Heinemann*, FGPrax 2013, 139; *Preuß*, DNotZ 2013, 740.

<sup>2</sup> BGBl 2013 I Nr. 59, S. 3719; dazu *Wiggers*, FGPrax 2013, 235.

<sup>3</sup> Verordnung zur Durchführung der Grundbuchordnung.

<sup>4</sup> OLG Celle, Beschl. v. 15.2.2013 – Not 11/12.

<sup>5</sup> Vgl. *Böhringer*, DNotZ 2014, 16.

<sup>6</sup> OLG Celle DNotZ 2011, 203.

<sup>7</sup> Vgl. *Böhringer*, DNotZ 2014, 16.

Sinne des § 12 GBO<sup>8</sup> darlegt, den Inhalt des Grundbuchs mitteilen, auch durch die Erteilung eines Grundbuchabdrucks. Auf Verlangen kann der Notar auch gemäß § 85 S. 2 GBV eine mit seinem Amtssiegel (bei mehreren Blättern verbunden analog § 44 BeurkG) und seiner Unterschrift versehene Kopie (Abdruck) erstellen, die dann einem amtlichen Ausdruck gleichgestellt ist.<sup>9</sup>

Lediglich in den Fällen der „isolierten Grundbucheinsicht“ und Mitteilung des Grundbuchinhalts an andere einsichtsberechtigte Dritte als den Eigentümer hat der Notar ein gesondertes Protokoll zu führen, damit eine Kontrolle der Zulässigkeit der vom Notar gewährten Einsichtnahmen auch durch die Dienstaufsicht möglich ist (§ 133a Abs. 3 S. 1 GBO; § 85a GBV).<sup>10</sup> Das Protokoll ist vom Notar zu vernichten, mit Ablauf des zweiten auf die Erstellung des Protokolls folgenden Kalenderjahres (§ 85a Abs. 2 S. 2 i. V. m. § 83 Abs. 3 S. 1 GBV).

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Nachweis des berechtigten Interesses nach § 133a Abs. 3 S. 1 GBO:<sup>11</sup>

*Ich, Notar ..., habe Herrn/Frau ..., wohnhaft ..., am ... folgende Daten mitgeteilt:*

##### **Grundbuch von ... Blatt Nr. ...**

*Folgender Inhalt aus dem Grundbuchabdruck vom ...:*

- *Gesamter Inhalt*
- *Nur Teile des Inhalts, nämlich:*
- *Angaben des Bestandsverzeichnisses*
- *Inhalt Abt. I*
- *Inhalt Abt. II*
- *Inhalt Abt. III*
- *Die Mitteilung erfolgte durch ...*

##### **Übersendung/Übermittlung des einfachen Grundbuchabdrucks vom ...**

- *Übersendung/Übermittlung eines von mir besiegelten und unterschriebenen Ausdrucks vom ...*
- *Übersendung/Übermittlung Angaben Bestandsverzeichnis*
- *Übersendung/Übermittlung Inhalt Abt. I*
- *Übersendung/Übermittlung Inhalt Abt. II*
- *Übersendung/Übermittlung Inhalt Abt. III*

*Der Anfragende hat sein berechtigtes Interesse im Sinne von § 12 GBO glaubhaft dargelegt wie folgt: ...*

*..., den ...*

*Unterschrift des Notars*

##### c) *Auskunftsanspruch des Berechtigten über Grundbuchauskünfte an Dritte (§ 133a Abs. 3 S. 2 GBO n. F.)*

Aufgenommen wurde bereits mit Wirkung zum 1.9.2013 die Protokollierungspflicht der Grundbucheinsicht gemäß § 133a Abs. 3 S. 1 GBO n. F. i. V. m. § 85a GBV n. F. und das Auskunftsrecht des Eigentümers bzw. Betroffenen gemäß § 133a Abs. 3 S. 2 GBO. Damit soll auch das Recht des Eigentümers (bzw. des Inhabers eines grundstücksgleichen Rechts) abgesichert werden, auf Antrag

Auskunft darüber zu erhalten, wem in welchem Umfang Auskunft (Einsicht) erteilt wurde, was nach altem Recht streitig war.<sup>12</sup>

## 2. Bescheinigung des Notars über eine durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht (§ 21 Abs. 3 BNotO n. F.)

### a) *Erfordernisse an Inhalt und Gestaltung der Bescheinigung des Notars über eine durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht*

Zum Nachweis der Vollmacht war bisher die Vorlage einer beglaubigten Abschrift der Vollmachtsurkunde sowie die Notarbestätigung über die Vorlage der Ausfertigung oder der Urschrift im Grundbuchverfahren erforderlich.<sup>13</sup>

Der Notar darf nach dem durch das FGNotAufgÜbertrG geänderten § 21 Abs. 3 BNotO auch Bescheinigungen über eine durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht ausstellen. Für die in § 21 Abs. 3 BNotO geregelte Vertretungsbescheinigung über die rechtsgeschäftlich begründete Vertretungsmacht ist deren Nachweistauglichkeit im Grundbuch- und Registerverfahren durch entsprechende Änderungen des § 34 GBO und des § 12 HGB gewährleistet.<sup>14</sup> Er darf die Bescheinigung aber nur dann erteilen, wenn er sich zuvor durch Einsichtnahme in eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Vollmachtsurkunde über die Begründung der Vertretungsmacht vergewissert hat.<sup>15</sup>

Eine Vollmachtsbescheinigung hinsichtlich privatschriftlicher Vollmachtsurkunden ist daher unzulässig. Vollmachten sind im Hinblick auf § 172 BGB, § 47 BeurkG in Urschrift oder Ausfertigung vorzulegen; eine beglaubigte Abschrift der Vollmachtsurkunde reicht regelmäßig auch dann nicht, wenn keine Anhaltspunkte für einen Widerruf der Vollmacht bestehen.<sup>16</sup> Beglaubigte Abschriften können keinen Vollmachtsnachweis erbringen und sind daher keine Grundlage für eine notarielle Bescheinigung.<sup>17</sup> In der Bescheinigung muss angegeben werden, ob es sich bei der vorgelegten Urkunde um die Urschrift oder um eine Ausfertigung der Urschrift handelt (§ 21 Abs. 3 S. 3 BNotO).

Die Anforderungen, die an den Nachweis zu stellen sind, bleiben jedoch im Übrigen unverändert. Insbesondere ist eine notarielle Vollmachtsbescheinigung nur auf Basis solcher Vollmachten zulässig, die ihrerseits den Anforderungen des Registerverkehrs genügen.<sup>18</sup> Der Notar muss sich deshalb die Legitimationskette, die zu der Vollmacht führt, in der Form nachweisen lassen, in der sie gegenüber der das Register führenden Stelle nachzuweisen wäre.<sup>19</sup> Die bisherigen Anforderungen an den Nachweis einer Vollmacht werden somit nicht verringert, es wird lediglich eine zusätzliche Möglichkeit des Nachweises gegenüber den die Register führenden Stellen geschaffen.<sup>20</sup> Das bedeutet, dass die Vollmachtsurkunde, die Grundlage der Bescheinigung des Notars ist, dem Notar im Hinblick auf § 29 GBO in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form vorliegen muss und nicht nur in beglaubigter Abschrift.<sup>21</sup>

<sup>12</sup> OLG Zweibrücken FGPrax 2013, 163; *Schneider*, ZfR 2013, 42.

<sup>13</sup> Vgl. OLG Schleswig SchlHA 2013, 247; BayObLG DNotZ 2000, 293 m. w. N.

<sup>14</sup> Vgl. *Preuß*, DNotZ 2013, 740.

<sup>15</sup> OLG Bremen, Beschl. v. 28.3.2014 – 3 W 46/13 – juris.

<sup>16</sup> Vgl. BayObLG NJW-RR 2000, 61; KG FGPrax 1998, 7.

<sup>17</sup> Vgl. *Heinemann*, FGPrax 2013, 139.

<sup>18</sup> BT-Drucks 17/1469, S. 14.

<sup>19</sup> OLG Bremen, Beschl. v. 28.3.2014 – 3 W 46/13 – juris.

<sup>20</sup> BT-Drucks 17/1469, S. 14.

<sup>21</sup> OLG Bremen, Beschl. v. 28.3.2014 – 3 W 46/13 – juris; so schon zum alten Recht OLG Schleswig SchlHA 2013, 247.

<sup>8</sup> Vgl. zum berechtigten Interesse u. a. OLG Düsseldorf ZEV 2014, 218; OLG Oldenburg FGPrax 2014, 18; OLG Karlsruhe MittBayNot 2014, 154; OLG Karlsruhe RNotZ 2014, 70; OLG München Rpfleger 2014, 15; OLG Celle FGPrax 2013, 195; OLG Hamm FGPrax 2013, 105; *Böhringer*, DNotZ 2014, 16 m. w. Bsp.

<sup>9</sup> Vgl. *Böhringer*, DNotZ 2014, 16.

<sup>10</sup> Vgl. *Böhringer*, DNotZ 2014, 16.

<sup>11</sup> Vgl. *Elsing*, notarbüro 3/2014, 11; *Böhringer*, DNotZ 2014, 16.



In der Bescheinigung ist deshalb anzugeben, in welcher Form und an welchem Tag die Vollmachtsurkunde dem Notar vorgelegen hat. Wenn über den Besitz der Urkunde der Fortbestand einer Vollmacht nachgewiesen werden soll (§ 172 BGB), ist zu bescheinigen, dass die Urschrift oder Ausfertigung zum maßgeblichen Zeitpunkt von demjenigen vorgelegt worden ist, auf dessen Besitz an der Urkunde es ankommt.<sup>22</sup> Vollmachten (§ 167 BGB) zur Abgabe von Eintragungsbewilligungen und Eintragungsanträgen müssen darüber hinaus dem das Grundbuchverfahren beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz entsprechen. Dabei ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt.<sup>23</sup> Auch darauf hat der Notar bei der Erstellung seiner Bescheinigung zu achten.

Die notarielle Vollmachtsbescheinigung über eine durch Rechtsgeschäft begründete Vollmacht reicht dann zum Vollzug in Grundbuchsachen aus (§ 34 GBO n. F.).<sup>24</sup>

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Notarielle Vollmachtsbescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO:<sup>25</sup>

*Gemäß § 21 Abs. 3 BNotO bescheinige ich, der beurkundende Notar, aufgrund heute erfolgter Einsichtnahme in die mir von ... vorgelegte Ausfertigung/Urschrift der Vollmacht vom ... (UR-Nr. .../2014 des Notars ...), dass Herr/Frau ... die Vertretungsmacht erteilt wurde, die Erklärungen in dieser meiner Niederschrift (UR-Nr. .../2014) für die Gesellschaft in Firma .../für Herrn .../für Frau ... im dortigen Umfang abzugeben und entgegenzunehmen.*

*..., den ...*

*(Siegel und Unterschrift des Notars)*

Der Gesetzgeber hat jedoch von einer (parallelen) Änderung des § 12 S. 1 BeurkG abgesehen; der Notar, der im Rahmen einer Niederschrift, etwa eines Kaufvertrages, eine Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO erteilt, muss also auch weiterhin die von ihm geprüfte und bescheinigte Vollmacht der Urkunde beifügen, so dass sie dem Grundbuchamt ohnehin zur Kenntnis gelangt.<sup>26</sup>

Ob dann in diesem Fall das Grundbuchamt nach dem Legalitätsprinzip trotz der Bescheinigung des Notars nach § 21 Abs. 3 BNotO eine eigene materiell-rechtliche Prüfungskompetenz hat, ist streitig.<sup>27</sup> Ist aber mit der Neuregelung „nur“ eine zusätzliche Möglichkeit des Nachweises gegenüber den die Register führenden Stellen geschaffen worden,<sup>28</sup> so hat das Grundbuchamt damit auch die Wirksamkeit einer Vollmacht (§ 12 S. 1 BeurkG) und den Umfang der Vertretungsmacht selbständig zu prüfen, auch wenn der Urkundsnotar die Vollmacht für ausreichend angesehen hat.<sup>29</sup>

*b) Bescheinigung des Notars über eine durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht einer Gemeinde (§ 21 Abs. 3 BNotO n. F.)*

Durch das Gesetz zur Stärkung des kommunalen Ehrenamtes und zur Änderung weiterer kommunalverfassungsrechtlicher Vor-

schriften vom 18.9.2012 (in Kraft getreten am 29.9.2012 – GVBl. 2012, 436) ist § 64 GO NRW neu gefasst worden. Das Prinzip der Gesamtvertretung wurde aufgegeben. Nunmehr ist zu beachten:

- Zuständigkeit des Bürgermeisters oder seines allgemeinen Vertreters,
- bei Geschäften der laufenden Verwaltung auch andere Bedienstete,
- **Bevollmächtigung** von Bediensteten durch den Bürgermeister gemäß § 64 Abs. 3 GO NRW.

Damit ist in Nordrhein-Westfalen die BGH-Entscheidung<sup>30</sup> die eine Vollmacht für eine nordrhein-westfälische Gemeinde, Erklärungen „in allen Grundstücksangelegenheiten“ abzugeben, für unwirksam erklärt hatte, nicht länger beachtlich.<sup>31</sup>

Durch das Erste Gesetz zur Weiterentwicklung des Neuen Kommunalen Finanzmanagements für Gemeinden und Gemeindeverbände vom 18.9.2012 (GVBl. 2012, 432) ist in § 87 Abs. 1 GO NRW zudem ein neuer Satz 3 eingefügt worden, wonach Kaufpreisbelastungsvollmachten bis zur Kaufpreishöhe auch ohne Zustimmung der höheren Behörde zulässig sind.

Belastungsvollmachten über dem Kaufpreis, also insbesondere für geplante Investitionen, dürften damit weiterhin nur mit Genehmigung des Regierungspräsidenten in NRW möglich sein.

Auch über solche rechtsgeschäftlichen Vollmachten kann der Notar eine Bescheinigung gemäß § 21 Abs. 3 BNotO erteilen.

*c) Bescheinigung des Notars über eine durch Verwalterbestellung begründete organschaftliche Vertretungsmacht des Verwalters (§ 21 Abs. 3 BNotO n. F. i. V. m. §§ 26 Abs. 1, 27 Abs. 6 WEG)*

Fraglich ist, ob der Notar nach § 21 Abs. 3 BNotO nach vorheriger Einsichtnahme der ihm vorgelegten Teilungserklärung in Verbindung mit etwaigen Beschlüssen der Miteigentümer über die Bestellung des Verwalters (§ 26 Abs. 1 WEG) oder die Verlängerung der Verwalterbestellung (§ 26 Abs. 2 WEG) eine Bescheinigung über die „Vertretungsmacht“ des Verwalters und deren Fortbestehen erteilen kann. Nach herrschender Literatur ist der Verwalter keine Partei kraft Amtes, aber Organ. Gegebenenfalls ist er Bevollmächtigter, wie sich aus § 27 WEG ergibt.<sup>32</sup> Der BGH fasst die Stellung des Verwalters als eine Art „Organstellung“ nach § 26 Abs. 1 WEG auf,<sup>33</sup> weist aber zutreffend darauf hin, dass sich der Gesetzgeber gegen die Schaffung eines Registers, das die Wohnungseigentümergeinschaft und den Verwalter ausweist, entschieden hat und damit der Nachweis der Vertretungsbefugnis durch einen Registerauszug und eine Registerbescheinigung wie bei Vereinen, Gesellschaften oder Genossenschaften **nicht** in Betracht kommt.<sup>34</sup> Diese fehlende Registerpublizität versucht § 27 Abs. 6 WEG dadurch zu kompensieren, dass er dem Verwalter einen Anspruch auf Ausstellung einer Urkunde einräumt, aus der sich seine Vertretungsmacht ergibt.<sup>35</sup> Dementsprechend wird in der Literatur auch zu Recht darauf hingewiesen, dass die Urkunde nach § 27 Abs. 6 WEG dieselben Rechtswirkungen zeitigt, wie eine Vollmachtsurkunde im Sinne des § 172 BGB.<sup>36</sup>

<sup>22</sup> Vgl. OLG Bremen, Beschl. v. 28.3.2014 – 3 W 46/13 – juris; OLG Schleswig SchlHA 2013, 247.

<sup>23</sup> OLG München NJW-RR 2013, 389.

<sup>24</sup> Vgl. Zimmer, NJW 2014, 337.

<sup>25</sup> Vgl. Zimmer, NJW 2014, 337; Elsing, notarbüro 3/2014, 10 f.

<sup>26</sup> Vgl. Zimmer, NJW 2014, 337.

<sup>27</sup> Vgl. Zimmer, NJW 2014, 337 m. w. N.

<sup>28</sup> Vgl. OLG Bremen, Beschl. v. 28.3.2014 – 3 W 46/13 – juris; BT-Drucks 17/1469, S. 14.

<sup>29</sup> Vgl. zur alten Rechtslage OLG München NotBZ 2012, 472.

<sup>30</sup> BGH NJW 2009, 289 = ZNotP 2009, 21; Heggen, NotBZ 2009, 64.

<sup>31</sup> Zur Rechtslage in Bayern: OLG München, Beschl. v. 28.1.2013 – 34 Wx 390/12.

<sup>32</sup> Vgl. Bärmann/Pick, WEG, § 26 Rn 15.

<sup>33</sup> BGH MDR 2014, 452; BGHZ 151, 164.

<sup>34</sup> BGH MDR 2014, 452.

<sup>35</sup> BGH MDR 2014, 452.

<sup>36</sup> Jennißen/Heinemann, WEG, § 27 Rn 163; Bärmann/Merle, WEG, § 27 Rn 316 ff.

Die Zustimmung des Verwalters zu der Veräußerung von Wohnungseigentum nach § 12 Abs. 1, 3 WEG ist – soweit Gegenstand der Teilungserklärung – in der Form des § 29 GBO erforderlich. Die Zustimmung bleibt auch dann wirksam, wenn die Bestellung des Verwalters vor dem in § 878 BGB genannten Zeitpunkt endet. Im Grundbuchverfahren ist grundsätzlich nicht zu prüfen, ob der Verwalter, dessen Zustimmung zur Veräußerung nach § 12 WEG in der Form des § 29 Abs. 1 GBO dem Grundbuchamt vorliegt, auch noch in dem Zeitpunkt zum Verwalter bestellt war, in dem der Umschreibungsantrag eingereicht worden ist. Die Zustimmung des Verwalters nach § 12 WEG ist daher in dieser Beziehung nicht anders zu behandeln als rechtsgeschäftliche Erklärungen, die Träger eines vergleichbaren privaten Amtes (wie beispielsweise Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter) während ihrer Amtszeit im eigenen Namen mit Wirkung für und gegen den Rechtsinhaber abgegeben haben. Ob die Wohnungseigentümer oder ein an deren Stelle befugter neuer Verwalter die Zustimmung bis zu dem in § 878 BGB bestimmten Zeitpunkt noch hätten widerrufen können, ist allerdings offen.<sup>37</sup>

Für den Nachweis der Verwalterbestellung (§ 29 GBO) genügt gegenüber dem Grundbuchamt nach § 26 Abs. 3 WEG regelmäßig die Vorlage einer Niederschrift über den Bestellungsbeschluss, bei der die Unterschriften der in § 26 Abs. 6 WEG bezeichneten Personen öffentlich beglaubigt sind.<sup>38</sup> Der Notar könnte daher, wenn ihm die Beschlüsse der Miteigentümer in der dafür öffentlich beglaubigten Form vorgelegt werden, auch eine Bescheinigung über die Verwalterbestellung nach § 26 Abs. 1 WEG oder die Verlängerung der Bestellung nach § 26 Abs. 2 WEG in der Form des § 21 Abs. 3 BNotO abgeben. Dieses Ergebnis erscheint vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BGH<sup>39</sup> zur Rechtsstellung des Verwalters und der herrschenden Meinung<sup>40</sup> konsequent, wonach die Urkunde nach § 27 Abs. 6 WEG dieselben Rechtswirkungen zeitigt, wie eine Vollmachtsurkunde im Sinne des § 172 BGB.

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Vertretungsnachweis nach § 21 Abs. 3 BNotO:

*Gemäß § 21 Abs. 3 BNotO bescheinige ich, der beurkundende Notar, aufgrund heute erfolgter Einsichtnahme in die mir von ... vorgelegte Ausfertigung/Urchrift*

- – der Teilungserklärung vom ... (UR-Nr. .../2014 des Notars ...) und
- – des Beschlusses der Miteigentümer vom ... (UR-Nr. .../2014 des Notars ...), beinhaltend die Verlängerung der Verwalterbestellung bis zum ...,

*dass Herrn/Frau ... die Vertretungsmacht als Verwalter der WEG ... erteilt wurde, die Erklärungen in dieser meiner Niederschrift (UR-Nr. .../2014) im dortigen Umfang abzugeben und entgegenzunehmen.*

*..., den ...*

*(Siegel und Unterschrift des Notars)*

### 3. Keine Bescheinigung des Notars über Nachweis der gesetzlichen Vertretungsbefugnis nach § 21 Abs. 3 BNotO n. F.

Von der Bescheinigung über die rechtsgeschäftlich begründete Vertretungsbefugnis nach § 21 Abs. 3 BNotO ist nach wie vor die

Bescheinigung der Vertretungsbefugnis eines Organs nach § 21 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BNotO zu unterscheiden.<sup>41</sup>

#### a) Nachweis durch Einsichtnahme des Notars in ausländische Register (§ 21 Abs. 1 und 2 BNotO)

Für den Nachweis der Vertretungsbefugnis der Directors einer englischen Ltd. ist eine Bescheinigung des deutschen Notars entsprechend § 21 Abs. 1, Abs. 2 BNotO nicht ausreichend, wenn dieser seine Erkenntnisse nur durch die Einsichtnahme in das beim Companies House geführte Register erworben hat. Ein deutscher Notar ist nur dann zuständig, unter Einsichtnahme in ausländische Register Bescheinigungen für die Vertretungsbefugnis auszustellen, die sich auf eine ausländische Gesellschaft beziehen, wenn das ausländische Register seiner rechtlichen Bedeutung nach dem deutschen Handelsregister entspricht.<sup>42</sup>

#### b) Nachweis durch Einsichtnahme des Notars in das deutsche Register der Zweigniederlassung eines ausländischen Rechtsträgers (§ 21 Abs. 1 und 2 BNotO)

Wenn jedoch eine Zweigniederlassung der Gesellschaft im inländischen Handelsregister eingetragen ist und der Notar seine Erkenntnisse aus der Einsicht in dieses inländische Register erworben hat, genügt zum formgerechten Nachweis der Vertretungsbefugnis des directors einer in Großbritannien gegründeten und registrierten Private Company Limited By Shares eine notarielle Bescheinigung gemäß § 21 Abs. 1 und 2 BNotO.<sup>43</sup>

#### c) Nachweis der Vertretung der Verwaltung einer Diözese

Im Rahmen der Verwaltung einer Diözese wird der Diözesanbischof durch den Generalvikar vertreten (Art. 140 GG, Art. 137 Weimarer Reichsverfassung, *cic* (Codex Iuris Canonici), *can* (Canon) 134 § 3, Vertreter des Bischofs im Bereich der Verwaltung der Diözese, *can* 475 § 1, 479 § 1. Die dem Generalvikar hierzu zur Verfügung stehende kirchliche Behörde wird als Bischöfliches Ordinariat oder Generalvikariat bezeichnet. Zum Nachweis einer im Namen der Diözese abgegebenen Eintragungsbewilligung oder einer sonstigen zu einer Eintragung im Grundbuch erforderlichen Erklärung genügt die unterschriebene und mit dem Siegel des Bischöflichen Ordinariats bzw. des Generalvikariats versehene Urkunde dieser Behörde.<sup>44</sup>

### 4. Keine Bescheinigung des Notars über Nachweis der Vertretungsbefugnis der Partei kraft Amtes nach § 21 Abs. 3 BNotO n. F.

Der Insolvenzvermerk nach § 32 InsO führt zu einer Grundbuchsperrung, hat also lediglich negative Wirkung.<sup>45</sup> Regelmäßig stellt sich daher die Frage nach dem Nachweis der Vertretungsbefugnis des Insolvenzverwalters oder des Insolvenzschuldners.

Die kraft Gesetzes begründete Verfügungsbefugnis (Partei kraft Amtes), z. B. des Insolvenzverwalters ist keine durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht. Damit scheiden Vertretungsbescheinigungen des Notars für Parteien kraft Amtes aus. Würde der Notar eine Bescheinigung über die Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters und spiegelbildlich über die, z. B. nach Freigabe gemäß § 35 Abs. 2 InsO, wiedererlangte Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners ausstellen, ist diese mangels Zuständigkeit unwirksam.<sup>46</sup>

<sup>37</sup> BGH DNotZ 2013, 362.

<sup>38</sup> OLG Köln FGPrax 2013, 16.

<sup>39</sup> BGH MDR 2014, 452.

<sup>40</sup> Jennißen/Heinemann, WEG, § 27 Rn 163; Bärmann/Merle, WEG, § 27 Rn 316 ff.

<sup>41</sup> Vgl. dazu: OLG Düsseldorf FGPrax 2014, 8.

<sup>42</sup> KG DNotZ 2012, 604; OLG Schleswig FGPrax 2012, 127.

<sup>43</sup> KG RNotZ 2013, 426.

<sup>44</sup> KG Rpfleger 2013, 387.

<sup>45</sup> BGH DZWIR 2012, 29.

<sup>46</sup> Vgl. DNotI-Report 2013, 185.

Zudem ist die Feststellung der Befugnisse des Insolvenzverwalters, insbesondere welche Rechtsordnung anzuwenden ist, häufig schwierig. Ist im Geltungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 (im Folgenden: EuInsVO) ein anerkenntungsfähiges Hauptinsolvenzverfahren, d. h. ein Insolvenzverfahren über das gesamte Vermögen eines Schuldners im Sinne von Art. 3 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1, Art. 2 lit. a), Art. 27 EuInsVO eröffnet worden und gehören zur Insolvenzmasse Rechte an Grundstücken, so ist auf Antrag des Insolvenzverwalters die Verfahrenseröffnung in den übrigen EU-Mitgliedstaaten in das Grundbuch einzutragen (Art. 22 EuInsVO). Nach den deutschen Ausführungsbestimmungen zu dieser Vorschrift (Art. 102 § 6 Abs. 1, § 1 Abs. 3 EGInsO) und dem deutschen autonomen Internationalen Insolvenzrecht (§§ 343 ff., 346 InsO) ist ein solcher Antrag des ausländischen Insolvenzverwalters an das Insolvenzgericht zu richten, in dessen Bezirk das inländische Grundvermögen des Schuldners liegt.<sup>47</sup> Das Grundbuchamt trägt den Insolvenzvermerk nur auf Ersuchen des Insolvenzgerichts ein. Die gesamte Prüfung der kollisions- und insolvenzrechtlichen Voraussetzungen des beantragten Insolvenzvermerks, insbesondere der rechtlichen Einordnung (Qualifikation) und Anerkennungsfähigkeit des ausländischen Verfahrens sowie seiner Auswirkungen auf die Verfügungsbefugnis des Schuldners obliegt allein dem Insolvenzgericht. Seine rechtliche Beurteilung ist für das Grundbuchamt bindend.<sup>48</sup>

Die Regelungen der Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.5.2000 über Insolvenzverfahren (ABl EG 2000 Nr. L 160, S. 1) gehen in ihrem Anwendungsbereich den Vorschriften des in §§ 335 ff. InsO geregelten deutschen Internationalen Insolvenzrechts vor; deshalb richten sich die Befugnisse des Insolvenzverwalters nach dem Recht des Staates, in welchem das Insolvenzverfahren eröffnet wurde.<sup>49</sup>

## II. Änderungen durch das DaBaGG

Soweit Änderungen durch das DaBaGG nicht zum 9.10.2013 in Kraft getreten sind, sondern erst zum 1.10.2014 oder zum 1.1.2017 in Kraft treten, ist dies nachfolgend gesondert vermerkt.

### 1. Wegfall der Pflicht zur Vorlage eines Veränderungsnachweises bei der Abschreibung eines Grundstücksteils (§ 2 Abs. 3 GBO n. F.; Aufhebung der § 2 Abs. 4 und 5 GBO a. F.)

Die Abschreibung eines Grundstücksteils sollte gemäß § 2 Abs. 3 GBO a. F. bisher grundsätzlich nur nach Vorlage eines Auszugs aus dem beschreibenden Teil des amtlichen Verzeichnisses (Veränderungsnachweis) erfolgen.<sup>50</sup> Mittlerweile ist jedoch gewährleistet, dass Veränderungen und Berichtigungen des Liegenschaftskatasters dem Grundbuchamt unverzüglich mitgeteilt werden. Zudem können die meisten Grundbuchämter online auf den Datenbestand des Liegenschaftskatasters zugreifen. Die sich aus dem Veränderungsnachweis ergebenden Informationen sind somit beim Grundbuchamt regelmäßig offenkundig. Einer Einreichung des Veränderungsnachweises durch die Beteiligten bedarf es nach § 2 Abs. 3 GBO n. F. ab dem 9.10.2013 nur noch in den seltenen Fällen, in denen die sich daraus ergebenden Daten dem Grundbuchamt noch nicht offenkundig sind.<sup>51</sup>

Der bisherige § 2 Abs. 4 GBO a. F., der eine Ausnahme von der Verpflichtung zur Vorlage des Veränderungsnachweises vorsah,

ist infolge des Wegfalls der Vorlagepflicht ebenfalls aufgehoben worden. Als Folge des Wegfalls der Verpflichtungen zur Vorlage von Auszügen aus dem beschreibenden Teil des amtlichen Verzeichnisses sowie aus der amtlichen Karte ist auch § 2 Abs. 5 GBO a. F. aufgehoben worden, da für die dort früher enthaltene Verordnungsermächtigung im Rahmen des § 2 GBO n. F. kein Anwendungsbereich mehr besteht. Die Verordnungsermächtigung ist stattdessen in § 7 Abs. 3 GBO eingefügt worden.<sup>52</sup>

### 2. Änderung des Verwirrungsbegriffs bei der Vereinigung von Grundstücken (§ 5 Abs. 1 S. 2 GBO n. F.)

Nach § 5 Abs. 1 S. 1 GBO a. F. sollte ein Grundstück nur dann mit einem anderen Grundstück vereinigt werden (§ 890 Abs. 1 BGB), wenn dadurch eine Verwirrung nicht zu besorgen war.<sup>53</sup>

Dazu wurden bisher zwei Meinungen vertreten.<sup>54</sup>

Die erste Meinung vertrat die Ansicht, dass bei Vereinigung (§ 890 Abs. 1 BGB) und Bestandteilszuschreibung (§ 890 Abs. 2 BGB) grundsätzlich Verwirrung zu besorgen sei, wenn die Belastung mit Rechten im Bestand und in der Rangfolge uneinheitlich sei.<sup>55</sup> Dies sollte sowohl gelten, wenn eine Flurstücksverschmelzung vorausgeht, als auch für den Fall, dass eine solche nicht vorausgeht, weil auch nachträglich eine Flurstücksverschmelzung möglich ist.

Nach der zweiten Meinung sollte eine unterschiedliche Belastung der einzelnen zu vereinigenden oder an der Zuschreibung beteiligten Grundstücke oder eine sich aus § 1131 BGB ergebende gesetzliche Rangfolge auf dem zugeschriebenen Grundstück die Besorgnis der Verwirrung begründen, wenn eine Flurstücksverschmelzung vorausgeht, das heißt das neu gebildete Grundstück auch katastermäßig eine Einheit bildet.<sup>56</sup>

Durch die Neuregelung ist Rechtsklarheit geschaffen worden. Bei einer Ungleichbelastung von Grundstücksteilen mit Verwertungsrechten, d. h. mit Grundpfandrechten und Reallasten oder bei unterschiedlichen Rangverhältnissen solcher Rechte an den zu vereinigenden Grundstücken soll eine Vereinigung nicht erfolgen dürfen.<sup>57</sup>

Nach § 5 Abs. 1 S. 2 GBO n. F. ist Verwirrung daher nur dann zu besorgen, wenn die Grundstücke im Zeitpunkt der Vereinigung mit unterschiedlichen Grundpfandrechten oder Reallasten oder mit den denselben Grundpfandrechten oder Reallasten in unterschiedlicher Rangfolge belastet sind.<sup>58</sup>

Die Gleichbelastung als Voraussetzung der Vereinigung soll für alle Verwertungsrechte gelten, die zu einem Zwangsversteigerungsverfahren führen können. Nach dem Sinn und Zweck der Neuregelung in § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GBO n. F. ist Verwirrung auch dann zu besorgen, wenn von den zu vereinigenden Grundstücken nur eines mit einem Grundpfandrecht und/oder einer Reallast belastet und das andere Grundstück lastenfrei ist.<sup>59</sup>

Für die Belastung der zu vereinigenden Grundstücke mit Rechten, die keine Verwertungsrechte (z. B. Vorkaufs- und Erbbaurechte) sind, wollte der Gesetzgeber des DaBaGG ausdrücklich

<sup>52</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 17 f.

<sup>53</sup> Vgl. auch OLG Brandenburg RNotZ 2009, 539; OLG Düsseldorf NJW-RR 2000, 608; Böttcher, NJW 2014, 978 m. w. N.

<sup>54</sup> Vgl. auch zu § 6 GBO, BGH NJW 2014, 1002.

<sup>55</sup> Vgl. BayObLGZ 1993, 365; Böttcher, NJW 2014, 978.

<sup>56</sup> Vgl. Böttcher, NJW 2014, 978.

<sup>57</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 17 f.

<sup>58</sup> Vgl. Böttcher, NJW 2014, 978.

<sup>59</sup> Vgl. Böttcher, NJW 2014, 978.

<sup>47</sup> OLG Düsseldorf Rpfleger 2012, 515; AG Duisburg RNotZ 2010, 402.

<sup>48</sup> OLG München RNotZ 2012, 281 = ZIP 2012, 1675; OLG Düsseldorf Rpfleger 2012, 515; AG Duisburg RNotZ 2010, 402.

<sup>49</sup> BGH MittBayNot 2012, 155.

<sup>50</sup> BGH Rpfleger 2013, 260.

<sup>51</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 17.



keine neue Regelung treffen.<sup>60</sup> Dies bedeutet, dass ungleiche Belastungen der Grundstücke mit diesen Rechten hingenommen werden. Auch hinsichtlich der Belastung mit Dienstbarkeiten sind keine Änderungen eingetreten. Daraus folgt, dass § 7 Abs. 2 GBO weiterhin erfüllt sein muss. Ausreichend ist, wenn sich die verschiedenen belasteten Grundstücksteile klar im Grundbuch verlautbaren lassen. Verwirrung ist daher nicht zu besorgen, wenn

- das neue Grundstück im Rechtssinne aus einem Flurstück besteht, die Dienstbarkeit sich auf einen realen Teil davon erstreckt und dafür ein Auszug der Flurkarte vorgelegt wird (§ 7 Abs. 2 S. 2 GBO) oder
- aus mehreren Flurstücken besteht und die Dienstbarkeit sich auf ein oder einige Flurstücke davon erstreckt (ohne Flurkarte, § 7 Abs. 2 S. 3 GBO) oder
- aus mehreren Flurstücken besteht, die Dienstbarkeit sich auf einen oder mehrere Teile eines oder mehrerer Flurstücke erstreckt und dafür ein Auszug der Flurkarte vorgelegt wird (§ 7 Abs. 2 S. 2 GBO).<sup>61</sup>

### 3. Änderung des Verwirrungsbegriffs bei der Bestandteilszuschreibung von Grundstücken (§ 6 Abs. 2 GBO n. F.)

Nach § 6 GBO a. F. sollte ein Grundstück nur dann einem anderen Grundstück als Bestandteil zugeschrieben werden (§ 890 Abs. 2 BGB), wenn hiervon keine Verwirrung zu besorgen ist.

Verwirrung war zu besorgen, wenn die Eintragung derart unübersichtlich und schwer verständlich wird, so dass der gesamte grundbuchliche Rechtszustand des Grundstücks nicht mehr mit der für den Grundbuchverkehr erforderlichen Klarheit und Bestimmtheit erkennbar war und die Gefahr von Streitigkeiten zwischen den Realberechtigten untereinander oder mit Dritten oder von Verwicklungen, namentlich im Fall der Zwangsversteigerung, bestand.<sup>62</sup>

Die Kriterien für die Zulässigkeit der Bestandteilszuschreibung von Grundstücken sind entsprechend der für die Grundstücksvereinigung geltenden Neuregelung in § 5 Abs. 1 S. 2 GBO n. F. nunmehr in § 6 Abs. 2 GBO n. F. präzisiert worden. Die Gleichbelastung mit Grundpfandrechten kann im Fall der Bestandteilszuschreibung auch dadurch erreicht werden, dass die Erstreckung kraft Gesetzes erfolgt (vgl. § 1131 BGB).<sup>63</sup>

### 4. Keine Grundstücksteilbelastung mit einer Reallast (§ 7 Abs. 2 GBO n. F.)

Soll lediglich ein Teil eines Grundstücks mit einem Recht belastet werden, verlangt § 7 Abs. 1 GBO die Abschreibung des gesondert zu belastenden Grundstücksteils, um das Grundbuch übersichtlich zu erhalten.

Von diesem Grundsatz gestattete § 7 Abs. 2 GBO a. F. eine Ausnahme für Dienstbarkeiten und Reallasten, weil diese Rechte am Rechtsverkehr nicht in dem Maße teilnahmen wie andere dingliche Rechte und deshalb das Bedürfnis für eine ebenso scharfe Trennung wie in § 7 Abs. 1 GBO nicht gegeben war.<sup>64</sup> Insoweit konnte eine Teilung und Abschreibung des gesondert belasteten Grundstücksteils unterbleiben, wenn keine Verwir-

rung zu besorgen war (§ 7 Abs. 2 S. 1 GBO a. F.). Dies ist der Fall, wenn der zu belastende Teil eindeutig bestimmt werden kann und sich im Fall der Zwangsversteigerung keine Probleme ergeben. Gemäß § 7 Abs. 2 GBO a. F. waren Abschreibung und Verselbständigung Voraussetzung für die dingliche Belastung eines Grundstücksteils.<sup>65</sup>

Die Belastung eines realen Grundstücksteils mit einer Reallast ist im Hinblick auf mögliche Schwierigkeiten bei der Zwangsvollstreckung in das Grundstück als kritisch zu bewerten.<sup>66</sup> Daher ist nunmehr nach § 5 Abs. 1 S. 2 GBO n. F. eine Vereinigung von Grundstücken bei insoweit ungleicher Belastung der beteiligten Grundstücke nicht mehr zulässig.

Aus demselben Grund ist daher nach § 7 Abs. 2 GBO n. F. nunmehr auch die Möglichkeit entfallen, nur einen Grundstücksteil mit einer Reallast zu belasten.<sup>67</sup>

### 5. Änderung der formalen Anforderungen an eine Teilbelastung mit einer Dienstbarkeit (§ 7 Abs. 2 und 3 GBO n. F.)

Die Bezeichnung der belasteten Teilfläche mit einer Dienstbarkeit muss den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes entsprechen.<sup>68</sup>

§ 7 Abs. 2 S. 2 GBO a. F. sah hierzu vor, dass sich Größe und Lage der belasteten Teilfläche durch Bezugnahme auf einen beglaubigten Auszug aus der amtlichen Flurkarte ergeben, in dem dieser Grundstücksteil eingezeichnet ist. Die Übernahme der Belastungsgrenzen in die (Original-)Flurkarte des Katasteramts war allerdings nicht erforderlich.<sup>69</sup>

Die Vorschrift ist an die Änderung des § 2 Abs. 3 GBO angepasst und dabei konkreter formuliert worden. Die Vorlage einer Karte ist nicht erforderlich, wenn es sich bei dem zu belastenden Grundstücksteil um ein separates Flurstück handelt.

Die sich aus dem Bestimmtheitsgrundsatz ergebenden Anforderungen an die Bezeichnung der Ausübungsstelle einer Dienstbarkeit, bei der nicht das Recht selbst, sondern dessen Ausübung auf einen realen Grundstücksteil beschränkt ist, bleiben jedoch von der Regelung des § 7 Abs. 2 S. 2 GBO n. F. unberührt.

Die Verordnungsmächtigung in § 7 Abs. 3 GBO n. F. wurde aus § 2 Abs. 5 GBO n. F. übernommen.

### 6. Auskunftsanspruch des Berechtigten über Grundbuchauskünfte an Dritte (§ 12 Abs. 4 GBO n. F.)

Aufgenommen wurde durch das DaBaGG<sup>70</sup> mit Wirkung zum 1.10.2014 ferner die Protokollierungspflicht der Grundbucheinsicht gemäß § 12 Abs. 4 GBO n. F. und die Einsicht in Verzeichnisse gemäß § 12a Abs. 3 GBO n. F.; § 46a GBV n. F. Damit soll auch das Recht des Eigentümers (bzw. des Inhabers eines grundstücksgleichen Rechts) abgesichert werden, auf Antrag in Erfahrung bringen zu können, wem in welchem Umfang Auskunft (Einsicht) aus dem Grundbuch (Grundakten) erteilt wurde, was nach altem Recht streitig war.<sup>71</sup>

<sup>60</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 18.

<sup>61</sup> Vgl. Böttcher, NJW 2014, 978.

<sup>62</sup> Vgl. BGH NJW 2014, 1002; Simon, Rpfleger 2014, 125.

<sup>63</sup> Vgl. OLG Celle MDR 2014, 21.

<sup>64</sup> Vgl. OLG Köln FGPrax 2012, 102.

<sup>65</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 18; BGH Rpfleger 2013, 260.

<sup>66</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 18.

<sup>67</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 18.

<sup>68</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 16.2.2012 – V ZB 204/11 – juris; OLG München, Beschl. v. 3.3.2014 – 34 Wx 489/13 – juris.

<sup>69</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 18.

<sup>70</sup> BGBl 2013 I Nr. 59, S. 3719; BR-Drucks 794/12.

<sup>71</sup> OLG Zweibrücken FGPrax 2013, 163; Schneider, ZfIR 2013, 42.

### 7. Ersetzung der funktionalen Bezeichnung „Grundbuchrichter“ durch „die für die Führung des Grundbuchs zuständige Person“

Nach dem Wortlaut des § 12c Abs. 4 S. 1 GBO a. F. hatte der Grundbuchrichter zu entscheiden, wenn der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle dem Verlangen nach Änderung einer von ihm getroffenen Entscheidung nicht entsprach. An die Stelle des Richters ist jedoch gemäß § 3 Nr. 1 lit. h RPfLG der Rechtspfleger getreten, dem durch diese Vorschrift die Geschäfte in Grundbuchsachen in vollem Umfang übertragen worden sind. Gleichwohl war es unschädlich, wenn an Stelle des Rechtspflegers der Richter entschieden hat (§ 8 Abs. 1 RPfLG).<sup>72</sup>

In § 12c Abs. 4 S. 1 GBO n. F. sind nun die Wörter „der Grundbuchrichter“ durch die Wörter „die für die Führung des Grundbuchs zuständige Person“ ersetzt worden, wie auch in anderen Vorschriften, z. B. in §§ 25, 28, 29, 30 GBV n. F.<sup>73</sup>

### 8. Erstreckung der Nachweiserleichterung auf eingetragene Lebenspartnerschaften (§ 33 Abs. 1 GBO n. F.)

Nach § 7 S. 2 des LPartG gelten für den Lebenspartnerschaftsvertrag die §§ 1409 bis 1563 BGB entsprechend. Der Vertrag kann somit auch in das Güterrechtsregister eingetragen werden. Der Nachweis, dass zwischen Lebenspartnern einer eingetragenen Lebenspartnerschaft Gütertrennung oder ein vertragsmäßiges Güterrecht besteht oder dass ein Gegenstand zum Vorbehaltsgut eines Lebenspartners gehört, konnte auch bisher durch ein Zeugnis des Gerichts über die Eintragung des güterrechtlichen Verhältnisses im Güterrechtsregister geführt werden, denn auch ohne ausdrückliche Verweisung wurde bei eingetragenen Lebenspartnerschaften von der Geltung der Nachweiserleichterung des § 33 GBO a. F. ausgegangen.

Dies ist nun ausdrücklich in § 33 Abs. 1 GBO n. F. übernommen worden. Zudem ist durch die Ausgestaltung der Regelung als Kann-Vorschrift klargestellt worden, dass es sich bei § 33 Abs. 1 GBO n. F. lediglich um eine Nachweiserleichterung handelt und dass daneben gemäß § 29 Abs. 1 S. 2 GBO auch andere Nachweise zulässig sind.<sup>74</sup>

### 9. Einführung einer Bezugnahme auf die bisherige Eintragung (§ 44 Abs. 3 S. 2 GBO n. F., § 874 S. 2 BGB n. F.)

Nach § 44 Abs. 2 S. 1 GBO a. F. sollte bei der Eintragung eines Rechts im Grundbuch auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Die Neuregelung in § 44 Abs. 2 S. 3 GBO n. F. ergänzt diese Regelung dahingehend, dass bei Dienstbarkeiten und Reallasten nur deren wesentlicher Inhalt in den Eintragungsvermerk aufzunehmen ist und dies durch eine schlagwortartige Bezeichnung erfolgen soll.<sup>75</sup> Materiell-rechtlich entspricht dies der Regelung des § 874 BGB.<sup>76</sup> Danach ist es ausreichend, wenn der konkrete Rechtsinhalt im Eintragungsvermerk schlagwortartig bezeichnet wird. Zur Klarstellung, dass eine ausführlichere Beschreibung des Rechts im Eintragungsvermerk nicht zur Unwirksamkeit der Eintragung führt, ist der vorgeschlagene § 44 Abs. 2 S. 3 GBO n. F. als Sollvorschrift formuliert. Die Eintragung einer Dienstbarkeit oder Reallast ganz

ohne Bezeichnung des wesentlichen Inhalts soll hingegen auch weiterhin weder materiell-rechtlich noch verfahrensrechtlich genügen.<sup>77</sup> Bei Vormerkungen für Dienstbarkeiten und Reallasten soll der Inhalt des vorgemerkten Rechts entsprechend der vorbezeichneten Regelung ebenfalls lediglich schlagwortartig bezeichnet werden.

Nicht zum Inhalt des Rechts zählen Bedingungen und Befristungen. Das Erfordernis, diese ausdrücklich in das Grundbuch einzutragen, bleibt von der Neuregelung unberührt.<sup>78</sup> Auf andere Rechte als Dienstbarkeiten und Reallasten sowie auf Vormerkungen mit sonstigem Inhalt ist § 44 Abs. 2 S. 3 GBO n. F. nicht anwendbar.<sup>79</sup>

Bei älteren Grundbucheintragungen ist gelegentlich festzustellen, dass Rechte ohne Bezugnahme auf die Bewilligung eingetragen wurden und stattdessen der vollständige Inhalt des Rechts im Grundbuch selbst wiedergegeben ist. Die der Eintragung zugrunde liegenden Bewilligungen sind teilweise nicht mehr auffindbar. Um auch für diese Rechte eine zusammengefasste und damit übersichtlichere Eintragung zu ermöglichen, ist § 44 Abs. 3 GBO n. F. um einen S. 2 ergänzt worden, der in diesen Fällen die Bezugnahme auf die bisherige Eintragung erlaubt. Der Begriff „Recht“ ist weit auszulegen und erfasst alle nach dem materiellen Recht dafür in Betracht kommenden Eintragungen in den Abteilungen II und III.<sup>80</sup>

Folge dieser Änderung ist die Einfügung des Satzes 2 in § 874 BGB n. F., wonach einer Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung die Bezugnahme auf die bisherige Eintragung nach § 44 Abs. 3 S. 2 GBO n. F. gleichsteht.

### 10. Ermächtigung an die Landesregierungen zur Einführung und Umsetzung eines DaBaGG

Die Verordnungsermächtigung in § 126 Abs. 1 S. 1 GBO ist erweitert und der Begriff „Datenbankgrundbuch“ definiert worden.

Danach ist unter Datenbankgrundbuch zu verstehen, dass das Grundbuch „in strukturierter Form mit logischer Verknüpfung der Inhalte (Datenbankgrundbuch) geführt wird“. **Die grundbuchrechtlichen Sonderregelungen für das Datenbankgrundbuch, wie etwa in §§ 71a, 76a GBV, sollen aber erst dann gelten, wenn die Führung des Grundbuchs als Datenbankgrundbuch ausdrücklich durch Rechtsverordnung angeordnet wird.**<sup>81</sup> Auch die weiteren wesentlichen Änderungen der Grundbuchordnung zur Einführung des Datenbankgrundbuchs und zur Schaffung besserer Auskunft- und Recherchemöglichkeiten sind den Verordnungsermächtigungen vorbehalten.

Die bisher schon bestehende Ermächtigung in § 127 Abs. 1 S. 1 GBO ist um die Nr. 3 und Nr. 4 erweitert worden. Dadurch wird die Möglichkeit geschaffen, grundbuchamtsübergreifende Zuständigkeiten zu begründen. Dies gilt zum einen für die Richtigstellung der Bezeichnung eines Berechtigten (Nr. 3) und zum anderen für Eintragungen in Bezug auf Gesamtrechte an Grundstücken in den Bezirken anderer Grundbuchämter des jeweiligen Landes (Nr. 4).<sup>82</sup> Nach § 127 Abs. 1 S. 2 GBO n. F. können die

<sup>72</sup> Vgl. KG Rpfleger 2012, 682.

<sup>73</sup> Vgl. Wiggers, FGPrax 2013, 235.

<sup>74</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 19; allgemein zu § 33 GBO a. F.: Bay-ObLGZ 1975, 209.

<sup>75</sup> Vgl. zur alten Rechtslage z. B. OLG München FamRZ 2013, 733; OLG Frankfurt, Beschl. v. 7.2.2013 – 20 W 399/12 – juris.

<sup>76</sup> BGH MittBayNot 2007, 47; BGHZ 35, 378.

<sup>77</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 19; BGH MittBayNot 2007, 47.

<sup>78</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 19; vgl. zur alten Rechtslage z. B. OLG München FamRZ 2013, 733.

<sup>79</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 19.

<sup>80</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 20.

<sup>81</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 20; Wiggers, FGPrax 2013, 235.

<sup>82</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 20; Wiggers, FGPrax 2013, 235.

Anordnungen der Landesregierung auf einzelne Grundbuchämter beschränkt werden, da die technischen Voraussetzungen für die in § 127 Abs. 1 S. 1 GBO n. F. genannten Maßnahmen nicht in allen Grundbuchämtern eines Landes gleichzeitig erfüllt sein werden.<sup>83</sup>

Eine Verordnungsermächtigung zur Schaffung neuer Auskunftsmöglichkeiten ist nun in § 131 Abs. 2 GBO n. F. enthalten. Danach kann durch Rechtsverordnung bestimmt werden, dass – bei Darlegung eines berechtigten Interesses – auch Auskünfte über grundbuchblattübergreifende Auswertungen von Grundbuchinhalten verlangt werden können.<sup>84</sup> Solche Auswertungen werden allerdings ebenfalls erst dann technisch möglich sein, wenn eine Migration der Grundbuchinhalte in die strukturierte Form stattgefunden hat.<sup>85</sup>

An die Änderungen in der Grundbuchordnung knüpfen ferner neue Bestimmungen in der GBV an, in deren Rahmen die Landesjustizverwaltungen die Übertragung der Grundbuchinhalte anordnen können. In §§ 71a, 76a GBV ist geregelt, wie das Datenbankgrundbuch anzulegen (Migration ohne Anhörung der Beteiligten, § 69 GBV) und zu führen ist. § 62 Abs. 2 GBV bestimmt, wie der Grundbuchinhalt aus den bisher verwendeten „Altsystemen“ in ein anderes Dateiformat übertragen werden kann. Klargestellt wird aber, dass sich der öffentliche Glaube (§ 892 BGB) nicht an das anknüpft, was in einer bestimmten Ansichtsform tatsächlich wiedergegeben wird, sondern an das, was wiedergabefähig gespeichert ist.<sup>86</sup>

#### 11. Buchung nach § 6 Abs. 4 GBV n. F. bei Grundstücken, die aus mehreren Flurstücken bestehen

Sofern ein Grundstück aus mehreren Flurstücken besteht, müssen nach § 6 Abs. 4 GBO a. F. diese Flurstücke nicht explizit im Bestandsverzeichnis vermerkt werden. Vielmehr genügt es, wenn diesbezüglich auf einen bei den Grundakten befindlichen beglaubigten Auszug aus dem Liegenschaftskataster Bezug genommen wurde. Mit der Möglichkeit der vereinfachten Übernahme von Flurstücksdaten durch elektronischen Datenaustausch zwischen den Vermessungsbehörden und den Grundbuchämtern besteht kein praktisches Erfordernis mehr, umfangreiche Eintragungen im Bestandsverzeichnis durch einen Verweis auf einen Auszug aus dem Kataster zu ersetzen. Eine sofortige Umstellung der gemäß § 6 Abs. 4 GBV vorgenommenen Buchungen ist aus grundbuchrechtlicher Sicht nicht erforderlich. Spätestens jedoch mit der Überführung des betroffenen Grundbuchblatts in die strukturierte Datenhaltung des Datenbankgrundbuchs ist eine ausdrückliche Buchung der einzelnen Flurstücke erforderlich.<sup>87</sup>

#### 12. Nummerierung mehrerer Eigentümer sowie Nummerierung von Teilungen/Teilabtretungen nach DIN 1421, Ausgabe Januar 1983 (§§ 9, 17 Abs. 4 GBV n. F.)

Mehrere Eigentümer wurden bisher in Abteilung I des Grundbuchs unter einem eigenen Buchstaben aufgeführt. Durch die nun erfolgte Bezugnahme auf das Beispiel 1 in DIN 1421 soll künftig eine stufenweise Nummerierung der Miteigentümer erfolgen. Die neue Nummerierungsstruktur stellt zudem eine Angleichung an die Regeln der Führung der Namensnummern im Liegenschaftskataster dar. Sie soll damit auch den vollautomatisierten Datenaustausch

mit den Vermessungs- und Katasterämtern erleichtern. Die Regelung ist als Soll-Vorschrift ausgestaltet. Damit soll ermöglicht werden, dass in begründeten Einzelfällen (insbesondere dann, wenn bei bereits bestehenden umfangreichen und mehrstufigen Eigentümergemeinschaften nur hinsichtlich eines einzelnen Anteils eine Eintragung vorzunehmen ist) die bisherige Nummerierung fortgeschrieben werden kann. Spätestens bei der Neufassung des Grundbuchs zur Anlegung des Datenbankgrundbuchs soll jedoch eine Umstellung auf das neue Nummerierungssystem erfolgen.<sup>88</sup>

#### 13. Eintragung von natürlichen Personen unter Name und Geburtsdatum (§ 15 Abs. 1 lit. a GBV n. F.)

Bei natürlichen Personen sind nach § 15 Abs. 1 lit. a GBV n. F. neben dem Vor- und Familiennamen nicht mehr in erster Linie der Beruf und der Wohnort anzugeben, sondern das Geburtsdatum; akademische Grade und frühere Familiennamen sind anzugeben, soweit diese aus den Eintragungsunterlagen ersichtlich sind. Wenn sich das Geburtsdatum nicht aus den Eintragungsunterlagen ergibt und dem Grundbuchamt auch nicht anderweitig bekannt ist, soll nach der Neuregelung der Wohnort des Berechtigten angegeben werden. Zugleich wird in der Gesetzesbegründung klargestellt, dass derjenige, der einen Eintragungsantrag stellt, nicht verpflichtet ist, das Geburtsdatum des einzutragenden Berechtigten anzugeben.<sup>89</sup>

#### 14. Eintragung von juristischen Personen, Handels- und Partnerschaftsgesellschaften unter Registerblatt und Registergericht (§ 15 Abs. 1 lit. b GBV n. F.)

Für die Bezeichnung juristischer Personen, Handels- und Partnerschaftsgesellschaften ist eine in der grundbuchamtlichen Praxis weit verbreitete Vorgehensweise aufgegriffen und bestimmt worden, dass neben der Firma oder dem Namen sowie dem Sitz auch das Registerblatt und das Registergericht der Eintragung des Berechtigten in das entsprechende Register im Grundbuch angegeben werden sollen. Auch bei Eintragungen in den Abteilungen II und III soll die Angabe von Sitz und Registergericht erfolgen, wenn sich diese aus den Eintragungsunterlagen ergeben oder dem Grundbuchamt anderweitig bekannt sind (beispielsweise bei Großbanken oder Versorgungsunternehmen, die häufig als Berechtigte eingetragen werden).

Wird zunächst die Vorgesellschaft einer juristischen Person als Berechtigte im Grundbuch eingetragen, kann nach der Eintragung der juristischen Person im Register die Bezeichnung im Grundbuch unter Angabe des Registergerichts und des Registerblatts richtiggestellt werden.<sup>90</sup>

#### 15. Abschaffung des gemeinschaftlichen Wohnungsgrundbuchs (Aufhebung von § 7 Abs. 2 WEG a. F.)

Nach § 7 Abs. 2 WEG kann bei der Begründung von Wohnungseigentum von der Anlegung besonderer Grundbuchblätter für jeden Miteigentumsanteil abgesehen werden, wenn hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist. Die Regelung bietet aus Sicht der grundbuchbuchamtlichen Praxis kaum Vorteile und ist daher nahezu ohne praktische Bedeutung. Sie wurde abgeschafft. Bestehende gemeinschaftliche Wohnungsgrundbuchblätter sollen in die übliche Buchungsform übergeleitet werden.<sup>91</sup>

<sup>83</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 20; Wiggers, FGPrax 2013, 235.

<sup>84</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 20; Wiggers, FGPrax 2013, 235.

<sup>85</sup> Wiggers, FGPrax 2013, 235.

<sup>86</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 28.

<sup>87</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 24.

<sup>88</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 24.

<sup>89</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 25 f.; Wiggers, FGPrax 2013, 235.

<sup>90</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 26.

<sup>91</sup> BT-Drucks 17/12635, S. 35 f.



## 16. Entfallen der Genehmigungspflicht nach § 2 GVO zum 1.1.2017

Ab dem 1.1.2017 entfällt die Genehmigungspflicht nach § 2 GVO, wenn weder ein Anmeldevermerk nach § 30b VermG im Grundbuch eingetragen ist, noch ein nicht erledigtes Ersuchen auf Eintragung eines entsprechenden Vermerks vorliegt.

## B. Antrags-/Beschwerdebefugnis des Notars (§ 15 Abs. 2 GBO) und Durchführungs-/Auflassungsvollmachten

### I. Antrags-/Beschwerdebefugnis des Notars (§ 15 Abs. 2 GBO)

Der Notar gilt gemäß § 15 Abs. 2 GBO als ermächtigt, die zu einer Eintragung erforderlichen Erklärungen abzugeben, soweit er sie beurkundet oder beglaubigt hat. Dazu gehören u. a. auch Eintragungs- bzw. Löschungsbewilligungen, wobei sich der Antrag jedoch mit dem Inhalt der Eintragungsunterlagen decken muss und der Notar ohne entsprechende Vollmacht nicht davon abweichen darf.<sup>92</sup>

Ein eigenes, davon losgelöstes Antragsrecht hat der Notar im Grundbuchverfahren nicht.<sup>93</sup> Das Beschwerderecht korrespondiert mit dem Antragsrecht nach § 13 Abs. 1 S. 2 GBO. Da der Notar insoweit kein eigenes Antragsrecht hat, ist er daher auch nicht zur Einlegung einer Beschwerde im eigenen Namen berechtigt.<sup>94</sup>

### II. Rechtsgeschäftliche Durchführungs-/Auflassungsvollmachten

Ob das Grundbuchamt in eigener Kompetenz ein Prüfungsrecht hat, ob eine Vollmacht gegen die §§ 305 ff. BGB<sup>95</sup> verstößt, ist streitig. Letztendlich geht es um die Frage, ob das Legalitätsprinzip im Grundbuchverfahren dazu führen kann, dass das Grundbuchamt zum Schutz vor unrichtigen Eintragungen auch ein materielles Prüfungsrecht hat.<sup>96</sup> Das Grundbuchamt kann mit einer Zwischenverfügung dem Antragenden aber nicht den Abschluss eines Rechtsgeschäfts aufgeben, um damit ein Eintragungshindernis zu beheben, weil sonst die beantragte Eintragung einen ihr nicht gebührenden Rang erhielte.<sup>97</sup>

Jedenfalls dann, wenn die Vollmacht zugunsten eines Beteiligten zwar im Außenverhältnis (zum Grundbuchamt) unbeschränkt, aber im Innenverhältnis beschränkt ist, liegt kein Fall der offensichtlichen Unwirksamkeit vor.<sup>98</sup> Das Grundbuchamt hat damit die Wirksamkeit einer Vollmacht und den Umfang der Vertretungsmacht selbständig zu prüfen, auch wenn der Urkundsnotar die Vollmacht für ausreichend angesehen hat.<sup>99</sup>

#### 1. Auflassungsvollmacht an einen Vertragsbeteiligten

Für die regelmäßig im Rahmen der Abwicklung eines Grundstückskaufvertrages durch Angebot und Annahme erteilte Auflassungsvollmacht an den Angebotsnehmer (unter Befreiung von § 181

BGB) ergeben sich insoweit Probleme. Ist die Vollmacht materiellrechtlich unwirksam, so kann auch eine daraufhin erklärte Auflassung und Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch nicht zur Heilung führen. Das Grundbuch ist unrichtig. Es besteht in der Regel ein Grundbuchberichtigungsanspruch.

Nur wenn durch eine fristgerechte Annahme des Angebotes ein wirksamer Vertrag gemäß § 152 S. 1 BGB zustande gekommen ist, würde auch die Auflassungsvollmacht überhaupt (weiter) Bestand haben, denn ansonsten wäre sie – wie das Grundgeschäft – mindestens durch Zeitablauf erloschen (§ 168 S. 1 BGB<sup>100</sup>). Damit stellt sich die Frage, ob die Annahme eines Angebotes innerhalb einer Bindungsfrist (Annahmefrist) oder nach Ablauf der Bindungsfrist aufgrund einer sogenannten Weitergeltungsklausel wirksam ist.<sup>101</sup>

Die Wirksamkeit des Angebots über die widerrufliche Fortgeltung eines Angebots über eine feste Bindungsfrist<sup>102</sup> hinaus, hängt damit davon ab,

- ob die erste Bindungsfrist – gegebenenfalls unter AGB-Kontrolle (§§ 307 bis 309 BGB) – selbst noch zulässig ist oder
- wenn die erste Bindungsfrist selbst zulässig wäre, sodann bei einer Annahme nach Ablauf der ersten Bindungsfrist eine vorformulierte (gestellte) widerrufliche Weitergeltungsklausel vorliegt, die der AGB-Kontrolle (§§ 307 bis 309 BGB) unterliegt **und** wenn dies der Fall wäre, die widerrufliche Weitergeltung des Angebots nach Ablauf einer zulässigen ersten Bindungsfrist eine unzulässige Fortgeltungsklausel gemäß § 308 Nr. 1 HS 1 BGB darstellt.<sup>103</sup>

Eine AGB-Kontrolle findet zunächst auch dann statt, wenn es sich um Erklärungen im Vorfeld des Vertragsschlusses, also in der Angebotsphase, handelt. Die §§ 307 bis 309 BGB erstrecken sich auch auf sogenannte Vertragsabschlussklauseln, zu denen die von dem Verwender vorformulierten einseitigen Erklärungen des anderen Teils zur Geltung seines Angebots gehören.<sup>104</sup>

So sieht der BGH bei einer von dem Bauträger vorformulierten Bindungsfrist, nach der der Erwerber an sein Angebot auf Abschluss eines Bauträgervertrages für sechs Wochen oder länger gebunden ist, die regelmäßige gesetzliche Frist des § 147 Abs. 2 BGB von vier Wochen als wesentlich überschritten an. Sie ist nur dann nicht unangemessen lang im Sinne von § 308 Nr. 1 BGB, wenn der Verwender hierfür ein schutzwürdiges Interesse geltend machen kann, hinter dem das Interesse des Kunden an dem baldigen Wegfall der Bindung zurückstehen muss.<sup>105</sup>

Unwirksam wäre die Erklärung der Annahme nach Ablauf einer ersten Bindungsfrist, wenn es sich um eine unzulässige Fortgeltungsklausel gemäß § 308 Nr. 1 HS 1 BGB handelt, was zunächst voraussetzt, dass es um eine vom Verwender gemäß § 305 Abs. 1 BGB gestellte (sogenannte Mehrfachverwendung) oder von ihm als Unternehmer nach § 310 Abs. 3 BGB als gestellt geltende vorformulierte Vertragsbedingung handelt (sogenannte Einmalverwendung).<sup>106</sup>

<sup>92</sup> Vgl. OLG Braunschweig MittBayNot 2014, 160 = Rpfleger 2013, 442; OLG München DNotZ 2012, 454.

<sup>93</sup> Vgl. OLG Frankfurt DNotZ 2013, 21; Beschl. v. 23.8.2013 – 20 W 239/13 – juris m. w. N.

<sup>94</sup> Vgl. KG, Beschl. v. 11.2.2014 – 1 W 130/13 – juris; OLG Köln *notar* 2013, 414; OLG Frankfurt DNotZ 2013, 21; OLG Frankfurt, Beschl. v. 23.8.2013 – 20 W 239/13 – juris.

<sup>95</sup> Vgl. BayObLG RNotZ 2003, 183; BayOLG 2003, 151.

<sup>96</sup> BGH, Beschl. v. 6.3.2014 – V ZB 27/13 – juris; Zimmer, NJW 2014, 337.

<sup>97</sup> BGH NJW 2014, 1002.

<sup>98</sup> OLG München NotBZ 2012, 466.

<sup>99</sup> OLG München NotBZ 2012, 472.

<sup>100</sup> Palandt/Ellenberger, § 168 BGB Rn 1 f. m. w. N.

<sup>101</sup> BGH DNotZ 2014, 41; NJW 2013, 3434; NJW 2010, 2873; Krauß, *notar* 2013, 331 m. w. N.

<sup>102</sup> BGH DNotZ 2014, 41.

<sup>103</sup> BGH DNotZ 2014, 41.

<sup>104</sup> BGH DNotZ 2014, 41.

<sup>105</sup> BGH NJW 2014, 857.

<sup>106</sup> BGH DNotZ 2014, 41.

Zur Wirksamkeit der widerruflichen Fortgeltungsklausel gemäß § 308 Nr. 1 HS 1 BGB wurden verschiedene Auffassungen vertreten. Wegen der Widerrufsmöglichkeit verstoße es nicht gegen § 308 Nr. 1 BGB, dass der Verwender das Angebot auch noch nach mehreren Monaten oder gar Jahren annehmen könne.<sup>107</sup> Nach anderer Auffassung sind auch widerrufliche Fortgeltungsklauseln an § 308 Nr. 1 BGB zu messen. Unterschiedlich sind jedoch die Meinungen dazu, ob und unter welchen Voraussetzungen solche Klauseln einer Prüfung an dieser Vorschrift standhalten.<sup>108</sup>

Der BGH vertritt nunmehr die Ansicht, dass in AGB vorformulierte Antragserklärungen, nach denen das Angebot des anderen Teils unbefristet fortbesteht und von dem Verwender jederzeit – auch noch für eine begrenzte Zeit nach Zugang des Widerrufs – angenommen werden kann, auch dann mit § 308 Nr. 1 BGB unvereinbar sind, wenn das Angebot nicht bindend, sondern widerruflich ist.<sup>109</sup>

Jedenfalls bei einer Annahme nach einer Bindungsfrist von mehr als sechs Wochen bei Bauträgerverträgen oder nach Ablauf der Bindungsfrist aufgrund einer widerruflichen Fortgeltungsklausel wird das Grundbuchamt in eigener Kompetenz das Erlöschen der Auflassungsvollmacht (§ 168 BGB) überprüfen können.

Die Prüfungskompetenz des Grundbuchamts ist zwar auf offensichtliche Verstöße gegen die §§ 305 ff. BGB beschränkt, weil eine umfassende Überprüfung von allgemeinen Geschäftsbedingungen die Prüfungsmöglichkeiten des Grundbuchamts, wie sie von der Grundbuchordnung vorgesehen sind, übersteigen würde,<sup>110</sup> aber die Gültigkeit der Bindungsfrist von sechs Wochen oder nach deren Ablauf der widerruflichen Fortgeltungsklausel sind in diesem Sinne einfach zu prüfen.

## 2. Vollmacht an Notar oder Notariatsangestellte

Das Grundbuchamt hat aber auch die Wirksamkeit und den Umfang der Vollmacht (§§ 164, 167 BGB) der die Beteiligten vertretenden Notare<sup>111</sup> oder Notariatsangestellten zu überprüfen.<sup>112</sup>

Vorsicht ist geboten, wenn die Vollmacht „zu weit“ gefasst ist und auf eine „Generalvollmacht“ hinausläuft oder wenn mit der Vollmacht wesentliche Inhalte des Vertrags geändert werden könnten.<sup>113</sup>

## 3. Vollmachten für die „jeweilige Notarangestellte“

Unabhängig von der „standesrechtlichen Zulässigkeit“ einer Belassungsvollmacht an Notarangestellte bleibt streitig, ob die Bezeichnung „jeweilige Notarangestellte“ zulässig ist<sup>114</sup> oder nicht.<sup>115</sup> Unter dem Begriff „Auflassungsvollmacht“ werden die erstmalige oder erneute Auflassung mit dem alten Vertragsgegenstand<sup>116</sup> gefasst oder unter Neufassung des Vertragsgegenstands oder die reine Identitätserklärung.<sup>117</sup> Während die reine Identitätserklärung unproblematisch ist, ist die Auflassungsvollmacht bei Änderung des

Vertragsgegenstands (z. B. bei zu vermessenden Grundstücken) nach wie vor problematisch. Die Änderung des Vertragsgegenstands ist nach zutreffender Ansicht des BGH eine materiell-rechtliche Vertragsänderung.<sup>118</sup> Ob die Notarangestellten – unter Befreiung von § 181 BGB – durch eine unbeschränkte Vollmacht im Vorhinein materiell-rechtlich bevollmächtigt werden können, den Vertragsgegenstand zu ändern, ist zumindest zweifelhaft.<sup>119</sup>

## 4. Vollmacht zur Abgabe der Identitätserklärung bei Kaufverträgen über Teilflächen

Eine Identitätserklärung nach Vermessung einer verkauften, zuvor unvermessenen Teilfläche enthält keine materiell-rechtlichen Ergänzungen des Kaufvertrags und der dinglichen Einigungen, welche die Bevollmächtigten wegen einer fehlenden Befreiung von der Vorschrift des § 181 BGB nicht rechtswirksam erklären konnten. Für die Wirksamkeit des Kaufvertrags wie auch für die der Auflassung kommt es nur darauf an, ob die Vertragsparteien sich über die Größe, die Lage und den Zuschnitt der verkauften Teilfläche entsprechend einer zeichnerischen – nicht notwendig maßstabsgerechten – Darstellung und darüber einig sind, dass die genaue Grenzziehung erst noch erfolgen soll.<sup>120</sup>

## 5. Auflassungsvollmacht unter aufschiebender Bedingung

Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass die Auflassungsvollmacht – anders als die Auflassung selbst, § 925 Abs. 2 BGB – auch vom Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht werden kann. Lediglich zum Zeitpunkt der dinglichen Einigung muss sie unbedingt bestehen; daher ist dem Grundbuchamt der Bedingungseintritt in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachzuweisen.<sup>121</sup>

## 6. Kein Fortbestand der Auflassungs-/Vollzugsvollmacht des Käufers nach Ausübung eines Vorkaufsrechts durch den Vorkaufsberechtigten

Vollzugsvollmachten in dem Ausgangskaufvertrag werden nicht Inhalt des Kaufvertrags des Verkäufers mit dem Vorkaufsberechtigten.<sup>122</sup> Kommt also infolge der Ausübung eines Vorkaufsrechts ein Kaufvertrag zwischen Vorkaufsberechtigtem und Vorkaufsverpflichtetem zustande, sind Vollzugsvollmachten und Vollzugaufträge zu wiederholen. Zudem ist die erforderliche Auflassung zwischen Verkäufer und Vorkaufsberechtigtem erstmalig vorzunehmen.

Hierzu bedarf es einer speziellen Vollmacht, wenn die Auflassung durch Bevollmächtigte erfolgen soll. Die erstmalige Auflassung ist von etwaigen Vollzugsvollmachten nicht gedeckt.<sup>123</sup>

## 7. Auflassung durch Vertreter ohne Vertretungsmacht

Der Wirksamkeit der Auflassung steht nicht entgegen, dass sie durch einen vollmachtlosen Vertreter erklärt wurde; vielmehr kann die mangelnde Vertretungsbefugnis durch Genehmigung, die nicht der Form des § 925 BGB bedarf, rückwirkend geheilt werden, §§ 177 Abs. 1, 182 Abs. 2 BGB.<sup>124</sup> Die Genehmigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (§§ 133 Abs. 1, 177 Abs. 1, 184 BGB), wobei der Empfang

<sup>107</sup> OLG Dresden NotBZ 2012, 105; *Cremer/Wagner*, NotBZ 2004, 331, 335; *Walter*, NotBZ 2012, 81, 83.

<sup>108</sup> OLG Celle, Urt. v. 5.10.2012 – 3 U 42/21 – juris; *Herrler*, notar 2013, 71, 80 f.; *Herrler/Suttman*, DNotZ 2010, 883, 891; *Müller/Klühs*, RNotZ 2013, 81, 89; *Thode*, ZNotP 2005, 162, 165.

<sup>109</sup> BGH DNotZ 2014, 41; *Krauß*, notar 2013, 331 m. w. N.

<sup>110</sup> BayOLG RNotZ 2003, 183; BayObLG 2003, 151.

<sup>111</sup> OLG München DNotZ 2006, 696.

<sup>112</sup> OLG München NotBZ 2012, 466.

<sup>113</sup> OLG München NotBZ 2012, 466.

<sup>114</sup> OLG Dresden NotBZ 2012, 135.

<sup>115</sup> OLG Frankfurt NotBZ 2008, 123.

<sup>116</sup> OLG Jena NotBZ 2012, 459.

<sup>117</sup> BGH DNotI-Report 2012, 134.

<sup>118</sup> BGH, Beschl. v. 16.2.2012 – V ZB 204/11 – juris.

<sup>119</sup> OLG München NotBZ 2012, 466; allgemein zur Reichweite einer Auflassungsvollmacht bei Teilflächenverkäufen: OLG Hamm FGPrax 2010, 10.

<sup>120</sup> BGH, Beschl. v. 16.2.2012 – V ZB 204/11 – juris.

<sup>121</sup> OLG Jena, Beschl. v. 20.8.2012 – 9 W 388/12 – juris.

<sup>122</sup> BGH DNotI-Report 2012, 134.

<sup>123</sup> DNotI-Report 2012, 135.

<sup>124</sup> OLG Jena, Beschl. v. 20.8.2012 – 9 W 388/12 – juris.

wieder in öffentlicher Form nachzuweisen ist. Die Genehmigung ist solange möglich, wie das Rechtsgeschäft nicht bereits wegen Fristablaufs gemäß § 177 Abs. 2 BGB oder wegen Widerrufs gemäß § 178 BGB endgültig unwirksam wird.<sup>125</sup>

### C. Keine Voreintragung der Erbengemeinschaft bei Übertragung eines Erbteils durch ein Mitglied auf ein anderes Mitglied (§§ 39 Abs. 1, 40 GBO)

Streitig ist, ob bei der Übertragung eines Erbteils durch ein Mitglied auf ein anderes Mitglied der Erbengemeinschaft dieselbe zuvor im Grundbuch einzutragen ist.<sup>126</sup>

Der in § 39 Abs. 1 GBO enthaltene Grundsatz der Voreintragung des Betroffenen ist eine formelle Voraussetzung für die Vornahme einer Grundbucheintragung. Er bezweckt nicht nur die klare und verständliche Wiedergabe des aktuellen Grundbuchstands, sondern auch die Möglichkeit, seine Entwicklung nachzuvollziehen; demnach muss das betreffende Recht so eingetragen sein, wie es der materiellen Rechtslage und der sich anschließenden neuen Eintragung entspricht. Insoweit hat die Vorschrift eine Ordnungsfunktion.<sup>127</sup>

Diese Regel wird gemäß § 40 GBO für den Fall durchbrochen, dass der Betroffene Erbe des eingetragenen Berechtigten ist. Bei einer Übertragung des Rechts, also in Fällen, in denen die persönliche Berechtigung des Erben aus dem Grundbuch verschwindet, sollen ihm die Kosten für seine vorherige Eintragung erspart bleiben.<sup>128</sup> Der Nachweis der Erbfolge nach dem eingetragenen Erblasser wird dann gemäß § 35 Abs. 1 GBO hinreichend durch die Vorlage der Erbscheinsausfertigung geführt. Hingegen ist die Vorschrift des § 40 Abs. 1 GBO eng auszulegen.<sup>129</sup> Sie kann mit Rücksicht auf den bezeichneten Ausnahmecharakter nur in solchen Fällen herangezogen werden, die mit dem Erbgang weitgehend vergleichbar sind. Bei einem Rechtsgeschäft unter Lebenden scheidet diese Möglichkeit jedenfalls aus.<sup>130</sup>

Nach § 2033 Abs. 1 BGB kann ein Miterbe seinen Anteil am Nachlass durch notariell beurkundeten Vertrag auf einen Dritten

übertragen. Wenn ein Grundstück zum Nachlass gehört, ist die Übertragung im Wege der Berichtigung in das Grundbuch einzutragen, weil sich der Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs vollzieht.<sup>131</sup> Das Grundbuch kann nur so berichtigt werden, dass gleichzeitig alle Miterben eingetragen werden, denn es muss den neuen Rechtszustand insgesamt richtig wiedergeben.<sup>132</sup>

Die Miterben selbst sind durch ihr Vorkaufsrecht nach § 2034 BGB bei einem Verkauf gegenüber Dritten geschützt. So wird ihr Interesse vor dem Eindringen Dritter in die Erbengemeinschaft gewahrt.<sup>133</sup> Der Miterbe behält zwar die Eigenschaft und Stellung als Erbe, er verliert aber infolge der Übertragung seine gesamthänderische Beteiligung am Nachlass, die auf den Erwerber übergeht. Damit verliert der vollständig aus der Erbengemeinschaft ausgeschiedene Miterbe zugleich sein Vorkaufsrecht nach § 2034 BGB. Er bedarf keines Schutzes mehr vor dem Eindringen Dritter in die Erbengemeinschaft oder einer Verstärkung ihrer Beteiligung hieran.<sup>134</sup> Ein „Recht auf Rückkehr“ des vormals ausgeschiedenen Miterben besteht daher nicht, weil dies zu Lasten der „treuen“ (übrigen) Miterben ginge und deren Rechte aus § 2034 BGB auf weitere verkaufte Erbteile entsprechend vermindert.<sup>135</sup>

Daher ist es im Ergebnis richtig, in den Fällen, in denen ein Mitglied einer Erbengemeinschaft seinen Erbteil auf ein anderes Mitglied überträgt, entsprechend § 40 Abs. 1 GBO auf die Voreintragung der (ursprünglichen) Erbengemeinschaft abzugehen.<sup>136</sup>



**Ulrich Spieker**

ist Rechtsanwalt und Notar in Bielefeld und Fachredakteur der Zeitschrift *notar* für das Grundbuch- und Grundbuchverfahrensrecht.

E-Mail: [spieker@sal-bielefeld.de](mailto:spieker@sal-bielefeld.de)

<sup>125</sup> OLG Hamm, Urt. v. 8.8.2011 – 5 U 46/11 – juris.

<sup>126</sup> OLG Nürnberg Rpfleger 2014, 12.

<sup>127</sup> BGH DNotZ 2006, 520 = NJW-RR 2006, 888.

<sup>128</sup> OLG Stuttgart DNotZ 2012, 371 = FamRZ 2012, 1008.

<sup>129</sup> OLGR München 2006, 501.

<sup>130</sup> OLGR München 2006, 501; KG NJW-RR 1993, 151; Gutachten DNotI-Report 2012, 129.

<sup>131</sup> BayOLG NJW-RR 1995, 272.

<sup>132</sup> BayOLG NJW-RR 1995, 272.

<sup>133</sup> BGHZ 188, 109 = NJW 2011, 1226.

<sup>134</sup> BGHZ 188, 109 = NJW 2011, 1226.

<sup>135</sup> BGHZ 188, 109 = NJW 2011, 1226.

<sup>136</sup> OLG Nürnberg Rpfleger 2014, 12; *Simon*, Rpfleger 2014, 14.





## rechtsprechung

LG Düsseldorf

### Unternehmergesellschaft: Geschäftsführerhaftung für vor Eintragung getätigte Geschäfte

**Zur persönlichen Haftung des Geschäftsführers einer Unternehmergesellschaft für vor Eintragung getätigte Geschäfte. (redaktioneller Leitsatz)**

LG Düsseldorf, Urt. v. 16.10.2013 – 9 O 434/12 U  
GmbHG §§ 4, 5a, 11 Abs. 1, Abs. 2, 13, 35, 79 Abs. 1; BGB §§ 164, 179, 826

#### Entscheidung:

Die Entscheidung des LG Düsseldorf betraf einen Sachverhalt, der bei Unternehmergesellschaften relativ häufig zu beobachten ist: Aus Unkenntnis, Nachlässigkeit oder anderen Gründen hält der im Rechtsverkehr für die Gesellschaft handelnde Vertreter (§ 164 BGB) die strengen firmenrechtlichen Vorgaben aus § 5a Abs. 1 GmbHG nicht ein. Im zugrunde liegenden Fall ließ beispielsweise der Geschäftsführer der im Register bereits eingetragenen UG bei Abschluss eines Pachtvertrags den (zwingenden) Klammerzusatz „haftungsbeschränkt“ weg („E UG“, s. Rn 5 der Entscheidungsgründe). Mit den daraus resultierenden Haftungsfolgen hatte sich nun das LG Düsseldorf zu beschäftigen. Das Gericht verneint im Ergebnis eine persönliche Haftung des Geschäftsführers aus allen in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen.

Die (firmen-)rechtliche Ausgangslage ist eindeutig: Die UG ist eine Rechtsformvariante der GmbH, für die neben einem das Mindeststammkapital von € 25.000 unterschreitenden Gründungskapital v. a. kennzeichnend ist, dass sie nicht als GmbH bezeichnet werden darf. § 5a Abs. 1 GmbHG schreibt insoweit den von allgemeinen Vorgaben (§ 4 GmbHG) abweichenden Rechtsformzusatz „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder als einzig rechtlich zulässige Alternative, „UG (haftungsbeschränkt)“ vor. Ein darüber hinausgehendes Wahlrecht besteht nicht. Insbesondere darf der Klammerzusatz nicht abgekürzt werden, auch nicht allgemeinverständlich im Sinne des § 4 GmbHG („h. b.“), und erst recht nicht ganz weggelassen werden.<sup>1</sup>

Unzulässig<sup>2</sup> ist auch, die beiden Bezeichnungbestandteile „Unternehmergesellschaft“ bzw. „UG“ einerseits und „(haftungsbeschränkt)“ andererseits getrennt wiederzugeben, insbesondere zwischen diesen beiden Teilen des Firmenzusatzes weitere Namensbestandteile einzufügen (z. B. „Unternehmergesellschaft für schlüsselfertiges Bauen (haftungsbeschränkt)“<sup>3</sup>). Der Firmenkern selbst folgt demgegenüber den allgemeinen Regeln für die GmbH.<sup>4</sup>

Im Registerverfahren, namentlich bei Ersteintragung der Gesellschaft, stellt jede Abweichung von diesen firmenrechtlichen Vorgaben ein Eintragungshindernis dar, s. §§ 9c Abs. 2 Nr. 1, 3 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG. Die referierten Einschränkungen hat die Gesellschaft auch über die Eintragung hinaus in ihren Geschäftsbriefen (§ 35a GmbHG) bei der Angabe ihrer Rechtsform zu beachten. Die firmenrechtlichen Besonderheiten der UG setzen sich schließlich bei ihrer Typenverbindung im Personengesellschaftsrecht fort (vgl. § 19 Abs. 2 HGB), z. B. bei einer Unternehmergesellschaft & Co. KG; sie darf sich nicht einfach als GmbH & Co. KG bezeichnen.<sup>5</sup>

Dass die gesetzlichen Vorgaben zum Firmenzusatz der UG „exakt und buchstabengetreu“<sup>6</sup> einzuhalten sind, lässt sich neben dem klaren Gesetzeswortlaut auch mit den Gesetzesmaterialien zum MoMiG begründen. Der Reformgesetzgeber hielt eine besondere Kennzeichnung dieser Rechtsformvariante für unumgänglich, um im Interesse des Verkehrs- und Gläubigerschutzes auf deren gegenüber der regulären GmbH niedrigeres und typischerweise auch in absoluten Zahlen sehr geringes Gründungskapital hin-

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 12.6.2012 – II ZR 256/11, DNotZ 2013, 54, 57 = *notar* 2012, 291.

<sup>2</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 2.11.2010, NZG 2011, 872 = GmbHR 2011, 657.

<sup>3</sup> Beispiel nach *Scholz/Westermann*, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 5a Rn 14.

<sup>4</sup> *Lutter/Hommelhoff/Lutter/Kleindiek*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 5a Rn 55.

<sup>5</sup> KG, Beschl. v. 8.9.2009 – 1 W 244/09, NZG 2009, 1159 (zur UG & Co. OHG); zur KG näher *Wachter*, NZG 2009, 1263, 1264 f.

<sup>6</sup> OLG Hamburg, Beschl. v. 2.11.2010, NZG 2011, 872 = GmbHR 2011, 657.

zuweisen (Warnfunktion).<sup>7</sup> Dem Zusatz „(haftungsbeschränkt)“ kommt dabei die eigenständige Bedeutung zu, die fehlende persönliche Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten einer solchen „Mini-GmbH“ offenzulegen.

Das vorliegende Urteil enthält vor diesem Hintergrund eine geradezu mustergültige Subsumtion der gegen den Handelnden persönlich in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen im Fall der Falschfirmierung (Rn 26 ff. der Entscheidungsgründe). Im Kern ging es dabei – und geht es stets – um eine (analoge) Anwendung des § 179 Abs. 1 BGB, der zu einer persönlichen, verschuldensunabhängigen und (womöglich, siehe sogleich) der Höhe nach unbeschränkten Rechtsscheinhaftung des für die Gesellschaft Auftretenden führen kann (Rn 28 ff. der Entscheidungsgründe). Diese Rechtsscheinhaftung ist nicht auf Geschäftsführer beschränkt, sondern kann andere, unternehmensbezogen handelnde Vertreter gleichermaßen treffen.<sup>8</sup>

Die einschlägigen Fallgruppen fehlerhafter Firmierung im Rechtsverkehr und ihre haftungsrechtlichen Folgen sollen hier noch einmal kurz in Erinnerung gerufen werden:

- **Fallgruppe 1 – vollständiges Weglassen eines Rechtsformzusatzes:** Hier lässt der Handelnde im Geschäftsverkehr den besonderen Rechtsformzusatz vollständig weg (z. B.: „Elektro Müller“ statt „Elektro Müller UG (haftungsbeschränkt)“<sup>9</sup>). Der BGH bejaht in derartigen Fällen in ständiger Rechtsprechung<sup>10</sup> eine Rechtsscheinhaftung des Vertreters analog § 179 Abs. 1 BGB, wenn und weil er durch sein Zeichnen der Firma ohne Formzusatz das berechtigte Vertrauen des Geschäftsgenegers auf die Haftung mindestens einer natürlichen Person hervorgerufen hat. Diese Rechtsprechung ist auf die UG übertragbar.<sup>11</sup> Bei der haftungsbegründenden Verlautbarung des Vertreters muss es sich allerdings einschränkend um eine *schriftliche* Erklärung („zeichnen“) handeln.<sup>12</sup>
- **Fallgruppe 2 – Bezeichnung der UG als GmbH:** Hier handelt der Vertreter für die UG im Geschäftsverkehr mit dem unrichtigen Rechtsformzusatz „GmbH“. Auch in dieser Fallgruppe greift nach einer aktuellen Entscheidung des BGH<sup>13</sup> – gegen Teile der Literatur – die Rechtsscheinhaftung analog § 179 Abs. 1 BGB ein. Das ist folgerichtig. Nach der Wertung des Gesetzgebers stellt das von vornherein (gegebenfalls stark) verminderte Stammkapital der UG eine Information dar, die dem Rechtsverkehr zwingend offenzulegen ist.<sup>14</sup> Allerdings hat der BGH in der genannten Entscheidung

ausdrücklich offengelassen, ob die Rechtsscheinhaftung der Höhe nach unbeschränkt ist oder sich, was wohl überwiegend angenommen wird, auf die Differenz zwischen der Stammkapitalziffer der UG und dem Mindeststammkapital der GmbH (€ 25.000, § 5 Abs. 1 GmbHG) beschränkt.<sup>15</sup>

- **Fallgruppe 3 – Weglassen des Klammerzusatzes „haftungsbeschränkt“:** Hier bezeichnet der Handelnde die UG als solche, lässt aber den zwingenden Zusatz „(haftungsbeschränkt)“ weg. Diesem Verstoß soll nach einer Ansicht *generell* die Eignung zur Irreführung fehlen und deshalb soll – in ausdrücklicher Abgrenzung zur zweiten Fallgruppe – eine Vertrauenshaftung des Vertreters ausgeschlossen sein.<sup>16</sup> Das LG Düsseldorf scheint sich dieser Auffassung nunmehr anschließen zu wollen, wenn es – ebenfalls in ausdrücklicher Abgrenzung zur zweiten Fallgruppe – ausführt, dass das Weglassen des Klammerzusatzes bei der Bezeichnung der UG im Pachtvertrag und der darin liegende Verstoß gegen § 5a Abs. 1 GmbHG für sich genommen noch nicht zu einer persönlichen Haftung des handelnden Geschäftsführers analog § 179 Abs. 1 BGB führe; vielmehr seien neben der „schlichten Fehlbezeichnung“ weitere „vertrauensbegründende Aspekte“ erforderlich (Rn 30 der Entscheidungsgründe). Ob das LG Düsseldorf der Fallgruppe 3 damit generell die haftungsrechtliche Relevanz absprechen oder nur auf die Selbstverständlichkeit hinweisen wollte, dass der Tatbestand der Vertrauenshaftung analog § 179 Abs. 1 BGB weitere Merkmale als die zurechenbare Verursachung eines Rechts Scheins voraussetzt, bleibt unklar; die ansonsten gut begründete Entscheidung erwähnt an dieser Stelle leider mit keinem Wort den diesbezüglichen Streitstand in der Literatur.

#### Anmerkung:

Der genannten Ansicht kann meines Erachtens<sup>17</sup> nicht gefolgt werden. Die tragenden Gründe der zur Fallgruppe 2 referierten BGH-Entscheidung vom 12.6.2012 lassen sich ohne weiteres auf die in Rede stehende, dritte Fallkonstellation übertragen. Auch hier wird der Rechtsverkehr über die besondere Kapitalausstattung der UG getäuscht, die nach Wertung des MoMiG-Gesetzgebers eben nicht allein durch die Bezeichnung „Unternehmergesellschaft“, sondern nur im unmittelbaren Verbund mit dem Klammerzusatz „haftungsbeschränkt“ transportierbar ist.<sup>18</sup>

Im Ergebnis ist der Entscheidung des LG Düsseldorf freilich zuzustimmen.<sup>19</sup> Das Gericht führt zum (hier fehlenden) subjektiven Tatbestand der Handelndenhaftung zutreffend aus, dass die Organe der klagenden Geschäftspartnerin aufgrund des vorvertraglichen Kontakts erkennen konnten, dass nicht der „Geschäftsführer C“ persönlich als Vertragspartei verpflichtet werden sollte,

<sup>7</sup> Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks 16/6140 v. 25.7.2007, S. 31 f., dort allerdings noch unter dem Vorbehalt einer besser geeigneten Begrifflichkeit; krit. daher schon zu Recht im Gesetzgebungsverfahren Stellungnahme BR, BT-Drucks 16/6140 v. 25.7.2007, S. 62: „GmbH (o. M.)“ (Replik der BReg. BT-Drucks 16/6140 v. 25.7.2007, S. 74); Handelsrechtsausschuss DAV, NZG 2007, 735, 737: „Gründer GmbH“ oder „Gründergesellschaft mit beschränkter Haftung“.

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 5.2.2007 – II ZR 85/05, DNotZ 2007, 704, 706.

<sup>9</sup> Beispiel nach *Miras*, NZG 2012, 486, 489.

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 1.6.1981 – II ZR 1/81, NJW 1981, 2569; Urt. v. 24.6.1991 – II ZR 293/90, NJW 1991, 2627; Urt. v. 8.7.1996 – II ZR 258/95, NJW 1996, 2645; Urt. v. 5.2.2007 – II ZR 84/05, DNotZ 2007, 704, 706 (zu einer niederländischen Besloten Vennootschap).

<sup>11</sup> *Miras*, NZG 2012, 1095, 1096.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 8.7.1996 – II ZR 258/95, NJW 1996, 2645. – Diese Einschränkung, soweit an ihr nach Wegfall der Zeichnungsregel des § 35 Abs. 3 GmbHG a. F. durch das MoMiG überhaupt noch festzuhalten ist (dafür *Miras*, Die neue Unternehmergesellschaft, 2. Aufl. 2011, Rn 190), dürfte auch für die weiteren Fallgruppen gelten.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 12.6.2012 – II ZR 256/11, DNotZ 2013, 54, 57 = *notar* 2012, 291, Rn 12 ff. zur Vor-Gesellschaft („H.-GmbH.u.G. (i. G.)“) m. w. N.

<sup>14</sup> Begr. RegE, BT-Drucks 16/6140, S. 31.

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 12.6.2012 – II ZR 256/11, DNotZ 2013, 54, 57 = *notar* 2012, 291, Rn 26; hierzu Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 3. Aufl. 2014, § 5 Rn 38a m. w. N.; zu Folgefragen *Miras*, NZG 2012, 1095, 1097.

<sup>16</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 35a Rn 5.

<sup>17</sup> Seebach, RNotZ 2013, 261, 277.

<sup>18</sup> Vgl. aus der referierten Entscheidung des BGH v. 12.6.2012 – II ZR 256/11, DNotZ 2013, 54, 57 = *notar* 2012, 291, namentlich Rn 16: „Erst recht darf der (Klammer-; d. Verf.) Zusatz nicht weggelassen werden“; im Ergebnis ebenso BeckOK-GmbHG/*Miras*, § 5a Rn 59; wohl auch Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 3. Aufl. 2014, § 5 Rn 37: Es genüge, den gesamten Rechtsformzusatz „nicht oder nicht korrekt“ zu verwenden.

<sup>19</sup> Ebenfalls zustimmend *Schultheis*, GWR 2014, 12.

sondern die von ihm vertretene „E UG (haftungsbeschränkt)“ (vgl. Rn 37 ff. der Entscheidungsgründe). Eine vom tatsächlichen Vertrauen losgelöste Rechtsscheinhaftung sei dem deutschen Recht fremd (Rn 43). Mit dieser (zutreffenden) Begründung hätte sich das Gericht begnügen können.

#### PRAXISTIPP

##### Folgen für die Praxis:

Das Urteil des LG Düsseldorf sollte die Praxis nicht zu der Annahme verleiten, dass eine Rechtsscheinhaftung des Geschäftsführers bzw. Vertreters analog § 179 Abs. 1 BGB bei fehlender oder unrichtiger Verwendung des Rechtsformzusatzes der UG gar nicht oder nur ausnahmsweise in Betracht kommt. Vielmehr

dürfte in den einschlägigen Fallgruppen das Gegenteil der Fall sein. Die bislang hierzu vorliegende obergerichtliche Rechtsprechung lässt m. E. keine Tendenz erkennen, einzelne Falleinkleidungen von vornherein aus dem Anwendungsbereich der Rechtsscheinhaftung auszuklammern. Davon unabhängig ist einer an Rechtssicherheit ausgerichteten Praxis nur dringend zu empfehlen, die strengen firmenrechtlichen Vorgaben des § 5a Abs. 1 GmbHG „exakt und buchstabengetreu“ im Rechtsverkehr einzuhalten; nur dann ist eine Rechtsscheinhaftung im beschriebenen Sinne sicher ausgeschlossen.

Dr. Daniel Seebach, LL.M. (Chicago), Bonn

## Impressum

#### notar

Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis und Mitteilungsblatt des Deutschen Notarvereins

#### Herausgeber

Prof. Dr. Walter Bayer, Jena  
Notar Dr. Peter Schmitz, Köln  
Prof. Dr. Rainer Schröder, Berlin  
Notar Dr. Oliver Vossius, München  
Richter am BGH Roland Wendt, Karlsruhe

#### Schriftleiter

Bezirksnotar Christian Rupp, Berlin  
Notar Andreas Schmitz-Vornmoor, Remscheid

#### Redaktion

Notarassessor Jon Meyer  
Carola Vonhof-Stolz

#### Bildnachweis

Notar Dr. Jens Jeep (Rubrikköpfe außer S. 216),  
Die Gartenlaube Illustriertes Familienblatt (Titelblatt  
von 1894) (Rubrikopf S. 216)

#### Fachredakteure

Handelsregister  
Notar Dr. Thomas Kilian, Aichach

Steuerrecht  
Notar Dr. Jörg Ihle, Bergisch Gladbach-Bensberg

Bauträgerrecht  
Notarassessor Christian Scheibengruber, Memmingen

Gesellschaftsrecht  
Notar Dr. Simon Weiler, München

Wohnungseigentum  
Notar Dr. Gerd H. Langhein, Hamburg

Beurkundungs- und Berufsrecht  
Notarin Sonja Pelikan, Waldsassen

Erbrecht  
Notar Dr. Felix Odersky, Dachau

Grundbuch  
Rechtsanwalt und Notar Ulrich Spieker, Bielefeld

Notarkosten  
Dipl.-Rpfl. (FH) Harald Wudy, Leipzig

Immobilienkauf  
Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, München

Immobilienzuwendung  
Notar Dr. Alexander Michael, Wiehl

Familienrecht  
Notarvertreterin Franziska Beller, Stuttgart

#### Manuskripteinsendungen bitte an folgende Anschrift:

E-Mail: [schriftleitungnotar@notarverlag.de](mailto:schriftleitungnotar@notarverlag.de)

#### Manuskripte

Der Verlag haftet nicht für unverlangt eingesandte Manuskripte. Mit der Annahme zur Veröffentlichung erhält der Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Eingeschlossen sind insbesondere die Befugnis zur Einspeisung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung.

#### Urheber- und Verlagsrechte

Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung einschließlich der Mikroverfilmung sind dem Verlag vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

#### Erscheinungsweise

Monatlich

#### Anzeigenverwaltung

Deutscher Notarverlag GmbH  
Karin Schwettmann  
Wachsbleiche 7, 53111 Bonn  
Tel. 0 228 - 9 19 11 41  
Fax 0 228 - 9 19 11 23  
E-Mail: [schwettmann@notarverlag.de](mailto:schwettmann@notarverlag.de)

#### Bezugspreis

Jahresabonnement: 139 EUR (inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)  
Einzelheft: 14,50 EUR (inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

#### Bestellungen

Über jede Buchhandlung und beim Verlag. Abbestellungen müssen 6 Wochen zum Jahresende erfolgen.

#### Verlag

Deutscher Notarverlag  
Wachsbleiche 7, 53111 Bonn  
Tel. 0 800 - 66 82 78 31  
Fax 0 800 - 66 82 78 39  
E-Mail: [eschbach@notarverlag.de](mailto:eschbach@notarverlag.de)

#### Koordination im Verlag

Beate Eschbach

#### Satz

Reemers Publishing Services GmbH,  
Krefeld

#### Druck

Hans Soldan Druck GmbH, Essen

#### ISSN

1860-8760

#### Hinweis

Namensbeiträge, Leserbriefe o. Ä. geben nicht notwendig die Meinung der Redaktion oder des Deutschen Notarvereins wieder.





Timo Lutz

## Die Thesaurierungspflicht des § 5a Abs. 3 GmbHG und umwandlungsrechtliche Fragestellungen bei der Unternehmergesellschaft

Zugleich Besprechung der Entscheidungen des OLG Hamm vom 5.5.2011 – I – 27 W 24/11, des OLG Stuttgart vom 13.10.2011 – 8 W 341/11 und des BGH vom 19.4.2011 – II ZB 25/10

Im Rahmen dieses Beitrags werden zunächst zu beachtende Besonderheiten der Gründung, Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung einschließlich der Folgen eines Verstoßes gegen die Bildung der gesetzlichen Rücklage bei der UG erläutert. Es werden hierbei auch die vorstehenden Entscheidungen des OLG Hamm, des OLG Stuttgart und des BGH besprochen und insbesondere deren Auswirkungen auf Umwandlungsvorgänge und Kapitalvorgänge unter Beteiligung einer UG dargestellt. Ferner wird auf die Frage der Europarechtswidrigkeit des § 5a Abs. 3 GmbHG eingegangen und diese Fragestellung näher beleuchtet.

### I. Einleitung

Die Unternehmergesellschaft (im Folgenden UG) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung.<sup>1</sup> Der Gesetzgeber wollte mit der Einführung der UG eine Vereinfachung im Rahmen der Gründung herbeiführen, somit eine Deregulierung.<sup>2</sup> Es sollte die Konkurrenzfähigkeit der GmbH im Verhältnis zu ausländischen Gesellschaftsformen gestärkt werden.

Grundsätzlich finden auf die UG alle Vorschriften des GmbHG Anwendung, sofern nicht § 5a<sup>3</sup> eine Einschränkung vorgibt. Die UG ist sowohl Kaufmann gemäß § 13 Abs. 3 i. V. m. § 6 HGB als auch Unternehmer gemäß § 14 Abs. 1 BGB. Das Mindeststammkapital der UG kann theoretisch € 0,01 betragen, muss jedoch aufgrund des § 5 Abs. 2 S. 1 mindestens € 1,00 betragen und auf volle Euro lauten. In diesem Zusammenhang ist natürlich auch bei einem zu geringen Stammkapital eine eintretende Unterbilanz sowie die hieraus resultierende Haftung im Blick zu behalten.

Die UG kann ebenfalls mittels des Musterprotokolls gemäß § 2 Abs. 1a gegründet werden. Hier ergibt sich auch das Problem der Überschuldung nicht, da im Musterprotokoll vorgesehen ist, dass die Gesellschaft die Gründungskosten nur bis zur Höhe ihres Stammkapitals trägt und darüber hinaus die Gesellschafter diese zu tragen haben.

Es besteht bei der UG ein Volleinzahlungsgebot und das Verbot der Gründung durch Sacheinlage;<sup>4</sup> daher ist nur eine Bargründung möglich. In der notariellen Gestaltung bietet es sich jedoch an, im Rahmen der Gründung die Erbringung von Sachleistungen als Nebenleistungspflicht zu vereinbaren bzw. diese der Rücklage zuzuführen.

Die Rücklage kann dann wiederum später in Stammkapital im Wege der Kapitalerhöhung gemäß § 57c umgewandelt werden.

### II. Thesaurierungspflicht des § 5a Abs. 3 GmbHG

§ 5a Abs. 3 lautet:

*In der Bilanz des nach den §§ 242, 264 des Handelsgesetzbuchs aufzustellenden Jahresabschlusses ist eine gesetzliche Rücklage zu bilden, in die ein Viertel des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses einzustellen ist. Die Rücklage darf nur verwandt werden*

1. für Zwecke des § 57c;
2. zum Ausgleich eines Jahresfehlbetrags, soweit er nicht durch einen Gewinnvortrag aus dem Vorjahr gedeckt ist;
3. zum Ausgleich eines Verlustvortrags aus dem Vorjahr, soweit er nicht durch einen Jahresüberschuss gedeckt ist.

Aufgrund des Absatzes 3 besteht eine Pflicht der Gesellschafter zur Bildung einer gesetzlichen Rücklage. In der Bilanz ist die Rücklage gemäß § 272 Abs. 3 HGB auszuweisen. Eine Begrenzung der Rücklage der Höhe nach ist nicht gegeben.

Das bedeutet, dass auch im Fall einer Rücklage, die zusammen mit dem Stammkapital einen Betrag von mehr als € 25.000 ergibt, weiterhin die Verpflichtung zur Bildung der gesetzlichen Rücklage besteht. Eine Obergrenze wie in § 150 Abs. 2 AktG gibt es nicht.<sup>5</sup> Nach der Intention des Gesetzgebers soll sich auf diesem Weg der Haftungsumfang des Gesellschaftsvermögens erhöhen. Richtigerweise müssen andere in der Bilanz ausgewiesene Rücklagen nicht vorrangig für einen Verlustausgleich he-

<sup>1</sup> Baumbach/Hueck/Fastrich, Kommentar zum GmbHG, 19. Aufl., § 5a Rn 3 bezeichnet die UG als eine Variante der GmbH.

<sup>2</sup> BT-Drucks 16/6140, S. 1.

<sup>3</sup> Alle §§ ohne Angaben sind solche des GmbHG.

<sup>4</sup> Hierzu auch Wachter, NJW 2011, 2620 ff.

<sup>5</sup> Baumbach/Hueck/Fastrich, Kommentar zum GmbHG, § 5a Rn 21.

rangezogen werden, da die Bestimmung des § 5a Abs. 3 hierzu keine Verpflichtung aufstellt.<sup>6</sup> Hinzunehmen ist die Tatsache, dass aufgrund der Auszahlung eines angemessenen Geschäftsführergehalts, der Verzinsung von Gesellschafterdarlehen und der Beschäftigung von Familienangehörigen ein Jahresüberschuss nicht erzielt wird. Folglich ist dann auch die Bildung einer Rücklage nach § 5a Abs. 3 nicht möglich. Auf der Hand liegt hier die Gefahr einer Aushöhlung des § 5a Abs. 3. Sofern jedoch hiermit eine verdeckte Gewinnausschüttung verbunden ist, muss eine Korrektur in der Bilanz erfolgen und diese als Forderung der Gesellschaft gegen den betroffenen Gesellschafter ausgewiesen werden.<sup>7</sup>

Die gesetzliche Rücklage darf nur zu den in § 5a Abs. 3 genannten Zwecken verwendet werden. Zunächst besteht daher die Möglichkeit der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln gemäß § 57c.

Voraussetzung des § 57c ist, dass der Jahresabschluss vor Beschlussfassung über die nominelle Kapitalerhöhung festgestellt worden ist. Welche Rechtsfolgen sind nun damit verbunden, wenn aufgrund Verstoßes gegen § 5a Abs. 3 der festgestellte Jahresabschluss nichtig ist? Es liegt dann kein wirksamer Jahresabschluss vor. Folglich ist dann auch der Erhöhungsbeschluss gemäß § 241 Nr. 3 AktG nichtig.

Besonders gravierend sind die Rechtsfolgen im Fall des Verstoßes gegen die Pflicht zur Bildung der gesetzlichen Rücklage nach § 5a Abs. 3. Dies hat analog die Nichtigkeit des Jahresabschlusses gemäß § 256 Abs. 1 AktG zur Folge. Sofern aufgrund des nichtigen Jahresabschlusses ein Gewinnverwendungsbeschluss gefasst worden ist und Gewinne an die Gesellschafter ausgeschüttet worden sind, sind diese analog § 31 an die Gesellschaft zurück zu gewähren.

Richtigerweise ist hier § 31 analog anzuwenden, da es sich bei der Leistung gerade nicht um die Rückzahlung von Stammkapital handelt. Fraglich erscheint hier jedoch die generelle analoge Anwendung des § 31. Gemäß § 31 Abs. 2 ist der gutgläubige Leistungsempfänger bei Leistung einer zur Unterbilanz führenden Auszahlung schutzwürdig, wenn er die Umstände nicht kennt, die zur Unzulässigkeit der Auszahlung führen. Der Gesellschafter darf daher weder positive Kenntnis davon haben noch fahrlässige Unkenntnis.<sup>8</sup> Maßgeblicher Zeitpunkt des guten Glaubens ist der Zeitpunkt der Auszahlung. Die Privilegierung des § 31 Abs. 2 entfällt, sobald die Rückzahlung zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist.

§ 31 ist nur in Bezug auf die unmittelbaren Rechtsfolgen anzuwenden. Folge ist die Rückerstattung der Auszahlung. Sofern auch § 31 Abs. 2 Anwendung finden würde, wäre dies eine Umgehungsmöglichkeit der Gesellschafter, um die zwingend gesetzlich vorgeschriebene Rücklage auszuhöhlen. Auch wenn die Rechtsfolge des § 31 Abs. 2 den Anspruch auf Rückzahlung nicht untergehen lässt, sondern lediglich bedingt, stellt dies einen Wertungswiderspruch zu dem mit § 5a Abs. 3 verfolgten gesetzgeberischen Zweck dar. Folglich ist § 31 Abs. 1 analog anzuwenden, jedoch nicht die Privilegierung des Absatzes 2.<sup>9</sup>

Dass natürlich in der Gestaltungspraxis auch über die Höhe des Geschäftsführergehalts eine Thesaurierung umgangen werden

kann, soll an dieser Stelle nicht näher vertieft werden. In diesen Fällen ist jedoch zu beachten, dass es sich nicht um eine verdeckte Gewinnausschüttung handelt und damit die Anwendbarkeit des § 31 Abs. 1 analog gegeben ist.

Interessant ist die Frage, welche Rechtsfolgen damit verbunden sind, wenn in der Zwischenzeit eine Kapitalerhöhung auf bzw. über den Betrag von € 25.000 beschlossen und die Kapitalerhöhung in das Handelsregister eingetragen worden ist. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob der Anspruch analog § 31 Abs. 1 mit Eintragung der Kapitalerhöhung erlischt, somit also hierdurch auflösend bedingt ist.

Nach meiner Ansicht ist dies nicht der Fall, da der Anspruch zu einem Zeitpunkt entstanden ist, zu welchem die Voraussetzungen des § 5a Abs. 3 gegeben waren. Jedoch könnte der Gesellschafter der Gesellschaft entgegenhalten, dass die Geltendmachung des Anspruchs gegen § 242 BGB verstößt. Hier gelten nach meiner Meinung dieselben Grundsätze wie im Fall des § 31.<sup>10</sup>

Fraglich ist auch, ob eine Verpflichtung der Gesellschafter untereinander besteht, im Fall des Erreichens des Mindeststammkapitals an einem Kapitalerhöhungsbeschluss mitzuwirken, so dass eine Erhöhung des Stammkapitals auf € 25.000 erfolgen kann. Richtigerweise ist eine Verpflichtung aufgrund § 242 BGB<sup>11</sup> zu bejahen. Dabei ist es sicherlich ausreichend, wenn die Rücklage zusammen mit dem Stammkapital einen Betrag von € 12.500 erreicht. Es können bei dem Übergang der UG auf die GmbH keine höheren Anforderungen gestellt werden als bei der originären Gründung der GmbH. Daher ist es auch ausreichend, wenn die Hälfte des Stammkapitals gemäß § 7 Abs. 2 eingezahlt wird.

### III. Verdeckte Sacheinlage gemäß § 19 Abs. 4 GmbHG bei der UG

Nach der überwiegenden Ansicht in der Literatur ist die Gründung der UG im Rahmen einer verdeckten Sacheinlage ebenfalls unzulässig.<sup>12</sup> Sicherlich spricht der strikte Gesetzeswortlaut gegen die Zulässigkeit einer verdeckten Sacheinlage. Würde man eine solche zulassen, wäre das Sacheinlageverbot des § 5a sinnlos.

Es stellt sich die Frage der Intention des Sacheinlageverbots. Der Gesetzgeber hatte hierfür kein Bedürfnis gesehen, da diese dem Vereinfachungs- und Beschleunigungsziel entgegenstünde. Die Gegenansicht beruft sich darauf, dass die verdeckte Sacheinlage keine Sacheinlage in materiell-rechtlicher Hinsicht darstellt und damit auch das Verbot des § 5a Abs. 2 nicht eingreift. Es sei lediglich bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Sacheinlage.<sup>13</sup>

Richtig ist, dass laut der gesetzlichen Regelung des § 19 Abs. 4 davon gesprochen wird, dass die Geldeinlage bei wirtschaftlicher Betrachtung als Sacheinlage zu bewerten ist. Letztlich ist dies jedoch nur eines der Tatbestandsvoraussetzungen der Norm und nicht eine Rechtsfolge, wie es ein Teil der Literatur anzunehmen scheint. Vielmehr handelt es sich bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 19 Abs. 4 um eine Sacheinlage, die geleistet wird, auch wenn es sich um eine verdeckte Sacheinlage handelt.

Ob offene oder verdeckte Sacheinlage, es bleibt in beiden Fällen die Leistung einer Sache. Die Argumentation der Gegenansicht

<sup>6</sup> MüKoGmbHG/Rieder, § 5a Rn 27.

<sup>7</sup> Baumbach/Hueck/Fastrich, Kommentar zum GmbHG, § 5a Rn 23.

<sup>8</sup> MüKoGmbHG/Ekkenga, § 31 Rn 43 ff.

<sup>9</sup> Zu undifferenziert MüKoGmbHG/Rieder, § 5a Rn 30; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 5a Rn 26 bejaht wohl zusätzlich auch die Anwendbarkeit des § 812 Abs. 1 S. 1 BGB.

<sup>10</sup> Siehe hierzu MüKoGmbHG/Ekkenga, § 31 Rn 32 ff.

<sup>11</sup> Gesellschaftliche Treuepflicht.

<sup>12</sup> MüKoGmbHG/Rieder, 1. Aufl., § 5a Rn 22; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 5a Rn 12; siehe hierzu auch Henkel, NZI 2010, Heft 1 Rn 9; a. A. Römermann, NZG 2010, 1375 ff.

<sup>13</sup> MüKoGmbHG/Märtens, § 19 Rn 158 bejaht eine wirtschaftliche Betrachtung.

hat etwas für sich, geht jedoch an der gesetzgeberischen Wertung und der materiellen Rechtslage vorbei. Daher verbleibt es dabei, dass im Fall einer verdeckten Sacheinlage eine Anrechnung auf die Bareinlageschuld des Inferenten nicht erfolgt, vielmehr die Einlageschuld in vollem Umfang bestehen bleibt und der Inferent lediglich nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen einen Herausgabeanspruch der Sache gegenüber der Gesellschaft innehat.

#### IV. Hin- und Herzahlen gemäß § 19 Abs. 5 GmbHG bei der UG

Die Möglichkeit des Hin- und Herzahlens gemäß § 19 Abs. 5 soll jedoch auch bei der UG Geltung haben.<sup>14</sup> Beim Hin- und Herzahlen handelt es sich gerade nicht um eine verdeckte Sacheinlage. Das Hin- und Herzahlen soll zulässig sein, da eine Einlage in Bar geleistet wird und damit gerade nicht eine Sacheinlage. Eine Ansicht in der Literatur nimmt daher die Zulässigkeit an, wenn der Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter vollwertig und jederzeit fällig bzw. liquidierbar ist.

Entgegen dieser Ansicht kann man die Möglichkeit der Anwendung des § 19 Abs. 5 natürlich auch im Widerspruch zum Vollzahlungsgebot des § 5a Abs. 2 sehen. Bei wirtschaftlicher Betrachtung werden die Barmittel durch einen Anspruch gegen den Gesellschafter auf Rückzahlung ersetzt. Letztlich steht der UG im Ergebnis dann nur eine Forderung (Sache) gegen den Gesellschafter zu.

Es lässt sich sicherlich darüber streiten, ob unter dem Gesichtspunkt des Sacheinlageverbots und der Volleinzahlungspflicht § 19 Abs. 5 Anwendung finden sollte. Es erscheint schon paradox, wenn die originäre Einbringung einer Forderung des Gesellschafters gegen das Sacheinlageverbot verstößt, jedoch die kurz nach Gründung begründete Forderung gegen den Inferenten zulässig sein soll.

Dies kann man anhand einer verdeckten Sacheinlage verdeutlichen. Wird im Rahmen der Gründung die Bareinlageverpflichtung erfüllt, jedoch tatsächlich unmittelbar nach Leistung der Bareinlage eine Forderung gegen einen Dritten von dem Gesellschafter entgeltlich an die Gesellschaft abgetreten, ist dies unwirksam. Anders soll es sich jedoch verhalten, wenn für eine logische Sekunde die Gesellschaft Barmittel von dem Inferenten erhält, diesem diese jedoch sofort wieder als Darlehen zurückbezahlt.

Rein materiell-rechtlich ist es sicherlich zutreffend, dass das Hin- und Herzahlen keine Sachleistung darstellt, jedoch sollte aus meiner Sicht hier § 5 Abs. 2 analog angewendet werden. Denn auch hier widerspricht dies der gesetzgeberischen Intention einer Deregulierung und Vereinfachung. Auch im Rahmen des Hin- und Herzahlens müssten die Geschäftsführer im Rahmen der Gründung die Vollwertigkeit des Anspruchs gegen den Inferenten prüfen.<sup>15</sup>

Die Unzulässigkeit der Erfüllung der Einlageverpflichtung durch Einbringung einer Sacheinlage gemäß § 5a Abs. 2 S. 2 hat zur Folge, dass im Fall der Vereinbarung einer Sacheinlage diese Vereinbarung nach § 134 BGB nichtig ist. Dies stellt dann ein Eintragungshindernis gemäß § 9c dar.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Baumbach/Hueck/*Fastrich*, GmbHG, 19. Aufl., § 19 Rn 71; MüKoGmbHG/*Rieder*, § 5a Rn 24; a. A. *Weber*, BB 2009, 842, 845.

<sup>15</sup> A. A. *Herrler*, DNotZ 2008, 903 ff.

<sup>16</sup> Baumbach/Hueck/*Fastrich*, Kommentar zum GmbHG, 19. Aufl., § 5a Rn 11, ebenso MüKoGmbHG/*Rieder*, § 5a Rn 21; *Hirte*, ZinsO 2008, 933, 935; zu weitgehend *Gehrlein*, Der Konzern, 771, 779.

#### V. Die Unternehmergesellschaft im UmwG

Der BGH hatte in der vorstehenden Entscheidung vom 19.4.2011 über die Frage der Auslegung des § 5a Abs. 5 zu entscheiden. Gemäß § 5a Abs. 5 finden die Absätze 1 bis 4 keine Anwendung, wenn die UG ihr Stammkapital auf einen Betrag von € 25.000 erhöht. Der BGH hat diese Frage dahingehend entschieden, dass das Sacheinlagenverbot nach § 5a Abs. 2 S. 2 nicht für eine den Betrag des Mindestkapitals nach § 5 Abs. 1 erreichende oder übersteigende Erhöhung des Stammkapitals bei Beteiligung einer UG gilt.

So stellt sich nach der vorstehenden Entscheidung des BGH die Frage, in welchen Konstellationen die UG an einem Umwandlungsvorgang nach dem UmwG beteiligt sein kann. In Betracht kommt damit eine Umwandlung im Rahmen einer Verschmelzung, einer Spaltung, eines Formwechsels und einer Vermögensübertragung.

Hierbei ist wiederum zu unterscheiden, ob die UG als Ausgangs- oder Zielrechtsträger beteiligt ist und es sich um eine Umwandlung zur Neugründung oder Aufnahme handelt.

Gemäß § 3 Nr. 2 UmwG können als übertragende, übernehmende oder neue Rechtsträger Kapitalgesellschaften (Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien) beteiligt sein. Die rechtsformbezogenen Sondervorschriften in Bezug auf die GmbH finden sich in §§ 46–59 UmwG.

##### 1. Verschmelzung zur Neugründung

Nach derzeit herrschender Meinung kann eine UG nach § 5a im Rahmen einer Verschmelzung durch Neugründung nicht gegründet werden.<sup>17</sup> Diese Auffassung ist auch zutreffend.

##### 2. Spaltung zur Neugründung

§ 135 Abs. 2 UmwG verweist im Rahmen einer Spaltung zur Neugründung auf die für die jeweilige Rechtsform geltenden Gründungsvorschriften, somit auch auf § 5a Abs. 2 S. 2. § 138 UmwG unterstreicht die Anwendung der Sachgründungsvorschriften, da stets ein Sachgründungsbericht bei einer GmbH erforderlich ist. Allein aus dem Verweis in § 135 Abs. 2 UmwG kann unstreitig die Anwendung des § 5a Abs. 2 S. 2 bejaht werden. Der BGH hat in seiner Urteilsbegründung deutlich ausgeführt, dass auch die Sonderregelungen des UmwG der Anwendung des § 5a Abs. 2 S. 2 nicht entgegenstehen.<sup>18</sup>

Damit ist auch für den Fall der Verschmelzung klar, dass eine UG nach § 5a nicht im Wege der Verschmelzung zur Neugründung gegründet werden kann. Gleiches gilt, wie vorstehend dargestellt, auch im Fall der Spaltung – Aufspaltung und Abspaltung – zur Neugründung, da es sich hierbei um eine Sachgründung handelt, die nach § 5a Abs. 2 S. 2 unzulässig ist.

##### 3. Verschmelzung und Spaltung zur Aufnahme

Im Fall der Verschmelzung und Spaltung zur Aufnahme, bei welcher das Stammkapital der UG auf € 25.000 erhöht wird, ist eine Beteiligung der UG als übernehmender Rechtsträger möglich. Dem steht nach der oben genannten Entscheidung des BGH vom 19.4.2011 § 5a Abs. 2 S. 2 nicht entgegen. Aus der Entscheidung des BGH ist eindeutig zu entnehmen, dass das

<sup>17</sup> Baumbach/Hueck/*Fastrich*, GmbHG, § 5a Rn 17; Michalski/*Miras*, GmbHG, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, § 5a Rn 13; *Wachter*, EWiR 2010, 707 ff.; a. A. *Lutter/Drygala*, Kommentar zum UmwG, 4. Aufl., § 3 Rn 8; zur Abspaltung hat der BGH sich der Auffassung der herrschenden Meinung angeschlossen BGH, Beschl. v. 11.4.2011 – II ZB 9/10, NZI 2011, 551.

<sup>18</sup> A. A. *Lutter/Lutter*, Kommentar zum UmwG, 4. Aufl., Einl. I Rn 52.



Sacheinlageverbot des § 5a Abs. 2 S. 2 dann keine Anwendung findet, wenn im Rahmen einer solchen Verschmelzung oder Spaltung zur Aufnahme gleichzeitig das Stammkapital der UG auf einen Betrag von € 25.000 erhöht wird.

In gleicher Weise kann eine UG an einer Verschmelzung oder Spaltung als Zielrechtsträger beteiligt sein, wenn eine Kapitalerhöhung nicht erfolgt. Damit kann insbesondere im Fall der §§ 54, 68 UmwG auch eine UG als Zielrechtsträger beteiligt sein.

Damit ist vor allem im Rahmen einer Konzernverschmelzung, somit bei einer Verschmelzung einer Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft, eine Beteiligung der UG als übernehmender Rechtsträger möglich. In der notariellen Praxis ist der Verzicht der Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers auf Gewährung von Geschäftsanteilen gemäß § 54 Abs. 1 UmwG ebenfalls eine häufige Gestaltung im Rahmen des Abschlusses eines Verschmelzungsvertrages.

Auch im Fall der Spaltung kann die UG als Zielrechtsträger beteiligt werden, sofern eine Kapitalerhöhung gemäß §§ 125, 54 UmwG nicht erfolgt. Ausgenommen ist hier der Fall der Ausgliederung. § 125 UmwG schließt die Anwendbarkeit der §§ 54, 68 UmwG aus. Es bedarf auch nicht der Anwendung der §§ 54, 68 UmwG, da dem übertragenden Rechtsträger selbst Anteile gewährt werden. Damit ist hier jedoch auch zwingend eine Kapitalerhöhung notwendig mit der Folge, dass im Fall der Ausgliederung eine UG als übernehmender Rechtsträger nur beteiligt werden kann, wenn durch die Ausgliederung das Stammkapital auf mindestens € 25.000 erhöht wird.

Zu betrachten ist auch der Fall, dass eine sich im Stadium der Unterbilanz befindende GmbH auf eine UG nach § 5a verschmolzen bzw. auf mehrere UG aufgespalten wird. Nach richtiger Ansicht in der Literatur ist auch hier eine Verschmelzung möglich. Eine gesetzliche Beschränkung gibt es nicht und ein Gestaltungsmissbrauch ist auch zu verneinen, da auch eine Liquidation der GmbH mit anschließender Neugründung einer UG mit dem aus der liquidierten GmbH herrührenden Vermögen erfolgen kann.<sup>19</sup>

#### 4. Formwechsel bei der UG

Ein Formwechsel verstößt ebenfalls gegen § 5a Abs. 2 S. 2, da gemäß § 197 UmwG die Gründungsvorschriften des Zielrechtsträgers Anwendung finden. Auch wenn der Formwechsel von der Einordnung her keine Sachgründung darstellt,<sup>20</sup> da sich an der Identität des Rechtsträgers nichts ändert, werden die Gründungsvorschriften für anwendbar erklärt. Sinn und Zweck dieser Regelung ist, dass eine Umgehung der Kapitalaufbringungsvorschriften verhindert wird. Damit kann man den Formwechsel einer Sachgründung gleichstellen, so dass § 5a Abs. 2 S. 2 Anwendung findet.

Bei näherer Betrachtung der gesetzlichen Bestimmungen fällt auf, dass gemäß § 245 Abs. 4 UmwG ein Sachgründungsbericht nicht erforderlich ist. Mit der ausdrücklichen Regelung in § 245 Abs. 4 UmwG wird jedoch im Umkehrschluss deutlich, dass der Formwechsel in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung einer Sachgründung gleichzustellen ist.

Damit scheidet auch eine Gründung einer UG im Wege eines Formwechsels aus;<sup>21</sup> auch wenn hier ein Vermögenstransfer

gerade nicht stattfindet, so ergibt sich aus § 197 UmwG, dass die Gründungsvorschriften des Zielrechtsträgers Anwendung finden.<sup>22</sup> Als Ausgangsrechtsträger beim Formwechsel kann die UG hingegen gemäß § 191 UmwG beteiligt sein.

Selbstverständlich kann eine UG nach § 5a nicht in eine GmbH umgewandelt werden, da diese letztlich nur eine „Variante“ der GmbH ist.

#### 5. Vermögensübertragung bei der UG

Die UG kann als übertragender Rechtsträger auch im Rahmen einer Vermögensübertragung nach §§ 174 ff. UmwG beteiligt sein. § 175 UmwG beinhaltet einen abschließenden Katalog, aus welchem hervorgeht, welche Rechtsträger als übertragender oder übernehmender Rechtsträger an einer Vermögensübertragung beteiligt sein können. Als übertragender Rechtsträger kann gemäß § 175 Abs. 1 UmwG eine Kapitalgesellschaft beteiligt sein. Hierunter ist auch die UG zu subsumieren.<sup>23</sup> Als übernehmender Rechtsträger kommt die UG kraft gesetzlicher Normierung in § 175 UmwG nicht in Betracht, da sie nicht zum Kreis der beteiligungsfähigen Rechtsträger als Zielrechtsträger gehört.

#### VI. Beschlüsse des OLG Hamm vom 5.5.2011 – I – 27 W 24/11 und des OLG Stuttgart vom 13.10.2011 – 8 W 341/11

Das OLG Hamm hat entschieden, dass im Fall einer Kapitalerhöhung auf einen Betrag von € 25.000 das Volleinzahlungsgebot des § 5a Abs. 2 entfällt. Es ist danach ausreichend, dass die Hälfte des Mindeststammkapitals gemäß § 7 Abs. 2 und 5 einbezahlt wird. Das OLG Hamm stellt hierbei nicht auf den Zeitpunkt der Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister ab, sondern auf den Zeitpunkt der Beurkundung des Kapitalerhöhungsbeschlusses.

Weiter stellt das OLG Hamm zu Recht fest, dass der Wortlaut des § 5a Abs. 5 nicht auf die Wirksamkeit der Erhöhung durch Eintragung der Satzungsänderung im Handelsregister abstellt. Diese Formulierung findet sich in § 5a Abs. 5 nicht. Der Wortlaut der Norm „erhöht“ ist dahingehend zu verstehen, dass allein der Erhöhungsbeschluss maßgeblich ist. Aufgrund des Gesellschafterbeschlusses, in welchem die Verpflichtung der zur Übernahme der neu gebildeten Geschäftsanteile zugelassenen Gesellschafter bzw. im Fall der Aufstockung bestehender Geschäftsanteile die bisherigen Inhaber zur Leistung des Erhöhungsbetrags enthalten ist, ergibt sich bereits, dass die bisherige UG nicht länger eine UG sein wird.

Das OLG Stuttgart hat sich der Rechtsauffassung des OLG Hamm angeschlossen. Es ist ebenfalls der Auffassung, dass im Fall des Übergangs der UG auf eine GmbH mit einem Stammkapital von € 25.000 keine strengeren Voraussetzungen aufgestellt werden dürfen als im Verhältnis zur Neugründung einer GmbH mit einem Stammkapital von € 25.000. Es wäre eine durch das GmbHG nicht legitimierte systemwidrige Benachteiligung, wenn es einen Unterschied machen würde, dass im Fall der Gründung einer GmbH § 7 Abs. 2 Anwendung finden würde, nicht jedoch im Fall der Kapitalerhöhung bei einer UG auf einen Betrag von € 25.000. Jedoch muss mindestens die Hälfte des Stammkapitals gemäß § 7 Abs. 2 (analog) einbezahlt werden, so dass die Vorschrift des § 56a nicht wiederum zu

<sup>19</sup> So zutreffend MüKoGmbHG/Rieder, § 5a Rn 51.

<sup>20</sup> Lutter/Decher, Kommentar zum UmwG, 4. Aufl., § 197 Rn 5.

<sup>21</sup> Vgl. Lutter/Winter/Priester, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 138 Rn 3, Lutter/Winter/Teichmann, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 124 Rn 2; MüKoGmbHG/Rieder, § 5a Rn 52; Meister, NZG 2008, 767, 768; BGH, Beschl. v. 11.4.2011 – II ZB 9/10, NJW 2011, 1883 = ZIP 2011, 1054.

<sup>22</sup> So auch, Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2009, § 5a Rn 9 und Fastrich, GmbHG, § 5a Rn 14, 17.

<sup>23</sup> Lutter/Winter/Schmidt, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 175 Rn 3.

einer Privilegierung der UG führen kann.<sup>24</sup> Die Entscheidung des OLG München, welches wiederum auf den Zeitpunkt der Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister und damit auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens abstellt, ist abzulehnen.<sup>25</sup> Im Gesetzeswortlaut ist dies meines Erachtens nicht angelegt. Ferner müsste bei konsequenter Handhabung damit auch im Fall einer Kapitalerhöhung auf einen höheren Betrag als € 25.000 dieser voll einbezahlt werden.

Den Entscheidungen des OLG Hamm und des OLG Stuttgart ist voll zuzustimmen. Nachstehend soll jedoch untersucht werden, ob alle Vorschriften des § 5a schon mit dem notariell beurkundeten Erhöhungsbeschluss keine Anwendung finden oder ob hier eine Differenzierung geboten ist.

## VII. Entscheidung des BGH, Beschluss vom 19.4.2011 – II ZB 25/10

Der Leitsatz der Entscheidung lautet:

*Das Sacheinlagenverbot nach § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG gilt für eine den Betrag des Mindestkapitals nach § 5 Abs. 1 GmbHG erreichende oder übersteigende Erhöhung des Stammkapitals einer Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt) nicht.*

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde. Eine UG mit einem Stammkapital in Höhe von € 500 erhöhte ihr Stammkapital auf einen Betrag in Höhe von € 25.000.

Dieses erhöhte Stammkapital sollte durch Leistung einer Sacheinlage erbracht werden, indem der Inferent eine Beteiligung an einer anderen Gesellschaft in das Gesellschaftsvermögen der UG einbringt.

Das Beschwerdegericht hatte entschieden, dass das Sacheinlagenverbot des § 5a Abs. 2 erst mit Eintragung der Kapitalerhöhung auf € 25.000 entfällt.

Der BGH stellt jedoch auch ausdrücklich Folgendes fest:

*Dies hat zur Folge, dass bis dahin die Sonderregeln für die UG (§ 5a Abs. 1 bis Abs. 4 GmbHG) im Übrigen weiter gelten.*

Nach der Entscheidung des BGH findet insbesondere die Thesaurierungspflicht des § 5a Abs. 3 weiterhin Anwendung und entfällt erst mit Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister. Damit ist in der Entscheidung des BGH die notwendige Differenzierung enthalten. Richtigerweise entfällt das Sacheinlagenverbot bereits mit Beurkundung des Kapitalerhöhungsbeschlusses und nicht erst mit der Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister. Andererseits entfällt damit die Thesaurierungspflicht des § 5a Abs. 3 nicht bereits mit Beurkundung des Kapitalerhöhungsbeschlusses.

Im Fall der wirksamen Erhöhung des Stammkapitals auf € 25.000 besteht gemäß § 5a Abs. 5 die Möglichkeit, die bisherige Firmierung beizubehalten. Sofern die Bezeichnung als UG hingegen nicht mehr Firmenbestandteil sein soll, ist eine Satzungsänderung erforderlich. Nach einer Ansicht in der Literatur soll hier bei Vorhandensein von Grundbesitz eine Grundbuchberichtigung erfolgen.<sup>26</sup> Dem ist nicht zuzustimmen. Die Rechtsform ändert sich nicht, da das Rechtssubjekt weiterhin ein und derselbe Rechtsträger ist. Damit handelt es sich auch nicht um eine Grundbuchberichtigung, da eine nachträgliche

Unrichtigkeit des Grundbuchs gerade nicht eingetreten ist. Die materielle Rechtslage und die aus dem Grundbuch verlaubarde Rechtslage divergieren gerade nicht. Es handelt sich lediglich um eine reine Namensberichtigung.

## VIII. Europarechtswidrigkeit des § 5a GmbHG

Erst vor kurzem wurde durch den Europäischen Gerichtshof die Frage der Zuzugsbeschränkung eines Mitgliedstaats im Rahmen eines grenzüberschreitenden Formwechsels eindeutig entschieden.<sup>27</sup> Art. 49 AEUV ist die Grundnorm der grenzüberschreitenden Niederlassungsfreiheit innerhalb des Binnenmarktrechts der Union.<sup>28</sup> Die Auslegung der unmittelbar anwendbaren Bestimmungen erfolgt durch die nationalen Gerichte und den Gerichtshof der Europäischen Union.<sup>29</sup>

Bei der Niederlassungsfreiheit handelt es sich um ein unmittelbar anwendbares subjektives Recht zugunsten bestimmter natürlicher Personen und ihnen gleichgestellter Gesellschaften, ohne dass es weiterer Rechtssetzungsakte bedarf.<sup>30</sup>

Die Niederlassungsfreiheit zählt zu den Grundprinzipien des Primärrechts der Europäischen Union.<sup>31</sup> Nicht vom Schutzzweck des Art. 49 AEUV umfasst sind hingegen solche Niederlassungsvorgänge, die sich speziell auf rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität entbehrende Gestaltungen beziehen und die darauf ausgerichtet sind, die Anwendung der Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats zu umgehen.<sup>32</sup>

Art. 49 Abs. 1 S. 1 AEUV verbietet als sogenannte primäre Niederlassungsfreiheit die Beschränkung der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats sowie Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind, sogenannte sekundäre Niederlassungsfreiheit.

Der Anwendungsbereich des Art. 49 AEUV wird auf die in Art. 54 AEUV genannten Gesellschaften erweitert. Hierunter sind im Sinne des Art. 54 AEUV sowohl Personengesellschaften als auch Kapitalgesellschaften genannt. Damit ist auch die GbR erfasst.<sup>33</sup>

Gesellschaften, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründet worden sind und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Union haben, stehen gemäß Art. 54 AEUV natürlichen Personen gleich. Art. 49 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 54 AEUV bedeutet ein Beschränkungsverbot in der Form eines als Inländergleichbehandlungsgebots formulierten Diskriminierungsverbots.<sup>34</sup>

Eine genaue Definition des Begriffs enthält Art. 49 AEUV nicht. Nach gängiger Rechtsprechung und Literaturmeinung ist hierunter die Freiheit der Aufnahme einer wirtschaftlichen Er-

<sup>24</sup> So auch *Miras*, DStR 2011, 1379 ff.; MüKoGmbHG/Rieder, § 5a Rn 40.

<sup>25</sup> OLG München, Beschl. v. 23.9.2010 – 31 Wx 149/10, NJW 2011, 464.

<sup>26</sup> MüKoGmbHG/Rieder, § 5a Rn 44.

<sup>27</sup> EuGH, Urt. v. 12.7.2012 – C-378/10, NZI 2012, 937.

<sup>28</sup> Beck'scher Kurz-Kommentar/Müller-Graf, Bd. 57 EUV/AEUV, 2. Aufl., Art. 49 AEUV Rn 1.

<sup>29</sup> Art. 19 AEUV.

<sup>30</sup> Beck'scher Kurz-Kommentar/Müller-Graf, Bd. 57 EUV/AEUV, 2. Aufl., Art. 49 AEUV Rn 2.

<sup>31</sup> Beck'scher Kurz-Kommentar/Müller-Graf, Bd. 57 EUV/AEUV, 2. Aufl., Art. 49 AEUV Rn 4.

<sup>32</sup> Beck'scher Kurz-Kommentar/Müller-Graf, Bd. 57 EUV/AEUV, 2. Aufl., Art. 49 AEUV Rn 5.

<sup>33</sup> Näher hierzu Beck'scher Kurz-Kommentar/Müller-Graf, Bd. 57 EUV/AEUV, 2. Aufl., Art. 54 AEUV Rn 2 ff.

<sup>34</sup> Beck'scher Kurz-Kommentar/Müller-Graf, Bd. 57 EUV/AEUV, 2. Aufl., Art. 49 AEUV Rn 8.

werbstätigkeit, die selbständig und auf der Grundlage einer festen Einrichtung dauerhaft auf die Teilnahme am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats angelegt ist, sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen zu verstehen.<sup>35</sup>

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass Art. 49 Abs. 1 S. 1 AEUV Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats verbietet. Beschränkungen sind nach der Rechtsprechung des EuGH alle Maßnahmen, die die Ausübung der Niederlassungsfreiheit „unterbinden, behindern oder wenig attraktiv machen“.<sup>36</sup> Umfasst sind schließlich Diskriminierungen und weitere Behinderungen.

Eine Diskriminierung liegt wiederum dann vor, wenn ein grenzüberschreitender Sachverhalt gegenüber einem vergleichbaren inländischen Sachverhalt schlechter behandelt wird. Hierbei ist wiederum zwischen offenen und verdeckten Diskriminierungen zu unterscheiden, wobei diese sowohl im Bereich der Zulassungsmodalitäten als auch der Ausübungsmodalitäten liegen können.<sup>37</sup> Diese Rechtsentwicklung von einem Diskriminierungsverbot zu einem umfassenden Beschränkungsverbot hat sich auf der Grundlage der Entscheidungen „Kraus“ und „Gebhard“ vollzogen.<sup>38</sup> Anhand dieser Entscheidungen ist eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch Maßnahmen des nationalen Rechts nur gerechtfertigt, wenn sie in nicht diskriminierender Weise angewandt wird, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses geboten, zur Erreichung des verfolgten Zieles geeignet ist und nicht über das hierfür Erforderliche hinausgeht.

Im Rahmen des § 5a hat die Rechtsprechung entschieden, dass eine UG als aufnehmender Rechtsträger im Rahmen einer Verschmelzung beteiligt sein kann, sofern das Stammkapital auf € 25.000 erhöht wird. Hingegen ist eine Sachgründung oder Sachkapitalerhöhung im Rahmen der Verschmelzung zur Neugründung bzw. zur Aufnahme wie vorstehend dargestellt nicht möglich. Daher kann auch eine ausländische Gesellschaft im Rahmen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung nicht auf eine UG verschmolzen<sup>39</sup> werden, sofern nicht gleichzeitig das Stammkapital auf € 25.000 erhöht wird. Ebenfalls steht damit auch die Verschmelzung zur Neugründung bei der Gründung einer UG nicht zur Verfügung. Ein grenzüberschreitender Formwechsel scheidet zur Gründung einer UG ebenfalls nach derzeitigem Recht aus, da es sich hierbei um eine Sachgründung handelt, die nach § 5a Abs. 2 unzulässig ist. Dies stellt bei genauerer Betrachtung jedoch keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV dar. Die UG stellt eine spezielle Form der GmbH dar, für welche die Vorschriften des GmbHG mit den für die UG im Gesetz verankerten Besonderheiten gelten.

Der nationale Gesetzgeber hat die UG geschaffen, damit Gründungskosten gesenkt werden können, die Gründung zeitlich effektiver ablaufen kann und die weitere Unternehmensführung erleichtert wird. Ferner sollte die internationale Konkurrenzfähigkeit der GmbH im Verhältnis zur Limited gestärkt werden. Dies stellt einen dem Allgemeininteresse dienenden Normzweck

dar. Daher lässt sich auch das Verbot der Sachgründung als ein vom Allgemeininteresse gedecktes Regelungsinstrument bei der Gründung einer UG anerkennen. Dies betrifft auch sämtliche Gründungsvorgänge bei einem reinen Inlandsbezug, so dass bei Anwendung des § 5a Abs. 2 auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt kein Verstoß gegen Art. 49, 54 AEUV zu erkennen ist. In beiden Fällen werden Ausländische Gesellschaften und Inländische Gesellschaften gleich behandelt. Eine Benachteiligung entsteht einer ausländischen Gesellschaft, die eine Verschmelzung auf eine UG vornehmen möchte bzw. sich in eine solche Formwechseln möchte, hierdurch nicht. Der Zuzug einer ausländischen Gesellschaft wird dadurch auch nicht weniger attraktiv, da dieser im Rahmen einer grenzüberschreitenden Verschmelzung oder eines grenzüberschreitenden Formwechsels die GmbH weiterhin als Rechtsträger zur Verfügung steht.

Daher kann § 5a Abs. 2 sicherlich nicht in der Weise an Art. 49, 54 AEUV gemessen werden, dass er die Niederlassung ausländischer Gesellschaften unterbindet oder behindert. Einzig und allein kann die Beschränkung des § 5a Abs. 2 im Rahmen des Gründungsvorgangs den Zuzug einer ausländischen Gesellschaft weniger attraktiv machen, da für diese dann nur die Liquidation ihrer Gesellschaft mit anschließender Neugründung einer UG durch Bareinlage oder die Gründung einer GmbH mit einem Stammkapital von € 25.000 im Wege der Verschmelzung bzw. des Formwechsels möglich ist.

## IX. Zusammenfassung

§ 5a Abs. 2 stellt keinen Verstoß gegen die Art. 49, 54 AEUV dar. Die Beschränkung des Gründungsvorgangs einer UG auf eine Bargründung ist kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit, da die Rechtsform der GmbH im Rahmen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts für einen ausländischen Rechtsträger offensteht. Ferner ist eine grenzüberschreitende Verschmelzung oder ein grenzüberschreitender Formwechsel immer auch dann möglich, wenn gleichzeitig das Stammkapital auf € 25.000 erhöht wird. Hierbei sind die Entscheidungen des BGH, Beschl. v. 19.4.2011 – II ZB 25/10, des OLG Hamm vom 5.5.2011 – I – 27 W 24/11 und des OLG Stuttgart vom 13.10.2011 – 8 W 341/11 zu beachten.

Im Übrigen zeigt sich, dass der Vertragsgestalter bei einer Kapitalerhöhung auf € 25.000 im Rahmen der gegebenenfalls noch nicht gebildeten Rücklage nach § 5a Abs. 3 eine Hinweispflicht auf die hiermit verbundenen Rechtsfolgen hat. Die Anwendung des § 5a Abs. 3 entfällt nämlich gemäß § 5a Abs. 5 ex nunc und nicht mit Wirkung für die Vergangenheit.



**Timo Lutz**

ist Amtsverwalter beim Notariat Filderstadt-Bernhausen.

E-Mail: [Timo.Lutz@notfilderstadt-bernhausen.justiz.bwl.de](mailto:Timo.Lutz@notfilderstadt-bernhausen.justiz.bwl.de)

<sup>35</sup> Beck'scher Kurz-Kommentar/Müller-Graf, Bd. 57 EUV/AEUV, 2. Aufl., Art. 49 AEUV Rn 11.

<sup>36</sup> Beck'scher Kurz-Kommentar/Müller-Graf, Bd. 57 EUV/AEUV, 2. Aufl., Art. 49 AEUV Rn 39.

<sup>37</sup> Hierzu umfassend Beck'scher Kurz-Kommentar/Müller-Graf, Bd. 57 EUV/AEUV, 2. Aufl., Art. 49 AEUV Rn 40 ff.

<sup>38</sup> EuGH, Urt. v. 31.3.1993 – C-19/92, Slg. 1993, I-1663, 1697, Rn 32, „Kraus“; EuGH, Urt. v. 30.11.1995, Rs. C 55/94, Slg. 1995, I-4615, 4197 Rn 37, „Gebhard“.

<sup>39</sup> Hineinverschmelzung.





## neues aus der kostenlaube

Oliver Vossius

### Kleine Ursache – große Wirkung

#### Fall:

Bei Notar N schließt die H-GmbH mit ihren sieben Tochtergesellschaften jeweils Beherrschungsverträge ab. N beurkundet den Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlungen der Töchter und beglaubigt die Unterschrift unter den entsprechenden Handelsregisteranmeldungen. Neben den Urkunden über die Zustimmungsbeschlüsse der beherrschten Gesellschaften fügt er der Anmeldung digital beglaubigte Kopien des Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafter der H-GmbH bei. Dieser ist – ebenso wie der Vertrag selbst und die Handelsregisteranmeldungen – von dritter Seite entworfen.

Das Handelsregister beanstandet die sieben Vorlagen, da der Zustimmungsbeschluss der H-GmbH kein eindeutiges Datum aufweist. N leitet die Zwischenverfügungen an die H-GmbH weiter, die ihn nach Absprache ihres Beraters mit dem Handelsregister jeweils um Neueinreichung des Zustimmungsbeschlusses bittet. N scannt, dupliziert und signiert den neuen Zustimmungsbeschluss siebenmal neu. Sodann reicht er die Vorlage siebenmal neu ein und gibt das richtige Datum des Zustimmungsbeschlusses als xml-Datei ein.

N hatte die H-GmbH vor Beginn der „Aktion“ darauf hingewiesen, dass ein Notarentwurf der Handelsregisteranmeldung die kostengünstigere Lösung sei. Zum anderen ist der Korrekturaufwand erheblich. N überlegt daher, ob sich die unnötige Mehrarbeit kostenmäßig auswirkt.

Die beherrschten Tochtergesellschaften haben sämtlich das gesetzliche Mindestkapital, der Zustimmungsbeschluss hat mit den zahlreichen Anlagen (sieben Unternehmensverträge, Einberufungsnachweise) 75 Seiten, die Feststellung eine Seite.

#### Lösung:

Der Geschäftswert der Handelsregisteranmeldung des Bestehens eines Beherrschungsvertrags bestimmt sich nach § 105 Abs. 4 Nr. 1.<sup>1</sup> Er beträgt also jeweils € 30.000.<sup>2</sup> Die Beglaubigung und Einreichung der Anmeldung hatte aus diesem Wert Gebühren nach KV-Nr. 25100, 22124, 22125, 25102 und 32002 ausgelöst. Da die Gebühren nach KV-Nr. 22125 und 25102 bei einem Notarentwurf nicht angefallen wären und die Summe der Gebühren nach Nr. 25100 und 22125 einerseits der Summe der Gebühren nach KV-Nr. 24102 und nach KV-Nr. 22114 anderer-

seits entspricht, kommt ein Entwurf der Anmeldung durch den Notar die Beteiligten jedenfalls bis zu einem Geschäftswert von etwa € 200.000 günstiger als ein Fremdentwurf. Rechnet man noch die internen und externen Kosten des Beteiligten für die Erstellung eines Fremdentwurfs hinzu, liegt die ökonomisch optimale Wertgrenze fast immer erheblich höher.

Damit trägt der Gesetzgeber dem empirisch belegbaren Satz Rechnung, dass Fremdentwürfe im Notariat fast immer zu höherem Aufwand führen als Eigenentwürfe. In Konsequenz dieser Erkenntnis sieht das GNotKG daher Gebühren für die Behebung von Beanstandungen bei Fremdentwürfen vor. Deren Geschäftswert ist jeweils der Wert der Anmeldung. Die zusätzlichen Kosten ergeben sich aus folgender Tabelle:

Tätigkeit	KV-Nr.	Einzelgebühr (€)	Gesamtgebühr (€)
Behebung von Beanstandungen	22123	62,50	437,50
Nochmalige Erstellung eines xml-Datensatzes (mit geändertem Beschlussdatum)	22125	75,00	525,00
Nochmalige elektronische beglaubigte Abschrift des Beschlusses mit Feststellung (76 Seiten)	25102	76,00	76,00
Nochmaliges Scannen (76 Seiten)	32002	28,90	28,90
<b>Summe</b>		<b>242,40</b>	<b>1067,40</b>

Wegen der Gebühr nach KV-Nr. 22123 fällt hier keine Übermittlungsgebühr nach KV 22124 an.

#### Hinweis:

Welche Möglichkeiten haben die Beteiligten, dieses allseits unangenehme Ergebnis zu vermeiden?

- a) Auftrag zur Fertigung eines Entwurfs

Die sicherste Methode ist, den Notar mit der Erstellung der erforderlichen Entwürfe zu beauftragen. Hätte der Notar gleich die Handelsregisteranmeldungen entworfen, wären zum einen die Kosten ohne Beanstandungen um € 30,00 je Anmeldung niedriger gewesen, also um insgesamt € 210,00. Zudem hätte der Notar auch wegen des fehlerhaften Fremdentwurfs des Beschlusses die in obenstehender Tabelle genannten Gebühren nicht erheben dürfen (vgl. Vorbemer-

<sup>1</sup> §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des GNotKG.

<sup>2</sup> Auch der Geschäftswert des Zustimmungsbeschlusses zu einem reinen Beherrschungsvertrag hat – im Gegensatz zum Gewinnabführungsvertrag (vgl. § 52 Abs. 3 S. 3 und Abs. 5) – keinen bestimmten Geldwert, §§ 108 Abs. 2, 97, 36.

kung 2.2.1.2). Im Ergebnis erhalten die Beteiligten durch einen Auftrag an den Notar, die Handelsregisteranmeldung zu entwerfen, *de facto* eine (kostenfreie) notarielle Überprüfung auch der gelieferten Anlagen zumindest auf Vollziehbarkeit. Grund hierfür ist das Eigeninteresse des Notars an einer reibungslosen Abwicklung. Hieran zeigt sich das auf eingehender ökonomischer Analyse beruhende Konzept des GNotKG besonders deutlich. Das Notariat ist zum einen eben „eine Schule der Genauigkeit“.<sup>3</sup> Zum anderen schafft das Kostenrecht so für die Beteiligten Anreize, die Leistungen der vorsorgenden Rechtspflege in Anspruch zu nehmen.

#### b) Auftrag zur Entwurfsüberprüfung

Denkbar wäre weiter ein Auftrag an den Notar, von dritter Seite erstellte Entwürfe zu überprüfen. Dann entstehen allerdings Gebühren nach KV-Nr. 24100 ff. (siehe Vorbemerkung 2.4.1 Abs. 3). Fraglich ist allerdings, ob ein Auftrag zur bloßen Überprüfung des Fremdentwurfs der Handelsregisteranmeldung dazu führt, dass sich die Gebühren für den Vollzug nicht mehr nach KV-Nrn. 22120–22125, sondern nach KV-Nrn. 22110–22114 richten. Der Wortlaut der Vorbemerkung 2.2.1.2 (nur: „Fertigung eines Entwurfs“) spricht dagegen. Ob man die Überprüfung eines Entwurfs über Vorbemerkung 2.4.1 Abs. 3 hier mit hineinlesen kann, könnte zwar dem Normzweck entsprechen. Diese Auslegung ist aber zum einen deshalb zweifelhaft, weil sonst der Sondertatbestand der KV-Nr. 22122 seinen Anwendungsbereich verlöre. KV

22122 setzt ebenfalls einen Überprüfungsauftrag voraus, der allerdings auf die Vollziehbarkeit des Fremdentwurfs beschränkt ist. Zum anderen spricht auch der rechtsökonomische Zweck der Vorschrift dagegen, denn die Überprüfung eines Fremdentwurfs ist meist aufwendiger als das Erstellen eines Eigenentwurfs. Der bloße Überprüfungsauftrag ist daher bis zu einer Klärung der Rechtslage eher nicht zu empfehlen.

#### c) Auftrag zur Vollziehbarkeitsprüfung

Neben dem generellen Überprüfungsauftrag können die Beteiligten den Notar mit der Prüfung beauftragen, ob eine Urkunde bei Gericht eingereicht werden kann (Prüfung auf Vollziehbarkeit<sup>4</sup>). Hierdurch entsteht nach KV-Nr. 22122 zwar eine 0,5-Gebühr aus dem Wert des zu prüfenden Dokuments. Diese kann jedoch zum einen unter dem Niveau der KV-Nrn. 24100 ff. liegen. Kommt es dann zu einer Beanstandung, entfällt zum anderen die Gebühr nach KV-Nr. 22123 für deren Behebung.

Wie angesichts dieser Alternativen die in Anschreiben von vielen Anwaltskanzleien bei der Übersendung von Fremdentwürfen gebrauchte Wendung auszulegen ist, der Notar möge die beigelegten Unterlagen „überprüfen“, ist letztlich Sache des Einzelfalls.

Dr. Oliver Vossius, München

<sup>3</sup> So der erste Ausbildungsnotar des Verfassers, der diesen Satz bereits von seinem notariellen „Lehrmeister“ übernommen hatte.

<sup>4</sup> Siehe zur Abgrenzung zwischen KV 22122 und KV 24100 ff. Leipziger Gerichts- und Notarkostenkommentar/Harder, 2013, Vorbem. 2.2.1.2 Rn 21–23.



## rückblick

### Premiere für die Veranstaltung „Fit fürs Notariat in fünf Tagen“

Vom 7. bis 11.4.2014 fand in Bonn in den Räumen des Gustav-Stresemann-Instituts die erste Veranstaltung der Reihe „Fit fürs Notariat“ statt. Hintergrund dieser neu konzipierten Fortbildungsreihe des Deutschen Notarverlags ist die zunehmende Schwierigkeit vieler Notare, qualifizierte und erfahrene Mitarbeiter zu gewinnen und zu halten, die das Rückgrat jedes gut funktionierenden Büros sind.

Insgesamt 39 TeilnehmerInnen erlernten von Montag bis Freitag die Grundzüge der Tätigkeiten einer/s Notarfachangestellten. Das vom Dozenten *Frank Tondorf* entwickelte didaktische Konzept der Reihe sieht vor, anhand von Beispielen aus der

täglichen Praxis des Notars zu erläutern, wie die zahlreichen Vorschriften des BeurkG oder der DONot in der Praxis Anwendung finden. Auch die Grundzüge des notariellen Kostenrechts wurden im Zusammenhang mit den einzeln dargestellten Tätigkeiten im Notariat praxisnah, leicht verständlich und sofort umsetzbar dargestellt.

Die Resonanz der Teilnehmer, die überwiegend echte „Berufseinsteiger“ waren, war einhellig positiv, was nicht zuletzt auf das „Wir-Gefühl“ zurückzuführen ist, welches insbesondere aus den zahlreichen Möglichkeiten zur Gruppeninteraktion während der und im Anschluss an die Vorträge resultierte.

Da dieser erste Termin bereits kurz nach der Ankündigung ausgebucht war, wird außerplanmäßig in diesem Jahr eine weitere Veranstaltung vom 8. bis 12.9.2014 wiederum in Bonn stattfinden. Nähere Informationen und Anmelde-möglichkeiten finden Sie auf der Website des Deutschen Notarverlags unter [www.notarverlag.de](http://www.notarverlag.de).





Walter Grauel

## Zu Vossius/Zeiser: Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung durch den Notar

(*notar* 2014, 99 f.)

In *notar* 2014 ist auf den Seiten 99 f. ein interessanter Beitrag über die „Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung durch den Notar“ von *Vossius/Zeiser* abgedruckt, dem bis auf einen Teil der Kostenbewertung voll zuzustimmen ist. Wie ich bereits in *NotBZ* 2013, 453 f. ausgeführt habe, entsteht mangels eines entsprechenden Gebührentatbestands im GNotKG keine Gebühr für die Entscheidung des Notars über die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung. Wenn jedoch der Notar im Zusammenhang damit entsprechend §§ 726–729 ZPO den Eintritt einer Tatsache oder einer Rechtsnachfolge zu prüfen hat, hat er eine Gebühr zu erheben, aber nicht etwa für die Entscheidung nach § 797 Abs. 3 S. 2 ZPO, sondern für die Prüfung des Eintritts der Tatsache oder Rechtsnachfolge. Diese Ansicht entspricht auch dem DNotI-Gutachten im DNotI-Report 2013, 153 ff., 155.

Nach Meinung von *Vossius/Zeiser* soll wegen des Fehlens einer entsprechenden Vorschrift im GNotKG für den Notar eine Gebühr nach dem Gerichtskostengesetz (GKG) anfallen, und zwar nach

dem Kostenverzeichnis (nicht *Kennziffer*, siehe hierzu § 3 Abs. 2 GKG und Überschrift zur Anlage 1 GKG) Nr. 2110. Das kann meiner Auffassung nach nicht richtig sein; denn nach § 1 GKG werden die Kosten nach dem GKG für Verfahren vor *ordentlichen Gerichten* erhoben. Die für den Notar geltende Kostenvorschrift ist – soweit nicht ausdrücklich anderweitig geregelt – ausschließlich das GNotKG. Im Übrigen wäre, wenn das GKG Anwendung finden würde, die Festgebühr GKG KV Nr. 2110 nicht – wie im genannten Beitrag angegeben – € 15,00, sondern € 20,00.

Solange der Gesetzgeber das offenbare Übersehen der Neuregelung des § 797 Abs. 3 S. 2 ZPO gebührenmäßig für den Notar nicht beseitigt hat, könnte allenfalls eine Gebührenvereinbarung nach § 126 Abs. 1 S. 2 GNotKG zwischen dem Notar und dem Kostenschuldner getroffen werden (siehe hierzu *Diehn*, Berechnungen zum neuen Notarkostenrecht, 2. Aufl. 2013, Rn 578 e).

Das Versehen des Gesetzgebers soll nach dem Entwurf der Bundesregierung, ge-

gen den der Bundesrat keine Einwendungen erhoben hat (BR-Drucks 26/14 vom 14.3.2014) durch Einfügung einer neuen Nr. 23804 KV korrigiert werden. Diese Vorschrift soll folgende Fassung erhalten:

*23804 Verfahren über den Antrag auf Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung (§ 797 Abs. 3, § 733 ZPO)*

und eine Festgebühr von € 20,00 auslösen. Durch die Einfügung dieser neuen Nr. 23804 verschieben sich die bisherigen Nrn. 23804 bis 23807 jeweils um eine Nummer. Es ist vorgesehen, dass das Gesetz, soweit es die Einfügung der Nr. 23804 und die Verschiebung der bisherigen Nrn. 23804 ff. betrifft, am Tag nach der Verkündung des Gesetzes, im Übrigen am 10.1.2015, in Kraft treten soll. Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes erledigen sich dann alle zu dem Entstehen oder Nichtentstehen einer Gebühr für den Antrag auf Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung bisher vertretenen Meinungen.

Walter Grauel, Notariatsbürodirektor i. R.,  
Mettmann



## nachrichten

### Personen

#### Landesnotarkammer Bayern

##### Ausscheiden aus dem Notaramt

Notar *Dr. Peter Rieder*, Erlangen, zum 1.4.2014

##### Ernennung zum Notar

*Dr. Christian Fackelmann*, Bad Staffelstein, zum 1.5.2014

*Anja Gerono*, Bamberg, zum 1.5.2014

*Dr. Valentin Spernath*, Bad Königshofen, zum 1.5.2014

*Martin Stemmer*, Kempten, zum 1.5.2014

#### Notarkammer Baden-Württemberg

##### Ausscheiden aus dem Notaramt

Rechtsanwalt und Notar *Alfons Biermeier*, Stuttgart, zum 30.4.2014

Rechtsanwalt und Notar *Dr. Joachim Hägele*, Stuttgart, zum 30.4.2014

#### Notarkammer Pfalz

##### Ernennung zum Notar

*Dr. Benedikt Kühle*, Waldfishbach-Burgalben, zum 14.4.2014

*Ingo Oltmanns*, Pirmasens, zum 1.5.2014

### Termine

#### Die Beendigung des Erbbaurechts

##### Tagung

Zeit: Mittwoch, 9.7.2014, 16:30 Uhr s. t.

Ort: Senatssaal der Ludwigs-Maximilians-Universität (E 106/110 im 1. Obergeschoss)

Referenten: *Prof. Dr. Dres. h.c. Harm Peter Westermann*, Tübingen, Notar a. D. *Dr. Manfred Rapp*

Kontakt: Forschungsstelle für Notarrecht, Professor-Huber-Platz 2, 80539 München, Tel.: 089/2180-1420, Fax: 089/2180 13981, E-Mail: FS-Notarrecht@jura-uni-muenchen.de

