

## INHALT

### Mitteilungen

Rechtsanwalt und Notar a. D. Wilhelm Wagener verstorben	321
7. Rheinische Gesellschaftsrechtskonferenz „Update Gesellschaftsrecht – Personengesellschaften und GmbH“	321
Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare	322
Verbraucherpreisindex für Deutschland im März 2012	322

### Aktuelles Forum

<i>Mächtel</i> , Tagungsbericht zum Wissenschaftlichen Symposium „Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?“	323
---	-----

### Aufsätze

<i>Geck</i> , Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Erbschaft- und Schenkungsteuer	329
<i>Saenger/Sandhaus</i> , Nicht aktualisierte Gesellschafterlisten – weiterhin Unklarheit hinsichtlich der Anwendung von § 16 Abs. 1 GmbHG auf „Altfälle“	346

### Rechtsprechung

#### *I. Beurkundung und Betreuung*

Notarielle Belehrungspflichten bei Beurkundung einer Annahmeerklärung <i>BGH, Urt. v. 8. 12. 2011 – III ZR 225/10</i>	356
--	-----

#### *II. Liegenschaftsrecht*

1. Keine Belastung eines Sondernutzungsrechts mit einer Grunddienstbarkeit <i>OLG Schleswig, Beschl. v. 3. 8. 2011 – 2 W 2/11</i>	359
2. Begründung eines Sondernutzungsrechts an einem Balkon; Balkon als Bestandteil des Sondereigentums <i>OLG München, Beschl. v. 23. 9. 2011 – 34 Wx 247/11</i>	364
3. Nach § 12 Abs. 1 WEG vereinbartes Zustimmungserfordernis bei Veräußerung aller Wohneinheiten <i>OLG Saarland, Beschl. v. 7. 11. 2011 – 15 W 214/11-96</i>	367
4. Zeitnähe zwischen Nachweis der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters und Antrag auf Grundbucheintragung <i>KG, Beschl. v. 21. 11. 2011 – 1 W 652/11</i>	370

5. Nachweis der Erbfolge bei Verfügung aufgrund transmortaler Generalvollmacht <i>OLG Stuttgart, Beschl. v. 25. 11. 2011 – 8 W 427/11</i>	371
6. Übertragung des Erbbaurechts im Wege der vorweggenommenen Erbfolge <i>OLG Hamm, Beschl. v. 25. 11. 2011 – I-15 W 440/11</i>	373
7. Bindungsfrist eines Angebots <i>OLG Dresden, Urt. v. 6. 12. 2011 – 14 U 750/11</i>	374
8. Vorkaufsrechtszeugnis bei Veräußerung sämtlicher Miteigentumsanteile einer Wohnungseigentumsanlage <i>OLG Hamm, Beschl. v. 14. 12. 2011 – 15 W 476/11</i>	376
9. Löschung einer Dienstbarkeit bei Teilung des Grundstücks <i>OLG München, Beschl. v. 5. 1. 2012 – 34 Wx 543/11</i>	377
10. Nachweiserfordernisse bei Übertragung von Grundeigentum auf eine GbR <i>OLG München, Beschl. v. 13. 1. 2012 – 34 Wx 411/11</i>	379

### III. Handels- und Gesellschaftsrecht

1. Verpflichtung des Notars zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste wegen mittelbarer Mitwirkung <i>OLG Hamm, Beschl. v. 2. 11. 2011 – 27 W 100/11 (mit Anm. Ising)</i>	382
2. Eintragung der Amtsbeendigung eines GmbH-Geschäftsführers <i>KG, Beschl. v. 23. 12. 2011 – 25 W 52/11 (und 25 W 51/11)</i>	388

### IV. Kostenrecht

Keine Betreuungsgebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO für Erstellung der Gesellschafterliste nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG; Betreuungsgebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO für Einholung der firmenrechtlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung <i>BGH, Beschl. v. 14. 2. 2012 – II ZB 18/10 (mit Anm. Diehn)</i>	389
---	-----

### Buchbesprechungen

Schreiber, Handbuch Immobilienrecht ( <i>Eickelberg</i> ) – Böttcher, Praktische Fragen des Erbbaurechts ( <i>Grziwotz</i> ) – Fleischer/Goette, Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz ( <i>König</i> )	397
---	-----



**Akten- und Dokumentenkästen**

Größe 32 x 22,5 x 15 cm, Seiten- oder Vorderwand herunterklappbar, aus schwarz durchgefärbter Hartpappe, strukturiert. Originalverpackt zu 10 oder 20 Stück.  
€ 8,60 pro Kasten. **Sonderanfertigungen sind möglich!**

Lederwarenfabrik Kuno Preßl GmbH & Co. KG - KALOS  
Hofer Str.12, Postf. 1446, 95104 Rehau, Tel. 09283-1214, Fax -3401  
E-Mail: info@kalos.de www.kalos.de

**Beilagenhinweis:**

Mit dieser Ausgabe verbreiten wir  
Beilagen vom  
**Verlag C.H.BECK.**

Wir bitten unsere Leser um Beachtung.

# Deutsche Notar-Zeitschrift

VERKÜNDUNGSBLATT DER BUNDESNOTARKAMMER

Herausgegeben im Auftrag der Bundesnotarkammer von  
RA und Notar Manfred Blank, Lüneburg,  
Notar a. D. Prof. Dr. Günter Brambring, Köln,  
Notar a. D. Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Ulm

5 | 2012

Heft 5, Mai 2012  
Seite 321 – 400

## MITTEILUNGEN

### Rechtsanwalt und Notar a. D. Wilhelm Wagener verstorben

Das Ehrenmitglied der Rheinischen Notarkammer, Rechtsanwalt und Notar a. D. *Wilhelm Wagener*, Duisburg, ist am 15. 4. 2012 im Alter von 87 Jahren verstorben. *Wilhelm Wagener* war Mitglied in verschiedenen Ausschüssen der Rheinischen Notarkammer. Seine 20-jährige Mitgliedschaft im Vorstand der Rheinischen Notarkammer begann 1977; von 1981 bis 1997 war er Vizepräsident der Rheinischen Notarkammer. Auf der Ebene der Bundesnotarkammer engagierte er sich seinerzeit im Ausschuss „Gestaltung des Zugangs zum Anwaltsnotariat“. Im Jahre 1990 wurde ihm das Verdienstkreuz 1. Klasse des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland verliehen. 1997 erhielt *Wilhelm Wagener* die Ehrenmitgliedschaft der Rheinischen Notarkammer.

Mit seinem Tod verlieren die Notare einen hoch geschätzten Kollegen, dem sie ein dankbares und ehrendes Andenken bewahren werden.

### 7. Rheinische Gesellschaftsrechtskonferenz „Update Gesellschaftsrecht – Personengesellschaften und GmbH“

Das Rheinische Institut für Notarrecht der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn lädt zusammen mit dem Institut für Gesellschaftsrecht der Universität zu Köln und dem Institut für Unternehmensrecht der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf zur 7. Rheinischen Gesellschaftsrechtskonferenz „Update Gesellschaftsrecht – Personengesellschaften und GmbH“ ein.

Die gemeinschaftliche Tagung findet am 22. 6. 2012 ab 16.00 Uhr in der Universität zu Köln, Neuer Senatssaal, Albertus-Magnus-Platz, 50931 Köln, statt.

Nähere Informationen zum Ablauf siehe unter [www.jura.uni-bonn.de/notarrecht](http://www.jura.uni-bonn.de/notarrecht). Anmeldungen sind bis zum 7. 6. 2012 per E-Mail unter [post-ifg@uni-koeln.de](mailto:post-ifg@uni-koeln.de) möglich.

## Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare

### 1. Der neue Versorgungsausgleich in der notariellen Praxis

*Zeit/Ort:* 15. 6. 2012, Bad Zwischenahn, Haus am See  
*Referent:* Notar *Dr. Wolfgang Reetz*, Köln  
*Kostenbeitrag:* 310,- € / ermäßigt 240,- €  
(Mitglieder der Notarkammer Oldenburg werden gebeten, sich direkt dort anzumelden)

### 2. Haftungsfallen im Gesellschaftsrecht

*Zeit/Ort:* 16. 6. 2012, München, Le Meridien  
*Referenten:* Notar *Prof. Dr. Heribert Heckschen*, Dresden, Rechtsanwalt *Dr. Andreas Heidinger*, DNotI, Würzburg  
*Kostenbeitrag:* 310,- € / ermäßigt 240,- €

### 3. Intensivkurs Erbrecht

*Zeit/Ort:* 22. – 23. 6. 2012, Heusenstamm, DAI-Ausbildungszentrum Rhein/Main  
*Referent:* Notar *Dr. Norbert Frenz*, Kempen  
*Kostenbeitrag:* 545,- € / ermäßigt 445,- €

Eine Veranstaltung kann aus wichtigem Grund, z. B. bei zu geringer Teilnehmerzahl, bei Ausfall bzw. Erkrankung eines Referenten, Hotelschließung oder höherer Gewalt abgesagt werden. Im Fall einer zu geringen Teilnehmerzahl erfolgt die Absage nicht später als zwei Wochen vor Beginn der Veranstaltung. In allen anderen Fällen einer Absage aus wichtigem Grund sowie in Fällen notwendiger Änderungen des Programms, insbesondere eines Dozentenwechsels, wird das DAI die Teilnehmer so rechtzeitig wie möglich informieren. Muss ausnahmsweise eine Veranstaltung abgesagt oder verschoben werden, wird die bezahlte Teilnehmergebühr umgehend erstattet. Weitergehende Ansprüche sind ausgeschlossen, außer in Fällen vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verhaltens der gesetzlichen Vertreter, Angestellten oder sonstigen Erfüllungsgehilfen des DAI.

Anfragen und Anmeldungen sind zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V. – Fachinstitut für Notare –, Universitätsstr. 140, 44799 Bochum, Telefon 0234/9706418, Telefax 0234/703507, E-Mail: [notare@anwaltsinstitut.de](mailto:notare@anwaltsinstitut.de), Internet: [www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de), Bankverbindung: National-Bank AG (BLZ 360 200 30), Konto-Nr. 6471110.

## Verbraucherpreisindex für Deutschland im März 2012

Nach Mitteilung des Statistischen Bundesamtes ist der Verbraucherpreisindex für Deutschland auf Basis 2005 = 100 im März 2012 gegenüber März 2011 um 2,1 % (112,6) gestiegen. Im Vergleich zum Februar 2012 erhöhte sich der Index um 0,3 %.

Das Statistische Bundesamt ist im Internet unter [www.destatis.de](http://www.destatis.de) vertreten (Service-Nr. 0611/75-4777, E-Mail: [www.destatis.de/kontakt](http://www.destatis.de/kontakt)).

## AKTUELLES FORUM

Notarassessor Dr. Florian Mächtel, LL. M., Hammelburg

### Tagungsbericht zum Wissenschaftlichen Symposium „Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU?“

– Veranstaltung am 20. 1. 2012 im Tagungszentrum des Juliusspitals Würzburg –

Am 11. 10. 2011 hat die Europäische Kommission einen Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK) vorgelegt (Dok. KOM[2011] 635 endgültig). Die – soweit ersichtlich – erste wissenschaftliche Tagung hierzu fand am 20. 1. 2012 in Würzburg statt, gemeinsam veranstaltet vom Deutschen Notarinstitut sowie der Forschungsstelle Europäisches Privatrecht und dem Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg. Entsprechend groß war das Interesse: Über 200 Teilnehmer aus Wissenschaft und Praxis, darunter Notare, Rechtsanwälte, Vertreter aus der Wirtschaft, der Justiz und der Ministerialbürokratie, fanden sich im Tagungszentrum des Juliusspitals ein.

In seinen einleitenden Worten erläuterte Tagungsleiter *Prof. Dr. Oliver Remien*, Würzburg, die Vorarbeiten zur Kaufrechtsvereinheitlichung: von *Rabels* „Das Recht des Warenkaufs“, über das UN-Kaufrecht (CISG), die europäischen Richtlinien zum Verbrauchervertragsrecht, die Principles of European Contract Law (PECL) bis hin zum Draft Common Frame of Reference (DCFR). Zudem wies er auf akute Grundsatzfragen des GEK-Entwurfs hin, die auch im weiteren Tagungsverlauf immer wieder aufgegriffen wurden, so etwa die Rechtsnatur des „optionalen Instruments“, die Diskussion um dessen Rechtsgrundlage und die dem Vertragsrecht durch die Kommission zugemessene Bedeutung. Ferner ging *Prof. Remien* auf das für das GEK von der Kommission gewählte Format (Verordnungsvorschlag [GEK-VO] mit ausgelagertem Anhang [GEK]), die Divergenzen der einzelnen Sprachfassungen und zum *acquis communautaire* ein.

*Dr. Claudia Moser*, Generaldirektion Justiz der Europäischen Kommission, stellte in ihrem Referat den Verordnungsvorschlag vor und legte die Argumente der Kommission zur Rechtfertigung des GEK dar: Die unterschiedlichen Vertragsrechte behinderten maßgeblich den grenzüberschreitenden Handel. Das GEK sei eine geeignete Lösung zur Überwindung dieses Handelshemmnisses, da es die Transaktionskosten senke und gleichzeitig ein hohes Verbraucherschutzniveau gewährleiste. Rechtsgrundlage für die GEK-VO sei Art. 114 AEUV; dem stehe insbesondere die Entscheidung des EuGH zur Europäischen Genossenschaft (Urt. v. 2. 5. 2006 – Rs. C-436/03) nicht entgegen. Ebenso sei ein Umkehrschluss aus Art. 118 AEUV (eigens neu geschaffene Rechtsgrundlage zur Einführung europäischer Rechtstitel im geistigen Eigentum) nicht zulässig. *Dr. Moser* merkte

an, dass man sich im GEK-Entwurf auf die Regelung der wesentlichen Aspekte eines Kaufvertrages beschränkt und insbesondere weniger wichtige Punkte, wie z. B. die Stellvertretung, ausgeklammert habe. Die Sichtweise der Kommission wurde in der Diskussion kontrovers kommentiert.

Aus gesundheitlichen Gründen konnte *Prof. Dr. Ole Lando*, Kopenhagen, der Doyen des europäischen Vertragsrechts, leider nicht persönlich teilnehmen; er wandte sich jedoch in einer Videobotschaft an die Teilnehmer und ließ sein Referat, in dem er den GEK-Entwurf mit dem UN-Kaufrecht verglich, von *Prof. Remien* verlesen. In ersterem sah er durchaus eine Verbesserung. Gleichwohl glaubte er nicht an einen Erfolg des GEK in der vorgelegten Form. Dies begründete er vor allem mit dem eingeschränkten Anwendungsbereich (grundsätzlich nur für grenzüberschreitende Sachverhalte und nicht für Transaktionen zwischen Großunternehmen) und dem von der Kommission gewählten Opt-in-Modell. Er plädierte für einen weiten Anwendungsbereich, was bei vielen Tagungsteilnehmern auf Zustimmung stieß. Ferner sprach sich *Prof. Lando* für eine Ausgestaltung des GEK als Opt-out-Instrument in Anlehnung an das UN-Kaufrecht aus; dies rief bei einer Vielzahl der Tagungsteilnehmer deutliche Ablehnung hervor. In diesem Zusammenhang wurde insbesondere die Befürchtung geäußert, die Kommission könne bei einem Misserfolg des „Opt-in-GEK“ dieses zu einem Opt-out- oder gar zu einem zwingenden Instrument machen.

Im Anschluss beschäftigte sich *Prof. Dr. Stefan Leible*, Bayreuth, mit dem räumlich-persönlichen Anwendungsbereich des GEK. Er hielt den von der Kommission eingeschlagenen Weg, das GEK über eine sachrechtliche Rechtswahl, d. h. einem „2. Vertragsrechtsregime“ neben der nationalen Rechtsordnung, anstelle einer kollisionsrechtlichen Rechtswahl, d. h. einem „28. Vertragsrechtsregime“ neben den 27 Vertragsrechtsordnungen der Mitgliedstaaten, zur Anwendung zu bringen, für intransparent und rechtspolitisch fragwürdig. Die Kommission versuche, durch die Vermeidung von IPR-Fragen die Anwendung von Art. 81 AEUV, der die Rechtsgrundlage u. a. für kollisionsrechtliche Regelungen bildet, zu umgehen, um ein Ausscheren von Dänemark, Großbritannien und Irland zu verhindern. Diskutiert wurde vor diesem Hintergrund, ob sich mit der gewählten Konstruktion Art. 6 Abs. 2 der Rom I-Verordnung (593/2008/EG), der einem Verbraucher das Schutzniveau seines Heimatrechts garantiert, sicher ausschalten lasse. *Prof. Leible* war der Ansicht, dass Art. 6 Abs. 2 Rom I-Verordnung die Anwendbarkeit des GEK nicht einschränke, jedoch im Bereich von Verträgen mit Drittstaatenbezug zu Problemen führen könne. Grundsätzlich sei eine Anwendung des GEK auch bei rein innerstaatlichen Vertragsbeziehungen wünschenswert.

Den Anwendungsbereich des GEK in Bezug auf Vertragsparteien und Vertragsgegenstand analysierte *Prof. Dr. Thomas Pfeiffer*, Heidelberg. Er plädierte für eine Ausweitung der Anwendbarkeit des GEK auf Verträge zwischen Unternehmen gleich welcher Art und auch auf Verträge zwischen Privatpersonen. Die im GEK-Entwurf vorgesehene Differenzierung zwischen kleinen und mittleren sowie Großunternehmen sei unpraktikabel (vgl.

Art. 7 GEK-VO). Zudem genüge es, wenn ein Mitgliedstaat von der Öffnungsklausel in Art. 13 GEK-VO Gebrauch mache, um die Einschränkung des Anwendungsbereichs auszuhebeln. Prof. Pfeiffer wies zwar auf das Erfordernis inhaltlicher Korrekturen im GEK-Entwurf hin, beurteilte das GEK jedoch grundsätzlich als ein für Kaufvertragsparteien empfehlenswertes Vertragsrecht. Die gegenwärtige Konzeption des GEK wurde von Dr. Moser in der anschließenden Diskussion unter Hinweis auf das Verhältnismäßigkeits- und Subsidiaritätsprinzip verteidigt.

Kritisch mit der von der Kommission vorgebrachten Begründung für das GEK setzte sich Prof. Dr. Thomas Ackermann, München, in seinem Vortrag zur Eignung des GEK für „B2B“-Geschäfte, also für Verträge zwischen Unternehmen, auseinander. Erhebliche methodische Schwächen und eine fragwürdige Interpretation durch die Kommission attestierte er den beiden durchgeführten Eurobarometer-Umfragen, die der Kommission als Nachweis für ein praktisches Bedürfnis für das GEK dienen. So seien zwar Schwierigkeiten beim Umgang mit ausländischem Vertragsrecht als „drittgrößtes Handelshemmnis“ eingestuft worden. Letztlich stehe hinter dieser Aussage aber nur eine Minderheit der befragten Unternehmen. So sprachen lediglich 8% der Unternehmen dem Umgang mit einem ausländischen Vertragsrecht einen „large impact“ und 12% der Unternehmen „some impact“ beim Abschluss und der Durchführung von grenzüberschreitenden Verträgen zu. Zudem sei aufgrund fehlender Kontrollfragen der Informationsstand der Umfrageteilnehmer nicht berücksichtigt worden. Nachdem 17% der Befragten überhaupt nicht wussten, welches Recht auf ihre grenzüberschreitenden Geschäfte Anwendung finde, und 60% davon ausgingen, dass dies ihre Heimatrechtsordnung sei, liege die Vermutung nahe, dass viele Umfrageteilnehmer keine ausreichende Kenntnis vom (internationalen) Vertragsrecht hatten. Anstelle einer empirischen Aufklärung habe die Kommission mit den Umfragen nur eine „politisch genehme Bestätigung ihres Mandats“ gesucht.

Insgesamt räumte Prof. Ackermann dem GEK im Unternehmensbereich kaum Chancen im Wettbewerb der Vertragsrechte ein. Dies liege u. a. an der AGB-Inhaltskontrolle, diversen einseitigen Lösungs- und Modifikationsmöglichkeiten sowie richterlichen Eingriffsbefugnissen im GEK, qualitativen Mängeln des Gesetzestextes und schließlich der mangelnden Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung durch unvereinheitlichte nationale Prozessrechte und das ungeeignete Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH.

Letzteres griff Prof. Dr. Hans Christoph Grigoleit, München, in seinem Referat zu Funktionsbedingungen, EU-Kompetenz und Perspektiven auf. Eine wesentliche Bedingung für das Funktionieren des GEK sei eine leistungsfähige einheitliche Zivilgerichtsbarkeit. Der EuGH könne über das Vorabentscheidungsverfahren des Art. 267 AEUV nur isoliert zu Vorlagefragen Stellung nehmen, er sei damit keine echte, sondern nur eine „kastrierte Revisionsinstanz“ ohne umfassende Streitgegenstandsverantwortlichkeit, zudem abhängig von der Vorlagebereitschaft der nationalen Gerichte. Vorlagen an den EuGH, die in jeder Instanz möglich seien, würden

überdies zu spürbaren Verfahrensverzögerungen führen. Damit seien das von der Kommission propagierte Mehr an Rechtsicherheit für grenzüberschreitende Transaktionen und die damit angeblich einhergehende Transaktionskostenreduzierung nicht gewährleistet, vielmehr in ihr Gegenteil verkehrt. Könne demnach eine umfassende Regelungsmaterie wie das Kaufrecht durch ein Zusammenspiel zwischen nationalen Gerichten und dem EuGH nicht bewältigt werden, so liege schon aus diesem Grund die Annahme nahe, dass der EU eine derart breitflächige Normsetzung im Privatrecht durch den AEUV nicht gestattet sei.

Dies führte *Prof. Grigoleit* zu einer eingehenden Auseinandersetzung mit der EU-Kompetenz für den Erlass des GEK. Eine spezielle Kompetenzgrundlage für das Kaufrecht oder gar das Vertragsrecht gebe es im AEUV nicht. Schon dadurch sei es fragwürdig, die Regelung ganzer Sachgebiete der generalklauselartigen Querschnittskompetenz des Art. 114 AEUV unterstellen zu wollen. Zudem fehle es auch an der von dieser Norm geforderten qualifizierten Binnenmarktrelevanz. Die Vielfalt der Kaufrechtsordnungen reiche als solche nicht zur Rechtfertigung des GEK; diese müsse vielmehr grundsätzlich hingenommen werden, zumal das Kaufrecht in weiten Bereichen dispositiven Charakter habe. Auch die vielfach als Alternative zu Art. 114 AEUV ins Feld geführte Abrundungskompetenz des Art. 352 AEUV (Einstimmigkeitserfordernis im Rat) sei nicht einschlägig, da die Gestaltung eines derart weitgehenden Gebiets wie des Kaufrechts auf dieser Grundlage das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung völlig aushöhlen und auf eine unzulässige „kalte“ Vertragsänderung hinauslaufen würde. Man müsse sich fragen, welche Beschränkungen für die Kommission eigentlich noch übrig blieben, wenn man ihr die „Usurpation“ ganzer Rechtsgebiete gestatte. Die konkrete Ausgestaltung des GEK als optionales oder verbindliches Instrument, begrenzt auf grenzüberschreitende Sachverhalte und bestimmte Vertragspartner oder nicht, spiele kompetenzrechtlich keine Rolle.

Im Gegensatz zu den eher grundsätzlichen Fragen zum GEK, die im Vormittagsblock der Tagung behandelt wurden, widmeten sich die Referenten im Nachmittagsblock ausgewählten materiell-rechtlichen Themen. So unterzog *Prof. Dr. Wolfgang Ernst*, Zürich, das AGB-Recht einer kritischen Analyse. Er attestierte diesem zahlreiche konzeptionelle und legislativ-handwerkliche Mängel und eine unnötige Komplexität, glaubte jedoch gleichwohl, dass eine umsichtige Justiz auf dieser Basis eine brauchbare Inhaltskontrolle durchführen können. Die erstmalige europarechtliche Ausweitung der AGB-Kontrolle auf Verträge zwischen Unternehmen (Art. 86 GEK) sah er dagegen als „Todesurteil“ für die Anwendung des GEK in diesem Bereich an. Die Diskussion ließ die Sorge erkennen, dass neben der Inhaltskontrolle nach dem GEK eine Sittenwidrigkeitskontrolle auf der Grundlage des nationalen Rechts (s. Erwägungsgrund 27) drohe; diese doppelte Kontrolle des Vertragsinhalts könne zulasten der Rechtsicherheit der Klauselverwender gehen.

Informationspflichten und Widerrufsrechte bildeten den Gegenstand des Vortrags von *Prof. Dr. Dirk Looschelders*, Düsseldorf. Er stellte wesentliche



Übereinstimmungen mit dem gegenwärtigen *acquis communautaire*, insbesondere der neuen Verbraucherrechte-Richtlinie (2011/83/EU), fest und bewertete diesen Umstand grundsätzlich positiv. Skeptisch beurteilte er jedoch die erstmalige Normierung detaillierter Informationspflichten außerhalb besonderer Absatzformen (wie Haustür- oder Fernabsatzgeschäfte) und unabhängig vom Vertragsgegenstand. Die ebenfalls neu eingeführte generalklauselartige Informationspflicht im Verhältnis zwischen Unternehmen (Art. 23 GEK) hielt er nur bei Ergänzung durch konkretisierende Bestimmungen für praktikabel.

Die Problematik interner und externer Lücken im GEK, also in der Verordnung nicht geregelte Fragen innerhalb bzw. außerhalb des Regelungsbereichs, erläuterte *Prof. Dr. Beate Gsell*, München. Für erstere ordne Art. 11 GEK-VO eine europarechtlich-autonome Auslegung an, nur für letztere komme es zur Heranziehung des kollisionsrechtlich berufenen Sachrechts. Abweichungen begrifflicher und inhaltlicher Art im GEK vom gemeinsamen verbrauchervertraglichen Besitzstand erschwerten dabei eine einheitliche Schließung interner Lücken und trügen zusammen mit dem unvermeidlichen Rückgriff auf nationales Recht bei externen Lücken nicht zur Attraktivität des GEK für Unternehmen bei.

Das Leistungsstörungenrecht des GEK, so das Fazit des Referats von *Prof. Dr. Florian Faust*, Hamburg, bewege sich in den vertrauten Bahnen des UN-Kaufrechts, des DCFR und der Verbraucherrechte-Richtlinie. Zu kritisieren sei aber der Verzicht auf den Vorrang der Nacherfüllung und die durch die Verwendung zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe hervorgerufene Rechtsunsicherheit. Zudem sei mit dem GEK-Entwurf die Chance vertan worden, viele ungeklärte Zweifelsfragen bei der Anwendung des UN-Kaufrechts und der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie (1999/44/EG) zu lösen. Er verlieh – auch vor dem Hintergrund der unzulänglichen unterschiedlichen Sprachfassungen des GEK – der Hoffnung Ausdruck, dass die Kommission nicht die nötige legislative Sorgfalt um eines schnellen politischen Erfolges willen opfere.

*Prof. Dr. Christiane Wendehorst*, Wien, schloss die Tagung mit ihrem Vortrag zu Schadensersatz und Rückabwicklung im GEK. Die Regelung der Rückabwicklung bezeichnete sie als eine inkohärente Kombination von Versatzstücken aus nationalen Kodifikationen. Dagegen bewege sich der Schadensersatz im Rahmen der Vorentwürfe, wenngleich nicht geklärt sei, wie das Verhältnis der Schadensersatzbestimmungen im Teil VI zu den weiteren über das restliche GEK verstreuten Schadensersatzansprüchen sei.

Die gelungene Tagung zeichnete sich nicht nur durch die Qualität ihrer Referenten, sondern auch durch die lebhaftige Diskussion aus. Aus den Diskussionsbeiträgen und den meisten Referaten lässt sich eine kritische Haltung gegenüber dem von der Kommission vorgelegten GEK-Entwurf ableiten. Die „handwerklichen“ Mängel des GEK führten zu zahlreichen Anregungen zur Überarbeitung von Teilen des Vorschlags und konkreten Verbesserungsvorschlägen für einzelne Vorschriften. Die Frage des Bedarfs für das GEK an sich wurde von Befürwortern und Gegnern eines vereinheitlichten

europäischen Kaufrechts sehr kontrovers diskutiert. Dagegen wurde nahezu einhellig die Auffassung vertreten, dass Art. 114 AEUV keine taugliche Rechtsgrundlage für ein GEK in Ausgestaltung und Reichweite des gegenwärtigen Vorschlags darstelle. Offenbar wurde auch, dass beide Zielgruppen, deren vermeintliche Nachteile im Binnenmarkt die Kommission mit dem GEK beseitigen will, nämlich Verbraucher und Unternehmer, das GEK nicht positiv bewerten und dessen Eignung zur Überwindung von Handelshemmnissen in Zweifel ziehen. Denn vielfach werden nicht unterschiedliche Kaufrechtssysteme, sondern Sprach- und Entfernungsprobleme sowie die Schwierigkeiten der Rechtsdurchsetzung im Ausland die größten Hemmnisse für den grenzüberschreitenden Handel darstellen. Da das GEK nach Aussage der Kommission gerade auch für den Online-Handel konzipiert sein soll, wären innovative Lösungen, die den Verbrauchern die Ängste vor einem Einkauf im Ausland nehmen, insbesondere mit Blick auf die Vorkasseproblematik und die Schwierigkeiten bei der Beurteilung der Seriosität von Händlern, wünschenswert.

Deutlich wurde auf der Tagung auch, dass Einheitsrecht ohne einheitliche Justiz schwaches Recht ist. Ohne Reformierung der EU-Gerichtsbarkeit und Annäherung der nationalen Prozessrechte ist das GEK nicht sinnvoll handhabbar. Lehrreich mag hier ein in der Diskussion vorgenommener Blick in die Rechtsgeschichte sein: Im Deutschen Reich herrschte nach dessen Gründung 1871 Rechtszersplitterung. Zur Vereinheitlichung des Zivilrechts wurde zunächst 1873 die Reichsverfassung geändert (Lex Miquel-Lasker), um eine ausreichende Kompetenzgrundlage zu schaffen, dann die Justiz auf eine gemeinsame Grundlage gestellt (Reichsjustizgesetze 1877, darunter GVG und ZPO) und schließlich nach langjährigen Vorarbeiten das BGB in Kraft gesetzt (1900).

Abschließend sei angemerkt, dass die zähen Verhandlungen zur Verbraucherrechte-Richtlinie bewiesen haben, wie schwer Einigungen auf dem Gebiet des Vertragsrechts zu erzielen sind. Der Versuch der Kommission, so kurz nach der Verabschiedung dieser Richtlinie ein so komplexes Gesetzeswerk wie das GEK im Wege der Verordnung auf den Weg zu bringen, ist daher überraschend. Angesichts der praktischen Bedeutung des Kaufvertragsrechts und der Rechtswirkungen einer Verordnung bleibt zu wünschen, dass sich die Kommission ausreichend Zeit zur Überarbeitung, insbesondere zur Mängelbehebung, des vorgelegten GEK-Entwurfs nimmt. Denn nur eine in sich stimmige und in der Praxis funktionierende GEK-Verordnung ist ein für die Vertragsparteien „gutes Kaufrecht“. Die Bedenken im Hinblick auf die gewählte Rechtsgrundlage wären aber auch dann nicht ausgeräumt.

Der von *Sebastian Herrler*, *Prof. Dr. Peter Limmer* und *Prof. Dr. Oliver Remien* herausgegebene Tagungsband ist im Verlag C.H. Beck in der DNotI-Schriftenreihe erschienen und enthält neben den Referaten auch ausführliche Diskussionsberichte (ISBN 978-3-406-64121-3).

## AUFSÄTZE

Rechtsanwalt, Notar und Steuerberater Dr. Reinhard Geck, Hannover

### **Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Erbschaft- und Schenkungsteuer**

*Nahezu jede letztwillige Verfügung, aber auch jede Vereinbarung im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge bedürfen einer erbschaft- und schenkungsteuerlichen Optimierung. Das rechtsuchende Publikum erwartet eine optimale Beratung, sodass die notarielle Praxis gut daran tut, zwar nicht Aufgaben der Steuerberatung zu übernehmen, gleichwohl die Grundzüge des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts zuverlässig anwenden zu können. Das angesprochene Rechtsgebiet befindet sich ständig in Bewegung. Die Hoffnung, mit dem ErbStRG v. 24. 12. 2008 (BGBl. 2008 I, 3018) sei jedenfalls mittelfristig Rechtssicherheit eingetreten, erweist sich bereits nach kurzer Zeit als Fehlschluss. Der nachfolgende Beitrag stellt die aktuellen Entwicklungen der letzten Zeit dar.*

#### **I. Erbschaftsteuer und höherrangiges Recht**

Das seit 1. 1. 2009 geltende ErbStRG i. d. F. v. 24. 12. 2008<sup>1</sup> verfolgt das Ziel, das ErbStG sowohl den Anforderungen des BVerfG im Beschluss vom November 2006<sup>2</sup> als auch denen des Europarechts<sup>3</sup> anzupassen. Auf der Ebene des nationalen Verfassungsrechts hat das BVerfG bekanntlich ausgeführt, ein einheitlicher Erbschaftsteuertarif sei mit dem Gleichheitssatz nur vereinbar, wenn er auf einer einheitlichen, weil realitätsgerechten Bewertung beruhe. Dies war nach altem Recht nicht der Fall. Ferner müsse der Gesetzgeber die gleichsam auf einer zweiten Stufe der Besteuerung im Gesetz enthaltenen Verschonungsregelungen darauf ausrichten, dass die Lenkungsziele zielgerichtet und punktgenau verfolgt und auch erfüllt werden. Der Gesetzgeber hat durch das ErbStRG bekanntlich mit dem sog. gemeinen Wert als Bewertungsmaßstab einen einheitlichen Maßstab gesetzt und vermutlich die Zielvorgabe des BVerfG erfüllt. Äußerst problematisch sind jedoch die Verschonungsregeln, insbesondere für Betriebsvermögen, die in der Praxis durchaus Gestaltungsmöglichkeiten eröffnen. Europarechtlich enthält das ErbStRG eindeutig Verbesserungen, etwa indem auch im EU- und EWR-Bereich belegenes Vermögen Gegenstand der Verschonung sein kann. In absehbarer Zeit wird durch das BVerfG bzw. den EuGH zu prüfen sein, ob der Gesetzgeber die aufgezeigten Ziele auch tatsächlich erreicht hat.

1) ErbStRG v. 24. 12. 2008, BGBl. 2008 I, 3018.

2) BVerfG v. 7. 11. 2006 – 1 BvL 10/02, BStBl. 2002 II, 192 = ZEV 2007, 76 mit Anm. Piltz.

3) Nur beispielhaft BFH v. 15. 12. 2010 – II R 63/09, BStBl. 2011 II, 221.

### 1. Beitrittsbeschluss des BFH v. 5. 10. 2011<sup>4</sup>

Kennzeichnend für das Misstrauen des für Erbschaftsteuer zuständigen II. Senats des BFH in die handwerklichen Fähigkeiten des Gesetzgebers ist, dass der BFH anscheinend den ersten ihm vorliegenden, neues Recht betreffenden Fall zum Anlass genommen hat, Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des ErbStRG zu äußern.<sup>5</sup> Er hat den Bundesminister der Finanzen (BMF) aufgefordert, dem Rechtsstreit beizutreten. Dem II. Senat des BFH liegt ein alltäglicher Fall vor:

Der Kläger ist der Erbe seines im Jahre 2009 verstorbenen Onkels. Das Finanzamt setzte Erbschaftsteuer auf der Grundlage des nur im Jahre 2009 für Erwerber der Steuerklasse II geltenden Steuersatzes von 30% fest. Der Kläger meint, die Gleichbehandlung von Verwandten der Seitenlinie mit fremden Dritten verstoße gegen Art. 6 GG. Der nach erfolglosem Klageverfahren nunmehr im Revisionsverfahren tätige BFH deutet an, das ErbStRG könne insgesamt verfassungswidrig sein, weil die Gleichbehandlung im Streitjahr in den Steuerklassen II und III gegen Art. 6 GG verstoßen könne und darüber hinaus insbesondere das System der Betriebsvermögensverschonung den Anforderungen des BVerfG im Beschl. v. 7. 11. 2006 nicht entspreche. § 19 Abs. 1 ErbStG (Tarifnorm) erfordere, dass auf der Stufe der Verschonung der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung beachtet sei. Sofern die Verschonungsnormen nicht verfassungskonform ausgestaltet seien, sei § 19 ErbStG verfassungswidrig. Die Steuer könne in diesem Fall auch gegen den Erwerber nicht festgesetzt werden, der nicht entlastetes Vermögen, wie etwa Kapitalvermögen erwerbe.

Der Gesetzgeber hat durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz (WaBeschG) v. 22. 12. 2009<sup>6</sup> reagiert, indem er die Steuersätze für Erwerber der Steuerklasse II abgesenkt hat, allerdings erst für Erwerbe ab 1. 1. 2010. Insofern steht nicht zu erwarten, dass allein die Gleichbehandlung im Jahre 2009 zur Verfassungswidrigkeit führt. Sehr ernst zu nehmen sind die Ausführungen zur Betriebsvermögensverschonung. Es ist in der Tat nicht zu leugnen, dass die vom BFH stichpunktartig aufgeführten Gestaltungsmöglichkeiten dazu genutzt werden können, um nicht unternehmerisch gebundenes Vermögen zu begünstigungsfähigem Vermögen aufzuwerten, z. T. sogar ohne die damit verbundenen Belastungen wie Lohnsummenregelung oder Nachsteuertatbestände befürchten zu müssen. Den BFH wird sicherlich besonders stören, dass bei einer erfolgreichen Gestaltung die Betriebsvermögensverschonung einen weit größeren Umfang ausmacht als noch nach dem alten, bis zum Ablauf des 31. 12. 2008 geltenden Recht. Würde Betriebsvermögen nach altem Recht maximal mit 35% nach Berücksichtigung des vorausgehenden Verschonungsabschlags von 225 000,- € entlastet, kommt in den meisten der derzeit verwandten Gestaltungen auf Antrag sogar eine Volloption zur Anwendung, die die Bemessungsgrundlage des verschonten Vermögens auf null reduziert.

4) BFH v. 5. 10. 2011 – II R 9/11, BStBl. 2012 II, 29 = ZEV 2011, 672 mit Anm. Hannes; dazu Crezelius, ZEV 2012, 1; Geck, NZG 2012, 93.

5) Der Beschl. des BFH v. 1. 4. 2010 – II B 168/09, BStBl. 2010 II, 558 = ZEV 2010, 319, betraf lediglich die Aussetzung der sofortigen Vollziehung. In dieser Entscheidung hat sich der BFH zur Sache selbst nicht geäußert.

6) Wachstumsbeschleunigungsgesetz v. 22. 12. 2009, BGBl. 2009 I, 3950.

Es ist einzuräumen, dass diese Gestaltungen durchaus grenzwertig sind. Andererseits kann sich die Praxis durch die derzeitige Handhabung der Rechtsanwendung ermutigt fühlen. Zum einen hat die Finanzverwaltung in den Erbschaftsteuer-Richtlinien 2011<sup>7</sup> und den vorausgegangenen Erlassen<sup>8</sup> kein Mittel gefunden, diese Gestaltungen einzugrenzen. Zum anderen weist der II. Senat des BFH im Beitrittsbeschluss eher lakonisch auf diese Gestaltungsmöglichkeiten hin, ohne anzudeuten, dass hierin u. U. ein Missbrauch von Gestaltungen i. S. des § 42 AO liegen könnte. Dies soll an dieser Stelle in keiner Weise kritisiert werden. Die Rechtsprechung wendet § 42 AO bei der Erbschaftsteuer als einer stichtagsbezogenen Steuer mit Recht nur sehr zurückhaltend an. Der eigentliche „Übeltäter“ ist der Gesetzgeber selbst, der mit der Anbindung des Erbschaftsteuerrechts an die ertragsteuerlichen Grundsätze Gestaltungen Tür und Tor geöffnet hat. Die Korrektur über das steuerschädliche Verwaltungsvermögen ist derart lückenhaft, dass das vorhandene System zur Steuervermeidung geradezu einlädt. Die Äußerungen des BFH sind daher so zu werten, dass die Erbschaftsteuer schon nach kurzer Zeit „angezählt“<sup>9</sup> ist.

Der weitere Ablauf ist kurz zu skizzieren: Das zwischenzeitlich beigetretene BMF hat dem Vernehmen nach bis Mitte dieses Jahres Gelegenheit, Stellung zu beziehen. Dabei soll es erläutern, ob die bekannten Steuervermeidungsstrategien ein häufiges Phänomen sind. Damit dürfte es überfordert sein. Denn ausreichende Erfahrungswerte liegen noch nicht vor. Der BFH wird sodann vermutlich im III. Quartal 2012 darüber entscheiden, ob er gemäß Art. 100 GG dem BVerfG mittels Vorlagebeschluss die Frage vorlegt, ob das ErbStRG verfassungswidrig ist.

Für die Beratungspraxis folgt aus dieser Entwicklung, dass mit aller gebotenen Vorsicht davon auszugehen ist, dass weder Finanzverwaltung noch Rechtsprechung eine Möglichkeit sehen, Gestaltungen einzuschränken, die auf dem Boden des geltenden ErbStG vorgenommen werden und zur gezielten Vermeidung einer Besteuerung führen. Insbesondere wird wenig dafür sprechen, dass Gestaltungen zwecks Vermeidung schädlichen Verwaltungsvermögens mit Blick auf entgegenstehende Absichten des Gesetzgebers als rechtsmissbräuchlich einzustufen sind. Die Finanzverwaltung selbst hat insbesondere für den Bereich der vorwiegend mit Liquidität ausgestatteten Gesellschaft in RE 13b Abs. 17 ErbStR i. V. mit HE 13b.17 nochmals bestätigt, dass Liquidität kein schädliches und damit die Verschönerung ausschließendes Verwaltungsvermögen ist.

Da der II. Senat des BFH die Verfassungswidrigkeit auf der Ebene des einfachen Rechts an § 19 Abs. 1 ErbStG festmacht, sind sämtliche Erbschaft- und Schenkungsteuerbescheide, die zu einer Steuerfestsetzung führen, durch Einspruch anzufechten, solange die Finanzverwaltung nicht die Bescheide mit einem sog. Vorläufigkeitsvermerk versieht. Denn jeder Erbschaftsteuerbescheid beruht schon wegen der Tarifnorm auf § 19 Abs. 1

7) ErbStR 2011, BStBl. 2011 I, Sonder-Nr. 1; dazu ausführlich *Mannek*, ZEV 2012, 6.

8) Etwa Anwendungserlass zur Erbschaftsteuer vom 25. 6. 2009, BStBl. 2009 I, 713.

9) So plastisch *Hannes*, ZEV 2011, 675, 676.

ErbStG. Ohne Einspruch erwächst der Bescheid in Bestandskraft. Selbst wenn das BVerfG – was hier nicht prognostiziert wird – das ErbStG von Anfang an als nichtig ansieht, käme eine Korrektur eines bestandskräftigen belastenden Steuerbescheids nicht in Betracht. Denn § 176 Abs. 1 Nr. 1 AO als einzige möglicherweise einschlägige Korrektornorm schließt die Aufhebung und Änderung eines Steuerbescheids nur zuungunsten des Steuerpflichtigen aus, falls die maßgebende Norm vom BVerfG als verfassungswidrig verworfen wird.<sup>10</sup> Sollte das BVerfG das ErbStRG als verfassungswidrig verwerfen, jedoch im Interesse des Staatshaushaltes den verfassungswidrigen Zustand bis zu einer zukünftigen Gesetzesänderung hinnehmen, hilft auch der soeben empfohlene Einspruch nicht weiter. Daher sollte jedenfalls in Fällen freigebiger lebzeitiger Zuwendungen besprochen werden, ob der Übertragungsvorgang mit einem Widerrufsrecht versehen wird, welches eine Rückübertragung ermöglicht, falls das ErbStRG verfassungswidrig ist und das neue Recht den Vorgang günstiger besteuert als das zurzeit geltende Recht. Diese sog. Steuerklausel findet ihre schenkungsteuerliche Rechtfertigung in § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Danach erlischt die Schenkungsteuer, wenn ein Geschenk infolge eines Rückforderungsrechts des Schenkers herausgegeben wird. Es bestünde daher die Möglichkeit, den Schenkungsvorgang rückabzuwickeln und zu verbesserten steuerlichen Bedingungen erneut zu schenken. Diese Empfehlung sollte jedoch nur nach vorausgegangener intensiver Prüfung und Erörterung ausgesprochen werden. Zum einen gibt sich der Beschenkte in die Hand des Schenkers, da das Rückforderungsrecht in der Person des Schenkers bestehen muss. Sachwidrige Erwägungen sind nicht völlig auszuschließen, wenn den Schenker das Geschenk aus anderen Gründen reut. Zum anderen wird der Beschenkte für den Zeitraum des Bestands der Schenkung wie ein Nießbraucher behandelt, vgl. § 29 Abs. 2 ErbStG. Es ist in diesem Zusammenhang noch nicht geklärt, ob der Tatbestand des § 29 Abs. 2 ErbStG ein eigener Erwerbsstatbestand ist, der etwa mit Vor- und Nacherwerben zusammengerechnet wird.<sup>11</sup> Dies dürfte zwar nicht der Fall sein, da § 29 ErbStG kein Erwerbsstatbestand ist, sondern lediglich die Steuerfestsetzung und -erhebung betrifft. Rechtssicherheit besteht jedoch nicht.

Soweit zunächst nach den §§ 13a, 13b, 19a ErbStG lebzeitig begünstigt übertragene Betriebsvermögen zurückübertragen wird, ist ferner ungeklärt, ob die zwischenzeitlich dem Beschenkten angefallenen Nutzungen, die nunmehr nach § 29 Abs. 2 ErbStG zu erfassen sind, von der Betriebsvermögensverschonung erfasst sind. M.E. ist dies der Fall, da nach aktueller Rechtsprechung des BFH<sup>12</sup> auch zugewendete Nutzungen begünstigungs-

---

10) *Tipke/Kruse/Loose*, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, Loseblatt-Kommentar, Stand: März 2012, § 176 AO Rdn. 2.

11) Vgl. im Einzelnen *Kapp/Ebeling*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Loseblatt-Kommentar, Stand: Dezember 2011, § 29 ErbStG Rdn. 2 ff.

12) BFH v. 1. 9. 2011 – II R 67/09, BFH/NV 2011, 2066 = ZEV 2012, 51, allerdings liegt ein Nachsteuertatbestand vor, soweit die Rückübertragung innerhalb der Nachsteuerfrist des § 13a Abs. 5 und 8 ErbStG erfolgt.

fähig sind, wenn – wie regelmäßig der Fall – der Erwerber Mitunternehmer im ertragsteuerlichen Sinne ist.

## 2. ErbStG und beschränkte Steuerpflicht

Der EuGH hat mit Urt. v. 22. 4. 2010<sup>13</sup> § 16 Abs. 2 ErbStG i. d. F. des JStG 1997 für mit der europarechtlichen Grundfreiheit des freien Kapitalverkehrs gemäß Art. 56 EG i. d. F. des Streitjahres, jetzt Art. 63 AEUV für unvereinbar erklärt. § 16 Abs. 2 ErbStG begrenzt den Freibetrag in Fällen beschränkter Steuerpflicht auf im Streitjahr 1100,- €, ab 1. 1. 2009 2000,- €. Die beschränkte Steuerpflicht liegt u. a. dann vor, wenn Gegenstand des unentgeltlichen Erwerbs ein im Geltungsbereich des ErbStG vorhandener Vermögensgegenstand (z.B. inländisches Grundstück) ist, jedoch weder Erblasser bzw. Schenker einerseits noch der Erwerber andererseits im Inland ansässig sind. Gegenstand der Entscheidung des EuGH war ebenfalls ein Standardfall:

Die Schenkerin und ihre beschenkte Tochter waren beide in den Niederlanden ansässig. Gegenstand der Schenkung war ein in Düsseldorf belegenes bebautes Grundstück. Das zuständige Finanzamt setzte Erbschaftsteuer fest, berücksichtigte jedoch nicht den für unbeschränkt Steuerpflichtige dieses Verwandtschaftsverhältnisses geltenden Freibetrag von damals 205 000,- € (jetzt 400 000,- €), sondern entlastete den Erwerb nur um den marginalen Freibetrag für beschränkt Steuerpflichtige (§ 16 Abs. 2 ErbStG).

Diese Steuerfestsetzung ist nach nationalem Recht völlig korrekt. Jedoch sieht der EuGH hierin einen Verstoß gegen den Grundsatz der Kapitalverkehrsfreiheit. Denn § 16 Abs. 2 ErbStG diskriminiere Steuerpflichtige mit Wohnsitz außerhalb des Belegenheitsstaates des betroffenen Vermögens im Gebiet der EU bzw. des EWR. Dies ist im vorliegenden Fall offenkundig: Hätte auch nur eine der Parteien ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland gehabt, wäre der Erwerb um ein Vielfaches höher entlastet worden.

Der Gesetzgeber hat zwischenzeitlich durch das „Gesetz zur Umsetzung der Beitreibungsrichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften“<sup>14</sup> reagiert. § 2 ErbStG (persönliche Steuerpflicht) ist um Abs. 3 erweitert, wonach auf Antrag eines Erwerbers ein Vermögensanfall, zu dem Inlandsvermögen i. S. des § 121 BewG gehört, insgesamt als unbeschränkt steuerpflichtig behandelt wird, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes, der Schenker zur Zeit der Ausführung der Schenkung oder der Erwerber zur Zeit der Entstehung der Steuer seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort in einem Mitgliedstaat der EU bzw. des EWR hat. Somit gibt es in diesen Fällen eine unbeschränkte Steuerpflicht auf Antrag. Allerdings unterliegt in diesen Fällen der Gesamterwerb dem deutschen Erbschaftsteuerrecht. Jede andere Lösung hätte zur Folge gehabt, dass durch gezielte Verteilung von Vermögenswerten auf Staaten der EU bzw. des EWR die

13) EuGH v. 22. 4. 2010 – Rs. C-510/08 (Mattner/FA Velbert), ZEV 2010, 270 mit Anm. Jochum = NJW 2010, 2115.

14) Sog. Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz (BeitrRLUmG) v. 7. 12. 2011, BGBl. 2011 I, 2592; hierzu aktuell Ländererlass vom 15. 3. 2012, BStBl. 2012 I, 328.

persönlichen Freibeträge für unbeschränkt Steuerpflichtige hätten multipliziert werden können. Erweiternd werden auch in den letzten zehn Jahren vor dem Vermögensanfall und innerhalb von zehn Jahren nach dem Vermögensanfall von derselben Person anfallende Erwerbe als unbeschränkt steuerpflichtig behandelt und nach Maßgabe des § 14 ErbStG zusammenge-rechnet.

Die Vorschrift wird noch zahlreiche Zweifelsfragen aufwerfen. Zwei Aspekte seien an dieser Stelle genannt: Bei mehreren betroffenen Erwerbern wird der Antrag vermutlich von jedem Erwerber unabhängig von der Entscheidung der weiteren Erwerber gestellt werden können. Dies ergibt sich aus dem System der Erbschaftsteuer als Erbanfallsteuer. Ferner ist zweifelhaft, ob und in welcher Weise die Zusammenrechnung der Erwerbe erfolgen kann. Denn diese vollziehen sich größtenteils im Ausland, sodass die inländischen Finanzbehörden von diesen jedenfalls nicht auf der Grundlage der inländischen Anzeigepflichten (§ 30 ErbStG) Kenntnis erlangen. Für die notarielle Praxis sollte es genügen, wenn bei erkennbarer Bedeutung dieser Norm ein Hinweis auf § 2 Abs. 3 ErbStG gegeben wird.

### 3. Vorlagebeschluss des BFH an den EuGH zum Umfang der Betriebsvermögensverschonung<sup>15</sup>

Die internationale Vernetzung auch nationalen Rechts zeigt einmal mehr deutlich der Vorlagebeschl. des BFH v. 15. 12. 2010 an den EuGH. Gegenstand ist ein Sachverhalt, in welchem der Erwerber einer Beteiligung an einer kanadischen Kapitalgesellschaft die Anwendung des deutschen ErbStG mit der Verschonung nach den §§ 13a, 19a ErbStG begehrt. Der Blick in das nationale Recht macht keine Hoffnung. Begünstigt ist nach § 13b Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ErbStG nur solches land- und forstwirtschaftliche Vermögen sowie Betriebsvermögen, welches im Inland bzw. im Gebiet der EU und des EWR belegen ist. Gleiches gilt auch für Anteile an Kapitalgesellschaften, deren Sitz oder Geschäftsleitung sich im vorgenannten Gebiet befinden muss. Allerdings ist zu beachten, dass nach Art. 63 AEUV<sup>16</sup> der Grundsatz der Kapitalverkehrsfreiheit es verbietet, in Drittstaaten belegenes Vermögen zu diskriminieren. Somit sollen sämtliche nationalen Maßnahmen europarechtswidrig sein, die Investitionen welcher Art auch immer in Drittstaaten einschränken, soweit hierfür kein rechtfertigender Grund vorliegt. Dieser Grundsatz gilt seit der Entscheidung des EuGH in der Sache „Barbier“<sup>17</sup> auch für unentgeltliche Erwerbe. Der BFH meint in dem vorgenannten Beschluss, es könne eine europarechtswidrige Diskriminierung vorliegen, wenn ein Steuerpflichtiger infolge verschlechterter steuerlicher Rahmenbedingungen davon abgehalten werde, in eine Beteiligung

15) BFH v. 15. 12. 2010 – II R 63/09, BStBl. 2011 II, 221; vgl. hierzu auch *Scheller/Bader*, ZEV 2011, 112.

16) Vertrag über die Arbeitsweise der EU vom 9. 5. 2008.

17) EuGH v. 11. 12. 2003 – Rs. C-364/01, Slg. 2003, I-15013; vgl. aktuell auch EuGH v. 17. 1. 2008 – Rs. C-256/06 (Jäger), BFH/NV Beilage 2, 2008, 120, und v. 22. 4. 2010 – Rs. C-510/08 (Mattner), ZEV 2010, 270 mit Anm. *Jochum*.



in einem Drittstaat zu investieren. Sollte sich der EuGH dieser Auffassung anschließen, wäre das System der Betriebsvermögensverschonung auf begünstigtes Vermögen unabhängig von dessen Belegenheit anwendbar. Für das Verschonungssystem gäbe es keine nationalen Grenzen. Die Finanzverwaltung hat reagiert. Sie gewährt zurzeit Aussetzung der sofortigen Vollziehung.<sup>18</sup>

## II. Disquotale Einlagen und verdeckte Gewinnausschüttungen bei Kapitalgesellschaften – § 7 Abs. 8 ErbStG

Das Erbschaftsteuerrecht unterscheidet bei der steuerlichen Einordnung der Rechtsbeziehungen zwischen der Gesellschaft und deren Gesellschaftern zwischen transparenten und intransparenten Gesellschaften. Zu der ersten Gruppe zählen die Personengesellschaften. Überträgt somit ein Gesellschafter ohne adäquate Gegenleistung in Form von Gesellschaftsrechten oder Übernahme von Verbindlichkeiten einen Vermögensgegenstand in eine Personengesellschaft, sind unter dem Blickwinkel der Schenkungsteuer die Mitgesellschafter bereichert.<sup>19</sup> Das Erbschaftsteuerrecht behandelt den Fall so, als habe der Gesellschafter den Vermögensgegenstand anteilig seinem Mitgesellschafter zugewendet. Intransparent sind hingegen Kapitalgesellschaften. Die Trennung zwischen den Ebenen der Gesellschafter und der Kapitalgesellschaft wird vom Steuerrecht übernommen. Es schließt sich daraus die Frage an, wie Leistungsbeziehungen schenkungsteuerlich zu beurteilen sind, wenn ein Gesellschafter eine Einlage in die (intransparente) Kapitalgesellschaft erbringt. Es handelt sich um einen nicht schenkungsteuerbaren Vorgang, wenn der Einbringende alleiniger Gesellschafter ist. Der Entreicherung durch Übertragung der Einlage steht eine Wertsteigerung des Gesellschaftsanteils gegenüber. Zudem leistet der Gesellschafter „causa societatis“, mithin zur Erfüllung des Gemeinschaftszwecks. Umstritten ist jedoch in der jüngeren Vergangenheit gewesen, wie sog. disquotale Einlagen in Kapitalgesellschaften schenkungsteuerlich zu werten sind.

**Beispiel:** A. ist zu 60% an der X.-GmbH beteiligt. Sein Sohn B. ist Mitgesellschafter mit 40%. A. zahlt 10 000,- € in die GmbH außerhalb einer Kapitalerhöhung und außerhalb einer Darlehensgewährung als Einlage ein. Handelsrechtlich handelt es sich um eine sonstige Zuzahlung, ertragsteuerlich um eine Zahlung in das Einlagekonto i. S. des § 27 KStG. Im Ergebnis steht diese Wertsteigerung den Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Beteiligung am Stammkapital zu. Die Beteiligten fragen nach der schenkungsteuerlichen Folge.

Der BFH<sup>20</sup> hat – allerdings nur zur Einmann-Kapitalgesellschaft – die Steuerbarkeit des Vorgangs abgelehnt. Die Werterhöhung eines bestehenden

---

18) Vgl. etwa FinMin Baden-Württemberg vom 16. 3. 2011 – 3 S381, 2 b/3, DB 2011, 849.

19) Vgl. grundlegend immer noch BFH v. 14. 9. 1994 – II R 95/92, BStBl. 1995 II, 81 = DNotZ 1995, 300 mit Anm. Schuck.

20) BFH v. 25. 10. 1995 – II R 67/93, BStBl. 1996 II, 170; v. 19. 6. 1996 – II R 83/92, BStBl. 1996 II, 619.

Kapitalgesellschaftsanteils infolge der Zuwendung an die Kapitalgesellschaft sei keine Zuwendung an den Gesellschafter. Denn die Bereicherung des Mitgesellschafters sei lediglich ein „Reflex“ der bei der GmbH als Empfänger der Zuwendung eintretenden Bereicherung. Es fehle an dem für den Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erforderlichen Übergang einer Vermögenssubstanz von einem auf den anderen Gesellschafter. Die Finanzverwaltung hatte zunächst in R 18 Abs. 2 ErbStR 2003<sup>21</sup> hiervon teilweise abweichend die Meinung vertreten, dass es sich um einen schenkungsteuerbaren Vorgang handle, wenn und soweit Verwandte i. S. des § 15 AO an der Gesellschaft beteiligt sind.

Nachdem der BFH mit Urte. v. 17. 10. 2007<sup>22</sup> seine Linie bestätigt hatte, konnte die Verwaltung nicht anders, als durch Ländererlass vom 20. 12. 2010<sup>23</sup> ihre Auffassung aufzugeben. Danach waren disquotale Einlagen in eine Kapitalgesellschaft bei sorgfältiger Gestaltung nicht mehr steuerbar. Die Besteuerungslücke ist offensichtlich.

Der Gesetzgeber hat reagiert. Mit Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz v. 7. 12. 2011<sup>24</sup> hat er durch § 7 Abs. 8 ErbStG mit Wirkung für Vorgänge ab dem 13. 12. 2011 die schenkungsteuerbaren Tatbestände erweitert. Danach gilt (Fiktion) als Schenkung auch die Werterhöhung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, die an der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligte Personen oder Stiftungen durch die Leistung einer anderen Person (Zuwendender) an die Gesellschaft erlangt. Von Bedeutung ist, dass infolge des fiktiven Erwerbs jegliche subjektive Einschätzung zur Werthaltigkeit von Sacheinlagen ohne Bedeutung ist. Bei beiderseitigen Sacheinlagen durch Gesellschafter entscheidet allein die objektive Bewertung der Sacheinlagen darüber, ob und in welchem Umfang ein schenkungsteuerbarer Vorgang vorliegt. Dies ist umso unerfreulicher, als dieser schenkungsteuerbare Tatbestand von dem Verschonungssystem der §§ 13a, 13b, 19a ErbStG nicht erfasst ist.<sup>25</sup> Denn es handelt sich nicht um den Übergang eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft, sondern um die Werterhöhung bereits bestehender Gesellschaftsanteile. Voraussetzung ist keinesfalls, dass der Zuwendungsempfänger in einem Verwandtschaftsverhältnis zum Zuwendenden i. S. des § 15 AO steht. Auch die disquotale Einlage durch eine Person, die mit den Mitgesellschaftern in keinem Verwandtschaftsverhältnis steht, kann den Tatbestand des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG begründen. Auf die Spitze getrieben führt dies dazu, dass disquotale Einlagen zur Sanierung der Gesellschaft zu schenkungsteuerbaren Vorgängen führen, wenn durch die

---

21) Erbschaftsteuer-Richtlinien 2003, BStBl. 2003 I, Sonder-Nr. 2.

22) BFH v. 17. 10. 2007 – II R 63/05, BStBl. 2008 II, 381 = ZEV 2008, 153 mit Anm. *Crezelius*; bestätigt durch BFH v. 9. 12. 2009 – II R 28/08, BStBl. 2010 II, 566 = ZEV 2010, 319.

23) Koordinierter Ländererlass vom 20. 12. 2010, BStBl. 2010 I, 1207; ausführlich hierzu *Christ*, ZEV 2011, 10, 63 m.w.Nachw.

24) Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz (BeitrRLUmsG) v. 7. 12. 2011, BGBl. 2011 I, 2592; hierzu aktuell Ländererlass vom 15. 3. 2012, BStBl. 2012 I, 328.

25) So Tz. 3.5 des Ländererlasses vom 14. 3. 2012, BStBl. 2012 I, 331.

Sanierung – wie regelmäßig der Fall – der Wert der Anteile der Mitgesellschafter steigt.

Aus notarieller Sicht ist darauf zu achten, dass bspw. beurkundete Vorgänge betreffend Einlagen, aber auch disquotale Kapitalerhöhungen dem zuständigen Schenkungsteuerfinanzamt angezeigt werden, um zumindest gemäß § 170 Abs. 5 Nr. 2 AO die Verjährungsfrist auszulösen.

Der Gesetzgeber hat sich nicht mit der Regelung der disquotalen Einlage begnügt. Er hat in diesem Zusammenhang verdeckte Gewinnausschüttungen zwischen Kapitalgesellschaften (§ 7 Abs. 8 Satz 2 ErbStG) als steuerbaren Tatbestand in das ErbStG aufgenommen, die Besteuerung aber von einer Zuwendungsabsicht abhängig gemacht. Parallel hat er in § 15 Abs. 4 ErbStG bei einer Schenkung durch eine Kapitalgesellschaft der Besteuerung das persönliche Verhältnis des Erwerbers zu derjenigen Person zugrunde gelegt, durch die die Schenkung veranlasst ist. Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass der Gesetzgeber die verdeckte Gewinnausschüttung auch außerhalb von Konzernverhältnissen als schenkungsteuerbaren Tatbestand gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ansieht. Denn die Schenkung durch eine Kapitalgesellschaft an eine Person, die mit dem Gesellschafter in einem persönlichen Näheverhältnis steht, ist ertragsteuerlich als verdeckte Gewinnausschüttung der Körperschaftsteuer bei der Kapitalgesellschaft und auch der Einkommensteuer beim Gesellschafter zugrunde zu legen. Zutreffend hat der BFH mit Urt. v. 7. 11. 2007<sup>26</sup> in dieser Form der verdeckten Gewinnausschüttung keinen schenkungsteuerbaren Erwerb des Begünstigten vom Gesellschafter gesehen. Denn die Leistung erfolgt durch die Kapitalgesellschaft und nicht durch den Mitgesellschafter. Dies ist Folge der Intransparenz der juristischen Person. Allerdings ist festzuhalten, dass sich der Besteuerungstatbestand nicht aus § 15 Abs. 4 ErbStG in der Neufassung ergeben kann. Denn diese Norm regelt nur die Steuerklasse. Die Regelung lässt jedoch den Schluss zu, dass der Vorgang schenkungsteuerbar ist. Denn ansonsten hätte die Norm des § 15 Abs. 4 ErbStG keinen Anwendungsbereich. Für die Praxis ist festzuhalten, dass die verdeckte Gewinnausschüttung außerhalb der Einmann-Kapitalgesellschaft nicht nur ertragsteuerliche, sondern auch weitergehende schenkungsteuerliche Folgen hat, wenn auch bezogen auf das Verwandtschaftsverhältnis zwischen Zuwendungsempfänger und Mitgesellschafter der Kapitalgesellschaft. Sachverhalte, die zu verdeckten Gewinnausschüttungen führen, werden in der notariellen Praxis allerdings eher selten sein. Infrage kommen u. U. Grundstücksveräußerungen zwischen der Kapitalgesellschaft und dem Gesellschafter oder einer diesem nahestehenden Person. Im Zweifel ist der Vorgang dem Schenkungsteuerfinanzamt anzuzeigen (vgl. § 8 Abs. 1 ErbStDV).

---

26) BFH v. 7. 11. 2007 – II R 28/06, BStBl. 2008 II, 258 = ZEV 2008, 154 mit Anm. Götz.

### III. Erbschaftsteuer-Richtlinien 2011

Die Erbschaftsteuer-Richtlinien 2011 waren erforderlich, um die Zweifelsfragen aus Sicht der Finanzverwaltung zu beantworten, die sich aus dem neuen Verschonungssystem der §§ 13a, 13b, 19a ErbStG für betriebliche Einheiten ergeben haben. Wie üblich werden solche Neufassungen auch zum Anlass genommen, generell die Verwaltungsanweisungen zu aktualisieren. Der Schwerpunkt der für die Praxis bedeutsamen Änderungen liegt naturgemäß im System der Betriebsvermögensverschonung. Wegen der Einzelheiten kann aus Platzgründen nur auf die einschlägige Literatur<sup>27</sup> verwiesen werden. Aus Sicht der notariellen Praxis seien die nachfolgenden Hinweise für typische Sachverhalte gegeben:

#### 1. Teilungsanordnung vs. Vorausvermächtnis

Nach ständiger Rechtsprechung des BFH<sup>28</sup> ist der erbschaftsteuerpflichtige Tatbestand mit dem Erbanfall beendet. Dies folgt aus der Einordnung der Erbschaftsteuer als Erbanfallsteuer. Die anschließende Teilungsanordnung ist als Maßnahme der Erbauseinandersetzung erbschaftsteuerlich ohne Bedeutung. Dies hat zur Folge, dass bei Steuerwerten einzelner Nachlassgegenstände unterhalb des Verkehrswertes auch diejenigen Miterben in den Genuss der niedrigeren Bewertung kommen, die diesen Gegenstand im Rahmen der Erbauseinandersetzung nicht erwerben. Von diesem Grundsatz macht das ErbStRG 2009 für die Verschonungsvergünstigungen Ausnahmen. Der Erwerb eines Familienheims, begünstigten Betriebsvermögens sowie Wohnzwecken dienender vermieteter Immobilien im Rahmen der Erbauseinandersetzung führt dazu, dass nur der Erwerber das Privileg der ganz oder teilweisen Steuerfreistellung nutzen kann. Ob die Erbauseinandersetzung auf einer Teilungsanordnung beruht oder frei vereinbart ist, ist ohne Auswirkung.

Nicht unerwartet bestätigt die Finanzverwaltung in RE 3.1 Abs. 1 Satz 5 ErbStR 2011 ihre bisherige Auffassung, wonach die Teilungsanordnung sowie die freie Erbauseinandersetzung nicht zu einer Änderung der Zuordnung der Erwerbsgegenstände beim einzelnen Erben führen. Ergeben sich somit bereits auf der Bewertungsebene Vorteile, indem der Steuerwert den Verkehrswert unterschreitet, profitieren hiervon nach wie vor alle Erben. Diese Fälle dürfte es zwar auf der Grundlage der Judikatur des BVerfG im Beschl. v. 7. 11. 2006<sup>29</sup> nicht mehr geben, da diese die einheitliche Bewertung fordert und der Gesetzgeber für sich in Anspruch nimmt, realitätsgerecht dem gemeinen Wert entsprechend zu bewerten. In der Praxis gibt es durchaus Sachverhalte, in denen der Verkehrswert den Steuerwert deutlich übersteigt. Typischer Fall sind land- und forstwirtschaftliche Flächen, aber

<sup>27</sup>) Mannek, ZEV 2012, 6; Droszdol, ZEV 2012, 17; Schmidt/Schwindt, NWB 2011, 3512.

<sup>28</sup>) Grundlegend BFH v. 1. 4. 1992 – II R 21/89, BStBl. 1992 II, 669.

<sup>29</sup>) BVerfG v. 7. 11. 2006 – 1 BvL 10/02, BStBl. 2002 II, 192 = ZEV 2007, 76 mit Anm. Piltz.

auch bspw. unbebauter Grundbesitz, welcher noch nicht als Bauland ausgewiesen ist. Mit einem Vorausvermächtnis kann erreicht werden, dass dieser Gegenstand und damit der Bewertungsvorteil allein dem Vorausvermächtnisnehmer auch mit steuerlicher Wirkung zugewiesen wird. Nur er kommt dann in den Genuss der niedrigen Bewertung; vgl. RE 3.1 Abs. 4 ErbStR 2011.

## 2. Gemischte Schenkung sowie Schenkung unter Auflage

Der BFH<sup>30</sup> vertritt bekanntlich bei Ermittlung der Bereicherung einer gemischten Schenkung sowie einer Schenkung unter Auflage die sog. Saldobetrachtung. Gegenstand der Schenkung ist nicht der Gegenstand selbst, sondern der Saldo des Wertes des übertragenen Gegenstands abzüglich der zu übernehmenden Verbindlichkeiten. Der Wert der Gegenleistung des Erwerbers durch Schuldübernahme oder aus seinem Vermögen zu erbringender Leistungen wirkt sich dabei nur in dem Verhältnis bereicherungsmindernd aus, in welchem der Steuerwert des Schenkungsgegenstands zu seinem Verkehrswert steht. Erkennbares Motiv dieser Rechtsprechung war die seinerzeit niedrige Bewertung, insbesondere des Grundbesitzes. Hätte man die Gegenleistung mit ihrem Nominalwert abgezogen, hätten sich häufig sogar Negativwerte ergeben, die im Zuge einer einheitlichen Schenkung durch positive Vermögenswerte hätten aufgefüllt werden können.

Durch die vom Gesetzgeber angestrebte und vermutlich auch gelungene Bewertung des Vermögens mit dem gemeinen Wert ist die Grundlage für diese Rechtsprechung entfallen. Es überraschte daher, dass die Finanzverwaltung noch in A1 Abs. 1 des Anwendungserlasses zur Erbschaftsteuer vom 25. 6. 2009<sup>31</sup> zunächst an ihrer in den alten Richtlinien niedergelegten und dem BFH folgenden Meinung festgehalten hatte. Diese Auffassung hat sie im Ländererlass vom 20. 5. 2011<sup>32</sup> aufgegeben. Dies bestätigt sie ausdrücklich noch einmal in RE 7.4 ErbStR. Nunmehr können Verbindlichkeiten mit ihrem Nominalbetrag bereicherungsmindernd vom Steuerwert des Schenkungsgegenstands abgezogen werden. Für die Steuerpflichtigen ergibt sich hieraus ein doppelter Vorteil: Zum einen bedarf es keiner Prüfung mehr, ob der Steuerwert des Übertragungsgegenstands seinen Verkehrswert unterschreitet. Sollte dies der Fall sein, kann zum anderen ein höherer Anteil der Verbindlichkeit abgezogen werden als bislang. Allerdings ist zu beachten, dass mit steuerbefreiten Vermögensgegenständen in Zusammenhang stehende Verbindlichkeiten gemäß § 10 Abs. 6 Satz 1 ErbStG nicht abgezogen werden können. Bei nur teilweiser Steuerbefreiung (z.B. zu Wohnzwecken vermieteter Grundbesitz) können die Verbindlichkeiten nur im Umfang des steuerpflichtigen Erwerbs abgezogen werden.

30) Grundlegend BFH v. 21. 10. 1981 – II R 176/78, BStBl. 1982 II, 83; BFH v. 6. 3. 1990 – II R 63/87, BStBl. 1991 II, 504.

31) BStBl. 2009 I, 713.

32) Koordinierter Ländererlass der Obersten Finanzbehörden der Länder vom 20. 5. 2011, BStBl. 2011 I, 562.

### 3. Poolvereinbarungen bei Kapitalgesellschaftsanteilen

Die Betriebsvermögensverschonung wird bei Anteilen an Kapitalgesellschaften nur dann gewährt, wenn der Erblasser oder Schenker am Nennkapital der Kapitalgesellschaft zu mehr als 25% unmittelbar beteiligt war (sog. Mindestbeteiligung). Nach § 13b Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 ErbStG ist auch eine Beteiligung von weniger als 25% ausreichend, wenn sie mit Gesellschaftsanteilen anderer Gesellschafter an der Kapitalgesellschaft zusammengerechnet wird, diese Gesellschafter aber untereinander vereinbaren, dass das Stimmrecht stets einheitlich ausgeübt und Verfügungen über die gebundenen Gesellschaftsanteile nur einheitlich mit den Mitgesellschaftern vorgenommen werden dürfen. Grundlage der Stimmrechtsausübung sowie der einheitlichen Verfügung ist eine von dem vorgenannten Personenkreis getroffene Vereinbarung, für die sich die Bezeichnung „Poolvereinbarung“ eingebürgert hat. Die Literatur zu den Poolvereinbarungen droht unüberschaubar zu werden.<sup>33</sup> Die Finanzverwaltung hat mit mehreren Ländererlassen<sup>34</sup> zu einzelnen Fragen Klarheit geschaffen.

Die ErbStR 2011 schaffen in weiteren, aber nicht in allen Punkten Rechtssicherheit. So kann die Poolvereinbarung Satzungsbestandteil oder in einer gesonderten gesellschaftsvertraglichen Abrede (BGB-Innengesellschaft) enthalten sein, vgl. RE 13b.6 ErbStR. Dies ist zutreffend. Denn der Wortlaut des Gesetzes fordert nur eine Vereinbarung, ohne deren Standort festzulegen. Da die Satzungsbestimmung auch gegenüber Rechtsnachfolgern wirksam ist, ist sie die intensivste Form der Bindung, sodass die Satzungsregelung nicht nur zulässig, sondern auch zu empfehlen ist.<sup>35</sup> Allerdings ist darauf zu achten, dass jeder Gesellschafter berechtigt ist, die Aufhebung der ihn bindenden Satzungsregelung zu fordern, falls dies nicht zu steuerlichen Nachteilen im Rahmen von Poolvereinbarungen führt.

Das Gebot der einheitlichen Verfügung verlangt nicht, dass über Geschäftsanteile nur gemeinschaftlich, d.h. zur gleichen Zeit und auf den gleichen Erwerbberkreis übertragen werden muss. Nach RE 13b.6 Abs. 4 Satz 2 ErbStR ist ausreichend, dass für die Verfügungen poolgebundener Anteile die gleichen Regelungen gelten. Dies soll insbesondere dann schon der Fall sein, wenn die Anteile zustimmungsfrei nur an einen bestimmten Personenkreis übertragen werden und darüber hinaus die Übertragung der „Zustimmung der Mehrheit der Poolmitglieder bedarf“. Vinkulierungsklauseln im Gesellschaftsvertrag bzw. in einer gesondert abzuschließenden Poolvereinbarung sind daher ausreichend. Eine schärfere Auffassung würde auch über das Ziel hinausschießen. Denn sie würde die poolgebundenen

33) Vgl. etwa *Korezkij*, Entwurf der Erbschaftsteuer-Richtlinien 2011, DStR 2011, 1733; *Weber/Schwindt*, Die neuen Erlasse der Länder zu Poolvereinbarungen über Kapitalgesellschaften, DStR 2011, 13, jeweils mit Nachw.

34) A21, Anwendungserlass zur Erbschaftsteuer vom 25. 6. 2009, BStBl. 2009 I, 713; aktualisiert durch Ländererlass vom 29. 10. 2010, BStBl. 2010 I, 1210; Bay. LfSt vom 11. 8. 2010, ZEV 2010, 660.

35) Bei der Aktiengesellschaft kann eine Regelung wegen der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) nicht in die Satzung aufgenommen werden.

Anteile jedenfalls für Zwecke der Stimmrechtsausübung und Verfügung so behandeln, als würde es sich nur noch um einen einheitlichen Geschäftsanteil handeln. Offen ist, ob mit der „Mehrheit der Poolmitglieder“ deren Kopfzahl gemeint ist oder die Mehrheit der regelmäßig an die Höhe der Kapitalbeteiligung gebundenen Stimmrechte. Da die Stimmrechte an Kapitalgesellschaften regelmäßig nach den Anteilen am Nennkapital ausgerichtet sind, dürfte es ausreichen, wenn einer Verfügung mit Mehrheit der Stimmrechte zugestimmt wird. Eine einheitliche Verfügung liegt auch immer noch dann vor, wenn innerhalb einer festgelegten Gruppe genehmigungsfrei übertragen wird. Die in Familiengesellschaften üblichen zustimmungsfreien Übertragungen innerhalb eines Gesellschafterstammes sind somit unter dem Aspekt der Poolvereinbarung unbedenklich.

Häufig nicht beachtet wird, dass die Poolvereinbarung nur die Mindestbeteiligungsquote ersetzt. Begünstigungsfähig ist nur die unmittelbare Beteiligung des Erblassers/Schenkers an der Kapitalgesellschaft. Die Finanzverwaltung führt in RE 13b.6 Abs. 2 Satz 3 ErbStR 2011 insofern die bisherige Auffassung in den ErbStR 2003 bestätigend fort, dass über eine Personengesellschaft gehaltene mittelbare Beteiligungen nicht begünstigt sind, also bei der Prüfung der Beteiligungshöhe unberücksichtigt bleiben. Daher ist zu vermeiden, Anteile an einer Kapitalgesellschaft in das Gesamthandsvermögen einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft zu übertragen. Denn jedenfalls im Bereich der Gestaltungsberatung ist der sicherste Weg zu wählen. Dieser besteht darin, die Poolvereinbarung als BGB-Innengesellschaft ohne Gesamthandsvermögen auszugestalten und damit die dingliche Rechtsposition des Gesellschafters nicht zu beeinträchtigen. Der Nachteil liegt jedoch darin, dass auf diese Weise die vertragswidrige Verfügung über die poolgebundenen Anteile Dritten gegenüber wirksam ist, sofern die Anteile nicht auf der Ebene des Gesellschaftsvertrages vinkuliert sind. Alternativ kann in Erwägung gezogen werden, die Kapitalgesellschaftsanteile in das Gesamthandsvermögen einer gewerblich geprägten Personengesellschaft, etwa in der Rechtsform der GmbH & Co. KG zu übertragen, wobei dann allerdings aus einkommensteuerlichen Gründen zum Zwecke der Vermeidung einer Gewinnrealisierung darauf zu achten ist, dass die Übertragung im Wege der verdeckten Einlage erfolgt. Die Folge ist, dass der Anteil an der GmbH & Co. KG begünstigungsfähiges Vermögen nach § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG ist. Beträgt die Summe der nunmehr von der GmbH & Co. KG gehaltenen Anteile mehr als 25%, handelt es sich bei diesen nicht um Verwaltungsvermögen i. S. des § 13b Abs. 2 ErbStG. Anderenfalls bedarf es einer Poolvereinbarung zwischen der GmbH & Co. KG und weiteren an der Kapitalgesellschaft beteiligten Gesellschaftern.

In die Poolvereinbarung Regelungen über die Kündbarkeit und Dauer aufzunehmen, erscheint unzweckmäßig. Denn im Zeitpunkt des Abschlusses der Poolvereinbarung ist nicht absehbar, für welchen Zeitraum sie tatsächlich benötigt wird. Durch Erbfälle oder Übertragungen innerhalb des maßgeblichen Nachsteuerzeitraums von fünf bzw. sieben Jahren kann sich der Bedarf ergeben, die Poolvereinbarung über den ursprünglich gedachten

Termin hinaus bestehen zu lassen. Wird die Poolvereinbarung innerhalb des Nachsteuerzeitraums aufgehoben, führt dies zum Erlöschen der Steuermin-derung von 85%, jedoch nur zeitanteilig, vgl. § 13a Abs. 5 Nr. 5 ErbStG. Gleiches soll auch dann gelten, wenn die Poolvereinbarung durch einen Gesellschafter gekündigt wird oder dieser seine Anteile weiterveräußert, ohne dass der Erwerber in die Poolvereinbarung eintritt. Dies soll nach Auffassung der Finanzverwaltung in RE 13a.10 Abs. 2 Nr. 3 ErbStR auch dazu führen, dass die Nachsteuer für die weiteren poolgebundenen Anteile festzusetzen ist, sofern diese nicht nach wie vor den Beteiligungsumfang von mehr als 25% erreichen. Überdies ist die Auffassung der Verwaltung nicht zweifelsfrei. Zwar entsteht die Nachsteuer in der Person des veräußernden Gesellschafters. Bezüglich der weiteren Gesellschafter ergibt sich dies nicht aus dem Gesetzestext. Auf jeden Fall sollten Klauseln über Schadensersatzansprüche in den Poolvertrag aufgenommen werden.

#### IV. Weitere aktuelle Rechtsprechung

##### 1. Keine Erbschaftsteuerpflicht der Abfindung an einen weichenden Erbprätendenten

Steuerrecht ist Eingriffsrecht, welches einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Diese Selbstverständlichkeit war für die Änderung der Rechtsprechung zur Erbschaftsteuerpflicht der Abfindung an einen weichenden Erbprätendenten maßgebend. Der BFH betont im Urt. v. 4. 5. 2011<sup>36</sup> ausdrücklich, dass steuerpflichtig nur der Erwerb „durch Erbanfall“, nicht bereits der Erwerb „aufgrund eines Erbfalls“ ist. Der Erwerber muss seine Rechtsposition vom Erblasser ableiten, um den Grundtatbestand des § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG zu erfüllen. Zugrunde lag folgender Fall:

Die im April 2004 verstorbene Erblasserin hatte in privatschriftlichen Testamenten ihren Neffen (N.) als Alleinerben eingesetzt und Vermächtnisse zugunsten anderer Personen ausgesetzt. Im Jahre 2002 verfasste sie ein weiteres eigenhändiges Testament, in dem sie ihr Sparguthaben an ihre Freundin F. und deren Tochter „vermachte“. Im Erbscheinsverfahren entschied das Amtsgericht, dass die Erbfolge aufgrund des Testaments im Jahre 2002 eingetreten sei, weil das Sparguthaben das wesentliche Vermögen der Erblasserin gewesen sei. Der am Erbscheinsverfahren beteiligte N. legt hiergegen Beschwerde ein, einigte sich dann aber mit den Testamentserben auf Zahlung einer Abfindung, aufgrund derer er keine Rechtsmittel mehr gegen den Erbschein führte.

Der BFH hatte zu prüfen, ob die Abfindung, die N. erhalten hatte, bei ihm der Erbschaftsteuer unterlag. In Betracht kam nur der Grundtatbestand des § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Diesen legt der BFH in Abweichung von der Rechtsprechung des RFH<sup>37</sup> so aus, dass die erbrechtliche Rechtsposition vom Erblasser abgeleitet sein muss. Da der vom Amtsgericht erteilte Erbschein nicht N., sondern die im Testament des Jahres 2002 aufgeführte F.

36) BFH v. 4. 5. 2011 – II R 34/09, BStBl. 2011 II, 725 = ZEV 2011, 438 mit Anm. M. Fischer.

37) RFH v. 30. 1. 1919 – II A 14/18, RFHE 1, 1.



und deren Tochter als Erben ausgewiesen habe, scheidet die Erbenstellung des N. aus. Auch für ein Vermächtnis gebe der Sachverhalt nichts her. Denn der Abfindungsbetrag sei von den Testamentserben aufgrund eigener Vereinbarung, nicht jedoch infolge Anweisung der Erblasserin geschuldet. Es fehle somit an einer Besteuerungsgrundlage. Insbesondere könne diese nicht aus den Grundsätzen zum Erbvergleich<sup>38</sup> abgeleitet werden. Denn ein solcher Vergleich könne zwar der Besteuerung zugrunde gelegt werden, sodass der Erwerb durch N. steuerbar wäre. Jedoch müsse der Erwerb auf einen erbrechtlichen Rechtsgrund, wie den Erbanfall oder ein Vermächtnis, zurückgeführt werden. Der Erbvergleich könne den erbschaftsteuerpflichtigen Tatbestand nicht ersetzen, sondern festlegen, in welcher Weise der Erwerber aufgrund Erbrechts erworben habe.

## **2. Besteuerung des Letzterwerbs bei mehreren Erwerben eines Nacherben vom Vorerben und Zusammenrechnung nach § 14 Abs. 1 Satz 1 ErbStG**

Der Nacherbe ist bekanntlich zivilrechtlich Erbe des Erblassers und nicht des Vorerben (§ 2100 BGB). Das Erbschaftsteuerrecht schließt sich dieser Beurteilung leider nicht an. Nach § 6 Abs. 2 Satz 1 ErbStG hat bei Eintritt der Nacherbfolge der Nacherbe den Erwerb als vom Vorerben stammend zu versteuern. Da der Vorerbe ebenfalls Erbe des Erblassers ist, wird der Nachlass zweimal mit Erbschaftsteuer belastet. Auf Antrag des Nacherben ist der Versteuerung jedoch das Verhältnis des Nacherben zum Erblasser zugrunde zu legen, sodass die Vermögensanfänge hinsichtlich der Steuerklasse getrennt zu behandeln sind. Der BFH<sup>39</sup> hatte nunmehr einen Fall zu beurteilen, in welchem die Vorerbin die Vorerbschaft lebzeitig unentgeltlich auf den Nacherben übertragen hatte und dann innerhalb des zehnjährigen Zeitraums der Zusammenrechnung nach § 14 Abs. 1 Satz 1 ErbStG verstarb. Der Nacherbe war zugleich Erbe der Vorerbin.

**Im Einzelnen:** Der im Jahre 1971 verstorbene Erblasser setzte u. a. seine Tochter V. als Vorerbin ein. Nacherbe wurde u. a. der Enkel E. Die Nacherbfolge sollte mit dem Tode des Vorerben eintreten. Die Vorerbin übertrug im Jahre 2003 ihren Anteil am Nachlass des Erblassers auf den Nacherben E. Das Finanzamt setzte die Schenkungsteuer fest und folgte dabei dem gemäß § 7 Abs. 2 Satz 1 ErbStG gestellten Antrag des E., der Versteuerung das Verhältnis zum Erblasser zugrunde zu legen. V. verstarb im Jahre 2004 und wurde u. a. von E. beerbt. Das Finanzamt setzte Erbschaftsteuer gegenüber E. fest und rechnete dem Erwerb durch Erbanfall gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 ErbStG den Wert des von V. auf E. lebzeitig übertragenen Anteils am Nachlass des Erblassers hinzu. Der Kläger E. machte hingegen geltend, sein Antrag, der Besteuerung des Erwerbs aus dem Jahre 2003 sein Verhältnis zum Erblasser zugrunde zu legen, müsse auch im Rahmen der Steuerberechnung nach § 14 Abs. 1 ErbStG berücksichtigt werden. Er habe 2003 vom Erblasser und nicht von V. erworben. Der BFH war nicht dieser Meinung.

In der Person des E. hatten sich innerhalb der Zehn-Jahres-Frist zwei Erwerbe vollzogen, nämlich der lebzeitige Erwerb der Vorerbschaft und der Erwerb von Todes wegen des Eigenvermögens der Vorerbin. Als Schenkung

38) BFH v. 1. 7. 2008 – II R 71/06, BStBl. 2008 II, 874 = ZEV 2008, 549.

39) BFH v. 3. 11. 2010 – II R 65/09, ZEV 2011, 95 mit Anm. *Kobor*.

unter Lebenden gilt gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 7 ErbStG auch dasjenige, was ein Vorerbe dem Nacherben mit Rücksicht auf die angeordnete Nacherbschaft vor ihrem Eintritt herausgibt. In Übereinstimmung mit § 6 Abs. 2 Satz 2 ErbStG ist auf diesen lebzeitigen Erwerb auf Antrag das Verhältnis des Nacherben zum Erblasser zugrunde zu legen. Wird der Antrag gestellt, wirkt sich dies nur auf die Steuerberechnung aus, ändert jedoch nichts daran, dass sich die freigebige Zuwendung im Verhältnis zwischen Vorerben und Nacherben vollzieht (§ 7 Abs. 2 Satz 1 ErbStG). Die Bedeutung dieser Vorschrift beschränkt sich somit darauf, dass die im Verhältnis zwischen Nacherben und Erblasser günstigere Steuerklasse zur Anwendung kommt. Sie vermeidet jedoch nicht die Zusammenrechnung beider Erwerbe. Gleichwohl ist der Antrag regelmäßig sinnvoll. Denn auf diese Weise bleibt auch im Rahmen der Steuerberechnung für den Letzterwerb der persönliche Freibetrag zwischen dem Nacherben und dem Erblasser maßgebend, sodass der zusammengerechnete Erwerb gemindert wird. Dies hat allerdings nach § 6 Abs. 2 Satz 4 ErbStG zur Folge, dass für das Eigenvermögen des Vorerben ein Freibetrag nur gewährt werden kann, wenn dieser nicht für den der Nacherbfolge unterliegenden Erwerb verbraucht ist.

### **3. Zuwendungsnißbrauch an Personengesellschaftsanteilen und Betriebsvermögensverschönerung**

Zu dem von der Betriebsvermögensverschönerung erfassten sog. begünstigten Vermögen zählen Anteile an sog. Mitunternehmerschaften. Solche sind in der Regel vereinfacht formuliert Personengesellschaften, bei denen die maßgebenden Gesellschafter neben der Chance auf Gewinnanteile auch das Risiko des Verlustes der Einlage tragen und sie auch berechtigt sind, mittels ihres Stimmrechts maßgebliche Entscheidungen zu treffen.<sup>40</sup> Erbschaftsteuerlich ist der Begünstigungsrahmen nur dann eröffnet, wenn der Beschenkte selbst auch Mitunternehmer der Mitunternehmerschaft wird. Dies setzte nach bisher herrschender Meinung<sup>41</sup> die Beteiligung an der Personengesellschaft unter Einschluss der die Mitunternehmerstellung begründenden Tatbestandsmerkmale der Mitunternehmerinitiative und des Mitunternehmerrisikos voraus. Hieraus ergab sich, dass die Zuwendung eines Nutzungsrechts an einem Mitunternehmeranteil nicht durch die Vergünstigungen der §§ 13a, 13b, 19a ErbStG entlastet war, da Erwerbsgegenstand der Mitunternehmeranteil sein musste, der Nießbraucher hingegen nur ein Nutzungsrecht an diesem Mitunternehmeranteil hatte, ohne ihn selbst zu erwerben. Zwar ist der Nießbraucher Mitunternehmer, aber eben nicht Gesellschafter der Personengesellschaft. Der BFH hat aber nunmehr mit Urt. v. 1. 9. 2011<sup>42</sup> entschieden, dass begünstigt im Sinne des Systems

---

40) Wegen der Einzelheiten sei auf die maßgeblichen Kommentierungen zum EStG, dort § 15 verwiesen.

41) Vgl. etwa H 51 Abs. 1 ErbStH 2003.

42) BFH v. 1. 9. 2011 – II R 67/09, ZEV 2012, 51; dazu auch *St. Viskorf/Haag*, ZEV 2012, 24.

der Betriebsvermögensverschonung auch der sog. Zuwendungsnießbrauch ist, bei welchem der Berechtigte kein Gesellschafter ist.

Im entschiedenen Fall hatte der spätere Erblasser einen Kommanditanteil im Wege vorweggenommener Erbfolge unter dem Vorbehalt des Nießbrauchs auf seine Tochter übertragen. Die Tochter hatte sich im Wege des Vertrages zugunsten Dritter verpflichtet, aufschiebend bedingt auf das Vorversterben des späteren Erblassers das Nießbrauchsrecht an dessen Ehefrau, die Mutter der Beschenkten auszugeben. Fraglich war, ob der mit Bedingungseintritt vollendete Erwerb bei der Ehefrau von der Betriebsvermögensverschonung erfasst wurde.

Die Erwerberin wurde nicht Gesellschafterin der Kommanditgesellschaft. Ihr stand lediglich das Nießbrauchsrecht zu. Dieses Nießbrauchsrecht war nach den Feststellungen des BFH geeignet, eine Mitunternehmerstellung im ertragsteuerlichen Sinne zu begründen, da das Ertragsteuerrecht die Gesellschaftsbeteiligung nicht zur Voraussetzung der Mitunternehmerstellung macht. Damit hat sich der II. Senat des BFH der ertragsteuerlichen Beurteilung angeschlossen. Somit kann auch in der Zuwendung eines Nießbrauchsrechts dann ein begünstigter Erwerb liegen, wenn der Nießbraucher nicht allein Anspruch auf die Erträge des mit dem Nießbrauch belasteten Gesellschaftsanteils hat, sondern darüber hinaus auch die Kriterien der Mitunternehmerstellung erfüllt, er insbesondere Stimmrechte in der Gesellschafterversammlung hat und am Gewinn und Verlust der Gesellschaft, unter Einbeziehung u. U. auch stiller Reserven, beteiligt ist. Der BFH löst sich von der zivilrechtlichen Betrachtung, welche auch so hätte verstanden werden können, dass der erforderliche Erwerb eines „Anteils an einer Gesellschaft“ eine Gesellschafterstellung an dieser in der Person des Erwerbers voraussetzt.

Die Entscheidung hat auch Bedeutung für weitere Sachverhalte, bei denen keine Gesellschafterstellung des die Einkünfte erzielenden Erwerbers gegeben ist, dieser gleichwohl erheblichen Einfluss auf die Geschäfte dieser Gesellschaft hat. Angesprochen sind die atypisch stille Beteiligung an einer anderen Gesellschaft, insbesondere einer GmbH, die Unterbeteiligung an einem mitunternehmerischen Gesellschaftsanteil, aber auch die Treugeberstellung bezogen auf einen Mitunternehmeranteil. Die Finanzverwaltung hat jüngst die mit diesen Positionen verbundenen Rechtsstellungen als begünstigungsfähiges Vermögen im Sinne des ErbStG angesehen.<sup>43</sup> Dem Vernehmen nach ist die Frage, wie mittelbare Beteiligungen an Gesellschaften in das System der Betriebsvermögensverschonung eingeordnet werden, jedoch innerhalb der Finanzverwaltung noch umstritten. Die vorgenannte Entscheidung ist geeignet, der Auffassung Auftrieb zu geben, die allein auf die Mitunternehmerstellung abstellt und dem zivilrechtlichen Gesellschaftsverhältnis allenfalls indizielle Bedeutung beimisst. Man mag

---

43) Vgl. etwa FinMin Bayern vom 11. 1. 2008, ZEV 2008, 254 mit Anm. *Hübner* = DSfR 2008, 508, zu Treuhandverhältnissen, welches zunächst auf einer Beteiligung an der Gesellschaft selbst als Voraussetzung für die Verschonung bestanden hatte. In jüngerer Zeit ist sie von dieser harten Haltung abgerückt, vgl. etwa FinMin Baden-Württemberg vom 9. 4. 2009, DB 2009, 878; s. auch *St. Viskorf/Haag*, ZEV 2012, 24 mit Nachw.

die darin liegende Abkehr des Erbschaftsteuerrechts vom Zivilrecht bedauern. Gleichwohl ergibt sich hierdurch wiederum eine Übereinstimmung innerhalb des steuerrechtlichen Systems, indem der Mitunternehmeranteil im Ertragsteuerrecht und im Erbschaftsteuerrecht den gleichen Inhalt hat.

## V. Fazit

Das Erbschaftsteuerrecht ist wie immer in Bewegung. Wer Verschärfungen fürchtet, sollte mögliche Gestaltungen nicht auf die lange Bank schieben.

*Univ.-Prof. Dr. Ingo Saenger, Münster, und Wissenschaftlicher Mitarbeiter Johannes Sandhaus, Münster*

## **Nicht aktualisierte Gesellschafterlisten – weiterhin Unklarheit hinsichtlich der Anwendung von § 16 Abs. 1 GmbHG auf „Altfälle“**

*Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)<sup>1</sup> hat die Gesellschafterliste erheblich an Bedeutung gewonnen. Führte sie früher ein „Schattendasein“,<sup>2</sup> ist sie nun Legitimationsbasis des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft (Ziff. I) und Anknüpfungspunkt für einen gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen.<sup>3</sup> Auch mehrere Jahre nach der Reform wirft die Legitimation des Gesellschafters gegenüber der GmbH in der Praxis Fragen auf. Vor allem ist umstritten, inwieweit der „neue“ § 16 Abs. 1 GmbHG auch auf Gesellschafterlisten anwendbar ist, die bereits vor Inkrafttreten des MoMiG am 1. 11. 2008 zum Handelsregister eingereicht worden sind (Ziff. II). Diese Frage soll unter umfassender Bewertung der Neuregelung beantwortet (Ziff. III) und der Praxis eine Empfehlung zur Handhabung gegeben werden (Ziff. IV).*

### **I. Inhalt und Bedeutung von § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG**

Nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gilt im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung nur derjenige gegenüber der Gesellschaft als Inhaber eines Geschäftsanteils, der als

---

1) BGBl. 2008 I, 2026.

2) Kallweit, GmbHR 2010, 150; Wicke, NotBZ 2009, 1, 11 („Stiefmütterchenda-sein“).

3) § 16 Abs. 3 GmbHG.

solcher in die gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG beim Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste eingetragen ist. Die an die aktienrechtliche Regelung des § 67 Abs. 2 AktG angelehnte Norm dient der Missbrauchsbekämpfung und soll Transparenz über die Anteilseignerstrukturen schaffen sowie Geldwäsche verhindern.<sup>4</sup> Anders als nach § 16 Abs. 1 GmbHG a. F.<sup>5</sup> ist für die Legitimation nicht mehr die Anmeldung des Gesellschafterwechsels bei der Gesellschaft entscheidend, sondern einzig die Aufnahme in die Gesellschafterliste.<sup>6</sup> Zudem knüpft die Regelung nicht mehr nur an die Veräußerung von Geschäftsanteilen an, sondern gilt für jede Veränderung des Gesellschafterbestands, also etwa auch, wenn ein Geschäftsanteil durch Erbfall, Verschmelzung oder Anwachsung übergeht.<sup>7</sup> Dies bedeutet aber nicht, dass die Eintragung in die Gesellschafterliste Wirksamkeitsvoraussetzung für den Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen ist.<sup>8</sup> Vielmehr betrifft § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG allein die Stellung als Gesellschafter im Verhältnis zur Gesellschaft („relative Gesellschafterstellung“).<sup>9</sup> Gegenüber Dritten ist weiterhin allein die wirksame Übertragung des Geschäftsanteils durch Abtretung nach §§ 413, 398 BGB entscheidend. Dementsprechend werden etwaige Mängel bei der Übertragung des Anteils auch nicht durch die Eintragung in die Gesellschafterliste und deren Aufnahme im Handelsregister geheilt.<sup>10</sup>

Ist also ein Gesellschafter in die zum Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste eingetragen, gilt er gegenüber der Gesellschaft formell als Gesellschafter und stehen ihm alle mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten zu.<sup>11</sup> Er kann an Gesellschafterversammlungen teilnehmen und das

---

4) Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 37.

5) Dieser lautet: „Der Gesellschaft gegenüber gilt im Fall der Veräußerung des Geschäftsanteils nur derjenige als Erwerber, dessen Erwerb unter Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft angemeldet ist.“

6) Die Zuständigkeit für die Einreichung der Gesellschafterliste beim Handelsregister richtet sich danach, ob ein Notar bei der Veränderung der Personen der Gesellschafter bzw. des Umfangs ihrer Beteiligung mitgewirkt hat. Ist dies – wie regelmäßig (*Heckschen*, Das MoMiG in der notariellen Praxis, 2009, Rdn. 491; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 383; *ders.*, ZNotP 2009, 82, 89; *Wicke*, NotBZ 2009, 1, 11) – der Fall, ist dieser gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zuständig, sonst gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG der Geschäftsführer, der freilich nach § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG nur auf Mitteilung und Nachweis hin tätig werden muss (*Wachter*, ZNotP 2008, 378, 383; *ders.*, ZNotP 2009, 82, 89).

7) *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 410; *Wolff*, BB 2010, 454, 455; *Saenger/Inhvester/Pfisterer*, GmbHG, 2011, § 16 Rdn. 2. Siehe ferner *Scholz/Seibt*, GmbHG, 10. Aufl., 2010, Bd. 3, Nachtrag MoMiG, § 16 Rdn. 18 ff.; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 380.

8) Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 37.

9) *Scholz/Seibt*, aaO (Fußn. 7), § 16 Rdn. 34; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1038; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 379.

10) *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 19. Aufl., 2010, § 16 Rdn. 2; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 17. Aufl., 2009, § 16 Rdn. 22; *Saenger/Inhvester/Pfisterer*, aaO (Fußn. 7), § 16 Rdn. 5; *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 410; *Scholz/Seibt*, aaO (Fußn. 7), § 16 Rdn. 25; *Wicke*, NotBZ 2009, 1, 11.

11) *Saenger/Inhvester/Pfisterer*, aaO (Fußn. 7), § 16 Rdn. 16; *Scholz/Seibt*, aaO (Fußn. 7), § 16 Rdn. 36 ff.; *Heckschen*, aaO (Fußn. 6), Rdn. 461; *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 410; *Wicke*, DB 2011, 1037.

Stimmrecht ausüben, ferner Informationsrechte, Widerspruchs- und Anfechtungsrechte, Verfahrens- und Prozessrechte, aber auch Vermögensrechte, wie das Bezugsrecht und den Gewinnanspruch, geltend machen.<sup>12</sup> Es treffen ihn aber auch die Gesellschafterpflichten, insbesondere die zur Leistung der Einlage.<sup>13</sup> Ist ein Gesellschafter dagegen nicht in die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste eingetragen, vermag er diese Rechte nicht auszuüben, auch wenn er materiell-rechtlich an der Gesellschaft beteiligt ist. Nimmt er gleichwohl eine Rechtshandlung in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vor, etwa indem er an einem Gesellschafterbeschluss mitwirkt, ist diese Rechtshandlung zunächst schwebend unwirksam.

Eine solche Handlung kann allenfalls aufgrund des ebenfalls neu eingefügten § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG wirksam werden, wenn die Gesellschafterliste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird. Erfolgt die Aufnahme nicht unverzüglich, ist die Rechtshandlung endgültig unwirksam.<sup>14</sup> Freilich ist die praktische Relevanz der Heilungsmöglichkeit zweifelhaft.<sup>15</sup> Nach dem Wortlaut von § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG kommt es nämlich darauf an, dass die Gesellschafterliste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung „aufgenommen wird“. Eine unverzügliche Einreichung zum Handelsregister reicht danach nicht aus. Im Handelsregister aufgenommen ist eine Gesellschafterliste nämlich erst, wenn diese nach § 9 Abs. 1 HRV in den für das entsprechende Registerblatt bestimmten Registerordner bzw. gemäß § 8 Abs. 2 HRV a. F.<sup>16</sup> in den Sonderband der Papierregister aufgenommen ist.<sup>17</sup> Kommt es bei der Aufnahme zu Verzögerungen, kann die Rechtshandlung trotz unverzüglicher Einreichung der Liste endgültig unwirksam werden. Offen ist, ob sich der Rechtsgedanke des § 167 ZPO über die Rückwirkung der Zustellung heranziehen lässt<sup>18</sup> oder entgegen des Wortlauts davon ausgegangen werden kann, dass die rechtzeitige Einreichung der aktualisierten Gesellschafterliste ausreicht.<sup>19</sup> Indes wird die Praxis bis zu einer höchst-richterlichen Klärung dieser Frage wohl kaum das Risiko eingehen wollen, dass Gerichte den Zeitraum bis zur Aufnahme der Gesellschafterliste nicht mehr als unverzüglich ansehen und wirksam geglaubte Beschlüsse noch

---

12) *Saenger/Inhvester/Pfisterer*, aaO (Fußn. 7), § 16 Rdn. 16; *Heidinger in Heckschen/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Aufl., 2009, § 13 Rdn. 376; *Wicke*, DB 2011, 1037.

13) *Saenger/Inhvester/Pfisterer*, aaO (Fußn. 7), § 16 Rdn. 17; *Scholz/Seibt*, aaO (Fußn. 7), § 16 Rdn. 37; *Heckschen*, aaO (Fußn. 6), Rdn. 464; *Wicke*, DB 2011, 1037.

14) Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 37 f.

15) *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 411; *Wolff*, BB 2010, 454, 458.

16) In der bis zum Inkrafttreten des EHUG v. 10. 11. 2006 (BGBl. I, S. 2553) am 1. 1. 2007 geltenden Fassung.

17) Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 37.

18) *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, aaO (Fußn. 10), § 16 Rdn. 37; *Scholz/Seibt*, aaO (Fußn. 7), § 16 Rdn. 47; *Gasteyer/Goldschmidt*, ZIP 2008, 1906, 1909; vgl. auch *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 411.

19) *Baumbach/Hueck/Fastrich*, aaO (Fußn. 10), § 16 Rdn. 21; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1041; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 381 f.

Jahre später für unwirksam erklären.<sup>20</sup> Dies gilt vor allem auch, weil diese Rechtsunsicherheit auf einfache Weise vermieden werden kann, indem der Veräußerer dem Erwerber für die vorzunehmenden Rechtshandlungen Vollmacht erteilt oder selbst an diesen mitwirkt.<sup>21</sup>

## II. Meinungsstand

Wie stellt sich aber nun die Rechtslage dar, soweit Veränderungen im Gesellschafterbestand betroffen sind, die vor dem Inkrafttreten des MoMiG erfolgt sind? Es bedarf der Entscheidung, ob insoweit auf die neue Rechtslage und damit das Erfordernis der Eintragung in die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG abzustellen oder auch weiterhin die Anmeldung bei der Gesellschaft gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG a.F. ausreichend ist. Höchststrichterliche Rechtsprechung hierzu bislang. Entscheidungen der Instanzgerichte sind selten, so etwa des LG *München I*,<sup>22</sup> das insoweit am alten Recht festhält. Im Schrifttum ist die Frage heftig umstritten.

Teilweise<sup>23</sup> wird die Ansicht vertreten, die Legitimation der Gesellschafter bei Veränderungen des Gesellschafterbestands vor Inkrafttreten des MoMiG richte sich allein nach § 16 Abs. 1 GmbHG a. F., weshalb es darauf ankomme, ob der Erwerber den Erwerb des Geschäftsanteils bei der Gesellschaft angezeigt habe. Begründet wird dies vor allem damit, dass § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG eine einmal begründete Gesellschafterstellung nicht ohne Weiteres wieder entziehen könne. Hierin läge nämlich eine verfassungsrechtlich unzulässige echte Rückwirkung.<sup>24</sup> Außerdem seien viele Gesellschafterlisten gerade wegen deren früher geringen Bedeutung nicht aktuell, sodass die Legitimation der Gesellschafter anhand von alten Gesellschafterlisten zu erheblicher Rechtsunsicherheit führe.<sup>25</sup> Schließlich spreche auch der Wortlaut von § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG dafür, dass die

---

20) *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 411; *Wolff*, BB 2010, 454, 458.

21) *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 382 mit Formulierungsvorschlag; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, aaO (Fußn. 10), § 16 Rdn. 40; *Saenger/Inhester/Pfisterer*, aaO (Fußn. 7), § 16 Rdn. 21; *Heidinger* in *Heckschen/Heidinger*, aaO (Fußn. 12), § 13 Rdn. 392; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1041.

22) LG *München I*, Beschl. v. 24. 9. 2009 – 17 HK T 15914/09, GmbHR 2010, 149, wonach es für Veränderungen des Gesellschafterbestands vor dem Inkrafttreten des MoMiG weiterhin allein auf die Anmeldung bei der Gesellschaft gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. ankommen soll.

23) *Baumbach/Hueck/Fastrich*, aaO (Fußn. 10), § 16 Rdn. 7; *Michalski/Ebbing*, GmbHG, Bd. 1, 2. Aufl., 2010, § 16 Rdn. 207; *Saenger/Inhester/Pfisterer*, aaO (Fußn. 7), § 16 Rdn. 7; *Zirngibl* in *Bunemann/Zirngibl*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, 2. Aufl., 2011, § 4 Rdn. 20; *Heckschen*, aaO (Fußn. 6), Rdn. 542; *ders.*, EWiR 2010, 325, 326; *Begemann/Galla*, GmbHR 2009, 1065, 1066; *Brandmüller*, MittBayNot 2010, 147, 148; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1040; *Reymann*, BB 2009, 506, 511 f.; *Wicke*, DB 2011, 1037; *ders.* in *Gesellschaftsrechtliche Vereinigung* (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2011, 2012, 145, 148 f.

24) *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1040; *Brandmüller*, MittBayNot 2010, 147, 148.

25) *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1040.

Vorschrift nur an Veränderungen des Gesellschafterbestands nach Inkrafttreten des MoMiG anknüpfe.<sup>26</sup>

Die Gegenansicht<sup>27</sup> will den durch das MoMiG neu gefassten § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG dagegen auch auf bereits vor Inkrafttreten des MoMiG zum Handelsregister aufgenommene Gesellschafterlisten anwenden. Das MoMiG habe einen vollständigen Systemwechsel bewirkt, weshalb sich die Legitimation eines Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft allein nach der Eintragung in die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste richte. Zur Begründung wird vor allem angeführt, dass der Gesetzgeber den Gesellschafterbestand durch die Neuregelung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG transparenter machen wollte, indem dieser immer „aktuell, lückenlos und unproblematisch nachvollziehbar“<sup>28</sup> sein sollte. Dieses Ziel würde aber dauerhaft vereitelt, wenn für Veränderungen im Gesellschafterbestand vor Inkrafttreten des MoMiG auf unbestimmte Zeit die alte Rechtslage fortgelte.<sup>29</sup>

### III. Bewertung

Die Klärung der Frage, welcher Ansicht der Vorzug zu geben ist, setzt eine umfassende Auseinandersetzung mit der Neuregelung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG voraus.

#### 1. Wortlaut

Nach dem Wortlaut von § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gilt im Verhältnis zur Gesellschaft im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter bzw. dem Umfang ihrer Beteiligung als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Die Vorschrift spricht vom „Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter“. Wäre dies so zu verstehen, dass nur Veränderungen nach Inkrafttreten der Neuregelung ab 1. 11. 2008 erfasst würden, wären Gesellschafterlisten, die zuvor im Handelsregister aufgenommen wurden, schon tatbestandlich vom Anwendungsbereich des neu gefassten § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ausgeschlossen.<sup>30</sup> Freilich ist der Wortlaut nicht eindeutig. Es wird gerade nicht danach unterschieden, ob die Veränderung vor oder nach der Reform erfolgt ist. Eine „Veränderung in

26) Zirngibl in *Bunemann/Zirngibl*, aaO (Fußn. 23), § 4 Rdn. 20; *Heckschen*, aaO (Fußn. 6), Rdn. 542; *Brandmüller*, *MittBayNot* 2010, 147, 148.

27) *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, aaO (Fußn. 10), § 16 Rdn. 82; *MünchKommGmbHG/Heidinger*, Bd. 1, 2010, § 16 Rdn. 106 ff., 116; *Scholz/Seibt*, aaO (Fußn. 7), § 16 Rdn. 108; *Heidinger* in *Heckschen/Heidinger*, aaO (Fußn. 12), § 13 Rdn. 385; *Hasselmann*, *NZG* 2009, 409, 412; *Horstkotte*, *ZInsO* 2009, 209, 214; *Kallweit*, *GmbHR* 2010, 150, 151; *Ries*, *GWR* 2011, 54; *Wachter*, *BB* 2010, 19, 20; *ders.*, *ZNotP* 2009, 82, 89.

28) *Begr. RegE MoMiG*, BT-Drucks. 16/6140, S. 38.

29) *Heidinger* in *Heckschen/Heidinger*, aaO (Fußn. 12), § 13 Rdn. 383; *Horstkotte*, *ZInsO* 2009, 209, 214; *Wachter*, *ZNotP* 2009, 82, 90; *ders.*, *BB* 2010, 19, 20.

30) *Zirngibl* in *Bunemann/Zirngibl*, aaO (Fußn. 23), § 4 Rdn. 20; *Heckschen*, aaO (Fußn. 6), Rdn. 542; *Brandmüller*, *MittBayNot* 2010, 147, 148.



den Personen der Gesellschafter“ kann also auch vorherige Veränderungen erfassen.<sup>31</sup>

Zudem ist zweifelhaft, ob der Tatbestand des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG überhaupt eine Veränderung des Gesellschafterbestands erfordert. Anderenfalls würden nämlich nicht die gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG bei Gründung der Gesellschaft beim Handelsregister eingereichten Gesellschafterlisten erfasst, obwohl dies der herrschenden Meinung<sup>32</sup> entspricht. Entsprechendes würde für Gesellschafterlisten gelten, die zwar erst nach Inkrafttreten des MoMiG ins Handelsregister aufgenommen wurden, aber lediglich der Aktualisierung einer alten Liste dienten, ohne dass sich eine Veränderung des Gesellschafterbestands ergab.<sup>33</sup> Insgesamt müsste also zwischen verschiedenen Gesellschafterlisten differenziert werden, was zu noch größerer Unklarheit führen würde. Schließlich ist § 16 Abs. 1 GmbHG der Regelung des § 67 Abs. 2 AktG nachgebildet.<sup>34</sup> Dieser gilt nach seinem eindeutigen Wortlaut auch unabhängig von Veränderungen im Bestand der Aktionäre. Zwar könnte aus dem unterschiedlichen Wortlaut geschlossen werden, dass bei § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG etwas anderes gilt.<sup>35</sup> Doch findet sich hierfür in der Gesetzesbegründung kein Hinweis. Diese spricht vielmehr von der „Parallelität der Vorschriften“.<sup>36</sup> Zusammenfassend ist also davon auszugehen, dass für die Anwendung von § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG tatbestandlich keine Veränderung des Gesellschafterbestands erforderlich ist. Vielmehr verdeutlicht der Wortlaut nur den typischen Fall, dass gemäß § 40 GmbHG eine neue Gesellschafterliste einzureichen ist.<sup>37</sup> Folglich lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen, dass die Neuregelung nur für Gesellschafterlisten gilt, die nach Inkrafttreten des MoMiG zum Handelsregister eingereicht wurden.

## 2. Systematik

Der Gesetzgeber hat für die Neuregelung von § 16 Abs. 1 GmbHG keine Übergangsvorschrift geschaffen. Anderes gilt für § 16 Abs. 3 GmbHG, der den gutgläubigen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen ermöglicht und hierzu an die Gesellschafterlisten als Gutglaubensträger anknüpft. Insoweit gilt nach § 3 Abs. 3 EGGmbHG für schon vor Inkrafttreten des MoMiG im Handelsregister aufgenommene falsche Gesellschafterlisten eine sechsmonatige und, wenn die Unrichtigkeit der Liste dem Berechtigten nicht zuzurechnen ist, eine dreijährige Übergangsfrist. Das Fehlen einer entspre-

31) *Heidinger in Heckschen/Heidinger*, aaO (Fußn. 12), § 13 Rdn. 382.

32) *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, aaO (Fußn. 10), § 16 Rdn. 12; *Michalski/Ebbing*, aaO (Fußn. 23), § 16 Rdn. 20; *MünchKommGmbHG/Heidinger*, aaO (Fußn. 27), § 16 Rdn. 30; *Saenger/Inhester/Pfisterer*, aaO (Fußn. 7), § 16 Rdn. 2; *Horstkotte*, ZInsO 2009, 209, 214; *Ries*, GWR 2011, 54; a. A. *Baumbach/Hueck/Fastrich*, aaO (Fußn. 10), § 16 Rdn. 3; *Zirngibl in Bunnemann/Zirngibl*, aaO (Fußn. 23), § 4 Rdn. 10.

33) *MünchKommGmbHG/Heidinger*, aaO (Fußn. 27), § 16 Rdn. 107.

34) *Begr. RegE MoMiG*, BT-Drucks. 16/6140, S. 37.

35) *Brandmüller*, MittBayNot 2010, 147, 148.

36) *Begr. RegE MoMiG*, BT-Drucks. 16/6140, S. 38.

37) *Michalski/Ebbing*, aaO (Fußn. 23), § 16 Rdn. 20.

chenden Übergangsvorschrift für die relative Gesellschafterstellung nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG könnte den Rückschluss zulassen, die Norm gelte nicht für Gesellschafterlisten, die schon vor Inkrafttreten des MoMiG im Handelsregister aufgenommen wurden. Auf diese Listen fände dann altes Recht Anwendung und wäre nach § 16 Abs. 1 GmbHG a.F. die Anmeldung gegenüber der Gesellschaft maßgeblich.<sup>38</sup>

Indes erlaubt das Fehlen einer § 3 Abs. 3 EGGmbHG entsprechenden Übergangsvorschrift für die relative Gesellschafterstellung nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ebenso den Rückschluss, dass die Neuregelung seit Inkrafttreten des MoMiG zeitlich uneingeschränkt gilt.<sup>39</sup> Die Regelung einer Übergangsfrist (nur) für den gutgläubigen Erwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG kann gerade darauf hindeuten, dass auch Gesellschafterlisten, die vor der Reform im Handelsregister aufgenommen wurden, grundsätzlich die neuen Rechtswirkungen der Gesellschafterliste begründen können. Nichts anderes würde dann für die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gelten. Die Vorschrift würde mangels zeitlicher Einschränkung unmittelbar mit Inkrafttreten des MoMiG auch für alte Gesellschafterlisten gelten.<sup>40</sup> Deshalb lässt sich auch durch systematische Erwägungen nicht klären, ob die Neuregelung auf alte Gesellschafterlisten Anwendung findet.

### 3. Sinn und Zweck

Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass sich eine Vielzahl von Gesellschafterlisten nicht auf aktuellem Stand befindet,<sup>41</sup> was sich mit der früher geringen Bedeutung der Gesellschafterlisten erklären lässt. Findet auf diese „veralteten“ Gesellschafterlisten die Neufassung von § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG Anwendung, hat dies erhebliche Rechtsunsicherheit zur Folge.<sup>42</sup> Eine Vielzahl materiell-rechtlich berechtigter Gesellschafter würde mangels Eintragung in die veralteten Gesellschafterlisten ihre relative Gesellschafterstellung verlieren, ohne davon überhaupt Kenntnis zu erlangen.<sup>43</sup> Gleichwohl mit ihrer Beteiligung gefasste Gesellschafterbeschlüsse wären fehlerhaft.<sup>44</sup> Zieht man aber andererseits den Gesetzeszweck der Neuregelung in Betracht, lässt sich nicht darüber hinwegsehen, dass § 16 Abs. 1 Satz 1

38) LG München I, GmbHR 2010, 149; D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1040.

39) MünchKommGmbHG/Heidinger, aaO (Fußn. 27), § 16 Rdn. 106; Scholz/Seibt, aaO (Fußn. 7), § 16 Rdn. 108; Horstkotte, ZInsO 2009, 209, 214; Wachter, ZNotP 2009, 82, 89; ders., BB 2010, 19, 20.

40) MünchKommGmbHG/Heidinger, aaO (Fußn. 27), § 16 Rdn. 106; Horstkotte, ZInsO 2009, 209, 214.

41) LG München I, GmbHR 2010, 149, 150; Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts, DNotI-Report 2008, 185, 187; Heidinger in Heckschen/Heidinger, aaO (Fußn. 12), § 13 Rdn. 384; Brandmüller, MittBayNot 2010, 147, 148; D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1040; Reymann, BB 2009, 506, 510.

42) LG München I, GmbHR 2010, 149, 150; D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1040.

43) Brandmüller, MittBayNot 2010, 147, 148.

44) Vgl. zu den Folgen der Mitwirkung eines nicht in die Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafters an der Beschlussfassung ausführlich Wolff, BB 2010, 454, 457 ff.

GmbHG insbesondere Transparenz über die Anteilseignerstrukturen schaffen soll,<sup>45</sup> indem der Gesellschafterbestand immer „aktuell, lückenlos und unproblematisch nachvollziehbar“<sup>46</sup> ist. Die Regelung schützt damit – anders als die frühere Fassung – nicht allein die Gesellschaft und ihre Gesellschafter, sondern auch den gesamten Rechts- und Wirtschaftsverkehr.<sup>47</sup> Dem würde es aber gerade zuwiderlaufen, wenn § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG keine Anwendung auf Gesellschafterlisten fände, die bereits vor Inkrafttreten des MoMiG im Handelsregister aufgenommen worden sind. Müssten veraltete Listen nicht erneuert werden, würde über lange Zeit – vielleicht über Jahrzehnte – neben neuem Recht nur für veraltete Gesellschafterlisten auch altes Recht fortgelten.<sup>48</sup> Dies würde zu weitergehender Rechtsunsicherheit führen, der mit der Reform gerade entgegengewirkt werden soll. Erst recht würde dies gelten, wenn die Anwendung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG eine Veränderung des Gesellschafterbestands voraussetzt, was teilweise<sup>49</sup> befürwortet wird. Überdies ist auch nach neuem Recht aus den Gesellschafterlisten nicht zwingend ersichtlich, wann diese im Handelsregister aufgenommen worden sind,<sup>50</sup> weshalb ein Blick in die Gesellschafterliste gerade nicht ausreichend wäre, um Klarheit über den Gesellschafterbestand zu gewinnen. Das Ziel, Transparenz über die Anteilseignerstruktur der GmbH zu schaffen, würde also in weite Ferne rücken. Der mit der Neufassung von § 16 Abs. 1 GmbHG verfolgte Zweck spricht deshalb dafür, die Vorschrift auch auf Gesellschafterlisten anzuwenden, die bereits vor Inkrafttreten des MoMiG zum Handelsregister eingereicht wurden.

#### 4. Gesetzesbegründung

Hierfür finden sich weitere Argumente in der Gesetzesbegründung. Danach soll zukünftig im Verhältnis zur GmbH nur noch der in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste Eingetragene als Gesellschafter gelten.<sup>51</sup> Demzufolge soll die Neuregelung uneingeschränkt für alle Gesellschafterlisten gelten, also auch für solche, die bereits vor der Reform im Handelsregister aufgenommen wurden.<sup>52</sup> Dafür spricht auch die Erläuterung zu der Frage, wann eine Gesellschafterliste als im Handelsregister aufgenommen gilt. Es wird darauf abgestellt, dass die Liste

---

45) Begr. ReGE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 37.

46) Begr. ReGE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 38.

47) MünchKommGmbHG/Heidinger, aaO (Fußn. 27), § 16 Rdn. 109; Reymann, BB 2009, 506, 511.

48) Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts, DNotI-Report 2008, 185, 187; Wachter, ZNotP 2009, 82, 90; ders., BB 2010, 19, 20.

49) Zirngibl in Bunnemann/Zirngibl, aaO (Fußn. 23), § 4 Rdn. 20; Heckschen, aaO (Fußn. 6), Rdn. 542; Brandmüller, MittBayNot 2010, 147, 148.

50) Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts, DNotI-Report 2008, 185, 187; MünchKommGmbHG/Heidinger, aaO (Fußn. 27), § 16 Rdn. 110.

51) Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 37.

52) Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts, DNotI-Report 2008, 185, 187; MünchKommGmbHG/Heidinger, aaO (Fußn. 27), § 16 Rdn. 109.

gemäß § 9 Abs. 1 HRV in den für das entsprechende Registerblatt bestimmten Registerordner oder gemäß § 8 Abs. 2 HRV a.F. in den sog. Sonderband der Papierregister aufgenommen ist.<sup>53</sup> Die Gesetzesbegründung zu § 16 Abs. 1 GmbHG geht also davon aus, dass Listen, die nach § 8 Abs. 2 HRV a.F. im Handelsregister aufgenommen wurden, unter die Neuregelung des § 16 Abs. 1 GmbHG fallen. Die Vorschrift des § 8 Abs. 2 HRV a.F. galt aber nur bis zum Inkrafttreten des Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister (EHUG)<sup>54</sup> am 1. 1. 2007. Da das MoMiG erst am 1. 11. 2008 in Kraft trat, ergibt sich, dass von der Neuregelung des § 16 Abs. 1 GmbHG auch Gesellschafterlisten erfasst werden sollen, die vor Inkrafttreten des MoMiG im Handelsregister aufgenommen wurden. Dem ließe sich zwar entgegenhalten, dass die Bundesländer gemäß Art. 61 EGHGB zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt wurden, die eine Einreichung in Papierform für eine Übergangszeit bis zum 31. 12. 2009 bestimmen konnten, sodass jedenfalls in einigen Bundesländern<sup>55</sup> auch nach Inkrafttreten des MoMiG eine Aufnahme von Gesellschafterlisten gemäß § 8 Abs. 2 HRV a.F. möglich war. Doch geht die Gesetzesbegründung ohne nähere Erklärung davon aus, dass auch Gesellschafterlisten, die gemäß § 8 Abs. 2 HRV a.F. in den sog. Sonderband der Papierregister aufgenommen wurden, als i. S. des § 16 Abs. 1 GmbHG im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterlisten gelten, ohne auf etwaige Übergangsregelungen in den Bundesländern einzugehen. Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass die Neuregelung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG auch für vor Inkrafttreten des MoMiG im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterlisten gilt. Demnach spricht die Gesetzesbegründung insgesamt dafür, die Vorschrift auch auf alte Gesellschafterlisten anzuwenden.

## 5. Verfassungsrechtliche Bedenken

Es könnte verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen, wenn bei Anwendung von § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ein Gesellschafter, der durch Anmeldung gegenüber der Gesellschaft gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG a.F. die relative Gesellschafterstellung erworben hat, diese verliert, soweit er bei Erwerb des Geschäftsanteils nicht in die Gesellschafterliste eingetragen wurde. Dies gilt ebenso für Gesellschafter, für die nicht einmal eine Anmeldepflicht nach § 16 Abs. 1 GmbHG a.F. bestand, weil sie ihren Geschäftsanteil nicht aufgrund Veräußerung erworben haben. Denn eine Anmeldepflicht bestand nach § 16 Abs. 1 GmbHG a.F. gerade nur für Veränderungen des Gesellschafterbestands aufgrund einer Veräußerung.<sup>56</sup> Dies lässt

---

53) Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 37.

54) BGBl. I, S. 2553.

55) Von der Ermächtigung haben Berlin, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt und Rheinland-Pfalz Gebrauch gemacht, vgl. *Zirngibl* in *Bunemann/Zirngibl*, aaO (Fußn. 23), § 4 Rdn. 18, Fußn. 16.

56) *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1040.

Raum für die Annahme einer mit Art. 20 Abs. 3 GG nicht zu vereinbarenden echten Rückwirkung.<sup>57</sup>

Ob bei Maßgeblichkeit der Neuregelung eine echte Rückwirkung anzunehmen ist, erscheint zweifelhaft – wobei einmal dahingestellt sein kann, dass bei Anwendung der Neufassung von § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG auf alte Gesellschafterlisten materiell ohnehin keine Gesellschafterrechte entzogen werden, sondern diese nur zeitweise bis zur Aufnahme einer aktualisierten Gesellschafterliste nicht ausgeübt werden können.<sup>58</sup> Ungeachtet dessen bleiben die mit der Gesellschafterstellung verbundenen Rechte für die Vergangenheit bestehen, frühere Rechtshandlungen der nicht in die Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter also wegen der früheren Gesetzesfassung wirksam. Erst späteren, nach der Reform erfolgten Rechtshandlungen mangelt es an der Legitimation der Gesellschafterliste. Wird aber somit nicht in abgeschlossene Tatbestände eingegriffen, sondern entfaltet die Neuregelung Rechtswirkungen erst in der Zukunft, kommt allenfalls eine unechte Rückwirkung in Betracht. Diese ist aber grundsätzlich mit Art. 20 Abs. 3 GG vereinbar und nur im Einzelfall unzulässig.<sup>59</sup>

Knüpft man gleichwohl allein an die Begründung der relativen Gesellschafterstellung und nicht an die mit ihr verbundenen Rechte an und unterstellt man – weil § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG dann in einen abgeschlossenen Sachverhalt eingreift – eine echte Rückwirkung, ist kein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot aus Art. 20 Abs. 3 GG anzunehmen, wenn diese ausnahmsweise zulässig ist. Zweifelhaft ist nämlich, ob die Gesellschafter überhaupt schutzwürdig sind.<sup>60</sup> Denn bereits nach § 40 Abs. 1 GmbHG a. F. bestand die Pflicht, bei jeder Veränderung des Gesellschafterbestands – unabhängig davon, auf welche Weise ein Geschäftsanteil erworben wurde – eine neue Gesellschafterliste beim Handelsregister einzureichen. Zwar traf diese Pflicht (ebenso wie nach geltendem Recht) nicht die Gesellschafter, sondern die Geschäftsführer. Gesellschafter, die ihre Geschäftsführer nicht zur ordnungsgemäßen Führung der Gesellschafterliste anhalten, sind aber nicht schutzbedürftig.<sup>61</sup> Sie sind indes auch nicht schutzlos, weil sich Geschäftsführer bei Nichtbeachtung der Pflicht zur Einreichung aktualisierter Gesellschafterlisten gemäß § 40 Abs. 3 GmbHG gegenüber den Gesellschaftern schadensersatzpflichtig machen. Zudem müssen die Gesellschafter allein schon wegen der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG, der nach einer relativ kurzen Übergangsfrist auch an alte Gesellschafterlisten anknüpft, größtes Interesse

---

57) LG München I, GmbHR 2010, 149, 150; *Begemann/Galla*, GmbHR 2009, 1065, 1066; *Brandmüller*, MittBayNot 2010, 147, 148; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1040.

58) *Kallweit*, GmbHR 2010, 150, 151.

59) BVerfGE 30, 392, 404; 63, 152, 175.

60) Informationsdienst des Deutschen Notarinstututs, DNotI-Report 2008, 185, 187; MünchKommGmbHG/*Heidinger*, aaO (Fußn. 27), § 16 Rdn. 113; *Heidinger* in *Heckschen/Heidinger*, aaO (Fußn. 12), § 13 Rdn. 384; *Kallweit*, GmbHR 2010, 150, 151.

61) Informationsdienst des Deutschen Notarinstututs, DNotI-Report 2008, 185, 187; MünchKommGmbHG/*Heidinger*, aaO (Fußn. 27), § 16 Rdn. 113.

daran haben, veraltete Gesellschafterlisten zu aktualisieren.<sup>62</sup> Deshalb ist bei Anwendung von § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG auch auf Gesellschafterlisten, die bereits vor Inkrafttreten des MoMiG im Handelsregister aufgenommen wurden, nicht von einer verfassungsrechtlich unzulässigen Rückwirkung auszugehen.

#### IV. Resümee

Die umstrittene Frage, ob die Neuregelung von § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG auch für Gesellschafterlisten gilt, die bereits vor Inkrafttreten des MoMiG im Handelsregister aufgenommen wurden, ist schon wegen der Vielzahl nicht aktualisierter Gesellschafterlisten von besonderer Bedeutung. Vieles spricht dafür, die Legitimation des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft allein anhand der Eintragung in die Gesellschafterliste vorzunehmen und § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG auch auf Gesellschafterlisten anzuwenden, die bereits vor Inkrafttreten des MoMiG im Handelsregister aufgenommen wurden. Nur so lässt sich das Ziel des Gesetzgebers, Transparenz über die Anteilseignerstrukturen der GmbH zu schaffen, zeitnah verwirklichen. Dem ist die (verbleibende) Rechtsunsicherheit, dass Gesellschafter ihre durch Anmeldung gegenüber der Gesellschaft gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. erlangte relative Gesellschafterstellung bis zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste (lediglich) vorübergehend verlieren, unterzuordnen. Notaren und GmbH-Geschäftsführern ist bis zu einer höchstrichterlichen Klärung anzuraten, die Aktualität der Gesellschafterliste zu prüfen und, falls diese nicht mit der materiellen Rechtslage übereinstimmt, eine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen.

## RECHTSPRECHUNG

### I. Beurkundung und Betreuung

*BNotO § 19 Abs. 1; BeurkG § 17* (Notarielle Belehrungspflichten bei Beurkundung einer Annahmeerklärung)

**Zur Belehrungspflicht des Notars, der die Annahmeerklärung zu einem Grundstückskaufvertrag beurkundet, ohne dass ihm die von einem anderen Notar beurkundete Angebotserklärung vorliegt.**

*BGH, Urt. v. 8. 12. 2011 – III ZR 225/10*

[1] Die klagende Bauträgergesellschaft nimmt den beklagten Notar wegen Amtspflichtverletzung bei der Beurkundung einer Vertragsannahmeerklärung auf Schadensersatz in Anspruch.

62) Informationsdienst des Deutschen Notar Instituts, DNotI-Report 2008, 185, 187; MünchKommGmbHG/*Heidinger*, aaO (Fußn. 27), § 16 Rdn. 113.

[2] Die Klägerin hatte ein durch den Notar S. beurkundetes Angebot der W. B. A. K. GmbH & Co. KG vom 24. 9. 2005 erhalten, mehrere Grundstücke mit einer Gesamtfläche von 5110 m<sup>2</sup> zum Preis von 520 000,- € zu kaufen. Das Angebot enthielt in Teil A u. a. folgende Bestimmungen:

„1. ... Das Angebot kann nur insgesamt angenommen werden bis einschließlich 15. 12. 2005 und ist bis dahin unwiderruflich. Nach Ablauf dieser Frist endet das Angebot, ohne dass es widerrufen werden muss. Die Annahme hat zu notarieller Urkunde zu erfolgen und ist rechtzeitig, wenn sie bis zum Ablauf der Frist zur Urkunde eines deutschen Notars erklärt wurde. Des Zugangs der Annahmeerklärung beim Anbietenden bedarf es nicht. Er ist jedoch von der Annahme unverzüglich zu unterrichten.

2. Zwangsvollstreckungsunterwerfung. Der Angebotsempfänger hat sich in der Annahmeerklärung wegen der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen zu unterwerfen ...“

[3] In der Folgezeit schloss die Klägerin mit neun Bewerbern Bauträgerverträge über die Errichtung von Eigenheimen auf den betroffenen Grundstücken.

[4] Am 15. 12. 2005 suchte der Geschäftsführer der Klägerin den Beklagten wegen der Beurkundung der Annahme des Kaufvertragsangebots auf. Vor der Beurkundung wurde dem Beklagten von der Klägerin ein Entwurf der Annahmeerklärung aus dem Notariat des Notars S. übergeben; ob auch die Angebotserklärung vorlag, ist zwischen den Parteien streitig. Der Beklagte legte seiner Beurkundung den Entwurf zugrunde. In der Vorbemerkung der Urkunde wird auf das notariell beurkundete Kaufvertragsangebot Bezug genommen. Der Geschäftsführer der Klägerin erklärte sodann im Abschnitt „Annahme“:

„1. Das der R. B. GmbH (Klägerin) in der vorgenannten Urkunde gemachte, ihr in allen Teilen bekannte Vertragsangebot, von dem ihr eine Ausfertigung zugegangen ist, nehme ich hierdurch in vollem Umfange an.

2. Zu diesem Zwecke gebe ich alle einseitigen, in dem Kaufvertragsangebot enthaltenen Erklärungen ab.

3. Ferner trete ich vorsorglich bereits jetzt sämtlichen grundbuchlichen Erklärungen bei. Sämtliche in der Angebotsurkunde enthaltenen Vollmachten werden bestätigt bzw. wiederholt.“

[5] Die Urkunde enthielt nicht die im Angebot vorgesehene Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung der Klägerin. (...)

[11] Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

[12] 1. Allerdings geht das BerufungsG zutreffend davon aus, dass die Klägerin für ihren Vorwurf, der Beklagte habe bei der Beurkundung der Annahmeerklärung die Angebotsklärung nicht zur Kenntnis genommen und sich nicht darum bemüht, diese zu erhalten, beweispflichtig ist und diesen Beweis nicht geführt hat.

[13] 2. Den Beklagten traf jedoch in der vorliegenden Fallgestaltung keine Pflicht, den Geschäftsführer der Klägerin darüber zu belehren, dass ein wirksamer Vertragsschluss nur zu erwarten sei, wenn die Annahmeerklärung der Angebotserklärung entspreche.

[14] a) Nach der Rechtsprechung des BGH erschöpft sich die Pflicht zur Rechtsbelehrung bei der Beurkundung der Annahme eines vorgegebenen Vertragsangebots in der Aufklärung über die rechtliche Bedeutung der Annahmeerklärung. Der Inhalt des Vertragsangebots, dem die Annahme gilt, gehört nicht zur rechtlichen Tragweite des in einem solchen Fall beurkundeten Geschäfts. Der Umfang der geschuldeten Belehrung gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG ist auf die rechtlichen Auswirkungen der Annahmeerklärung und damit abstrakt auf die Gefahren beschränkt, die mit jedem Kaufvertrag verbunden sind. (...)

[15] b) Zu diesen Belehrungspflichten kann es nach der jeweiligen Sachlage des Falls gehören, dass der Vertrag nur zustande kommt, wenn Angebot und Annahme inhaltlich übereinstimmen und etwaige einseitige Erklä-

rungen des Annehmenden, von denen der Vertragsschluss nach dem Angebot abhängig sein soll, abgegeben werden. Eine solche Belehrung ist jedoch nicht erforderlich, wenn es ausgeschlossen erscheint, dass die Erklärungen des Annehmenden hinter den Anforderungen der Angebotsurkunde zurückbleiben. Denn die Belehrung hat, auch soweit es um die abstrakten Risiken eines jeden Kaufvertrages geht, fallbezogen zu erfolgen; es ist nicht formelhaft oder „ins Blaue hinein“ über alle nur denkbaren, fernliegenden Risiken zu belehren (BGH, Senatsurt. v. 2. 6. 2005 – III ZR 306/04<sup>1</sup>, NJW 2005, 3495; Urt. v. 27. 10. 1994 – IX ZR 12/94<sup>2</sup>, NJW 1995, 330, 331; *Sandkühler* in *Arndt/Lerch/Sandkühler*, BNotO, 6. Aufl., § 14 Rdn. 140; *Armbrüster* in *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG/DONot, 5. Aufl., § 17 Rdn. 30).

[16] c) Gemessen hieran war eine Belehrung darüber, dass der Vertragsschluss scheitern könnte, weil sich Angebot und Annahme nicht vollständig decken, nicht erforderlich. Denn der vom Beklagten der Beurkundung zugrunde gelegte Entwurf des Notars S. sah vor, dass die Klägerin – wie geschehen – das ihr in allen Teilen bekannte Vertragsangebot in vollem Umfang annahm. Unter solchen Umständen hätte es nur dann zu einem unwirksamen Vertrag kommen können, wenn die Angebotserklärung mit entsprechenden Mängeln behaftet gewesen wäre, über die der Beklagte jedoch – wie zu Buchst. a ausgeführt – nicht belehren musste. Es fehlt damit aus der Sicht des die Annahmeerklärung beurkundenden Beklagten jeder Anhaltspunkt, der Zweifel i. S. des § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG an der Wirksamkeit der Annahmeerklärung begründen konnte.

[17] d) Richtig ist allerdings, dass sich aus der Angebotserklärung weitere Maßgaben oder Bedingungen ergeben konnten, die zwar nicht unmittelbar den Inhalt des zu schließenden Kaufvertrages betrafen, aber zusätzlich vom Anbietenden ausbedungen waren, wie hier die in der Annahmeerkunde und damit innerhalb der Frist für die Annahme abzugebende Unterwerfungserklärung der Käuferin. Der Beklagte hat insoweit in erster Instanz geltend gemacht, er habe den Geschäftsführer der Klägerin über „mögliche Unsicherheiten“ belehrt und darauf hingewiesen, „dass es potenziell gefährlich sei, wenn er die Annahme beurkunde, ohne das Angebot – wenn auch nur in kopierter textlicher Form – gesehen zu haben, weil er z. B. nicht für einzuhaltende Fristen, zu übernehmende Bedingungen, sonstige Umstände und Tatsachen der Abwicklung hinsichtlich der Urkunde Gewähr übernehmen könne“; in seiner Anhörung vor dem LG hat er ausgesagt, er habe darauf hingewiesen, „dass in dem Angebot gewisse Fristen, Bedingungen stehen könnten, die bei der Beurkundung berücksichtigt werden müssten“.

[18] Eine solche Belehrung genügt den Anforderungen des § 17 Abs. 1 BeurkG. Sie trifft mit dem Hinweis auf mögliche Bedingungen die dem Beklagten mangels Vorliegens der Angebotsurkunde nicht erkennbare Gefahrenlage, die sich hier verwirklicht hat. Auch wenn die Belehrung nicht unmittelbar dahin geht, dass aufgrund der angeführten Umstände der Vertrag unwirksam sein könnte, macht sie mit dem Hinweis auf mögliche

---

1) DNotZ 2005, 847.

2) DNotZ 1995, 407.



Unsicherheiten und die Notwendigkeit, etwa enthaltene Bedingungen zu berücksichtigen, für den nach eigener Einschätzung in Grundstücksgeschäften ausreichend (beurkundungs-)erfahrenen Geschäftsführer eines Bauträgerunternehmens hinreichend eine Risikolage deutlich, die im Hinblick auf die auf den letzten Tag der Annahmefrist terminierte Beurkundung das Scheitern des Vertragsschlusses bedeuten konnte. Die Hervorhebung denkbarer Bedingungen, wie die von der Klägerin in der Revisionsverhandlung als üblich bezeichnete Unterwerfungserklärung des Käufers, war bei dieser Sachlage ebenfalls nicht erforderlich. (...)

## II. Liegenschaftsrecht

**Nr. 1** BGB § 1018; WEG §§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 3 (Keine Belastung eines Sondernutzungsrechts mit einer Grunddienstbarkeit)

**Ein einzelner Wohnungseigentümer kann ein durch Vereinbarung begründetes Sondernutzungsrecht an einem Gegenstand außerhalb der Wohnung (hier: einem Pkw-Stellplatz) nicht mit einer Grunddienstbarkeit belasten.**

*OLG Schleswig, Beschl. v. 3. 8. 2011 – 2 W 2/11*

I. Die Beteiligten begehren die Eintragung einer Grunddienstbarkeit, die sich auf einen der Beteiligten zu 1) zustehendes Sondernutzungsrecht an einem Carport-Stellplatz bezieht.

Die Beteiligten zu 1) sind je zur ideellen Hälfte als Eigentümer im Wohnungsgrundbuch von ... Blatt 7712 eingetragen. Der betroffene Grundbesitz besteht aus einem <sup>299/10000</sup> Miteigentumsanteil an dem 4523 m<sup>2</sup> großen Flurstück 48/36 ..., verbunden mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit der Nr. 3 bezeichneten Wohnung. Die Wohnungseigentumsanlage umfasst die Postanschriften A.-Str. 13, 15, 17 und 19 in ...

Die Beteiligten zu 2) sind als Eigentümer im Wohnungsgrundbuch von ... Blatt 7556 eingetragen, und zwar ebenfalls jeweils zur ideellen Hälfte. Ihr Wohnungseigentum ist Bestandteil der Wohnungseigentumsanlage, die sich auf dem 5548 m<sup>2</sup> großen Flurstück 48/12 ... befindet und die Postanschriften A.-Str. 18, 20, 22, 24, 26, 28, 30 und 32 in ... umfasst.

Mit notariellem Vertrag vom 27. 4. 2010 erwarben die Beteiligten zu 1) zum Preis von 5000,- € das Sondernutzungsrecht an dem mit der Nr. 59 gekennzeichneten Carport-Stellplatz in der Wohnungseigentumsanlage A.-Str. 13-19 (UR-Nr. 613/2010 des Notars B.). Am 1. 6. 2010 wurde in das Bestandsverzeichnis des betroffenen Grundbuchs eingetragen, dass dem Sondereigentum das Sondernutzungsrecht an dem Kraftfahrzeugstellplatz Nr. 59 zugeordnet ist.

Am 12. 10. 2010 schlossen die Beteiligten zu 1) und 2) eine notarielle Vereinbarung über die Nutzung dieses Stellplatzes durch die Beteiligten zu 2) (UR-Nr. 1530/2010 des Notars B.). In dem Vertrag heißt es zu Ziff. 2 und 3:

„2. An diesem Sondernutzungsrecht räumt die Vertragspartei 1 dem jeweiligen Eigentümer des Grundvermögens, eingetragen im Grundbuch von ... Blatt 7556 – bei mehreren Eigentümern untereinander als Gesamtgläubiger gemäß § 428 BGB – ein unbefristetes Nutzungsrecht ein.

Zurzeit ist die Vertragspartei 2 Eigentümer des Grundvermögens, eingetragen im Grundbuch von ... Blatt 7556.

Die Vertragsparteien 1 und 2 bewilligen die Eintragung einer entsprechenden Grunddienstbarkeit in das Grundbuch von ... Blatt 7712.

Der Wert dieser Dienstbarkeit wird angegeben mit 5,- € monatlich.

3. Schuldrechtlich wird Folgendes vereinbart:

Alle Kosten, Steuern und Abgaben, die mit dem hier übertragenen Sondernutzungsrecht verbunden sind, trägt Vertragspartei 2.

Alle Renovierungs- und Wartungs- und Instandhaltungsarbeiten trägt Vertragspartei 2 auf eigene Kosten und übernimmt alle Rechte und Pflichten aus der Teilungserklärung vom 6. 12. 2007 – UR-Nr.: 2255/2007 Notar B. – und hält die Vertragspartei 1 diesbezüglich von allen Verpflichtungen frei.“

Mit Schriftsatz vom 13. 10. 2010 hat der beurkundende Notar den Vertrag vom 12. 10. 2010 beim GBA eingereicht und „gemäß § 15 GBO“ beantragt, die Grunddienstbarkeit im betroffenen Grundbuch einzutragen. Das GBA hat den Beteiligten zunächst mit Schreiben vom 20. 10. 2010 den Hinweis erteilt, ein einzelnes Wohnungseigentum könne nicht mit einer Dienstbarkeit belastet werden, deren Ausübungsbereich das Sondernutzungsrecht des Wohnungseigentümers am gemeinschaftlichen Eigentum sei. Sodann hat das GBA durch Beschl. v. 7. 12. 2010 den Antrag vom 13. 10. 2010 mit dieser Begründung zurückgewiesen.

Dagegen richtet sich die Beschwerde, die der Notar mit Schriftsatz vom 20. 12. 2010 beim GBA eingelegt hat. (...)

II. Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1. (...)

2. Die Beschwerde ist unbegründet. Das GBA hat den Eintragungsantrag vom 13. 10. 2010 zu Recht nach Gewährung rechtlichen Gehörs zurückgewiesen, weil ein nicht behebbares Eintragungshindernis vorliegt. Ein einzelnes Wohnungseigentum kann nicht mit einer Dienstbarkeit belastet werden, deren Ausübungsbereich ausschließlich ein dem Wohnungseigentum zugeordnetes Sondernutzungsrecht am gemeinschaftlichen Eigentum ist.

a) Nach § 1018 1. Alt. BGB kann ein Grundstück zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks in der Weise belastet werden, dass dieser das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf. Dabei kann die Dienstbarkeit nur durch Belastung des Gesamtgrundstücks und nicht lediglich eines Miteigentumsanteils bestellt werden (BGHZ 36, 187; vgl. auch die Nachw. bei BayObLG, NJW 1975, 59 f., juris, Rdn. 16). Dementsprechend bedarf es zur Bestellung einer Grunddienstbarkeit am gemeinschaftlichen Eigentum einer Wohnungseigentümergeinschaft grundsätzlich der Bewilligung sämtlicher Miteigentümer und der Belastung des ganzen Grundstücks durch Eintragung in allen Wohnungsgrundbüchern (vgl. nur BayObLG, aaO). Dagegen kann der einzelne Eigentümer an seinem Wohnungseigentum durchaus selbstständig einem Dritten ein Wohnungsrecht bestellen. Damit wird dem Berechtigten zugleich die alleinige Nutzungsbefugnis an dem zur Sondernutzung zugewiesenen Teil des gemeinschaftlichen Eigentums übertragen (BayObLG, Rpfleger 1998, 68<sup>1</sup>; OLG Hamm, NJW-RR 2000, 1403 ff.<sup>2</sup>; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdn. 2952).

b) In Rechtsprechung und Literatur ist jedoch streitig, ob die Belastung des Gemeinschaftseigentums einer Wohnungseigentümergeinschaft nur durch Eintragung in sämtlichen Wohnungsgrundbüchern und mit Bewilligung aller Eigentümer erfolgen kann, wenn sich die Ausübung der Dienst-

1) DNotZ 1998, 384.

2) DNotZ 2001, 216.

barkeit – wie hier – ausschließlich auf das einem einzelnen Wohnungseigentümer eingeräumte Sondernutzungsrecht beziehen soll.

In der obergerichtlichen Rechtsprechung sowie in Teilen des Schrifttums wird dies für erforderlich gehalten (BayObLG, NJW 1975, 59 f.; DNotZ 1990, 496 ff.; NJW-RR 1997, 1236 f.<sup>3</sup>; Rpfleger 1998, 68<sup>1</sup>; OLG Karlsruhe, Rpfleger 1975, 356 f. mit krit. Anm. Noack, der allerdings für den Fall eines Sondernutzungsrechts an einem Pkw-Stellplatz die Rechtsprechung des Bay-ObLG billigt; KG, Rpfleger 1976, 180 f.; OLG Düsseldorf, DNotZ 1988, 31 f.; OLG Zweibrücken, NJW-RR 1999, 1389; OLG Hamm, NJW-RR 2000, 1403 ff.<sup>2</sup>; OLG Hamburg, ZMR 2001, 380 f.; ZMR 2004, 616 f.; *Schöner/Stöber*, aaO, Rdn. 2952; *Demharter*, Anh. § 3 Rdn. 68; *Böhringer* in *Meikel*, GBO, 10. Aufl., § 48 Rdn. 19; *Grziwotz* in *Jennißen*, WEG, 2. Aufl., § 5 Rdn. 59; *Palandt/Bassenge*, BGB, 70. Aufl., § 6 WEG Rdn. 9; *Zimmermann*, Rpfleger 1981, 333, 335 ff.; *Ertl*, DNotZ 1988, 4 ff., 13 ff.; Darstellung des Streitstandes auch bei *Schneider*, Rpfleger 1998, 53 ff., 58).

Nach der in der Literatur vertretenen Gegenauffassung soll dagegen die Bestellung einer Dienstbarkeit, die ausschließlich zum Gebrauch von Gemeinschaftseigentum im Sondernutzungsrecht eines Wohnungseigentümers berechtigt, möglich sein. Einzelne Vertreter dieser Auffassung wollen dabei lediglich die Bestellung einer derartigen Dienstbarkeit für Mitglieder der betreffenden Eigentümergemeinschaft zulassen (*Röll*, Rpfleger 1978, 352 f.; *Amann*, DNotZ 1990, 498 ff.). Andere Autoren nehmen diese Einschränkung nicht vor (*Ott*, DNotZ 1998, 128 ff.; *von Oefele*, DNotZ 2001, 219 ff.; *Mayer* in *Staudinger*, BGB [2009], § 1018 Rdn. 60). Nach dem von den Beteiligten vorgelegten Gutachten des Deutschen Notarinstituts (DNotI-Report 1999, 165 f.) soll die herrschende Meinung „zumindest erschüttert“ sein.

c) Höchstrichterliche Rechtsprechung ist zu einem Fall, der dem vorliegenden entspricht, bisher nicht ergangen.

Der BGH hat allerdings bereits entschieden, dass für die Frage, ob eine Belastung aller Wohnungseigentumseinheiten mit einer Dienstbarkeit erforderlich ist oder ob die Belastung eines einzelnen Wohnungseigentums ausreicht, nicht darauf abzustellen ist, ob der von der Ausübung der Dienstbarkeit betroffene Gegenstand dem Gemeinschafts- oder dem Sondereigentum zuzurechnen ist (BGHZ 107, 289<sup>4</sup>). Es genügt danach vielmehr, wenn durch die Dienstbarkeit allein aus dem Sondereigentum fließende Befugnisse betroffen sind (BGH, aaO<sup>4</sup>).

Im konkreten Fall hatte der BGH darüber zu entscheiden, ob das Wohnungseigentum eines einzelnen Eigentümers zugunsten des jeweiligen Eigentümers einer anderen Wohnung mit einer Dienstbarkeit belastet werden kann, wonach der Eigentümer der belasteten Wohnung ein bestimmtes Fenster in seiner Wohnung ständig geschlossen zu halten hat. Dabei hat der BGH es als nicht entscheidend angesehen, ob das Fenster in den Räumen der Wohnung seinerseits auch zum Sondereigentum oder aber zum Gemeinschaftseigentum gehört. Nur die jeweiligen Wohnungseigentümer selbst seien befugt, die Fenster in ihrer Wohnung nach Belieben zu öffnen und zu schließen. Die Rechte der anderen Miteigentümer würden daher jedenfalls nicht von der Belastung betroffen, die sich allein auf die Nutzung der einzelnen Wohnung beziehe, sodass es nicht der Bestellung einer

3) DNotZ 1998, 125.

4) DNotZ 1990, 493.

entsprechenden Dienstbarkeit in sämtlichen Wohnungsgrundbüchern bedürfe (BGH, aaO<sup>4</sup>). Es komme auch nicht darauf an, ob der Wohnungseigentümer sein alleiniges Gebrauchsrecht an den Fenstern durch die Bestellung eines Wohnungsrechts (also über die gesamte Wohnung) an den Berechtigten mitübertrage oder ob ausschließlich diese Befugnis zum Gegenstand der Belastung gemacht werde (BGH, aaO<sup>4</sup>).

Der BGH hat in dieser Entscheidung jedoch ausdrücklich betont, dass es für den konkreten Fall auf die streitige Rechtsfrage der Belastbarkeit eines Wohnungseigentums in Bezug auf vereinbarte Sondernutzungsrechte am Gemeinschaftseigentum nicht ankomme. Im dort zu entscheidenden Fall sei kein durch Vereinbarung begründetes Sondernutzungsrecht an einem Gegenstand außerhalb der Wohnung betroffen (BGH, aaO<sup>4</sup>).

So aber liegt es hier. Betroffen ist ein Carport-Stellplatz, der sich außerhalb der Wohnung der Beteiligten zu 1) befindet. Die Wohnungen der Beteiligten zu 1) (dienendes Grundstück) und der Beteiligten zu 2) (herrschendes Grundstück) befinden sich dabei in verschiedenen Wohnungseigentumsanlagen. Die begehrte Eintragung könnte hier daher nur dann erfolgen, wenn die Bestellung einer Dienstbarkeit, die allein zum Gebrauch von Gemeinschaftseigentum im Sondernutzungsrecht eines Wohnungseigentümers berechtigt, ohne Einschränkung möglich wäre.

d) Dies ist jedoch nach Auffassung des Senats nicht der Fall. Der oben dargestellten herrschenden Meinung ist zuzustimmen.

Diese geht zunächst zu Recht davon aus, dass im Hinblick auf die gebotene Klarheit des Grundbuchs keine wirtschaftliche Betrachtungsweise, sondern eine formal sachenrechtliche anzustellen ist (OLG *Karlsruhe*, Rpfleger 1975, 356 f.; ähnlich OLG *Hamburg*, ZMR 2004, 616 ff., unter Hinweis auf den *numerus clausus* des Sachenrechts). Die bereits oben zitierten Vertreter dieser Auffassung stellen zutreffend darauf ab, dass Nutzungs- und Belastungsgegenstand in Fällen wie dem vorliegenden das gemeinschaftliche Grundstück ist, während das Sondernutzungsrecht kein selbstständiges, für sich belastbares dingliches Recht darstellt.

Die Gegenmeinung weist zwar im Ansatz zutreffend darauf hin, dass auch ein im Grundbuch eingetragenes Sondernutzungsrecht dingliche und nicht nur schuldrechtliche Wirkung habe (*Röll*, Rpfleger 1978, 352 f.).

Das eingetragene Sondernutzungsrecht hat dingliche Wirkung jedoch nur in der Weise, dass es nach § 10 Abs. 3 WEG n. F. (= Abs. 2 a. F.) zum Inhalt des Sondereigentums wird und damit für und gegen die Rechtsnachfolger der einzelnen Wohnungseigentümer wirkt. Ein selbstständiges dingliches Recht ist es jedoch nicht (vgl. BGHZ 73, 145<sup>5</sup>).

Im Ergebnis führt diese formale Betrachtungsweise zwar dazu, dass alle Wohnungseigentümer bei der Bestellung einer Dienstbarkeit mitwirken müssen, die faktisch nur für die Eigentümer der Wohnung Auswirkungen hat, der das betroffene Sondernutzungsrecht am Stellplatz zugeordnet ist. Die anderen Eigentümer dürften den Stellplatz ohnehin nicht nutzen.

Die Gegenauffassung wirft der herrschenden Meinung daher vor, sich an „Strukturvorstellungen“ zu orientieren und nicht an dem einfachen Grundsatz, dass niemand mehr

---

5) DNotZ 1979, 168.

Rechte übertragen könne, als er selber habe (*Röll*, Rpfleger 1978, 352 f.). Eine Dienstbarkeit könne bestellt werden, sofern ihr Ausübungsbereich nur nicht den Ausübungsbereich des Sondernutzungsrechts überschreite (*von Oefele*, DNotZ 2001, 222). Maßgeblich sei, wessen Befugnisse die Ausübung der Dienstbarkeit berühre (*Amann*, DNotZ 1990, 499). Die nur auf Teilhabe an einem Sondernutzungsrecht gerichtete Dienstbarkeit erhalte keine überzeugendere Entstehungsgrundlage, wenn sie auch durch diejenigen Personen bestellt werde, die von der Nutzung für immer ausgeschlossen seien; ihre insoweit befugnislose Miteigentümerstellung genüge dafür nicht (*Amann*, aaO, S. 501). Die herrschende Meinung verharre zu sehr in konstruktiv-dogmatischen Überlegungen (*Mayer in Staudinger*, aaO, § 1018 Rdn. 60).

Es ist auch durchaus nachvollziehbar, dass die Beteiligten zu 2) eine dingliche Absicherung ihrer Position wünschen. Diese können sie nicht einfach dadurch erlangen, dass die Beteiligten zu 1) ihnen das Sondernutzungsrecht übertragen. Die Übertragung eines Sondernutzungsrechts kann jedenfalls nur an Mitglieder der jeweiligen Wohnungseigentümergeinschaft erfolgen und nicht an Wohnungseigentümer einer benachbarten Anlage. Ein praktisches Bedürfnis an der Umsetzung der gewählten Konstruktion kann daher durchaus bestehen (anders OLG *Hamburg*, ZMR 2001, 381). Gleichwohl rechtfertigt dieses praktische Bedürfnis es grundsätzlich nicht, unter Verstoß gegen sachenrechtliche Grundsätze ein dingliches Recht zu bestellen.

Gerade für die Frage, ob eine dingliche Absicherung eines Nutzungsrechts (hier: für die Beteiligten zu 2) möglich ist, ist nicht auf praktische Bedürfnisse abzustellen. Vielmehr ist die im Gesetz vorgesehene, sachenrechtliche Lage maßgeblich. Danach kann aber weder das Sondernutzungsrecht als solches Belastungsgegenstand sein, noch das gesamte Grundstück ohne Mitwirkung der anderen Wohnungseigentümer mit einer Dienstbarkeit belastet werden. Die Belastung des Sondernutzungsrechts selbst ist, wie bereits ausgeführt, schon deshalb nicht möglich, weil das Sondernutzungsrecht kein dingliches Recht ist. Der Gesetzgeber hat im Übrigen bei der Neufassung des § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG zum 1. 7. 2007 auch nur die Möglichkeiten genannt, dass ein Sondernutzungsrecht aufgehoben, geändert oder übertragen wird. Von einer Belastung des Sondernutzungsrechts als solchem ist dort nicht die Rede. Wenn die Belastung sich dagegen auf das gemeinschaftliche Eigentum an den Stellplatzflächen bezieht, bedarf es dafür der Mitwirkung aller Wohnungseigentümer, und zwar selbst dann, wenn sich der Ausübungsbereich auf den Bereich eines Sondernutzungsrechts beschränkt.

Grundsätzlich müssen Wohnungseigentümer, die die Ausübung von Sondernutzungsrechten über die Grenzen der eigenen Anlage hinaus wünschen, dementsprechend auf die Möglichkeit langfristiger schuldrechtlicher Vereinbarungen verwiesen werden. Diese können auch Klauseln enthalten, wonach die wechselseitigen Verpflichtungen auf die jeweiligen Rechtsnachfolger übertragen werden müssen. Falls eine Wohnungseigentümergeinschaft über zu wenig Stellplätze verfügt, besteht durchaus auch die Möglichkeit, dass der Eigentümer benachbarter Flächen (ggf. alle Eigentümer einer benachbarten Wohnungseigentümergeinschaft) die Eintragung einer Dienstbarkeit zugunsten der jeweils anderen Gemeinschaft bewilligen.

Eine andere Beurteilung ergibt sich für den vorliegenden Fall auch nicht aus der zitierten Entscheidung des BGH (BGHZ 107, 289<sup>4</sup>). Es kann nicht

bereits darauf abgestellt werden, dass das dieser Entscheidung zugrunde liegende „faktische“ Sondernutzungsrecht innerhalb einer einzelnen Wohnung mit dem hier vorliegenden eines vereinbarten Sondernutzungsrechts an einem Stellplatz vergleichbar sei (so *Amann*, DNotZ 1990, 499, 500; *Ott*, DNotZ 1998, 129, 130).

Der BGH hatte über den Sonderfall zu entscheiden, dass eine Dienstbarkeit in Bezug auf ein Fenster werden sollte, das sich im räumlich abgegrenzten, gegenständlichen Bereich des Sondereigentums befand (auf diesen Unterschied stellen ebenfalls ausdrücklich ab BayObLG, DNotZ 1990, 496 ff.; NJW-RR 1997, 1236 f.<sup>3</sup>; OLG *Zweibrücken*, NJW-RR 1999, 1389; OLG *Hamburg*, ZMR 2001, 380 f.). Es bestand dort ein besonderes Regelungsbedürfnis dafür, zu vermeiden, dass die Möglichkeit der Belastung eines einzelnen Wohnungseigentums letztlich von der Frage abhängt, ob ein Gegenstand innerhalb der einzelnen Wohnung auch rechtlich zum Sondereigentum gehört oder – sei es wegen fehlender Sondereigentumsfähigkeit, sei es im Hinblick auf die Regelung in der Teilungserklärung – zum Gemeinschaftseigentum.

Dass eine Dienstbarkeit ausschließlich in Bezug auf einen im Gemeinschaftseigentum befindlichen Stellplatz nur für ein einzelnes Wohnungseigentum bestellt werden kann, folgt im Übrigen auch nicht daraus, dass die Belastung des jeweiligen Wohnungseigentums (insgesamt) mit einem Wohnungsrecht möglich ist (BayObLG, DNotZ 1990, 496 ff.; NJW-RR 1997, 1236 f.<sup>3</sup>). Aus dem Wohnungsrecht ergibt sich dann zwar für den Berechtigten zugleich die Befugnis, die für das Wohnungseigentum bestellten Sondernutzungsrechte am gemeinschaftlichen Eigentum auszuüben. Dies bedeutet aber nicht zwingend, dass das einzelne Wohnungseigentum auch in der Weise belastet werden kann, dass nur der Bereich des Sondernutzungsrechts zum Ausübungsbereich einer Dienstbarkeit gemacht wird. Der Berechtigte eines Wohnungsrechts darf auch die nicht von einem Sondernutzungsrecht erfassten Bereiche des Gemeinschaftseigentums in gleicher Weise nutzen, wie der Wohnungseigentümer es sonst dürfte. Gleichwohl kann unzweifelhaft keine Dienstbarkeit bestellt werden, die nur diesen Inhalt hat.

Den Befürwortern einer isolierten Belastung nur in Bezug auf das Sondernutzungsrecht ist zwar zuzugeben, dass die anderen Wohnungseigentümer von einer Belastung des Gemeinschaftseigentums tatsächlich nicht betroffen sind, wenn sich diese nur auf den Bereich eines Sondernutzungsrechts bezieht. Diese Erwägung ist aber im Regelfall – wenn kein ganz speziell gelagerter Fall wie derjenige vorliegt, über den der BGH zu entscheiden hatte – kein ausreichender Grund, von der formal sachenrechtlichen Betrachtungsweise abzuweichen. (...)

**Nr. 2** *WEG §§ 1 Abs. 5, 5 Abs. 1, 8, 10 Abs. 3; GBO §§ 16 Abs. 2, 18 Abs. 1* (Begründung eines Sondernutzungsrechts an einem Balkon; Balkon als Bestandteil des Sondereigentums)

**Der einem Sondereigentum (Wohnung) vorgelagerte Balkon ist auch ohne gesonderte Erklärung Bestandteil dieses Sondereigentums, sodass an ihm ein Sondernutzungsrecht für dessen Eigentümer nicht begründet werden kann.**

*OLG München, Beschl. v. 23. 9. 2011 – 34 Wx 247/11*

I. Zu notarieller Urkunde vom 18. 11. 2010 begründeten die Beteiligten zu 1) und 2) an dem ihnen in Gütergemeinschaft gehörenden Grundstück dergestalt Wohnungseigentum, dass sie es gemäß § 8 WEG in zwei Miteigentumsanteile aufteilten und mit jedem Miteigentumsanteil das Sondereigentum an den im Aufteilungsplan mit 1 bzw. 2 bezeichneten Räumen sowie mit einem weiteren mit „AR“ bezeichneten Raum im Kellergeschoss verbanden. Nach der zugleich errichteten Gemeinschaftsordnung sollte dem jeweiligen Eigentümer der Einheit 1 das Recht auf alleinige und ausschließliche Nutzung und Verwaltung des im Aufteilungsplan „EG“ mit SNR 1 bezeichneten und blau umrandeten Balkons zustehen.

Soweit noch erheblich erging auf den Vollzugsantrag am 10. 5. 2011 folgende fristsetzende Zwischenverfügung des GBA:

Nach der notariellen Urkunde und dem beigefügten Lageplan handele es sich bei dem erwähnten Balkon um Sondereigentum. Für die Bestellung eines Sondernutzungsrechts an dem Balkon für den Eigentümer des Sondereigentums bestehe kein Rechtsschutzbedürfnis. Entweder solle festgestellt werden, dass es sich bei dem Balkon aufgrund seiner teils ebenerdigen Lage um eine Terrasse handele, oder aber der Antrag solle dahin geändert werden, dass kein Sondernutzungsrecht an dem Balkon bestellt werde.

Hiergegen richtet sich das vom beurkundenden Notar eingelegte Rechtsmittel. Der im Aufteilungsplan mit Balkon bezeichnete Gebäudeteil sei einerseits aufgrund der Anlage des Gebäudes tatsächlich ein Balkon und andererseits eine vom gemeinschaftlichen Grundstück aus mittels ein paar Stufen zu erreichende Terrasse. Dieser Teil sei mangels Abgeschlossenheit nicht sondereigentumsfähig, somit Gemeinschaftseigentum. Um die alleinige Nutzungsmöglichkeit des Gebäudeteils durch den unmittelbar daran angrenzenden Sondereigentümer der Einheit 1 zu ermöglichen, biete sich die Begründung eines Sondernutzungsrechts an. Der Balkon sei kein Sondereigentum und könne auch nicht zu Sondereigentum erklärt werden. (...)

II. Die nach Sachlage namens der Beteiligten zu 1) und 2) als der teilenden Eigentümer gemäß § 15 Abs. 2 GBO erhobene Beschwerde (§§ 18 Abs. 1, 71 Abs. 1, 73 Abs. 1 und 2 GBO) hat im Wesentlichen keinen Erfolg. Dem Eintragungsantrag fehlt, bezogen auf das Sondernutzungsrecht, die Eintragungsfähigkeit. Der Antrag richtet sich darauf, eine (verdinglichte) Berechtigung (vgl. § 10 Abs. 3 WEG) an dem zu schaffenden Sondereigentum einzutragen, die es nur für das Gemeinschaftseigentum gibt (vgl. *Kümmel* in *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 9. Aufl., § 13 Rdn. 24; *Hügel/Kral*, GBO, 2. Aufl., Wohnungseigentum, Rdn. 44, 45) und wofür auch nur ein Bedürfnis besteht.

Die Aufforderung, den Antrag zu ändern, nämlich einen beanstandeten Antrag zurückzunehmen, wodurch die Vollziehung der übrigen Anträge ermöglicht wird, ist bei verbundenen Anträgen (§ 16 Abs. 2 GBO) durch Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO zulässig (BayObLGZ 1977, 268, 271<sup>1</sup>; *Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 18 Rdn. 37 m.w.Nachw.). Zur Beseitigung des aufgezeigten Eintragungshindernisses geeignet erscheint hingegen nicht die alternativ aufgegebene, auf den Balkon bezogene Klarstellung des Antrages.

Die Unterlagen, namentlich die Bauzeichnung nach § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG, lassen nämlich von vornherein eine Auslegung, dass es sich bei dem von außen nur über eine Treppe erreichbaren und mit einer massiven umlaufenden Außenbrüstung versehenen Gebäudeteil um eine (ebenerdige) Terrasse handele, an der Gemeinschaftseigentum bestände (vgl. *Schneider* in *Riecke/Schmid*, WEG, 3. Aufl., § 5 Rdn. 71 m.w.Nachw.) und demnach die Begründung eines Sondernutzungsrechts zulässig wäre, nicht zu.

1) DNotZ 1978, 159.

1. Der Senat ist nicht der Auffassung, dass im Hinblick auf die fehlende Raumeigenschaft Sondereigentum gemäß § 5 Abs. 1 Alt. 1 WEG an einem Balkon nicht gebildet werden kann (so aber *Rapp* in Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Aufl., A III Rdn. 29d m.w.Nachw.).

Folge dieser Auffassung wäre es in der Tat, mangels allseitig fester Abgeschlossenheit auch an den nicht konstruktiven Teilen des Balkons von Gemeinschaftseigentum auszugehen und daran für den Sondereigentümer der anliegenden Wohnung ein Sondernutzungsrecht zu begründen (*Rapp*, aaO).

2. Indessen folgt der Senat der ganz herrschenden Meinung, dass ein Balkon als durch eine Brüstung begrenzter Raum sondereigentumsfähig ist (BayObLGZ 1974, 269, 271; auch Senat v. 30. 1. 2007 – 34 Wx 116/06<sup>2</sup>, NZM 2007, 369; *Bärman/Armbrüster*, WEG, 11. Aufl., § 5 Rdn. 55; *Timme/Kesseler*, WEG, § 5 Rdn. 65; *Vandenhouten* in *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 9. Aufl., § 5 Rdn. 13).

a) Nach verbreiteter Ansicht ist ein zu einer Wohnung gehörender Balkon dann dem Gemeinschaftseigentum zuzurechnen, wenn er in der Teilungserklärung nicht ausdrücklich mit dem Sondereigentum an einer Wohnung verbunden wird und im Aufteilungsplan mit derselben Nummer der Wohnung bezeichnet ist (vgl. *Bärman/Armbrüster*, § 5 Rdn. 55 m.w.Nachw.; exemplarisch LG *Wuppertal*, RNotZ 2009, 48). Denn wird rechtsgeschäftlich kein Sondereigentum eingeräumt, so befindet sich ein an sich sondereigentumsfähiger Raum entsprechend den allgemeinen Regeln im Gemeinschaftseigentum (vgl. § 1 Abs. 5 WEG; etwa BayObLG, NJW 1974, 152).

b) Die Auslegung der Teilungserklärung sowie des damit verbundenen Aufteilungsplans mit Abgeschlossenheitsbescheinigung dürfte es nicht erlauben, den Balkon als dem Sondereigentum zugehörig einordnen zu können. Die notarielle Erklärung spricht unter Abschnitt II nur von Räumen, die im Aufteilungsplan mit (der Ziff.) 1 bezeichnet sind. Indessen trägt auch der Balkon die Ziff. 1, freilich versehen mit dem Zusatz „SNR“. Eine Zuordnung zur dahinter liegenden Wohnung 1 lässt sich auch nicht aus der im Plan ersichtlichen durchgängigen, allerdings im Bereich zumindest von zwei der drei zum Balkon hin angrenzenden Räume durchbrochenen, blauen Umrandung entnehmen. Deshalb erscheint es hier nicht möglich, den Balkon kraft abweichender rechtsgeschäftlicher Zuordnung (vgl. *Hügel*, RNotZ 2009, 49, 50 f.) als zum Sondereigentum der Wohnung 1 gehörig anzusehen.

3. Hiervon unabhängig geht der Senat aber mit einer im Vordringen begriffenen Meinung davon aus, dass der Balkon (nicht hingegen dessen Bauteile) als Raum zu der ihm zuordnungsfähigen abgeschlossenen Wohnung der Alleinnutzung dieses Wohnungseigentümers dient und kraft der gesetzlichen Verbundenheit des § 94 BGB auch zum Sondereigentum der Wohnung gehört (s. *Schmidt*, MittBayNot 2001, 442; *Hügel/Kral*, GBO, Stichwort Wohnungseigentum, Rdn. 26; *Schneider* in *Riecke/Schmid*, WEG, 3. Aufl., § 5 Rdn. 37, § 7 Rdn. 94). Auch ohne entsprechende Nummerie-

---

2) DNotZ 2007, 690.



zung gehört der Balkonraum nach natürlicher Anschauung zum Sondereigentum der Gesamtwohnung, von der aus er zugänglich ist. Daran ändert sich hier nichts deshalb, weil der gegenständliche Balkon mit einer Treppe zum Garten (Gemeinschaftseigentum) verbunden ist, deren Sondereigentumsfähigkeit indessen dahinstehen kann.

An Sondereigentum kommt die Eintragung eines Sondernutzungsrechts nicht in Betracht. (...)

**Nr. 3 WEG § 12** (Nach § 12 Abs. 1 WEG vereinbartes Zustimmungserfordernis bei Veräußerung aller Wohneinheiten)

**Veräußern die beiden einzigen Wohnungseigentümer ihr Wohnungseigentum gleichzeitig, so unterfallen die Verfügungen nicht dem nach § 12 Abs. 1 WEG vereinbarten Zustimmungserfordernis.**

*OLG Saarland, Beschl. v. 7. 11. 2011 – 5 W 214/11-96*

I. Mit notarieller Urkunde vom 5. 6. 1997 des Notars H. vereinbarten die Eheleute W. W. und H. H. bezüglich ihres im Grundbuch von Sch. eingetragenen Grundbesitzes die Aufteilung gemäß § 8 WEG in zwei  $\frac{1}{2}$  Miteigentumsanteile. Die Teilungserklärung enthält unter Ziff. 9 folgende Bestimmung: „Die Veräußerung einer Eigentumseinheit, ausgenommen die Veräußerung im Wege der Zwangsversteigerung auf Antrag eines Grundpfandrechtsgläubigers, bedarf der Zustimmung des anderen Sondereigentümers. Die Zustimmung darf nur aus einem wichtigen Grund versagt werden.“ Die beiden  $\frac{1}{2}$  Miteigentumsanteile wurden im Grundbuch von Sch. unter Blatt 2824 und 2825 eingetragen. In der Folge erwarben die Eheleute G. und E. S. Sch. aufgrund notarieller Urkunden vom 5. 6. 1997 und vom 30. 7. 2004 jeweils hälftiges Miteigentum an beiden Miteigentumsanteilen. Mit notarieller Urkunde vom 23. 7. 2010 des Notars B. veräußerten sie den unter Blatt 2824 eingetragenen  $\frac{1}{2}$  Miteigentumsanteil an die Beschwerdeführer. Der Vertrag enthält im Abschnitt E unter Ziff. V folgende Bestimmung: „Vorsorglich stimmt der Veräußerer als Sondereigentümer des im Wohnungsgrundbuch von Sch. Blatt 2825 eingetragenen Wohnungseigentums der vorstehenden Veräußerung in vollem Umfang zu.“ Mit weiterer notarieller Urkunde vom selben Tage veräußerten sie auch den unter Blatt 2825 eingetragenen  $\frac{1}{2}$  Miteigentumsanteil an C. S. und J. J. Dieser Vertrag enthält im Abschnitt E unter Ziff. V eine gleichlautende Zustimmungserklärung bezüglich des in Blatt 2824 eingetragenen Wohnungseigentums. Auf Antrag der Erwerber vom 2. 11. 2010 wurde bezüglich des  $\frac{1}{2}$  Miteigentumsanteils Nr. 2825 der Eigentümerwechsel im Grundbuch vollzogen.

Die Beschwerdeführer haben mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 4. 3. 2011 u. a. die Eintragung des Eigentumswechsels bezüglich des von ihnen erworbenen  $\frac{1}{2}$  Miteigentumsanteils Nr. 2824 beantragt. Das AG Saarbrücken – Saarländisches GBA – hat unter dem 14. 3. 2011 eine Zwischenverfügung erlassen, wonach der beantragten Eintragung entgegenstehe, dass die Veräußerung gemäß § 12 WEG der Zustimmung des anderen Wohnungseigentümers Blatt 2825, C. S. und J. J., bedürfe, die nicht vorliege. Hiergegen richtet sich die mit Schreiben des Notars B. vom 26. 8. 2011 eingelegte Beschwerde, der das AG mit Beschl. v. 9. 9. 2011 nicht abgeholfen hat.

II. Die Beschwerde ist zulässig und begründet.

1. (...)

2. Die Beschwerde ist begründet. Das in der angefochtenen Zwischenverfügung vom AG Saarbrücken – GBA – angenommene Eintragungshindernis – die fehlende Zustimmung der neuen Eigentümer des unter Blatt 2825 eingetragenen  $\frac{1}{2}$  Miteigentumsanteils – besteht nicht.

a) Allerdings weist das GBA zu Recht darauf hin, dass die Veräußerung einer Eigentumseinheit (ausgenommen die Veräußerung im Wege der Zwangsversteigerung auf Antrag eines Grundpfandrechtgläubigers) gemäß Ziff. 9 der Teilungserklärung vom 5. 6. 1997 grundsätzlich der Zustimmung des anderen Sondereigentümers bedarf. Ein solches nach § 12 Abs. 1 WEG zulässiges Zustimmungserfordernis beschränkt den betroffenen Wohnungseigentümer in seiner Verfügungsbefugnis und stellt eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 137 Satz 1 BGB dar, wonach die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht üblicherweise nicht eingeschränkt werden kann (BGH, Beschl. v. 21. 2. 1991 – V ZB 13/90<sup>1</sup>, NJW 1991, 1613; OLG *Celle*, NZM 2005, 260; OLG *Hamm*, NJW-RR 2010, 1524<sup>2</sup>; *Bassenge* in *Palandt*, BGB, 69. Aufl., § 12 WEG Rdn. 1; *Commichau* in *MünchKommBGB*, 5. Aufl., § 12 WEG Rdn. 1; zu § 5 ErbbauVO: BGH, Urt. v. 27. 9. 1962 – III ZR 83/61<sup>3</sup>, NJW 1963, 36; a. A., Inhaltsbeschränkung des Eigentums: OLG *Düsseldorf*, DNotZ 2011, 625 m.w.Nachw. auch zur Gegenauffassung).

Wurde – wie hier – eine Vereinbarung gemäß § 12 Abs. 1 WEG als Inhalt des Sondereigentums getroffen, so ist eine Veräußerung des Wohnungseigentums und ein Vertrag, durch den sich der Wohnungseigentümer zu einer solchen Veräußerung verpflichtet, unwirksam, solange nicht die erforderliche Zustimmung erteilt ist (§ 12 Abs. 3 Satz 1 WEG). Nach der in Ziff. 9 der Teilungserklärung getroffenen Regelung ist die Zustimmung vom „anderen Sondereigentümer“ zu erteilen. Da das Zustimmungserfordernis nicht nur den schuldrechtlichen Vertrag, sondern auch die dingliche Rechtsänderung betrifft, muss die Verfügungsbefugnis des Berechtigten grundsätzlich in dem Augenblick vorhanden sein, in dem die Zustimmung wirksam werden soll. Das ist regelmäßig (vgl. aber §§ 873 Abs. 2, 878 BGB) der Zeitpunkt des Eigentumserwerbs durch Einigung des Berechtigten und des Erwerbers und Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch (§ 873 Abs. 1 BGB). Verliert der Zustimmungsbefugnis, weil er sein Sondereigentum zwischenzeitlich veräußert hat, ist deshalb grundsätzlich die Zustimmung des neuen Eigentümers einzuholen (OLG *Celle*, NZM 2005, 260; OLG *Hamm*, NJW-RR 2010, 1524<sup>2</sup>; *Palandt/Bassenge*, aaO, § 12 WEG Rdn. 7; *Commichau* in *MünchKommBGB*, aaO, § 12 WEG Rdn. 19; *Bärman/Pick*, WEG, 19. Aufl., § 12 Rdn. 26; a. A. für den Fall, dass die Person des zustimmungsberechtigten Verwalters gewechselt hat, OLG *Düsseldorf*, DNotZ 2011, 625; OLG *München*, 34 Wx 135/11; *Commichau* in *MünchKommBGB*, aaO, § 12 WEG Rdn. 14).

b) Dennoch durfte das GBA hier die Wirksamkeit der Veräußerung der Einheit 2824 und die Eintragung der neuen Eigentümer in das Grundbuch nicht davon abhängig machen, dass die Erwerber die Zustimmung der zwischenzeitlich im Grundbuch eingetragenen neuen Eigentümer der

---

1) DNotZ 1991, 888.

2) DNotZ 2011, 375.

3) DNotZ 1963, 433.

Einheit 2825 beibringen. Denn der vorliegende Fall weist die Besonderheit auf, dass die Veräußerer als Eigentümer des gesamten Anwesens neben der hier gegenständlichen Wohneinheit 2824 auch die einzige weitere Wohneinheit Nr. 2825 und damit das Grundstück insgesamt veräußert haben. Eine solche Veräußerung aller Wohneinheiten unterfällt nach Sinn und Zweck nicht dem gemäß § 12 Abs. 1 WEG vereinbarten Zustimmungserfordernis (*Kreuzer* in *Staudinger*, BGB [2005], § 12 WEG Rdn. 19; *Bärmann/Pick*, aaO, § 12 Rdn. 26; *Hügel* in *BeckOK-WEG*, § 12 Rdn. 6).

aa) Als rechtlich zulässige Ausnahme zu § 137 Satz 1 BGB ist eine gemäß § 12 Abs. 1 WEG zulässigerweise vereinbarte Verfügungsbeschränkung eng und nicht weiter auszulegen, als es Sinn und Zweck erfordert (*BayObLG*, DNotZ 1992, 229; *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 2005, 1254; *Palandt/Bassenge*, aaO, § 12 WEG Rdn. 1; *Commichau* in *Münch-KommBGB*, aaO, § 12 WEG Rdn. 1; *Bärmann/Pick*, aaO, § 12 Rdn. 6). Dieser besteht hier in der Kenntnis über die Zusammensetzung der Wohnungseigentümergeinschaft zum Schutze der Gemeinschaft, die vor nachteiligen Veränderungen im weitesten Umfange geschützt und durch das Mitbestimmungsrecht bei Veräußerungen von Sondereigentum in die Lage versetzt werden soll, erkennbar problematischen Eintritten eines neuen Wohnungseigentümers in die Gemeinschaft zu begegnen (*OLG Celle*, NZM 2005, 260; *Hügel* in *BeckOK-WEG*, § 12 Rdn. 1; *Commichau* in *Münch-KommBGB*, aaO, § 12 Rdn. 7 ff.).

Im Übrigen hat die Auslegung den für Grundbucheintragungen maßgeblichen Regeln zu folgen, sodass vorrangig auf deren Wortlaut und Sinn, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt, abzustellen ist und Umstände außerhalb der Eintragung und der in ihr in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung nur insoweit herangezogen werden dürfen, als sie nach den besonderen Umständen des Einzelfalls für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (*BGH*, Beschl. v. 21. 2. 1991 – V ZB 13/90<sup>1</sup>, NJW 1991, 1613).

bb) Werden – wie hier – alle Wohnungseinheiten des gesamten Grundstücks veräußert, so bestehen die aufgezeigten Gründe, die das Erfordernis einer Zustimmung des anderen Sondereigentümers rechtfertigen könnten, nicht. Die Erwerber treten hier nicht in eine bereits bestehende, in ihrer Zusammensetzung auf Dauer angelegte Gemeinschaft ein, sondern die Gemeinschaft wird durch den Veräußerungsakt gerade erst neu gebildet. Der Zweck des Zustimmungserfordernisses, die Gemeinschaft vor Erwerbem zu schützen, die eine Schädigung des Gemeinschaftsinteresses befürchten lassen, ist in einem solchen Fall ersichtlich nicht tangiert (*Kreuzer* in *Staudinger*, BGB [2005], § 12 WEG Rdn. 19; *Bärmann/Pick*, aaO, § 12 Rdn. 26; *Hügel* in *BeckOK-WEG*, § 12 Rdn. 6; vgl. auch *OLG Hamm*, NZM 2009, 914<sup>4</sup>, zum Erwerb einer Einheit durch den Wohnungseigentümergebäudeverband). Weder bedarf es des Schutzes des Bestands vor ungewollten Eintritten in die Gemeinschaft, noch besteht aufseiten der Erwerber berechnete Hoffnung auf Beitritt in einen bekannten und gefestigten Bestand. Die gegenteilige Auf-

4) DNotZ 2010, 130.

fassung hätte zur – ersichtlich nicht gewollten – Konsequenz, dass bei Veräußerung eines gesamten Objekts an mehrere unterschiedliche Personen der zeitlich zuerst eingetragene Erwerber es in der Hand hätte, die erst später vollzogenen weiteren Veräußerungen zu torpedieren, ohne dass ihm hierfür ein rechtliches Interesse zuzubilligen wäre. Schließlich steht auch der Wortlaut der Teilungserklärung dieser finalen Auslegung nicht entgegen. Vielmehr zeigt die Wendung, wonach es bei Veräußerung „einer“ Eigentumseinheit der Zustimmung „des anderen“ Sondereigentümers bedarf, dass der hier gegenständliche Fall einer Veräußerung aller Einheiten durch ein und denselben Eigentümer nicht erfasst werden sollte. (...)

**Nr. 4** *GBO §§ 19, 29; InsO § 56 Abs. 2* (Zeitnähe zwischen Nachweis der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters und Antrag auf Grundbucheintragung)

**Zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters kann die Vorlage einer beglaubigten Abschrift der Bestellungsurkunde ausreichend sein, wenn ein Notar zeitnah zu einer beantragten Grundbucheintragung bestätigt, dass die Urschrift bei Abgabe der zur Eintragung erforderlichen Grundbucheintragung – hier Bewilligung der Eintragung einer Auflassungsvormerkung – vorgelegen hat. Eine bei Eingang des ansonsten vollzugsreifen Eintragungsantrages zwölf Tage alte notarielle Bescheinigung genügt zum Nachweis der Verfügungsbefugnis, wenn der Insolvenzverwalter im Zeitpunkt der Vorlage der Urschrift bei dem Notar bereits mehr als ein Jahr im Amt gewesen ist.**

*KG, Beschl. v. 21. 11. 2011 – 1 W 652/11*

Die Beteiligte zu 1) ist zu 1/2 als Eigentümerin in dem im Beschlusseingang näher bezeichneten Wohnungsgrundbuch eingetragen. Zur anderen Hälfte ist ihr verstorbener Ehemann gebucht. Über dessen Nachlass wurde am 26. 8. 2010 das Insolvenzverfahren eröffnet. Seit dem 28. 1. 2011 ist in Abt. II lfd. Nr. 4 insoweit ein Insolvenzvermerk eingetragen.

Zur UR-Nr. 147/2011 des Notars ... in Berlin veräußerte die Beteiligte zu 1) das Wohnungseigentum an die Beteiligten zu 3) und 4). Dabei gab sie die erforderlichen Erklärungen nicht nur im eigenen, sondern auch als vollmachtlose Vertreterin des Beteiligten zu 2) in dessen Eigenschaft als Insolvenzverwalter über den Nachlass ihres verstorbenen Ehemanns ab. Der Beteiligte zu 2) genehmigte die Erklärungen der Beteiligten zu 1) am 7. 9. 2011 – UR-Nr. ... des Notars ... in Berlin. Der Notar bestätigte zugleich, dass der Beteiligte zu 2) die Urschrift der Bestellungsurkunde des InsolvenzG vorgelegt habe, wovon der Notar eine beglaubigte Abschrift seiner Urkunde beifügte.

Mit Schreiben vom 16. 9. 2011, das am 20. 9. 2011 bei dem GBA einging, hat Notar ... unter Vorlage u. a. der zuvor aufgeführten Urkunden beantragt, zugunsten der Beteiligten zu 3) und 4) eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch einzutragen. Das GBA hat mit Zwischenverfügung vom 21. 9. 2011 u. a. den Nachweis der Vertretungsbefugnis des Beteiligten zu 2) erfordert durch Vorlage der Bestellungsurkunde im Original oder durch notarielle Bestätigung, dass die Bestellungsurkunde am 20. 9. 2011 vorgelegen habe. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 2) vom 25. 10. 2011, der das GBA mit Beschl. v. 28. 10. 2011 nicht abgeholfen hat.

Am 9. 11. 2011 ging bei dem GBA die Erklärung des Notars ... ein, er habe durch Einsichtnahme in die Insolvenzzakten festgestellt, der Beteiligte zu 2) sei auch am 20. 9. 2011 noch als Insolvenzverwalter bestellt gewesen. (...)

Entscheidend für die Beurteilung der Verfügungsbefugnis als Grundlage der Bewilligungsbefugnis ist der Zeitpunkt der Eintragung, weil sich erst dann die verfahrensrechtliche Verfügung über das betroffene Recht verwirklicht (*Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 19 Rdn. 60; *Böttcher in Meikel*, GBO, 10. Aufl., § 19 Rdn. 57). Der Insolvenzverwalter hat also dem Grunde nach seine Bestellung zu diesem Zeitpunkt nachzuweisen. Der (formelle) Nachweis wird durch die dem Insolvenzverwalter von dem InsolvenzG erteilte Bestellungsurkunde erbracht, § 56 Abs. 2 Satz 1 InsO. Da die Urkunde nach Beendigung des Amtes an das InsolvenzG zurückzugeben ist, § 56 Abs. 2 Satz 2 InsO, ist grundsätzlich die Urschrift vorzulegen. Es wird aber auch die Ansicht vertreten, die Vorlage einer beglaubigten Abschrift genüge, wenn ein Notar bestätige, dass die Urschrift bei Abgabe der betreffenden Grundbucheintragung oder jedenfalls zeitnah zu der beantragten Eintragung vorgelegen habe (LG *Berlin*, Beschl. v. 9. 9. 2003 – 86 T 856/03, juris; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdn. 3138; *Hertel in Meikel*, aaO, § 29 Rdn. 98). Dieser Auffassung schließt sich der Senat an. Zwar erfordert die Sicherheit des Grundbuchverkehrs möglichst zuverlässige Nachweise, andererseits ist aber auch zu beachten, dass der Grundbuchverkehr nicht über Gebühr erschwert wird. (...)

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass zwar durch die nunmehr vorliegende Bescheinigung des Notars ... vom 8. 11. 2011 die Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 2) im Zeitpunkt des Eingangs des Antrages auf Eintragung einer Vormerkung nachgewiesen ist, was im Beschwerdeverfahren zu berücksichtigen ist, vgl. § 74 GBO. Jedoch kommt es hierauf nicht an, weil bereits zuvor der Nachweis erbracht worden war. Die Bescheinigung des Notars ..., dass ihm die Urschrift der Bestellungsurkunde bei Beglaubigung der Unterschrift des Beteiligten zu 2) am 7. 9. 2011 vorgelegen hat in Verbindung mit der durch den Notar gefertigten beglaubigten Abschrift, war im Zeitpunkt des Eingangs des Antrages auf Eintragung der Auflassungsvormerkung am 20. 9. 2011 noch nicht so alt, dass Anlass bestanden hätte, an der weiteren Bestellung des Beteiligten zu 2) zum Insolvenzverwalter zu zweifeln (vgl. auch LG *Berlin*, aaO, das einen Zeitraum von 24 Tagen nicht beanstandet hat). (...)

**Nr. 5** GBO §§ 35, 39, 40 (Nachweis der Erbfolge bei Verfügung aufgrund transmortaler Generalvollmacht)

**Im Grundbuchberichtigungsverfahren ist die Erbfolge auch dann gemäß § 35 GBO nachzuweisen, wenn der Erblasser eine transmortale Generalvollmacht erteilt hatte und der Bevollmächtigte durch ein im Rahmen eines Erbteilsübertragungsvertrages vorgenommenes zulässiges Insichgeschäft mit der Behauptung, er und eine weitere Person seien Miterben je zur Hälfte geworden, auf sich den Erbteil des anderen übertragen lässt und danach seine Eintragung als Alleineigentümer des Nachlassgrundstücks beantragt.**

*OLG Stuttgart, Beschl. v. 25. 11. 2011 – 8 W 427/11*

Am 2. 8. 2011 beantragte der Beteiligte zu 3) als beurkundender Notar die Eintragung der Beteiligten zu 1) im Grundbuch von ... als Alleineigentümerin aufgrund Erbfolge und des notariellen Erbteilsübertragungsvertrages vom 20. 7. 2011, beurkundet vom Beteiligten zu 3). Die Erbfolge wurde durch Vorlage von Erbscheinsausfertigungen insoweit nachgewiesen, als die Schwestern, die Beteiligten zu 1) und 2) sowie R. D., Miterben je zu einem Drittel geworden sind. Die Erbfolge nach der am 22. 4. 2011 verstorbenen R. D. ist nicht nachgewiesen. Die Beteiligten zu 1) und 2) haben in dem Erbteilsübertragungsvertrag erklärt, dass sie kraft Gesetzes je hälftige Miterben ihrer Schwester geworden seien. Der Vertrag wurde von der Beteiligten zu 1) nicht nur in eigenem Namen abgeschlossen, sondern zugleich aufgrund der ihr erteilten General- und Vorsorgevollmacht ihrer verstorbenen Schwester vom 26. 4. 2001, nachdem diese über den Tod der Vollmachtgeberin hinaus in Kraft bleiben sollte und sie von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit worden war.

Das GBA hat mit Zwischenverfügung vom 3. 11. 2011 angeordnet, dass zum Nachweis der Erbfolge nach R. D. entweder ein Erbschein (Ausfertigung) oder eine notarielle Verfügung von Todes wegen nebst Eröffnungsprotokoll des NachlassG (beglaubigter Abschrift) bis zum 15. 12. 2011 vorzulegen seien. (...)

Das GBA hat das Bestehen des in der angefochtenen Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) aufgeführten Vollzugshindernisses zu Recht festgestellt (...)

Nach § 39 Abs. 1 GBO soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Diese Regel wird gemäß § 40 GBO durchbrochen für den Fall, 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 (*Demharter*, GBO, 27. Aufl., 2010, § 40 Rdn. 1).

Insoweit bedarf es vorliegend nicht der Voreintragung der drei Schwestern als Miterben. Der Nachweis ihrer Erbfolge ist hinreichend durch die Vorlage der Erbscheinsausfertigungen geführt worden (§ 35 Abs. 1 GBO).

Dieser Nachweis fehlt jedoch für die Erbfolge nach R. D. und ist insoweit auch nicht entbehrlich durch die der Beteiligten zu 1) erteilte transmortale Generalvollmacht. Bei dieser verbleibt mit dem Erbfall dem Bevollmächtigten aufgrund der Ermächtigung des Erblassers zwar die Befugnis, innerhalb der ihm eingeräumten Vertretungsmacht über das zum Nachlass gehörende Vermögen in Vertretung der Erben zu verfügen. Er vertritt also nach dem Tod seines Vollmachtgebers dessen Erben bis zum Vollmachtswiderruf, sodass lediglich eine Änderung in der Person des Vertretenen eingetreten ist, nicht aber hinsichtlich Umfang und Inhalt der Vollmacht. Zum Widerruf der post-/transmortalen Vollmacht ist jedoch der Erbe befugt, bei Miterben jeder einzelne für seine Person – auch während des Bestehens einer Erben-gemeinschaft und ohne Rücksicht darauf, ob der Vollmacht ein Rechtsgeschäft zugrunde liegt oder nicht (*Palandt/Weidlich*, Einf. vor § 2197 BGB Rdn. 9 ff. m.w.Nachw.).

Welche Erben von der Beteiligten zu 1) nach dem Tod ihrer Schwester aufgrund der Generalvollmacht vertreten werden, ist urkundlich nicht nachgewiesen. Es ist deshalb nicht bekannt, wer die von ihr Vertretenen sind, ob ein Vollmachtswiderruf erfolgt ist oder ob das von der Beteiligten zu 1) vorgenommene Insichgeschäft im Rahmen des Erbteilsübertragungsvertrages einen Vollmachtmissbrauch im Innenverhältnis zu den von ihr nunmehr vertretenen Erben der Schwester darstellt.

Bei der Beurkundung von Willenserklärungen, die ein Dritter für einen Beteiligten – hier für die Erben nach R. D. – abgibt, hat der Notar die Vertretungsmacht zu prüfen (§§ 12, 17 BeurkG; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., 2008, Rdn. 3576 m.w. Nachw.). Dies ist geschehen bei der notariellen Beurkundung des Erbteilsübertragungsvertrages. Die Generalvollmacht vom 26. 4. 2001 hat dem Beteiligten zu 3) in Ausfertigung vorgelegen und ist in beglaubigter Abschrift der Urkunde vom 20. 7. 2011 beigelegt worden.

Hierdurch entfällt aber nicht die selbstständige Prüfungspflicht des GBA im Eintragungsverfahren, wobei die Berichtigungsbewilligung eine Unterart der Eintragungsbewilligung ist (*Demharter*, aaO, § 22 GBO Rdn. 31). Es hat das Vorliegen der Vertretungsmacht im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der vertretungsweise erklärten Bewilligung festzustellen, ohne an eine Auslegung des Notars gebunden zu sein. Ob eine formgerecht (§ 29 Abs. 1 GBO) nachgewiesene Vollmachtserteilung – wie vorliegend – in diesem Zeitpunkt noch Bestand hat, unterliegt der freien, nicht jedoch willkürlichen oder anhaltspunktlosen Beweiswürdigung des GBA. (...)

Auch ein Vollmachtsmissbrauch, d.h. Verletzung interner Abreden zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten, berechtigt das GBA im Rahmen des Legalitätsprinzips, also bei entsprechender Kenntnis, zur Beanstandung.

Dabei ist ein eine Zwischenverfügung rechtfertigendes Eintragungshindernis schon bei begründeten Zweifeln bezüglich einer notwendigen Eintragungsvoraussetzung gegeben und nicht erst, wenn das Fehlen derartiger Voraussetzungen positiv feststeht.

Vorliegend sind die Erben der ... und damit die von der Beteiligten zu 1) Vertretenen unbekannt, solange die Erbfolge dem GBA nicht urkundlich nachgewiesen wird. (...)

#### **Nr. 6** *Erbbaurechtsgesetz* § 5 (Übertragung des Erbbaurechts im Wege der vorweggenommenen Erbfolge)

#### **Als Veräußerung i.S. des § 5 Erbbaurechtsgesetz ist auch die Übertragung des Erbbaurechts im Wege vorweggenommener Erbfolge zu behandeln.**

*OLG Hamm, Beschl. v. 25. 11. 2011 – I-15 W 440/11*

Die Beteiligten zu 1) und 2) sind in dem o. a. Grundbuch als Erbbauberechtigte zu je 1/2 eingetragen. Als Inhalt des Rechts ist eingetragen, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung und Belastung des Erbbaurechts der Zustimmung des Eigentümers bedarf.

Durch notariellen Vertrag vom 1. 7. 2011 haben sie das Erbbaurecht auf den Beteiligten zu 3) „im Wege vorweggenommener Erbfolge“ übertragen und hierzu die Auflassung erklärt. Mit Schreiben vom 15. 9. 2011 hat der Urkundsnotar beim GBA u. a. die Eintragung des „Eigentumswechsels“ beantragt. Durch die angefochtene Zwischenverfügung hat das GBA diese von der vorherigen Vorlage einer Zustimmungserklärung des Eigentümers in der Form des § 29 GBO abhängig gemacht. Hiergegen wenden sich die Beteiligten mit der Beschwerde. (...)

In der Sache ist die Beschwerde unbegründet.

Zu Recht hat das GBA den Vollzug der Umschreibung des Erbbaurechts von der Vorlage einer Zustimmungserklärung des Eigentümers abhängig gemacht, da ein entsprechender Zustimmungsvorbehalt nach § 5 Erbbaurechtsgesetz

als Rechtsinhalt eingetragen ist. Veräußerung i. S. des § 5 ErbbauRG ist nach nahezu einhelliger Meinung auch ein Übertragungsvorgang, der im Wege „vorweggenommener Erbfolge“ erfolgt (LG *Münster*, MittRhNotK 1969, 19; MünchKommBGB/von *Oefele*, 5. Aufl., § 5 ErbbauRG Rdn. 6; BeckOK-BGB/*Maaß*, Stand: 2011, § 5 ErbbauRG Rdn. 4; *Palandt/Bassenge*, BGB, 70. Aufl., § 5 ErbbauRG Rdn. 2; *Ingenstau/Hustedt*, ErbbauRG, 9. Aufl., § 5 Rdn. 12; *Lambert-Lang u. a./Limmer*, Hdb. der Grundstückspraxis, 2. Aufl., Erbbaurecht Rdn. 99). Begrifflich und nach dem Schutzzweck des § 5 ErbbauRG bzw. entsprechender Vereinbarungen ist Veräußerung jedenfalls jede Übertragung des Erbbaurechts unter Lebenden. Dass hierunter auch eine Übertragung fällt, die der vorweggenommenen Erbfolge dient, bedarf keiner besonderen Begründung.

Diesem Verständnis lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass die Übertragung nur den Erbgang vorwegnimmt, den der Eigentümer auch nicht verhindern könne. Denn mit der Erbfolge geht das gesamte Vermögen des Erbbauberechtigten auf den oder die Erben über. Dementsprechend haftet dem Eigentümer für seine Zahlungsansprüche weiterhin dieselbe Vermögensmasse. Die Übertragung im Wege vorweggenommener Erbfolge ist hingegen Einzelrechtsnachfolge, konfrontiert den Eigentümer also mit einem neuen Erbbauberechtigten, dessen Vermögenslage erheblich von derjenigen abweichen kann, die bei dem Berechtigten vorliegt, der seine Stellung mit dem Willen des Eigentümers erlangt hat. (...)

#### Nr. 7 BGB § 147 Abs. 2 (Bindungsfrist eines Angebots)

**Eine wesentliche Überschreitung des von § 147 Abs. 2 BGB bestimmten Zeitraums ist bei einer Bindungsfrist des Angebots von sechs Wochen noch nicht anzunehmen. Mit einer solchen moderaten Verlängerung der Bindungsfrist wird das Interesse des Käufers, nach angemessener Zeit Klarheit über die Annahme seines Angebots zu bekommen, noch hinreichend berücksichtigt.\***

*OLG Dresden, Urt. v. 6. 12. 2011 – 14 U 750/11*

Die Klägerin begehrt die Rückabwicklung des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages über den Kauf einer Eigentumswohnung in (...) im Sommer 2008. (...) Es fehle nach der Entsch. des BGH v. 11. 6. 2010 – V ZR 85/09<sup>1</sup> (NJW 2010, 2873-2876) bereits an einem wirksamen Vertrag, nachdem vorliegend das Angebot der Klägerin vom 26. 5. 2008 wegen einer unangemessen langen Annahmefrist von sechs Wochen mit Ablauf von vier Wochen nach seiner Abgabe erloschen sei. (...)

Die Berufung der Klägerin ist unbegründet, weil ihr notarielles Kaufangebot vom 26. 5. 2008 von der Beklagten am 4. 8. 2008 wirksam angenommen (notarielle Urkunde, Anlage K 2) und somit ein wirksamer

\* Leitsatz der Schriftleitung.

1) DNotZ 2010, 913.



Kaufvertrag über die streitgegenständliche Wohnung geschlossen wurde.  
(...)

a) Das notarielle Kaufangebot der Klägerin vom 26. 5. 2008 war zum Zeitpunkt seiner Annahme durch die Beklagte am 4. 7. 2008 noch nicht erloschen.

Nach der notariellen Urkunde vom 26. 5. 2008 hat sich die Klägerin „bis zum Ablauf von sechs Wochen von heute an gerechnet unwiderruflich gebunden“. Die Annahme des Angebots erfolgte demnach noch innerhalb dieser Frist und vor einem etwaigen Widerruf des Kaufangebots.

b) Nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 und 2 BGB ist zwar, nachdem die Beklagte keine gegenteiligen Anhaltspunkte behauptet, davon auszugehen, dass es sich bei den Bestimmungen im Kaufangebot vom 26. 5. 2008 um von der Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Dies führt vorliegend jedoch nicht dazu, dass die darin enthaltene Bindungsfrist von sechs Wochen nach § 308 Nr. 1 BGB unwirksam und das Angebot damit noch vor seiner Annahme nach §§ 146, 147 Abs. 2 BGB erloschen wäre (§ 306 Abs. 2 BGB). Eine solche Unwirksamkeit wäre nämlich nur dann anzunehmen, wenn sich der Käufer unangemessen lang in seiner Dispositionsfreiheit beeinträchtigt sähe, was nach der jüngsten Rechtsprechung des BGH (aaO<sup>1</sup>) der Fall wäre, wenn die Bindungsfrist wesentlich über den in § 147 Abs. 2 BGB bestimmten Zeitraum hinausginge. Dieser Zeitraum ist beim finanzierten Kauf einer bereits fertiggestellten Eigentumswohnung regelmäßig mit vier Wochen zu bemessen, bei einem Bauträgervertrag (wie wohl hier) möglicherweise sogar länger (BGH, aaO<sup>1</sup>, Rdn. 8). Eine solche „wesentliche“ Überschreitung des von § 147 Abs. 2 BGB abgesteckten Zeitraums ist bei einer Bindungsfrist von – wie hier – sechs Wochen jedoch noch nicht anzunehmen. Mit einer solchen moderaten Verlängerung der Bindungsfrist wird das Interesse des Käufers, nach angemessener Zeit Klarheit über die Annahme seines Angebots zu bekommen, noch hinreichend berücksichtigt (so auch OLG Dresden, BauR 2005, 559 ff., Rdn. 27; i. d. S. auch Herrler/Suttman, DNotZ 2010, 883 ff., 884 m.w.Nachw.; Kessler, RNotZ 2010, 533, 534). Es wäre sachlich nicht zu rechtfertigen, eine wesentliche Benachteiligung des Käufers bereits bei einer nur wenige Tage verlängerten Bindungsfrist anzunehmen.  
(...)

c) Hinzukommen hier besondere Umstände, die ein schutzwürdiges Interesse der Beklagten als Verwenderin an der zweiwöchigen Verlängerung der regelmäßigen Annahmefrist aus § 147 Abs. 2 BGB rechtfertigen.

Vorliegend war nämlich auch für einen verständigen Offerenten bereits bei Abgabe des Angebots absehbar, dass die die Angemessenheit der Annahmefrist maßgeblich mitbestimmende Bearbeitungs- und Überlegungszeit für den Empfänger des Angebots, hier die Beklagte, länger als in üblichen Fällen zu bemessen war, nachdem eine der Gesellschafterinnen der Beklagten ihren Sitz in den Niederlanden hatte und die Klägerin daher davon ausgehen musste, dass ihr Vertragsangebot zunächst ins Niederländische zu übersetzen und der Gesellschaft mit Sitz im Ausland zu übermitteln war. (...)

**Nr. 8** *BauGB § 24 Abs. 2* (Vorkaufsrechtszeugnis bei Veräußerung sämtlicher Miteigentumsanteile einer Wohnungseigentumsanlage)

**Die Freistellung der Veräußerung von Wohnungseigentum vom Erfordernis der Beibringung eines Negativattestes der Gemeinde über das Nichtbestehen bzw. die Nichtausübung eines Vorkaufsrechts gilt auch dann, wenn sämtliche Miteigentumsanteile einer Wohnungseigentumsanlage veräußert werden.**

*OLG Hamm, Beschl. v. 14. 12. 2011 – 15 W 476/11*

Die Beschwerde richtet sich nur gegen die in der Zwischenverfügung vom 10. 11. 2011 erhobene Beanstandung, dass noch die Vorlage einer Vorkaufsrechtsverzichtserklärung der Stadt I. gemäß § 28 BauGB erforderlich sei.

Die Beschwerde ist nach den §§ 71 ff. GBO zulässig. Sie hat auch in der Sache Erfolg, da die Beanstandung nicht berechtigt ist.

§ 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB bestimmt allerdings, dass das GBA bei Kaufverträgen den Käufer als Eigentümer in das Grundbuch nur eintragen darf, wenn ihm die Nichtausübung oder das Nichtbestehen des Vorkaufsrechts der Gemeinde (§§ 24, 25 BauGB) nachgewiesen ist.

Dieser Nachweis ist in der Regel durch ein Negativattest der Gemeinde gemäß § 28 Abs. 1 Satz 3 BauGB zu führen. Etwas anderes gilt aber dann, wenn sich schon aus dem zu vollziehenden notariellen Vertrag selbst ergibt, dass kein Vorkaufsrecht der Gemeinde besteht; dann kann das GBA die Vorlage eines Negativattestes der Gemeinde nicht verlangen (BGH, NJW 1979, 875, 876<sup>1</sup>; OLG *Frankfurt*, NJW 1988, 271; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdn. 4130). So liegt der Fall hier.

Gegenstand des notariellen Kaufvertrages vom 20. 12. 2010 sind die im Rubrum genannten Wohnungseigentumsrechte. Bei dem Kauf von Rechten nach dem Wohnungseigentumsgesetz ist ein gemeindliches Vorkaufsrecht ausdrücklich ausgeschlossen, §§ 24 Abs. 2, 25 Abs. 2 Satz 1 BauGB. Dementsprechend bedarf es bei der Veräußerung von Wohnungseigentum nach dem oben Gesagten auch nicht der Vorlage eines Negativattestes nach § 28 Abs. 1 Satz 3 BauGB (OLG *Frankfurt*, aaO; *Schöner/Stöber*, aaO, Rdn. 4109; *Schlichter/Paetow*, Berliner Kommentar zum BauGB, 3. Aufl., § 28 Rdn. 24; *Stock in Ernst/Zinkahn/Bielenberg*, BauGB, Stand: 1. 6. 2011, § 24 Rdn. 49; *Battis/Krautzberger*, BauGB, 10. Aufl., § 24 Rdn. 19; *Brügelmann/Roos*, BauGB, Stand: Juli 2011, § 24 Rdn. 36; *Ferner/Kröniger*, BauGB, 2. Aufl., § 24 Rdn. 12). (...)

Dass hier alle Wohnungseigentumseinheiten der Wohnungseigentumsanlage F.-Str. in I. verkauft worden sind, ist unerheblich, da § 24 Abs. 2 BauGB allgemein auf den Kauf von „Rechten nach dem Wohnungseigentumsgesetz“ und somit maßgeblich auf die rechtliche Einordnung des Kaufgegenstands abstellt, ohne für Fälle der vorliegenden Art eine Einschränkung

---

1) DNotZ 1979, 214.

zu machen. Es kann nicht Aufgabe der grundbuchrechtlichen Rechtsprechung sein, die in der gesetzlichen Vorschrift ausnahmslos verfügte Freistellung der Veräußerung von Wohnungseigentumsrechten einschränkend mit dem Ziel zu interpretieren, Veräußerungsfälle, die bei wirtschaftlicher Betrachtung dem Verkauf des gesamten Grundstücks gleichstehen, weiterhin dem gemeindlichen Vorkaufsrecht zu unterwerfen. Eine solche Gesetzesanwendung müsste zu einer Vielzahl weiterer Abgrenzungsprobleme führen, die etwa die sukzessive Veräußerung sämtlicher Einheiten oder die Veräußerung nahezu sämtlicher Einheiten bis auf einen geringen Rest betreffen könnten. Wenn der Gesetzgeber solche Abgrenzungsprobleme im Interesse der Verwaltungsvereinfachung bei der Erteilung von Negativattesten durch seine klar gefasste Vorschrift nicht hat begründen wollen, hat die Rechtsprechung keinen Anlass, solche Probleme künstlich zu schaffen.

**Nr. 9** BGB §§ 133, 1026; GBO § 22 (Löschung einer Dienstbarkeit bei Teilung des Grundstücks)

**Ergibt die Auslegung des notariellen Vertrages, dass eine Dienstbarkeit nur für einen konkret definierten Teilbereich bestellt ist, ist das Recht bei Teilung des Grundstücks hinsichtlich des nicht betroffenen Grundstücksteils zu löschen.**

*OLG München, Beschl. v. 5. 1. 2012 – 34 Wx 543/11*

I. Die Eltern des Beteiligten zu 1) waren je zur Hälfte Eigentümer eines Grundstücks, das im Grundbuch auf Bl. 757 vorgetragen ist. Mit Urkunde vom 19. 10. 1992 wurde dem jeweiligen Eigentümer eines benachbarten Grundstücks ein Geh- und Fahrrecht als Grunddienstbarkeit an einer auf dem Grundstück liegenden Zufahrt eingeräumt. Der Bereich der Zufahrt wurde auf einem beiliegenden Lageplan mit grüner Farbe gekennzeichnet. Mit Urkunde vom 7. 7. 1993, in der in Ziff. I auf die Urkunde vom 19. 10. 1992 Bezug genommen ist, wird in Ziff. II der Gemeinde A. (= Beteiligte zu 2) u. a. „sinngemäß das gleiche Geh- und Fahrrecht“ eingeräumt.

Die Eltern haben mit Urkunde vom 28. 10. 2010 ihrem Sohn, dem Beteiligten zu 1), eine noch zu vermessende Teilfläche des Grundstücks (nun FlSt. 373/5) übertragen.

Gemäß Fortführungsnachweis hat das AG – GBA – im Juli 2011 die Zerlegung in die Flurstücke 373/3 und 373/5 vorgetragen. Am 10. 10. 2011 wurde das Flurstück 373/5 auf ein neues Grundbuchblatt übertragen und der Beteiligte zu 1) als Eigentümer eingetragen. Mitübertragen wurde dabei u. a. auch das Geh- und Fahrrecht für die Beteiligte zu 2). Mit Schreiben vom 8. 11. 2011 hat die beurkundende Notarin die lastenfreie Abschreibung des Grundstücks Flurstück 373/5 von diesem Recht im Grundbuch angeregt. Das GBA hat dieses Schreiben als Antrag auf Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB ausgelegt und diesen zurückgewiesen, da im Bewilligungstext der Ausübungsbereich nicht unter Bezugnahme auf eine Karte bestimmt worden sei und damit das Geh- und Fahrrecht das gesamte Grundstück betreffe. (...)

Die Gemeinde hat auf Anfrage schriftlich erklärt, mit der Lastenfreistellung einverstanden zu sein, da das Fahrrecht gemäß der Bewilligung allein den Bereich betreffe, für den auch dem Nachbarn das Geh- und Fahrrecht eingeräumt worden sei.

II. (...) Die Beschwerde ist begründet, da der Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 Abs. 1 GBO i. V. mit § 1026 BGB nicht mit der Begründung abgelehnt werden kann, dass ein hinreichender Nachweis des beschränkten Ausübungsbereichs der Dienstbarkeit nicht geführt sei. Infol-

gedessen war das GBA anzuweisen, die entsprechende Dienstbarkeit auch auf dem abgetrennten Flurstück zu löschen.

Nach ständiger Rechtsprechung des vormals zuständigen BayObLG erlöschen Grunddienstbarkeiten (teilweise) nach Maßgabe des § 1026 BGB, wenn das dienende Grundstück geteilt wird. Eine solche Teilung – und nicht nur eine Zerlegung – liegt vor, nachdem die nun eingetragene Grundstücksfläche gebildet und neu vorgetragen wurde, damit sie an den Beteiligten zu 3) übertragen werden konnte (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdn. 668).

In einem solchen Fall ist eine Berichtigung gemäß § 22 GBO möglich, wenn feststeht, dass die Voraussetzungen des § 1026 BGB vorliegen (Bay-ObLGZ 1954, 286, 291 ff.; *Hügel/Holzer*, GBO, 2. Aufl., § 22 Rdn. 56). Maßgeblich ist daher, dass die räumliche Beschränkung der Ausübung der Dienstbarkeit feststeht. Dies kann dann bejaht werden, wenn die Dienstbarkeit rechtsgeschäftlich für einen konkret definierten Teilbereich des Flurstücks beschränkt bestellt ist (BGH, NJW 1981, 1781<sup>1</sup>). In einem solchen Fall ist aber zu verlangen, dass sich die Beschränkung hinreichend aus der Eintragungsbewilligung ergibt, etwa durch ausdrückliche Bezugnahme in der Bewilligung auf eine dem Vertrag beigefügte Flurkarte und eine darin vorgenommene Einzeichnung (BGH, aaO<sup>1</sup>).

Das ist vorliegend der Fall, wie sich aus der Bewilligungsurkunde vom 7. 7. 1993 in Verbindung mit der Urkunde vom 19. 10. 1992 ergibt.

Dem AG kann nicht gefolgt werden, wenn es meint, in der Urkunde vom 7. 7. 1993 werde zwar auf den Lageplan in der Urkunde vom 19. 10. 1992 Bezug genommen, jedoch sei nur in Ziff. III der erstgenannten Urkunde, in der ein Leitungsrecht neu bestellt wurde, der Ausübungsbereich ausdrücklich bestimmt.

In Ziff. II (Regelung des Geh- und Fahrrechts) sei hingegen nur wegen des Inhalts der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit auf die Vorurkunde verwiesen.

Wenn in Ziff. II nämlich ausdrücklich – sinngemäß das gleiche – Recht eingeräumt wird, so ist damit nicht nur geregelt, dass die Rechte inhaltlich übereinstimmen. Die Formulierung „das gleiche“ Recht kann nach der nächstliegenden Bedeutung des von den Parteien Gewollten (vgl. § 133 BGB) nur so verstanden werden, dass ein auch im örtlichen Ausübungsbereich völlig identisches Recht für die Beteiligte zu 2) eingeräumt werden sollte. Damit ist jedoch auch hinsichtlich des Ausübungsbereichs des Geh- und Fahrrechts auf den Lageplan der Urkunde vom 19. 10. 1992 Bezug genommen und damit – auch für einen Außenstehenden hinreichend eindeutig – die räumliche Begrenzung der Ausübung des Rechts klar geregelt.

Wie der Vergleich der Lagepläne in der Urkunde vom 19. 10. 1992 und im Fortführungsnachweis vom 6. 7. 2011 ergibt, befindet sich der Ausübungsbereich des Geh- und Fahrrechts nicht auf dem neu vermessenen Flurstück 373/5, sodass die Voraussetzungen des § 1026 BGB vorliegen. (...)

---

1) DNotZ 1982, 228.

**Nr. 10** BGB § 705; GBO §§ 20, 29 Abs. 1, 47 (Nachweiserfordernisse bei Übertragung von Grundeigentum auf eine GbR)

**Ein grundbuchtauglicher Nachweis zur Vertretung einer bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts, auf die Grundeigentum übertragen werden soll, ist nicht erforderlich, wenn auf der Erwerberseite alle als deren Gesellschafter bezeichnete Personen den notariellen Vertrag abschließen.**

*OLG München, Beschl. v. 13. 1. 2012 – 34 Wx 411/11*

I. Die Beteiligten zu 1) bis 4) sind als Eigentümer eines Grundstücks (vorgetragen im Grundbuch Bl. 2373) und eines Miteigentumsanteils von einem Zwölftel an einem weiteren Grundstück (vorgetragen auf Bl. 2374) eingetragen.

Am 11. 10. 2010 verkauften die Beteiligten zu 1) bis 4) das Grundstück und den Miteigentumsanteil an die Beteiligte zu 8), eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die die Beteiligten zu 5) bis 7) zur selben Urkunde errichtet hatten. Die Einigung über den Eigentumsübergang wurde erklärt.

In einer weiteren Urkunde vom 11. 11. 2010, die den Kauf eines anderen Grundstücks betraf, erklärten die Beteiligten zu 5) bis 7) wiederum ausdrücklich, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (= Beteiligte zu 9), die den selben Namen und Sitz hat wie die in der Urkunde vom 11. 10. 2010 errichtete Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

In einer Einbringungs-Urkunde vom 19. 4. 2011 erklärten die Beteiligten zu 5) bis 7), dass sie – trotz der Erklärungen in den Urkunden vom 11. 10. 2010 und 11. 11. 2010 – von einer einheitlichen Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausgehen. Für den Fall, dass entgegen dieser Annahme von mehreren Gesamthandsmassen auszugehen sei, erklärten sie klarstellend und berichtigend die Einbringung des in Ziff. 1.1 der Urkunde genannten Grundstücks in die Beteiligte zu 9).

Zur Vereinfachung des Grundbuchverkehrs bestätigten der Beteiligte zu 5) für sich wie auch als vollmachtloser Vertreter der Beteiligten zu 1) bis 4) sowie die Beteiligten zu 6) und 7) in der Urkunde weiter, einig zu sein, dass das Eigentum an dem am 11. 10. 2010 veräußerten, in Abschnitt 1.1 der Urkunde genannten Grundstück (Bl. 2373) auf die Beteiligte zu 9) übergehen solle. Die Beteiligten zu 1) bis 4) genehmigten jeweils die Erklärung.

In einem Nachtragsvermerk zur Urkunde vom 19. 4. 2011 bestätigte der Notar am 9. 6. 2011 die Berichtigung des Abschnitts 1.1 gemäß § 44 Abs. 2 BeurkG dahin gehend, dass auch der Miteigentumsanteil an dem auf Bl. 2374 gebuchten Grundstück an die zuletzt gegründete Gesellschaft bürgerlichen Rechts der Beteiligten zu 5) bis 7) aufgelassen werde.

Diese Urkunden hat der Notar am 9. 6. 2011 namens aller Beteiligten dem GBA zum Vollzug vorgelegt. (. . .)

Das GBA hat die Eintragungsanträge mit Beschl. v. 12. 8. 2011 zurückgewiesen und dabei ausgeführt, es fehle an einer (Neu-)Auflassung des Zwölftel-Anteils am Grundstück (Bl. 2374), da die Auflassung nicht im Wege eines bloßen Berichtigungsvermerks nachgeholt werden könne. Zudem liege keine offensichtliche Unrichtigkeit vor, wenn die Beteiligten das eine von zwei Grundstücken überhaupt nicht erwähnten.

Die Auflassung des Grundstücks (Bl. 2373) könne nicht vollzogen werden, da die Beteiligten zu 5) bis 7) nicht in der Form des § 29 GBO nachweisen könnten, (alleinige) Gesellschafter der Beteiligten zu 9) zu sein und damit die Einigungserklärung für die Gesellschaft abgeben zu können. Eine im Zeitpunkt der Auflassung schon existierende Gesellschaft bürgerlichen Rechts könne – trotz anderslautender Rechtsprechung (vgl. BGH, NJW 2011, 1958<sup>1)</sup>) – kein Grundeigentum erwerben. § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO enthalte die Regelung, wie eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts einzutragen sei, das „Ob“ der Eintragung ergebe sich aber weiterhin aus §§ 20, 29 GBO. Ein schon bestehen-

1) DNotZ 2011, 711.

der Gesellschaftsvertrag bilde keinen hinreichenden Nachweis für die Vertretungsverhältnisse innerhalb der Gesellschaft zum Zeitpunkt der Auflassung. Es sei somit nicht formgerecht nachgewiesen, dass die Beteiligten zu 5) bis 7) für die Beteiligte zu 9) hätten handeln können. Deshalb seien auch die Anträge auf Eintragung einer Grundschild, die mit der Auflassungseintragung zusammenhänge, wie auch auf Löschung der Eigentumsvormerkung für die Beteiligte zu 8) nicht zu vollziehen.

Der von den Urkundsbeteiligten erhobene Beschwerde hat das GBA nicht abgeholfen.

II. Die zulässige Beschwerde (§§ 71 Abs. 1, 73, 15 Abs. 2 GBO) sämtlicher Urkundsbeteiligter ist nur zum Teil begründet.

1. Soweit das GBA die Eintragung der Auflassung hinsichtlich des Grundstücksmiteigentumsanteils (Bl. 2374) ablehnt, ist die Beschwerde zurückzuweisen. Die Urkunde vom 19. 4. 2011 bezieht sich selbst nur auf das andere Grundstück. Der Nachtragsvermerk nach § 44a Abs. 2 BeurkG ist nicht geeignet, den Umfang der Auflassungserklärung auf den Anteil am Grundstück Bl. 2374 zu erweitern.

Nach § 44a Abs. 2 Satz 1 BeurkG kann der Notar zwar durch eine Nachtragserklärung offensichtliche Unrichtigkeiten der Urkunde richtigstellen. Dabei ergibt sich schon aus dem Gesetzeswortlaut, dass nicht nur Schreibfehler, sondern auch weitergehende Fehler, wie etwa versehentliche Auslassungen und Unvollständigkeiten, berichtigt werden können (*Winkler*, BeurkG, 16. Aufl., § 44a Rdn. 18 ff.). Allerdings muss der Fehler offensichtlich sein, sich also für jeden Außenstehenden aus Umständen, die auch außerhalb der Urkunde liegen können, ergeben (*Lerch*, BeurkG, 3. Aufl., § 44a Rdn. 8).

Umstände, aus denen sich die versehentliche Auslassung ergibt und die für jeden offensichtlich sind, liegen aber nicht vor. Die Beteiligten zu 1) bis 4), die vor dem Notar vollmachtslos vom Beteiligten zu 5) vertreten waren, haben schließlich die Urkunde so genehmigt, wie sie ihnen vorlag, nämlich ohne Nachtragserklärung. Entweder fiel ihnen dieser Fehler nicht auf, was schon gegen eine Offensichtlichkeit spricht, oder das Fehlen des Grundstücksanteils im Vertrag war keine versehentliche Auslassung.

2. Soweit das GBA die Eintragung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Eigentümerin ablehnt, erweist sich die Beschwerde als begründet.

Die Eintragung der Beteiligten zu 9) als Eigentümerin und in deren Folge die Löschung der Eigentumsvormerkung können nicht daran scheitern, dass ein Nachweis der Vertretung der Beteiligten zu 9) nicht erbracht sei.

a) Wie das GBA richtig ausführt, stehen Existenz und Identität der Beteiligten zu 9) fest. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird im Grundbuch nach § 47 Abs. 2 GBO regelmäßig durch ihre Gesellschafter bezeichnet, Angaben weiterer Unterscheidungsmerkmale bedarf es regelmäßig nicht. Die Identifizierung der Gesellschaft erfolgt über die notwendige Benennung der Gesellschafter, hier also der Beteiligten zu 5) bis 7).

b) Vorliegend ist auch von einer wirksamen Auflassungserklärung auf der Erwerberseite durch die Beteiligten zu 5) bis 7) auszugehen. Die in der notariellen Urkunde abgegebene Erklärung der drei natürlichen Personen, dass sie als Gesellschafter der zwischen ihnen bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelten, genügt vorliegend für die Eigentumsumschreibung auf die (andere) Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Der Ansatz des GBA, mangels Nachweises in der Form des § 29 GBO zur Frage, wer für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts handeln dürfe, könne diese Gesellschaft nicht im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen werden, geht fehl.

Zwar ist richtig, dass im Grundbuchverfahren regelmäßig ein Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen in der Form des § 29 GBO notwendig ist. Davon geht auch der BGH in der Entsch. v. 28. 4. 2011<sup>1</sup> aus (NJW 2011, 1958). Dort stellt der BGH aber auch klar, dass ein Nachweis zur Existenz, Identität und Vertretung, bezogen auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, nach dem im ERVGBG zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Willen – auch im Anwendungsbereich des § 20 GBO – in der Form des § 29 GBO in der Regel (zu Ausnahmen s. etwa Senat v. 20. 7. 2011 – 34 Wx 131/10, RNotZ 2011, 601) nicht erforderlich ist, vielmehr die Erklärung der Gesellschafter in der notariellen Urkunde ausreicht, da schon damit regelmäßig die Grundbuchform gewahrt ist.

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist in §§ 705 ff. BGB ausdrücklich geregelt. Der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages setzt dabei einander entsprechende Willenserklärungen mehrerer voraus, die aber auch konkludent abgegeben werden können (*Palandt/Sprau*, BGB, 71. Aufl., § 705 Rdn. 11). Nach § 709 BGB obliegt die Geschäftsführung – so nichts anderes im Gesellschaftsvertrag bestimmt ist – allen Gesellschaftern gemeinsam. Eines Gesellschaftsvertrages in einer bestimmten Form bedarf es auch aus grundbuchverfahrensrechtlichen Gründen nicht.

Zutreffend ist daher zwar die Überlegung des GBA, dass dann, wenn eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bereits besteht, der Nachweis eines Gesellschaftsvertrages in der Form des § 29 GBO kaum möglich erscheint. Dies ist aber nach der vom BGH gefundenen Auslegung, wonach sich die Gesellschaft bürgerlichen Rechts für das Grundbuchrecht nicht nach dem Gesellschaftsvertrag definiert, sondern allein nach ihren Gesellschaftern, auch nicht erforderlich.

Nach der Rechtsprechung des BGH genügt die Erklärung der in der Auflassungsverhandlung auf Erwerberseite auftretenden Personen, sie seien die Gesellschafter der erwerbenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Ergeben sich – wie regelmäßig – keine Anhaltspunkte gegen die Richtigkeit der Erklärung, bedarf es auch im Weiteren keines Nachweises eines Gesellschaftsvertrages oder einer Vertretungsbefugnis, da die dann eingetragenen Gesellschafter nach § 47 Abs. 2 GBO i. V. mit § 899a BGB in Bezug auf das Grundstück handeln können. Hiernach ist es grundbuchrechtlich regelmäßig nicht erheblich, ob die Gesellschaft schon bestand oder erst zur Gründung gelangt. Infolgedessen hat sich der Senat schon mit Beschl. v. 15. 6. 2011 der das materielle Recht in den Mittelpunkt stellenden Rechtsprechung des BGH – mit der Rechtsfähigkeit habe notwendigerweise die Grundbuchfähigkeit einherzugehen (s. NJW 2011, 1958, 1960<sup>1</sup>, Rdn. 25; schon BGHZ 179, 102, 109<sup>2</sup>, Rdn. 13, und BGH, NJW 2008, 1378, 1379) – angeschlossen (34 Wx 158/11, ZIP 2011, 1256; zustimmend auch die überwiegende Literatur, etwa *Böttcher*, ZfIR 2011, 461) und sieht auch vor-

2) DNotZ 2009, 115.

liegend trotz beachtlicher Gegenargumente (*Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 177 ff.; ZIP 2011, 1389 ff.) keinen Anlass, diese Rechtsprechung zu ändern.

Dass als Folge dieser Rechtsprechung ein Gesellschaftsvertrag nicht zu den Akten gelangt, ist unschädlich. Da die – formlose – jederzeitige Änderung eines solchen Vertrages nicht zwingend ausgeschlossen ist, genügt dieser allein im Grundbuchverkehr den Anforderungen von § 29 GBO ohnehin nicht (vgl. *Hügel/Kral*, GBO, 2. Aufl., Gesellschaftsrecht, Rdn. 10).

Zwar ist es ebenfalls als Ausfluss dieser Rechtsprechung denkbar, dass von den beteiligten Personen schon mehrere Gesellschaften bürgerlichen Rechts errichtet sind und sich nicht zwingend voneinander unterscheiden müssen; denn § 15 Abs. 1 Buchst. c GBV verlangt für den Eintragungsvorgang identifizierende Angaben zwingend nur für die Gesellschafter (s. auch BGH, NJW 2011, 1958, 1959<sup>1</sup>, Rdn. 12, 13). Ob mehrfache Errichtungen bislang wirklich häufig von den Gesellschaftern gewollt (vgl. *Bestelmeyer*, ZIP 2011, 1389, 1392) oder nur durch die bisherige Rechtsprechung, die beim Erwerb eines Grundstücks jeweils die Neuerrichtung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gefordert hatte, provoziert war, kann dahinstehen. In einem solchen Fall obliegt es – nicht anders als bisher auch – den Gesellschaftern, so sie dies für erforderlich halten, bei Errichtung der Auflassungsurkunde klarzustellen, für welche Gesellschaft bürgerlichen Rechts das Grundstück erworben werden soll. Dann kann ein entsprechender klarstellender Zusatz aufgenommen werden (§ 15 Abs. 1 Buchst. c Halbsatz 2 GBV).

3. Vorliegend sind keinerlei Umstände bekannt, die an der Richtigkeit der Erklärung der Beteiligten zu 5) bis 7), bezogen auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, zweifeln ließen. Auch sonst sind keine Hindernisse für die Eintragung der Beteiligten zu 9) als Eigentümerin des auf Bl. . . . vorgetragenen Grundstücks ersichtlich. Daher ist das GBA anzuweisen, die entsprechende Eintragung vorzunehmen. (..)

### III. Handels- und Gesellschaftsrecht

**Nr. 1** *GmbHG § 40 Abs. 2* (Verpflichtung des Notars zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste wegen mittelbarer Mitwirkung)

**Die Beurkundung der Firmenänderung hinsichtlich eines GmbH-Gesellschafters reicht nicht aus, den Notar gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG zu verpflichten, eine entsprechend geänderte Gesellschafterliste für die an der Beurkundung nicht beteiligte GmbH zum Handelsregister einzureichen.\***

*OLG Hamm, Beschl. v. 2. 11. 2011 – 27 W 100/11 (mit Anm. Ising)*

Mit dem angefochtenen Beschluss hat das AG unter Verwerfung des Einspruchs gegen seine Verfügung vom 30. 3. 2011 gegen den Beteiligten ein Zwangsgeld i. H. von 700,- € festgesetzt, um ihn zur Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste für die G. GmbH gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG anzuhalten. Der Beteiligte hatte unter dem 2. 12. 2009 zu UR-Nr. . . . die Änderung der Firma einer Gesellschafterin der vorbenannten GmbH,

\* Leitsatz der Schriftleitung.



nämlich der „W. GmbH“ in „T. GmbH“ beurkundet. Hierin sieht das AG – unter Berufung auf einen Beschl. des 15. Zivilsenats des OLG *Hamm* v. 1. 12. 2009 – 15 W 304/09<sup>1</sup> – eine mittelbare Mitwirkung des Notars an einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter der G. GmbH, die ihn zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG verpflichtete. (...)

Der Senat teilt die Auffassung des Beschwerdeführers, dass die Beurkundung der Firmenänderung hinsichtlich eines GmbH-Gesellschafters nicht ausreicht, den Notar gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG zu verpflichten, eine entsprechend geänderte Gesellschafterliste für die an der Beurkundung nicht beteiligte GmbH zum Handelsregister einzureichen.

Die oben genannte Entsch. des OLG *Hamm* v. 1. 12. 2009<sup>1</sup>, die eine Änderung in der Person eines Gesellschafters durch gesellschaftsrechtliche Verschmelzung zum Gegenstand hatte, war ersichtlich dadurch geprägt, dass der Notar dort, auch aufgrund einer weiteren Beurkundung, „über die internen Vorgänge der Beteiligten bestens informiert“ war, insbesondere über die in Rede stehenden Beteiligungsverhältnisse. Dieser Umstand ist vorliegend nicht gegeben. Die Entscheidung des 15. Zivilsenats ist daher auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar.

Dass die bloße Beurkundung der Firmenänderung hinsichtlich eines GmbH-Gesellschafters keine Einreichungspflicht begründet, entspricht auch der h. A. im Schrifttum. Schon für die Fälle der verschieden möglichen Umwandlungen des GmbH-Gesellschafters nach UmwG weist *Tebben* in RNotZ 2008, 451, 452 darauf hin, dass der beurkundende Notar nicht notwendig über den Beteiligungsbesitz der direkt betroffenen Gesellschaft informiert sein muss und lehnt bei Unkenntnis eine Einreichungspflicht des Notars hinsichtlich der Gesellschafterliste der mittelbar betroffenen GmbH ab (ebenso *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl., § 40 Rz. 56; *Wicke*, GmbHG, 2008, § 40 Rz. 14; *Hasselmann*, NZG 2009, 449, 453 f.; *Mayer*, DNotZ 2008, 403, 408, und *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 389, der schon begrifflich eine „Mitwirkung“ des Notars in diesen Fällen ablehnt). Diese Auffassung, die im Hinblick auf die Bedürfnisse der Praxis zutreffend darauf abstellt, ob der Notar nach seinem Beurkundungsauftrag die Beteiligung des von der Beurkundung unmittelbar Betroffenen an einer nicht urkundsgegenständlichen GmbH überhaupt erkennen kann, verdient Zustimmung, erst recht für die Fälle der Beurkundung einer bloßen Firmenänderung, in denen für den Urkundsnotar die Beteiligung des Rechtsträgers an einer dritten GmbH in der Praxis noch weniger bekannt wird.

Ob und, wenn ja, unter welchen genauen Voraussetzungen eine Einreichungspflicht des Notars bei nur mittelbarer Mitwirkung zu bejahen ist, bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung. Die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste durch einen Notar ist jedenfalls nur dann sinnvoll, wenn dieser die Beteiligungsverhältnisse zuverlässig kennt. Zu der in ihrem Gesellschafterbestand nur mittelbar betroffenen GmbH liegt vielfach auch nicht einmal ein Auftragsverhältnis des Notars vor. Es spricht viel dafür, dass die Veränderung des Gesellschafterbestands finaler Gegenstand der

1) DNotZ 2010, 214.

notariellen Tätigkeit und nicht nur deren Folge sein muss; *Zöllner/Noack*, aaO. Denn die notwendige Abgrenzung der – ausschließlichen! – Zuständigkeit zwischen Geschäftsführern und Notar für die – sanktionsbewehrte! – Einreichungspflicht nach § 40 GmbHG für diese Fälle der „mittelbaren“ Mitwirkung erfordert eindeutige, objektiv prüfbare Kriterien. (...)

**Anmerkung:** Zu der Frage, ob bei sog. mittelbarer Beteiligung des Notars an den Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder im Umfang ihrer Beteiligung der Geschäftsführer gemäß § 40 Abs. 1 GmbHG oder der Notar gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG die neue Gesellschafterliste einzureichen hat, liegen nunmehr zwei Entscheide vom OLG *Hamm* vor. Der 15. Senat hat am 1. 12. 2009 (DNotZ 2010, 214) entschieden, dass der Rechtsbegriff der „Mitwirkung“ auch die mittelbare Beteiligung des Notars an den meldepflichtigen Veränderungen erfasst. Damit ist der 15. Senat des OLG *Hamm* solchen Literaturmeinungen entgegengetreten, die die Zuständigkeit des Notars gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG bei mittelbarer Mitwirkung verneinen (vgl. die in der Anm. des Verfassers in DNotZ 2010, 216 genannten Literaturstellen).

Der 15. Senat hatte konkret über den Gesellschafterwechsel nach Verschmelzung des bisherigen Gesellschafters auf einen neuen Rechtsträger zu entscheiden. Der Notar hatte die Gesellschafterliste unterzeichnet und im Rechtsmittelverfahren auch darauf hingewiesen, dass er wusste, welche GmbH-Beteiligung aufgrund der Verschmelzung einen neuen Gesellschafter erhalten würde. Mindestens zu diesem Fall hatte der 15. Senat entschieden, hier läge ein anschauliches Beispiel dafür vor, was der Gesetzgeber bezweckte. Der mitwirkende Notar solle zur Vereinfachung der Verfahrensabläufe dann, wenn es infolge seiner Beurkundungstätigkeit zu einer Änderung der Gesellschafter kommt, die Änderung der Gesellschafterliste „gleich mit erledigen und im Interesse aller Beteiligten dafür Sorge tragen, dass die Einreichung der neuen Liste vollzogen wird, um so zu verhindern, dass der neue Gesellschafter nicht in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit dem Wirksamwerden der Veränderung als Berechtigter ausgewiesen wird (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 44)“.

Ob das Gericht anders entschieden hätte, wenn diese Kenntnis nicht vorgelegen hätte, ließ der 15. Senat offen, erkannte aber auf jeden Fall die sog. mittelbare Beteiligung des Notars als Mitwirkung des Notars i. S. von § 40 Abs. 2 GmbHG an. Nunmehr, fast zwei Jahre später, hat der jetzt zuständige 27. Senat entschieden, dass der Notar, der die Änderung der Firma einer Gesellschafterin beurkundet, nicht verpflichtet ist, eine neue Gesellschafterliste einzureichen. Der 27. Senat sagt, dass die Entscheidung des 15. Senats nicht übertragen werden könne, weil damals die Besonderheit vorlag, dass der Notar „bestens informiert“ war, insbesondere „über die in Rede stehenden Beteiligungsverhältnisse“, die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste durch einen Notar sei jedenfalls nur dann sinnvoll, wenn dieser die Beteiligungsverhältnisse zuverlässig kennt. Zur Begründung berief sich der 27. Senat auch auf *Tebben* (RNotZ 2008, 451, 452), der für Fälle von Umwandlungen die Notar-Zuständigkeit abgelehnt hat. Diese

Begründung legt nahe, dass der 27. Senat bei Umwandlungen ähnlich entscheiden würde.

Schon die in der Literatur erörterte Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Tätigkeit des Notars ist gekünstelt. Der Notar, der einen Anteilsübertragungsvertrag unter aufschiebender Bedingung, z. B. der Zahlung des Kaufpreises oder der Zustimmung Dritter (z. B. Mitgesellschafter) oder von Behörden (Kartellamt) abschließt, bewirkt durch seine Beurkundung allein auch keinen unmittelbaren Anteilsübergang. Der Anteilsübergang tritt erst ein, wenn die aufschiebenden Bedingungen eingetreten sind. Wo liegt der Unterschied zur Umwandlung? Nur weil bei der Umwandlung der Rechtsübergang erst durch Eintragung im Register der übernehmenden Gesellschaft (Verschmelzung) bzw. übertragenden Gesellschaft (Spaltung) eintritt, soll dies eine mittelbare Mitwirkung des Notars sein? Bei der Anteilsübertragung auch mit aufschiebender Bedingung soll eine unmittelbare Mitwirkung des Notars vorliegen, bei der Beurkundung der Verschmelzung oder Spaltung eine mittelbare. Dieses Beispiel zeigt, dass die unmittelbare Mitwirkung des Notars kein taugliches Kriterium ist.

Es soll durchaus nicht verkannt werden, in welcher Not sich der Notar befindet, wenn er nicht weiß, welche Beteiligung eine Gesellschaft hält, an deren Firmenänderung er mitwirkt oder deren Umwandlung er beurkundet. Daher ergibt sich zunächst die Frage, ob die Praxis von dem Gesetzeswortlaut einengend abweichen darf. Anerkannt ist durch den 15. Senat, dem der 27. Senat insoweit nicht widersprochen hat, dass der Notar bei positiver Kenntnis von Beteiligungen zur Erstellung der Liste verpflichtet ist. Für die Praxis ist es aber höchst unglücklich, wenn zwischen Kenntnis und Unkenntnis zu unterscheiden ist. Das Handelsregister, dem die Gesellschafterliste für die Beteiligungsgesellschaft einzureichen ist, kann in der Regel nicht kontrollieren, ob der Notar Kenntnis hat. Denn dieses Handelsregister bekommt nicht einmal die Urkunde des Notars, mit der dieser die Firmenänderung oder die Umwandlung beurkundet hat. Wie soll verfahren werden, wenn es nach der Rechtsprechung auf die Kenntnis des Notars ankommt, diese Kenntnis aber für das Handelsregister der Beteiligungsgesellschaft nicht erkennbar ist? Das Handelsregister kann in diesen Fällen die vom Geschäftsführer eingereichte Liste nicht beanstanden, obwohl sie – objektiv gesehen – möglicherweise vom falschen Absender kommt. In gleicher Weise, wie ein Notar bei einer Anteilsübertragung unter aufschiebender Bedingung den Eintritt der Bedingung überprüfen muss, um die Liste zu erstellen, in gleicher Weise ist es dem Notar zumutbar, sich bei der Gesellschaft nach deren Beteiligungen zu erkundigen, um die Liste erstellen zu können.

Es ergibt sich auch die Frage, warum die Handelsregister mehr Nachsicht üben sollen als die Finanzämter. Damit der Notar gemäß § 18 GrEStG seinen Meldepflichten nachkommen kann, muss er sich diese Kenntnisse verschaffen. Anlässlich der Beurkundung eines Verschmelzungsvertrages wird sich der Notar in der Regel die gemäß § 17 Abs. 2 UmwG zum Handelsregister der übertragenden Gesellschaft einzureichende Bilanz ansehen. Aus dieser ergibt sich oft unmittelbar der Hinweis, dass Grundbesitz

oder Beteiligungen vorliegen. Daraufhin hat er Einzelheiten bei seinen Auftraggebern zu erfragen, um seinen grunderwerbsteuerlichen Pflichten nachzukommen. Da nicht nur die Übertragung von Grundbesitz Grunderwerbsteuer auslöst, sondern auch die Übertragung von mindestens 95% der Anteile an einer GmbH, die über Grundbesitz verfügt (§ 1 Abs. 3 GrEStG), wird der Notar schon aus grunderwerbsteuerlichen Gründen nach GmbH-Beteiligungen und danach fragen müssen, ob diese GmbHs über Grundbesitz verfügen. In diesen Fällen bekommt der Notar zwangsläufig Kenntnis von der Existenz von GmbH-Beteiligungen, also müsste er mindestens im Hinblick hierauf die Gesellschafterlisten selbst erstellen. Es kann aber nicht Sinn der Gesetzesregelung sein, dass der Notar z. B. im Einzelfall für die im Grunderwerbsteuerinteresse bekannt gewordenen Beteiligungen neue Listen erstellt, während er für solche Beteiligungen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung keine Listen erstellen muss, wenn diese keinen Grundbesitz haben und er deshalb, jedenfalls aus grunderwerbsteuerlichen Gründen, keine weiteren Fragen stellen muss. Hinzu kommt, dass der Notar aus der Bilanz auch Hinweise auf Beteiligungen bekommt, wenn er z. B. auf die Bilanzposition „Finanzanlagen“ stößt. Das dürfte ausreichender Anlass für Nachforschungen sein, sodass der Notar oft auch bei Verschmelzungen Kenntnisse über Beteiligungen erhält. Nach dem Wortlaut des Gesetzes reicht bei der Anmeldung zur Umwandlung zum Handelsregister der übertragenden Gesellschaft die reine Bilanz, in der Praxis aber werden häufig Prüfungsberichte eingereicht, die sogar Beteiligungen einzeln auflisten. Ganz offenkundig sind insoweit Spaltungen. Die Ab- oder Aufspaltung von Beteiligungen setzt in der Regel ausdrückliche Auflistung der Beteiligungen voraus. Insoweit kann der Notar sich nicht darauf berufen, er hätte keine Kenntnis von Gesellschafterwechseln aufgrund der Umwandlungsbeurkundung und dessen Vollzug gehabt. Der Registerrichter, der die Bilanz oder den Jahresabschluss des übertragenden Rechtsträgers bekommt, weiß, dass der Notar Kenntnis von den Beteiligungen hat, der Rechtspfleger der Beteiligungsgesellschaft mit möglicherweise anderem Sitz hat diese Unterlage nicht und kann deshalb nicht überprüfen, ob der Notar konkrete Kenntnis hatte. Wird also auf die Kenntnis abgestellt, entstehen neue Rechtsunsicherheiten. Schon dies spricht dafür, das Kenntnis-Argument nicht gelten zu lassen.

Dies scheint auch der 27. Senat zu sehen, wenn er seine Begründung damit abschließt, möglicherweise sei entscheidend, ob die Veränderung des Gesellschafterbestands finaler Gegenstand der notariellen Tätigkeit oder nur deren Folge sei. Sicherlich ist dies nicht der Fall, wenn der Notar eine Firmenänderung beurkundet. Frage ist aber, ob dieses Kriterium mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar ist. Bei Umwandlungen zu sagen, der Anteilsübergang durch Wirksamkeit der Spaltung oder Verschmelzung sei nicht finaler Gegenstand der notariellen Tätigkeit, ist wenig überzeugend. Das ganze Verfahren der Umwandlung hat nur ein Ziel, nämlich den Übergang von Vermögen gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG bei Verschmelzungen bzw. gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG bei Spaltungen auf den übernehmenden Rechtsträger. Insbesondere bei Spaltungen muss der Notar die Aktiva, die einem

bestimmten neuen Rechtsträger zugeordnet werden sollen, ausdrücklich auflisten. Schon daraus ergibt sich, dass finaler Gegenstand seiner Tätigkeit die Übertragung dieser genau aufzulistenden Aktiva ist. Es macht aber wenig Sinn, zwischen Spaltungen und Verschmelzungen zu unterscheiden. Rechtssicherheit ist demnach nur gegeben, wenn jede unmittelbare oder mittelbare Mitwirkung des Notars ohne Rücksicht auf Kenntnis, insbesondere nachweisbare oder Dritten erkennbare Kenntnis/Unkenntnis des Notars abgestellt wird. Bejaht man die Zuständigkeit des Notars, beinhaltet dies auch die Pflicht, die betroffenen Beteiligungen zu ermitteln. Eine solche Pflicht des Notars zur Nachforschung wird von den Vertretern der Gegenmeinung bestritten (*Heilmeyer*, NZG 2012, 217, 219). Die umgekehrte Schlussfolgerung, weil der Notar zur Nachforschung nicht verpflichtet sei, treffe ihn auch keine Pflicht zur Einreichung der Liste, ist bedenklich.

Die vorstehenden Überlegungen zu Umwandlungsvorgängen gelten natürlich nicht für Beurkundungen eines Notars, die sich auf die Änderung der Firma erstrecken. In diesen Fällen fällt keine Grunderwerbsteuer an, sodass der Notar auch nicht verpflichtet ist, aus Grunderwerbsteuerlichen Gründen Nachforschungen zu stellen. Dennoch macht es keinen Sinn, bei der Firmenänderung die Notar-Zuständigkeit für die Gesellschafterliste zu bestreiten, bei Umwandlungen, mindestens bei Spaltungen jedoch zu bejahen. Wenn die Tür einmal so weit geöffnet ist, dass eine Vielzahl von sog. mittelbaren Beteiligungen erfasst wird, sollte im Interesse einer einheitlichen Regelung auch bei reinen Firmenänderungen die Notar-Zuständigkeit bejaht werden, zumal nach dem Wortlaut des Gesetzes nichts anderes gelten darf. *Heilmeyer* (NZG 2012, 217, 219) stimmt der Entscheidung des 27. Senats des OLG Hamm zu, geht aber überwiegend von dem Fall der Beurkundung der Firmenänderung aus.

Handelsregister und Notare brauchen eine allgemeine Regelung, damit jeder Notar im Voraus weiß, ob er zuständig ist, die neue Liste einzureichen, oder nicht. In gleicher Weise brauchen die Handelsregister Rechtssicherheit, um zu wissen, ob die Gesellschafterliste von der richtigen Person erstellt worden ist. Beide Senate haben letztlich Einzelfallentscheidungen getroffen. Es lag nahe, dass der 15. Senat in seiner Entsch. v. 1. 12. 2009 auch auf die Kenntnisse des Notars abgestellt hat. Hier hätte aber deutlich gemacht werden sollen, dass dies nur ein zusätzlicher Grund ist, auf den es nicht ankam, um der Entsch. v. 1. 12. 2009 eine generelle Bedeutung zu geben. Die Entscheidung des 27. Senats – zwei Jahre später – bezieht sich nur auf Firmenänderungen, wird aber allein dadurch, dass der Senat Umwandlungsliteratur zitiert, zu einer Ankündigung, auch bei einer Umwandlung in gleicher Weise zu entscheiden.

Es darf kein gespaltenes Recht geben, je nach Kenntnis des Notars. Der eine Notar kennt bei Übernahme des Mandats die Beteiligungsverhältnisse, ein anderer Notar erfährt diese in dem die Umwandlung vorbereitenden Gespräch, ein dritter Notar schaut in die Bilanz oder den Prüfungsbericht, den er zum Handelsregister einreicht, ein anderer Notar wiederum reicht die Unterlagen unbesehen weiter. In allen Fällen muss die gleiche Rechtsfolge gelten. Es kann nicht von den Vorkenntnissen und der Sorgfalt des

einzelnen Notars abhängen, wer die Liste einzureichen hat. Dieses Unbehagen, das sich bei dieser Überlegung einstellt, hatte offenkundig auch der 27. Senat, wenn er angedeutet hat, dass möglicherweise auf ein anderes Kriterium abgestellt werden müsste, nämlich ob die Veränderung des Gesellschafterbstands finaler Gegenstand des Beurkundungsmandats ist. Dann wären, wie oben ausgeführt, sämtliche Umwandlungsmaßnahmen vom Notar gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG zu melden, nicht jedoch Firmenänderungen. Es fragt sich jedoch, ob für Firmenänderungen eine Ausnahme gelten soll, wenn grundsätzlich mittelbare Tätigkeit des Notars i.S. von § 40 Abs. 2 GmbHG anerkannt wird.

*Rechtsanwalt und Notar a. D. Dr. Peter Ising, Essen*

**Nr. 2** *GmbHG § 39 Abs. 1; HGB § 15 Abs. 1* (Eintragung der Amtsbeendigung eines GmbH-Geschäftsführers)

**Die Amtsbeendigung eines GmbH-Geschäftsführers ist gemäß § 39 Abs. 1 GmbHG auch dann in das Handelsregister einzutragen, wenn die Geschäftsführer-Bestellung nicht in das Handelsregister voreingetragen worden ist.**

*KG, Beschl. v. 23. 12. 2011 – 25 W 52/11 (und 25 W 51/11)*

Die Beteiligten meldeten unter ihrem damaligen Namen B. D. d. GmbH (Beteiligte zu 1) bzw. B. D. e. GmbH (Beteiligte zu 2) mit Schreiben vom 21. 10. 2010 u. a. die Auflösung der jeweiligen Gesellschaft sowie das Ausscheiden der Geschäftsführer M. und K. aus der jeweiligen Geschäftsführung beim AG *Charlottenburg* zur Eintragung in das Handelsregister an.

Das RegisterG gab mit Verfügung vom 10. 1. 2011 beiden Beteiligten auf, die Eintragungsunterlagen für den ehemaligen Geschäftsführer K. einzureichen, da dieser als Geschäftsführer bislang unbekannt sei. Daraufhin ließen die Beteiligten durch ihren Verfahrensbevollmächtigten mit Schriftsatz vom 17. 3. 2011 klarstellen, dass K. aufgrund der Gesellschafterversammlung der jeweiligen Gesellschaft vom 30. 4. 2010 zum Geschäftsführer bestellt worden sei. Mit Zwischenverfügung vom 31. 3. 2011 wies das RegisterG beide Beteiligten darauf hin, dass die Eintragung des zwischenzeitlich bestellten Geschäftsführers K. der Anmeldung durch einen im Amt befindlichen gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft bedürfe. Diese Zwischenverfügung ist jeweils mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen, die den Vorgaben des § 64 FamFG entspricht.

Entgegen dieser am 18. 5. 2011 dem Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zugestellten Verfügung hielt der Letztgenannte – bereits mit Schriftsatz vom 12. 5. 2011 – an seiner Ansicht fest, dass eine Eintragung des zwischenzeitlich ausgeschiedenen Geschäftsführers K. nicht notwendig sei, da der Eintragung sowieso nur deklaratorische Wirkung zukomme. Im Übrigen käme die Anmeldung der Bestellung des bereits ausgeschiedenen Geschäftsführers der Anmeldung einer unrichtigen Tatsache gleich. Bei Beharren auf seiner Meinung möge das RegisterG die Anmeldung vom 21. 10. 2010 zurückweisen. Er werde dann den Beschluss im Rahmen einer Beschwerde überprüfen lassen. (...)

Die Beschwerden sind auch begründet.

Gemäß § 39 Abs. 1 GmbHG ist jede Änderung in den Personen der Geschäftsführer sowie die Beendigung der Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Grundsätzlich kann aber eine Anmeldung nicht mehr eingetragen werden, wenn feststeht, dass sie anschließend von Amts wegen sofort zu löschen ist

(BayObLG, GmbHR 1992, 306, juris, Rdn. 28). Scheidet ein Geschäftsführer vor seiner Anmeldung wieder aus, so besteht insoweit keine Anmeldepflicht (BayObLG, aaO). Der Anmeldung des GmbH-Geschäftsführers kommt nämlich keine konstitutive Wirkung zu (*Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, 19. Aufl., 2010, § 39 Rdn. 10). Der frühere Geschäftsführer K. muss somit nicht in das Handelsregister eingetragen werden.

Unberührt von dieser Frage entfällt die Eintragungspflicht für eine Amtsbeendigung nicht etwa deshalb, weil schon die Bestellung nicht eingetragen worden wäre (BayObLG, aaO; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, 17. Aufl., 2008, § 39 Rdn. 2; *Hachenburg/Mertens*, GmbHG, 7. Aufl., § 39 Rdn. 4; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner*, GmbHG, 4. Aufl., 2002, § 39 Rdn. 3; *Saenger/Inhester/Lücke/Simon*, GmbHG, 2011, § 39 Rdn. 5). Unter anderem wegen der Haftungsgefahr als vollmachtloser Vertreter aus § 177 BGB hat der ausgeschiedene Geschäftsführer einen Anspruch gegen die Gesellschaft auf Anmeldung seiner Amtsbeendigung (*Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, aaO; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, 19. Aufl., 2010, § 39 Rdn. 9; vgl. auch *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner*, aaO). Im Hinblick auf § 15 HGB hat die Gesellschaft nämlich ein Interesse daran, das Wiederausscheiden des Geschäftsführers eintragen zu lassen (*Hachenburg/Mertens*, aaO), denn nach absolut herrschender Meinung ist § 15 Abs. 1 HGB auch auf Fälle fehlender Voreintragung anwendbar (BGH, WM 1983, 651, juris, Rdn. 8; OLG *Brandenburg*, Beschl. v. 29. 5. 2003 – 7 U 221/01, juris, Rdn. 14; MünchKommHGB/*Krebs*, 3. Aufl., 2010, § 15 Rdn. 36; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Gehrlein*, HGB, 2. Aufl., 2008, § 15 Rdn. 8). Nach alledem ist das Ausscheiden des K. aus der Geschäftsführung beider Beteiligten in das Handelsregister einzutragen, ohne dass die Bestellung von K. zum Geschäftsführer zuvor in das Handelsregister eingetragen werden muss.

#### IV. Kostenrecht

*GmbHG § 40; KostO §§ 146 Abs. 3, 147 Abs. 2 und 3* (Keine Betreuungsgebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO für Erstellung der Gesellschafterliste nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG; Betreuungsgebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO für Einholung der firmenrechtlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung)

**a) Der Notar, der die Gründung einer GmbH beurkundet, erhält nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG für die zusätzliche Erstellung der Gesellschafterliste keine Betreuungsgebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO. Eine andere Beurteilung ist für die Zeit ab dem Inkrafttreten des MoMiG in Erwägung zu ziehen.\***

**b) Holt der Notar, der die Gründung einer GmbH beurkundet, vor der Anmeldung zum Handelsregister auftragsgemäß eine Stellung-**

\* Satz 2 im Leitsatz a ist von der Schriftleitung.

**nahme der zuständigen Industrie- und Handelskammer zur firmenrechtlichen Unbedenklichkeit ein, so fällt hierfür eine Betreuungsgebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO an.**

*BGH, Beschl. v. 14. 2. 2012 – II ZB 18/10 (mit Anm. Diehn)*

[1] I. Der Kostengläubiger (nachfolgend: Notar) beurkundete am 22. 9. 2005 den Gesellschaftsvertrag, durch den die Kostenschuldnerin als Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) gegründet wurde, sowie einen Beschluss zur Geschäftsführerbestellung. Außerdem fertigte er im Auftrag der Kostenschuldnerin eine Liste der Gesellschafter und holte eine Stellungnahme der zuständigen Industrie- und Handelskammer zur firmenrechtlichen Unbedenklichkeit (nachfolgend: Unbedenklichkeitsstellungnahme) ein.

[2] In seiner Kostenberechnung vom selben Tag forderte der Notar – neben einer <sup>20</sup>/<sub>10</sub>-Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages und einer <sup>20</sup>/<sub>10</sub>-Gebühr nach § 47 KostO für die Beurkundung von Beschlüssen von Gesellschaftsorganen – für das Fertigen der Gesellschafterliste und die Einholung der Unbedenklichkeitsstellungnahme unter Hinweis auf § 147 Abs. 2 KostO jeweils eine <sup>5</sup>/<sub>10</sub>-Gebühr aus einem Wert von 3750,- € (15% des vollen Geschäftswerts) i. H. von 17,- € nebst MwSt. Der Präsident des LG wies den Notar an, die Berechtigung dieses Kostenansatzes gerichtlich überprüfen zu lassen.

[3] Das LG hat die Kostenberechnung um die für das Fertigen der Gesellschafterliste angesetzte Gebühr gekürzt und die Weisungsbeschwerde im Übrigen als unbegründet zurückgewiesen. Mit der weiteren Beschwerde wendet sich der Notar aus eigenem Recht gegen die vorgenommene Kürzung. Im Übrigen verfolgt er die Weisungsbeschwerde auf weitere Anweisung des Präsidenten des LG weiter.

[4] Das OLG (OLG *Frankfurt*, ZIP 2010, 2446) beabsichtigt, der weiteren Weisungsbeschwerde stattzugeben und die weitere Beschwerde im Übrigen zurückzuweisen. Es sieht sich hieran durch die Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte gehindert, die dem Notar für das Erstellen der Gesellschafterliste bzw. die Einholung der Unbedenklichkeitsstellungnahme eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zugebilligt haben. Deshalb hat das OLG die Sache dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

[5] II. – [7] (...)

[8] III. Die weitere Beschwerde und die weitere Weisungsbeschwerde sind zulässig (§ 156 Abs. 2 Satz 1 und 2, Abs. 4 KostO a. F.), haben in der Sache aber keinen Erfolg. Die Annahme des LG, vorliegend stehe dem Notar für das Erstellen der Gesellschafterliste keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zu, während für die Anforderung der Unbedenklichkeitsstellungnahme eine solche Gebühr angefallen sei, ist zutreffend und beruht somit nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO a. F.).

[9] 1. Für die Erstellung der Gesellschafterliste ist keine Betreuungsgebühr angefallen.

[10] a) Bei der Gründung einer GmbH mit mehreren Gesellschaftern entstehen regelmäßig je eine <sup>20</sup>/<sub>10</sub> Notargebühr für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages nach §§ 141, 32, 36 Abs. 2 KostO sowie für die Beurkundung von Beschlüssen von Gesellschaftsorganen (Geschäftsführerbestellung) nach §§ 141, 32, 47 Satz 1 KostO. Wird auch die Anmeldung zum Handelsregister beurkundet, fällt außerdem eine <sup>5</sup>/<sub>10</sub> Gebühr nach §§ 141, 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO an, sofern § 44 Abs. 1 KostO keine Anwendung finden sollte. Ob dem Notar darüber hinaus für das Fertigen der nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG für die Handelsregistereintragung erforderlichen Gesellschafterliste eine Betreuungsgebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO zusteht, ist in der Rechtsprechung und im Schrifttum umstritten.



[11] aa) Ein Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung und das überwiegende Schrifttum sehen – nach der hier maßgeblichen Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG – im Erstellen der Gesellschafterliste durch den Notar ein gebührenpflichtiges selbstständiges Geschäft nach § 147 Abs. 2 KostO (OLG *Stuttgart*, JurBüro 1984, 1078; OLG *Saarbrücken*, MittRhNotK 1984, 222; OLG *Celle*, JurBüro 1994, 41; *Filzek*, KostO, 4. Aufl., § 147 Rdn. 49; *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 147 Rdn. 113; *Lappe*, Kostenrechtsprechung, 4. Aufl., Anm. zu § 147 KostO Nr. 89 und 101; *Kanzleiter* in *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Aufl., § 142 Nr. 48 M a. E.; *Assenmacher/Mathias*, KostO, 16. Aufl., Stichwort: GmbH, Anm. 4.5; *Mümmeler*, JurBüro 1989, 770; *Reimann*, DNotZ 1987, 642 f.; *Tiedtke*, ZNotP 2002, 121, 124; Landesnotarkammer Bayern, MittBayNot 1977, 141). Eine an sich von den Geschäftsführern zu erbringende Tätigkeit (§ 78 GmbHG), die deshalb nicht zum Pflichtenkreis des beurkundenden Notars gehöre, sondern von ihm nur aufgrund eines besonderen Auftrages, den er auch ablehnen könne, ausgeführt werde und die für die Abwicklung und den Vollzug der Beurkundung selbst nicht notwendig sei, stelle kein Nebengeschäft dar. Teilweise wird auch auf die Verantwortlichkeit des Notars für den Inhalt der von ihm entworfenen Erklärungen und das daraus folgende Haftungsrisiko abgestellt (*Sikora/Regler/Tiedtke*, MittBayNot 2008, 437, 441; vgl. *Bund*, JurBüro 2005, 234; *Kanzleiter* in *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Aufl., § 142 Nr. 48 M a. E.).

[12] bb) Demgegenüber betrachten ein Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung (OLG *Karlsruhe*, Rpfleger 1977, 228 f.; OLG *Frankfurt*, JurBüro 1987, 590<sup>1</sup>; ebenso für den Fall, dass der Notar neben der Handelsregisteranmeldung auch den Gesellschaftsvertrag beurkundet hat: OLG *Hamm*, NZG 2002, 486; OLG *Frankfurt*, NZG 2007, 919) und ein Teil des Schrifttums (*Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand: Juli 2011, § 41a Rdn. 11, § 147 Rdn. 27 a. E.) das Fertigen der Gesellschafterliste durch den Notar als Nebengeschäft und lehnen den Anfall einer Betreuungsgebühr ab. Die Gesellschafterliste müsse zwar nicht zwingend durch den Notar gefertigt werden, sie sei aber als notwendige Anlage zur Handelsregisteranmeldung (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG) unerlässlich für den Rechtserfolg des Vorgangs, für den der Notar beauftragt sei. § 35 KostO stelle als kostenrechtliche Vorschrift nur auf das Verhältnis einer Tätigkeit des Notars zum Hauptgeschäft ab, nicht darauf, ob der Notar dienstrechtlich zur Übernahme dieser Tätigkeit verpflichtet sei (vgl. OLG *Hamm*, FGPrax 2005, 231 f.).

[13] b) Der Senat folgt im Ergebnis der zuletzt genannten Auffassung.

[14] Erstellt der Notar, der die Gründung einer zum Handelsregister anzumeldenden GmbH beurkundet, auch die Gesellschafterliste nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG, so fällt hierfür – nach der vorliegend maßgebenden Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG – keine Betreuungsgebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO an. Bei der Erstellung der Gesellschafterliste handelt es sich um eine Vollzugstätigkeit zum Beurkundungsgeschäft, für die der Notar neben der Beurkundungsgebühr grundsätzlich nur dann eine weitere Gebühr erhält, wenn die besonderen Voraussetzungen des § 146 Abs. 3 KostO erfüllt sind. Kommt eine Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 3 KostO, wie vorliegend, nicht in Betracht, weil es nicht um die nähere Begründung eines Antrages oder einer Beschwerde geht, ist im Regelfall ein Nebengeschäft (§ 35 KostO) anzunehmen, für das keine gesonderte Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO anfällt (§ 147 Abs. 3 KostO).

[15] aa) Der Gebührentatbestand des § 147 Abs. 2 KostO kommt als Auffangregelung nur zur Anwendung, wenn die Kostenordnung für die betreffende Notartätigkeit keine Gebühr bestimmt und auch keine Regelung

1) DNotZ 1987, 641.

enthält, aus der sich ergibt, dass dem Notar für diese Tätigkeit keine gesonderte Gebühr erwachsen soll (BGH, Beschlüsse v. 13. 7. 2006 – V ZB 87/05<sup>2</sup>, WM 2006, 1974, Rdn. 8; v. 12. 7. 2007 – V ZB 113/06<sup>3</sup>, NJW 2007, 3212, Rdn. 5). Eine derartige, die Anwendung des § 147 Abs. 2 KostO im Regelfall ausschließende Gebührenregelung ist für Vollzugstätigkeiten zu Urkundsgeschäften, für die der Notar eine Entwurfs- oder Beurkundungsgebühr bekommt, in § 146 Abs. 3 KostO enthalten.

[16] Während in § 146 Abs. 1 und 2 KostO die Gebühren für den Vollzug der dort genannten Grundstücksgeschäfte mit Sperrwirkung gegenüber § 147 Abs. 2 KostO im Grundsatz abschließend geregelt sind (vgl. BGH, Beschl. v. 13. 7. 2006 – V ZB 87/05<sup>2</sup>, WM 2006, 1974, Rdn. 9 f.), betrifft § 146 Abs. 3 KostO die Gebühren für Vollzugstätigkeiten „in anderen Fällen“, in denen der Notar bereits eine Entwurfs- oder Beurkundungsgebühr verdient. Zu den damit angesprochenen Geschäften zählen u.a. Registersachen (BGH, Beschl. v. 12. 7. 2007 – V ZB 113/06<sup>3</sup>, NJW 2007, 3212, Rdn. 12; *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand: Juli 2011, § 146 Rdn. 49; *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 146 Rdn. 36).

[17] Auch § 146 Abs. 3 KostO entfaltet, ebenso wie die beiden ersten Absätze dieser Vorschrift, grundsätzlich eine Ausschlusswirkung gegenüber § 147 Abs. 2 KostO (vgl. *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand: Juli 2011, § 146 Rdn. 4; *Bengel/Tiedtke* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 146 Rdn. 4). § 146 KostO ist für Tätigkeiten, die der Notar erbringt, um das von ihm beurkundete Geschäft zum Vollzug zu bringen, im Verhältnis zu der allgemeinen Gebührenregelung für Nebengeschäfte in § 35 KostO, auf die § 147 Abs. 3 KostO Bezug nimmt, die speziellere Norm (vgl. BGH, Beschl. v. 13. 7. 2006 – V ZB 87/05<sup>2</sup>, WM 2006, 1974, Rdn. 10). Demzufolge sind Vollzugstätigkeiten zu den in § 146 KostO erfassten Urkundsgeschäften nur unter den dort aufgeführten Voraussetzungen gesondert zu vergüten. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, fällt für eine entsprechende Vollzugstätigkeit grundsätzlich auch keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO an.

[18] Für die Annahme einer solchen grundsätzlichen Sperrwirkung sprechen neben dem Wortlaut des § 146 KostO, der auf eine umfassende Regelung der für Vollzugstätigkeiten anfallenden Gebühren, auch in Abgrenzung zu der Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO, hindeutet, die Überlegungen, die für die Einführung einer Vollzugsgebühr im Jahr 1957 maßgebend waren. Seinerzeit wurden Tätigkeiten, die der Notar erbrachte, um das von ihm beurkundete Geschäft zum Vollzug zu bringen, grundsätzlich als gebührenfreie Nebengeschäfte i. S. des § 27 KostO a. F. (§ 35 KostO n. F.) angesehen; nur wenn es erforderlich war, einen Antrag oder eine Beschwerde näher zu begründen, konnte eine besondere Gebühr erhoben werden. Der Gesetzgeber wollte diese Regelung im Grundsatz beibehalten und lediglich für die typischerweise besonders aufwendigen und verantwortungsvollen Tätigkeiten zum Vollzug von Grundstücksgeschäften eine weitere Ausnahme schaffen (Begr. zum Kostenrechtsänderungsgesetz v. 26. 7. 1957, BT-Drucks. 2/2545, S. 193 zu Nr. 78 Ziff. 1). Der Gesetzgeber ging demnach davon aus, dass Vollzugstätigkeiten, soweit § 146 KostO nichts anderes bestimmt, gebührenfreie Nebengeschäfte darstellen (vgl. hierzu BGH, Beschl. v. 13. 7. 2006 – V ZB 87/05<sup>2</sup>, WM 2006, 1974, Rdn. 10).

---

2) DNotZ 2006, 954.

3) DNotZ 2008, 229.

[19] bb) Erstellt der Notar im Zusammenhang mit der Beurkundung der Gründung einer GmbH und im Hinblick auf deren Anmeldung zum Handelsregister die Gesellschafterliste nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG, so handelt es sich – nach der Rechtslage bis zum Inkrafttreten des MoMiG – um eine Tätigkeit zum Vollzug der Gründungsbeurkundung.

[20] Der in § 146 KostO verwendete Begriff des Vollzugs ist kostenrechtlich und für alle Absätze der Vorschrift einheitlich zu verstehen. Dem Vollzug des Geschäfts dienen alle Tätigkeiten, die zu den beurkundeten (schuldrechtlichen oder dinglichen) Vereinbarungen der Beteiligten notwendigerweise hinzukommen müssen, um deren Wirksamkeit herbeizuführen und ihre Ausführung zu ermöglichen (vgl. BGH, Beschl. v. 12. 7. 2007 – V ZB 113/06<sup>3</sup>, NJW 2007, 3212, Rdn. 8 f., zum Vollzug von Grundstücksgeschäften).

[21] Die Erstellung der Gesellschafterliste dient im kostenrechtlichen Sinne dem Vollzug der GmbH-Gründung. Die Gründung einer GmbH, deren Eintragung in das Handelsregister in Befolgung des § 7 Abs. 1 GmbHG angestrebt wird, zielt auf die Errichtung einer GmbH als juristische Person. Insofern erfordert die Ausführung des Gesellschaftsvertrages die Eintragung der GmbH in das Handelsregister (§ 11 Abs. 1 GmbHG) und damit auch die Erstellung der Gesellschafterliste als notwendigen Bestandteil der Anmeldung zum Handelsregister (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG). Ob der Notar neben dem Gesellschaftsvertrag auch die Anmeldung zum Handelsregister beurkundet hat – im vorliegenden Fall ist dies nicht festgestellt –, ist für die Einordnung der Erstellung der Gesellschafterliste als Vollzugstätigkeit im Verhältnis zur Beurkundung der Gesellschaftsgründung nicht ausschlaggebend.

[22] Die Annahme einer Vollzugstätigkeit scheidet auch nicht deshalb aus, weil der Notar die Gesellschafterliste nicht aufgrund amtlicher Verpflichtung, sondern im Auftrag der Kostenschuldnerin erstellt hat. Für die Beurteilung, ob eine Tätigkeit dem Vollzug des Urkundsgeschäfts dient, ist nicht das Ansuchen an den Notar, sondern der sachliche Zusammenhang mit dem Hauptgeschäft entscheidend (BGH, Beschl. v. 13. 7. 2006 – V ZB 87/05<sup>2</sup>, WM 2006, 1974, Rdn. 20 m.w.Nachw.).

[23] cc) Die grundsätzlich bestehende Sperrwirkung des § 146 Abs. 3 KostO führt im vorliegenden Fall dazu, dass die Fertigung der Gesellschafterliste als Nebengeschäft gebührenfrei bleibt (§ 147 Abs. 3 KostO).

[24] Allerdings ist eine Ausnahme von der Sperrwirkung in Betracht zu ziehen, wenn Vollzugstätigkeiten betroffen sind, die der Sache nach kaum anders behandelt werden können als die in § 146 KostO geregelten Fälle (vgl. BGH, Beschl. v. 13. 7. 2006 – V ZB 87/05<sup>2</sup>, WM 2006, 1974, Rdn. 12). In der vorliegenden Konstellation bestehen indes keine Umstände, die eine solche Ausnahme nahelegen. Auf der Grundlage des hier maßgebenden alten Rechts handelt es sich bei dem Erstellen der Gesellschafterliste nicht um eine Notartätigkeit, die den Vollzugstätigkeiten für Grundbuchgeschäfte des § 146 Abs. 1 und 2 KostO oder den besonders begründeten Anträgen und Beschwerden bei sonstigen Geschäften i. S. des § 146 Abs. 3 KostO nach Aufwand und Verantwortung typischerweise gleichzusetzen wäre.

[25] Eine andere Beurteilung ist für die Zeit ab dem Inkrafttreten des MoMiG in Erwägung zu ziehen, da dem Inhalt der Gesellschafterliste nunmehr eine größere Bedeutung zukommt (vgl. §§ 16, 40 GmbHG n. F.). Für die hier zu treffende Entscheidung kommt es auf diese Frage aber nicht an.

[26] 2. Für die Einholung der firmenrechtlichen Unbedenklichkeitsstellungnahme der Industrie- und Handelskammer ist eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO angefallen.

[27] a) Die Anforderung der Unbedenklichkeitsstellungnahme erfolgte nicht in Vollzug der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages, sodass die Sperrwirkung des § 146 Abs. 3 KostO hier nicht eingreift.

[28] Dem Vollzug des Geschäfts dienen – wie ausgeführt – alle Tätigkeiten, die zu den beurkundeten (schuldrechtlichen oder dinglichen) Vereinbarungen der Beteiligten notwendigerweise hinzukommen müssen, um deren Wirksamkeit herbeizuführen und ihre Ausführung zu ermöglichen (vgl. BGH, Beschl. v. 12. 7. 2007 – V ZB 113/06<sup>3</sup>, NJW 2007, 3212, Rdn. 8 f., zum Vollzug von Grundstücksgeschäften). Die Einholung der Unbedenklichkeitsstellungnahme erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Sie ist keine für die (mit der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages angestrebte) Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister notwendige Maßnahme. Vielmehr obliegt es dem RegisterG, zur Vermeidung unzulässiger Eintragungen in zweifelhaften Fällen das Gutachten der Industrie- und Handelskammer einzuholen (§ 23 Satz 1 der Verordnung über die Einrichtung und Führung des Handelsregisters – Handelsregisterverordnung in der bis zum 31. 12. 2006 gültigen Fassung). Hat bereits der Notar – unabhängig von möglichen Zweifeln des RegisterG an der firmenrechtlichen Zulässigkeit – eine Unbedenklichkeitsstellungnahme der Industrie- und Handelskammer eingeholt, so mag dies zu einer Beschleunigung des Eintragungsverfahrens beitragen. Damit handelt es sich um eine unterstützende Maßnahme des Notars, von der der Vollzug des Geschäfts aber nicht abhängt.

[29] b) Die Einholung der Unbedenklichkeitsstellungnahme erfolgte im Auftrag der Kostenschuldnerin; für diese Tätigkeit ist eine anderweitige Gebühr nicht bestimmt (§ 147 Abs. 2 KostO).

[30] c) Gemäß § 147 Abs. 3 KostO erhält der Notar die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die ein Geschäft vorbereitende oder fördernde Tätigkeit allerdings nur, wenn diese Tätigkeit nicht schon als Nebengeschäft (§ 35 KostO) durch eine dem Notar für das Hauptgeschäft oder für erfolglose Verhandlungen zustehende Gebühr abgegolten wird. Ob die Einholung der Unbedenklichkeitsstellungnahme im Zusammenhang mit der Beurkundung einer GmbH-Gründung ein gebührenfreies Nebengeschäft nach § 35 KostO darstellt, ist umstritten.

[31] aa) Eine Meinung hält die Einholung der Stellungnahme durch den Notar für ein gebührenpflichtiges selbstständiges Geschäft nach § 147 Abs. 2 KostO (OLG Oldenburg, JurBüro 1982, 1714; Bengel/Tiedtke in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 18. Aufl., § 147 Rdn. 129; Lappe, Kostenrechtsprechung, 4. Aufl., Anm. zu § 147 KostO Nr. 82; Filzek, KostO, 4. Aufl., § 147 Rdn. 49). Immer dann, wenn die Tätigkeit des Notars über reine Vorbereitungs- oder Vollzugstätigkeiten hinausgeht und sie sich nicht an das Gericht oder die am Hauptgeschäft Beteiligten richtet, sondern an einen am

Urkundsgeschäft nicht beteiligten Dritten, handele es sich um eine nach § 147 Abs. 2 KostO zu vergütende Geschäftsbesorgung des Notars und nicht um ein bloßes Nebengeschäft i. S. des § 35 KostO.

[32] bb) Die Gegenauffassung bejaht ein gebührenfreies Nebengeschäft (OLG *Frankfurt*, JurBüro 1987, 590<sup>1</sup>; *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand: Juli 2011, § 147 Rdn. 12, 26). Auch eine über den Pflichtenkreis des Notars hinausgehende Tätigkeit könne das Amtsgeschäft vorbereiten oder fördern.

[33] cc) Der Senat teilt im Ergebnis die erstgenannte Ansicht. Der Ausschlusstatbestand des § 147 Abs. 3 KostO ist hier nicht erfüllt, weil die Einholung der Unbedenklichkeitsstellungnahme kein gebührenfreies Nebengeschäft nach § 35 KostO darstellt.

[34] Unter einem Nebengeschäft werden herkömmlich alle Notartätigkeiten verstanden, die im Verhältnis zum Hauptgeschäft als minder wichtige Tätigkeiten erscheinen und mit dem Hauptgeschäft derart in Zusammenhang stehen, dass sie nicht als selbstständiges Geschäft in Erscheinung treten, sondern nur dazu dienen, das Hauptgeschäft vorzubereiten oder zu fördern (KGJ 53, 323, 324; OLG *München*, DNotZ 1937, 504, 505; OLG *München*, DNotZ 1939, 354; KG, DNotZ 1941, 71, 72; OLG *München*, DNotZ 1944, 71; OLG *Düsseldorf*, DNotZ 1957, 333; OLG *Karlsruhe*, DNotZ 1957, 331 f.; OLG *Frankfurt*, DNotZ 1962, 256, 258; BayObLG, DNotZ 1996, 396, 397; s. a. OLG *Hamm*, NZG 2002, 486; *Rohs* in *Rohs/Wedewer*, KostO, Stand: Juli 2011, § 147 Rdn. 26; kritisch: *Bengel*, DNotZ 1996, 361; *Lappe* in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18 Aufl., § 35 Rdn. 4).

[35] Allerdings ist ein Nebengeschäft nach § 35 KostO nicht schon immer dann anzunehmen, wenn eine vom Notar übernommene weitere Tätigkeit dem mit der Beurkundung letztlich beabsichtigten Rechtserfolg (irgendwie) dient. Nimmt der Notar eine eigenständige Betreuungstätigkeit wahr, die er, ohne hierzu verpflichtet zu sein, im Auftrag der Parteien neben der Beurkundung und dem Vollzug übernommen hat, ist diese nach § 147 Abs. 2 KostO gesondert zu vergüten, auch wenn sie den Beteiligten eine Hilfestellung bietet und so dem letztlich beabsichtigten Rechtserfolg dient (vgl. BGH, Beschlüsse v. 12. 5. 2005 – V ZB 40/05<sup>4</sup>, BGHZ 163, 77, 80; v. 12. 7. 2007 – V ZB 113/06<sup>3</sup>, NJW 2007, 3212, Rdn. 13).

[36] Nach diesem Maßstab ist die Einholung der Unbedenklichkeitsbescheinigung nicht als Nebengeschäft zu werten. Der Notar entfaltet insoweit eine Tätigkeit, zu der er nicht schon von Amts wegen verpflichtet ist, die sich durch die Einschaltung eines am Urkundsgeschäft nicht beteiligten Dritten vom Hauptgeschäft hinreichend abhebt und von der der Erfolg des Geschäfts auch nicht abhängt. (...)

**Anmerkung:** Der Senat entscheidet zwei Streitige Fragen des Notargebührenrechts.

1. Der BGH ordnet den notariellen Entwurf einer Gesellschafterliste als Vollzugstätigkeit ein, für die die KostO keine Vollzugsgebühr vorsehe und

4) DNotZ 2005, 867.

§ 147 Abs. 2 KostO durch den grundsätzlich abschließenden § 146 KostO gesperrt werde. Daraus folge die Gebührenfreiheit der Listenerstellung.<sup>1</sup> In Tz. 25 deutet der Senat aber bereits an, dass für die Zeit ab Inkrafttreten des MoMiG wegen der gestiegenen Bedeutung der Gesellschafterliste eine andere Beurteilung geboten ist. Den Weg dorthin zeichnet Tz. 24 vor, weil „Ausnahme(n) von der Sperrwirkung in Betracht zu ziehen (sind), wenn Vollzugstätigkeiten betroffen sind, die der Sache nach kaum anders behandelt werden können als die in § 146 KostO geregelten Fälle“. Der Sperrwirkung von § 146 KostO liegt die Erwägung zugrunde, dass die Gebühr für das Hauptgeschäft die Tätigkeit des Notars zum Vollzug des Geschäfts umfasst.<sup>2</sup> Diese Rechtfertigung trifft auf die Gesellschafterliste jedenfalls seit Inkrafttreten des MoMiG nicht mehr zu. Sie ist der Rechtscheinträger für den Gutgläubensschutz nach § 16 Abs. 3 GmbHG und hat neben dem Gründungsakt eine eigenständige und für den Rechtsverkehr zentrale, nämlich vertrauensstiftende Bedeutung.<sup>3</sup> Die Zusammenstellung der Liste im Auftrag eines Beteiligten ist daher jedenfalls seit 1. 11. 2008 eine nach § 147 Abs. 2 KostO zu vergütende Betreuungsleistung, der keine Sperrwirkung von § 146 KostO entgegensteht. Den Geschäftswert bestimmt der Notar gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen; angemessen ist ein Teilwert von 10% bis 20% aus dem Stammkapital.

Bei Anteilsübertragungen und Kapitalerhöhungen entsteht zusätzlich eine <sup>10/10</sup>-Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO für die Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 GmbHG.<sup>4</sup> Der Geschäftswert ist nach § 30 Abs. 1 KostO vom Wert der Anteilsabtretung ausgehend mit einem Teilwert von 30% bis 50% anzusetzen. Sind Wirksamkeitsvoraussetzungen außerhalb der Urkunde nicht zu prüfen, kann der Teilwert maßvoll reduziert werden, bei hohen Geschäftswerten auch deutlich. Die ablehnende OLG-Rechtsprechung<sup>5</sup> ist insoweit nicht haltbar.

2. Holt der Notar auftragsgemäß eine Stellungnahme der IHK zur firmenrechtlichen Unbedenklichkeit ein, fällt ebenso eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO an. Diese Entscheidung ist richtig und wegweisend: Eine Vollzugstätigkeit liegt nicht vor, weil die Maßnahme für die Handelsregistereintragung nicht zwingend notwendig ist. Die IHK-Stellungnahme ist *ein* Weg, um firmenrechtliche Fragen zu klären, aber nicht der einzige.

1) Nicht erörtert der Senat, warum keine Entwurfsgebühr nach §§ 145 Abs. 1 Satz 1, 36 Abs. 1 KostO entsteht.

2) BGH, Beschl. v. 13. 7. 2006, DNotZ 2006, 954.

3) *Diehn*, RNotZ 2009, 615 m.w.Nachw.

4) LG *Potsdam*, ZNotP 2011, 30 mit zust. Anm. *Tiedtke*; Notarkasse, Streifzug durch die KostO, 9. Aufl., 2012, Rdn. 1011 ff.; Prüfungsabteilung Ländernotarkasse, NotBZ 2009, 18, 23; *Reimann in Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl., 2010, § 50 Rdn. 6a; *Rohs/Wedewer*, KostO, Loseblatt-Kommentar, Stand: Juli 2011, § 50 Rdn. 8a; *Hartmann*, Kostengesetze, 42. Aufl., 2012, § 50 KostO Rdn. 5; *Filzek*, KostO, 4. Aufl., 2009, § 50 Rdn. 13; *Sikora/Tiedtke*, MittBayNot 2009, 209, 210 f. m.w.Nachw.

5) OLG *Stuttgart*, ZNotP 2009, 448 mit abl. Besprechung *Sikora/Tiedtke*, S. 432 ff. = MittBayNot 2009, 487 mit abl. Anm. *Sikora* = RNotZ 2009, 615 mit abl. Anm. *Diehn* = JurBüro 2009, 602 mit abl. Anm. *H. Schmidt*; OLG *Celle*, JurBüro 2010, 658 mit abl. Anm. *H. Schmidt*; OLG *Brandenburg*, MittBayNot 2011, 256 mit abl. Anm. *Diehn*.

Nicht anders liegt es bspw. bei Grundstückskaufverträgen, wenn der Notar Treuhandaufgaben abzulösender Grundpfandrechtsgläubiger annimmt: Eine Vollzugstätigkeit liegt nicht vor, weil es an der Unmittelbarkeit und zwingenden Notwendigkeit dieses Weges fehlt. Alternative Abwicklungen, etwa mit Anderkonto oder durch Vorabfreistellungen des Grundstücks, sind nämlich gleichfalls denkbar.

Für die Bewertung der Einholung einer IHK-Stellungnahme durch den Notar stellt der BGH folglich nicht auf § 146 Abs. 3 KostO ab, sondern untersucht §§ 147 Abs. 3, 35 KostO. Die notwendige Eigenständigkeit der Tätigkeit erkennt der Senat völlig zu Recht schon deshalb, weil ein am Urkundsgeschäft nicht beteiligter Dritter, nämlich die IHK, eingeschaltet wird. Sie hebt sich dadurch deutlich vom Hauptgeschäft ab und ist daher nach § 147 Abs. 2 KostO gesondert abzurechnen. In anderen Fällen, wie bei der auftragsgemäßen Annahme und Beachtung von Treuhandaufgaben der Grundpfandrechtsgläubiger durch den Notar, liegt es insoweit noch eindeutiger, weil sogar ein gesondertes Rechtsverhältnis zwischen Notar und dem am Hauptgeschäft unbeteiligten Grundpfandrechtsgläubiger entsteht.<sup>6</sup> Die dafür eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO ablehnende OLG-Rechtsprechung ist nicht haltbar.<sup>7</sup>

*Notar a. D. Dr. Thomas Diehn, LL.M. (Harvard)*

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Handbuch Immobilienrecht.** Herausgegeben von *Prof. Dr. Klaus Schreiber*. 3. Auflage. 2011. 1733 Seiten. 198,- € (Erich Schmidt Verlag GmbH & Co. KG, Berlin).

Das Ziel des „Handbuchs Immobilienrecht“ ist es, sowohl Rechtsgrundlagen als auch Detailkenntnisse der wichtigsten Gebiete des Immobilienrechts zu vermitteln. Die Autoren stammen aus der Wissenschaft, der Richterschaft sowie der anwaltlichen und der notariellen Praxis (Kollege *Grundmann*, Düren, bearbeitet das Kapitel über das Erbbaurecht, Kollege *Dr. Rombach*, Düsseldorf, den Abschnitt über das Grundbuch und das Grundbuchverfahren und Kollege *Dr. Wochner*, Köln, die Form von Grundstückskaufverträgen und das Beurkundungsrecht).

Angesichts des vorgenannten ambitionierten Ziels überrascht der Umfang von über 1700 Seiten kaum. Da in den insgesamt 19 Kapiteln sowohl die wichtigsten Gebiete des privaten als auch des öffentlichen Immobilienrechts behandelt werden, besitzt die Lektüre weitere Teile – etwa zum öffentlichen Baurecht (210 Seiten), Immissionsschutz und Nachbarrecht (402 Seiten) und zum Enteignungsrecht (131 Seiten) – für Notare eher einen theoretischen denn einen praktischen Nutzen. Überhaupt handelt es sich nicht in erster

6) Dazu nur *Tiedtke* in *Korintenberg*, aaO (Fußn. 4), § 147 Rdn. 95a; *Tiedtke/Diehn*, Notarkosten im Grundstücksrecht, 3. Aufl., 2011, Rdn. 949 f.; LG *Verden*, Beschl. v. 15. 10. 2009 – 3 T 1/09.

7) OLG *Dresden*, MittBayNot 2009, 403 mit abl. Anm. *Diehn* = ZNotP 2009, 325 mit abl. Anm. *Tiedtke*; OLG *Hamm*, JurBüro 2009, 600 mit abl. Anm. *H. Schmidt*; OLG *München*, MittBayNot 2010, 152 mit abl. Anm. *Diehn*; OLG *Köln*, JurBüro 2011, 38.

Linie um ein Handbuch, das für die tägliche notarielle Arbeit bei Zweifelsfragen heranzuziehen ist (so finden sich auch keine Muster, Praxistipps o.Ä.), sondern vielmehr um ein Werk, das einen detaillierten, umfassenden Einblick in die verschiedenen Bereiche des Immobilienrechts vermittelt. Für diesen Zweck besitzt das Handbuch Immobilienrecht einen reichen Fundus an Informationen, tief gehenden Betrachtungen und vor allem interessanten Querverweisen.

Das einführende Kapitel zum allgemeinen Grundstücksrecht vermittelt zunächst anschaulich das immobilienrechtliche „Basiswissen“ – etwa zu Veränderungen des Grundstücks, den Bestandteilen und der Mehrheit von Berechtigten –, bevor der Leser in den Abschnitten zum Enteignungs- und öffentlichen Bauplanungs- und Bauordnungsrecht mit spannenden Fragen des öffentlichen Immobilienrechts konfrontiert wird. Interessanterweise trifft der notarielle Praktiker auch auf ein paar alte Bekannte, wie etwa die viel diskutierte Ahlhorn-Rechtsprechung des OLG *Düsseldorf* (NZBau 2007, 530). *Sauthoff*, Vizepräsident des OVG *Greifswald*, erklärt hier unter zutreffendem Hinweis auf die neue Spruchpraxis des OLG *Düsseldorf* (insbes. Beschl. v. 9. 6. 2010 – VII-Verg 9/10, ZfBR 2010, 602; hierzu *Elsner*, IBR 2010, 407) mit erfrischend klaren Worten die Problematik aufgrund der jüngsten Entscheidung des EuGH (DNotZ 2010, 528) für „obsolet“ (S. 266; vorsichtiger Diktion bei *Otting*, NJW 2010, 2167; vgl. zu dem Gesamtkomplex instruktiv *Regler*, DNotZ 2010, 24). Zu beachten ist, dass auch nach der Rechtsprechung des EuGH Nebenabreden über die Erbringung bestimmter Bauleistungen bei Grundstückskaufverträgen der öffentlichen Hand zu einer Einordnung des Vertrages als „öffentlicher Auftrag“ i. S. des § 99 GWB und damit zu einer vergaberechtlichen „Infizierung“ des Geschäfts führen dürften, wenn sie im unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des öffentlichen Grundstücksvkäufers stehen und dieser ein Entgelt leistet (vgl. *Hertwig*, NZBau 2011, 9; *Byok*, NJW 2011, 975, 977). Überdies ist, worauf *Sauthoff* zu Recht hinweist (S. 267), allgemein Vorsicht geboten, wenn die Realisierung eines öffentlichen (gemeindlichen) Vorhabens vorgesehen ist, der Investor die Erschließung übernimmt, nicht lediglich städtebauliche Ziele verfolgt werden oder sich die öffentliche Hand finanziell oder im Hinblick auf das Risiko beteiligt.

*Ruge* und *Röll* beschäftigen sich in einem der folgenden Kapitel sodann mit dem Wohnungseigentum, das indes angesichts des Umfangs von knapp 60 Seiten nur einen Anteil an dem Gesamtwerk ausmacht, der in etwa dem alten Grunderwerbsteuersatz entspricht. Vielleicht sollte auch hier einmal seitens des Verlags über eine Erhöhung nachgedacht werden.

Erkenntnisreich gestalten sich auch die eingehenden Ausführungen zu Grundstücks- und Grundstückspacht. Angesichts der hohen Praxisbedeutung wäre indes eine etwas eingehendere Auseinandersetzung mit der Problematik des Schriftformerfordernisses nach § 550 BGB insbesondere bei Gewerbemietverträgen (vgl. § 578 BGB) wünschenswert gewesen – etwa hinsichtlich der Vertretungsproblematik (hierzu jüngst *Jacoby*, NZM 2011, 1), der „äußeren und inneren“ Form (vgl. BGH, NZM 2010, 319: „Zur Wahrung der Schriftform des § 550 BGB genügt es, wenn die Vertragsbedingungen eines konkludent abgeschlossenen Mietvertrages in einer der äußeren Form des § 126 Abs. 2 BGB genügenden Urkunde enthalten sind“) oder der Maßgeblichkeit sog. Schriftformheilungsklauseln (Aufgrund einer solchen verpflichten sich die Parteien ausdrücklich, bei einem aufgrund Formmangels unwirksamen Mietvertrag an einer Heilung des Formfehlers mitzuwirken und vorher den Mietvertrag nicht unter Berufung auf § 550 BGB zu kündigen; hierzu etwa *Leo*, NZM 2006, 815, und *Hülk*, NZM 2008, 764). Angesichts der hier nur angerissenen zahlreichen Zweifelsfragen und enormen Haftungsgefahren – ein formunwirksam für längere Zeit als ein Jahr geschlossener Gewerbemietvertrag kann mit der gesetzlichen Frist des § 580a BGB ordentlich gekündigt werden – stellt schließlich die Beurkundung des Mietvertrages sua sponte eine für Rechtsklarheit und -sicherheit sorgende Alternative zu der Form des § 550 BGB dar (vgl. § 126 Abs. 4 BGB). Dies gilt umso mehr, als sich der Mieter hier bekanntlich zusätzlich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen und ihm andererseits – worauf *Schildt* (S. 1162) zu Recht hinweist – ein Vorkaufs- bzw. Optionsrecht eingeräumt werden kann.

Sofern sich der Leser eingehender mit der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen auseinandersetzen möchte, seien ihm überdies die verständlichen und über-



sichtlich aufbereiteten Ausführungen von *Becker*, Vors. Richter am OLG *Hamm* a. D., zu diesem Themenkomplex ans Herz gelegt (S. 1485-1623, insbes. zur Zwangsverwaltung, S. 1584-1611).

Für diejenigen Kollegen, die einen eingehenden und umfassenden Einblick in das (gesamte) Immobilienrecht bekommen möchten und hierbei insbesondere über den notariellen Tellerrand hinausschauen wollen, stellt dieses Werk ohne Frage eine wertvolle Bereicherung der (wahrscheinlich ohnehin reichlich bestückten) Bibliothek dar.

*Notarassessor Dr. Jan Eickelberg, Berlin*

### **Praktische Fragen des Erbbaurechts.** Von *Prof. Roland Böttcher*.

6. Auflage. 2011. 183 Seiten. 42,- € (RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln).

Das äußerlich moderner gestaltete RWS-Skript 279 von dem an der Hochschule für Wirtschaft und Recht in Berlin tätigen *Roland Böttcher* richtet sich auch an Notare. Es findet insbesondere Einsatz zur Vorbereitung auf die notarielle Fachprüfung. Seit der letzten Auflage wurde die Spezialregelung des Erbbaurechts, die ihren Namen (Gesetzes-titel) gewechselt hat, vier Mal geändert. Das Erbbaurecht erfreut sich nicht nur bei den großen Kirchen, der öffentlichen Hand und nahestehenden Immobiliengesellschaften weiterhin großer Beliebtheit. Angesichts in Ballungsräumen steigender Grundstückspreise wird auf das Erbbaurecht zur Förderung des Wohnungsbaus häufig zurückgegriffen. Aufgrund seiner Doppelnatur als grundstücksgleiches Recht und als Belastung des Grundstücks wirft es zahlreiche Probleme auf, die auch die Rechtsprechung immer wieder beschäftigt haben.

*Böttcher* behandelt entsprechend der Voraufgabe sämtliche Probleme in zehn Abschnitten, denen im Anhang das Muster eines Erbbaurechtsbestellungsvertrages sowie die PrKV und das Muster des Grundstücks- und des Erbbaugrundbuchs beigelegt sind. Die Darstellung bezieht sich regelmäßig auf die Rechtsprechung und bei Streitfragen auch auf die einschlägige Literatur. Damit erhält der Anwender stets auch zitierfähige Nachweise für die Praxislösung. Dies betrifft bereits den Begriff des Bauwerks, unter den auch der Tennisplatz, der Kinderspielfeldplatz, Golfanlagen, ausgemauerte Gräften, nicht jedoch einfache Gräber fallen. Schwerpunkte der Darstellung betreffen den vertraglichen Inhalt des Erbbaurechts und den Erbbauzins. Abschreibung und Zuschreibung vom und zum Erbbaugrundstück sowie die Teilung des Erbbaurechts und Veränderungen am Erbbaurecht selbst werden ausführlich behandelt. *Böttcher* sucht stets praxisnahe Lösungen. Dies zeigt bspw. auch die teleologische Reduktion von § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG im Hinblick auf die erste Rangstelle des Erbbaurechts; *Böttcher* schließt sich hier der Ansicht an, dass ein vorrangiges Recht dann die Eintragung des Erbbaurechts nicht hindert, wenn es sich um kein Verwertungsrecht handelt und der Ausübungsbereich des Rechts dasjenige des Erbbaurechts samt Erstreckungsfläche nicht betrifft (Rdn. 103). Die neue höchstrichterliche Rechtsprechung zu den Problemen des Erbbaurechts, wie z. B. zur Verjährung des Erbbauzins (Rdn. 321) und seiner Anpassung im Verhältnis zum Grundstückswert (Rdn. 372 f.), wird dargestellt. Auch dort, wo andere Meinungen kritisiert werden (so z. B. Rdn. 164 zur Sicherung des Heimfallsanspruchs durch eine Vormerkung), wirkt dies nie beserwischerisch oder sogar – wie man dies leider aus Diskussionsforen im Internet und Beiträgen zu BGH-Entscheidungen (vgl. insbes. ZfIR 2011, 395, 404) zwischenzeitlich gewöhnt ist – despektierlich (krit. zu Recht *Heinemann*, MietRB 2011, 221). *Böttcher* hat sich vielmehr stets gegen die „Verhinderungspraxis“ mancher Autoren in der Literatur gestellt (vgl. nur ZfIR 2009, 613, 618 und 2011, 461 ff.). Von dieser Haltung ist auch sein Erbbaurechtsskript geprägt.

Bereits die häufig zitierte Notarliteratur zeigt, dass das Buch für die notarielle Praxis bestens geeignet ist. Aufgrund seiner komprimierten Darstellung ist es Handbuch und Kommentierung zur raschen und zuverlässigen Information in einem.

*Notar Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen*

**Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz.** Herausgegeben von Prof. Dr. Holger Fleischer und Prof. Dr. Wulf Goette. **Band 1** (§§ 1-34). 2010. 2494 Seiten. 248,- €. **Band 2** (§§ 35-52). 2012. 1537 Seiten. 248,- €. **Band 3** (§§ 53-85). 2011. 1273 Seiten. 248,- € (Verlag C.H. Beck, München).

Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) und durch eine Vielzahl weiterer Gesetze, darunter das ARUG und das BilMoG, ist das Recht der Gesellschaften mit beschränkter Haftung in den letzten Jahren erheblich umgestaltet und entscheidend verändert worden. Mit dem nunmehr durch Band 2 komplettierten Gesamtwerk zum GmbH-Gesetz wird die Reihe der Münchener Kommentare in diesem besonders praxisrelevanten Bereich erweitert. Als wissenschaftlich fundierter Großkommentar erhebt er den Anspruch, die GmbH in ihrer ganzen Vielschichtigkeit sichtbar zu machen und analytisch zu durchdringen. Mit *Fleischer* und *Goette* konnten dafür zwei renommierte Herausgeber gewonnen werden.

Der neue Kommentar soll sich trotz seines Gesamtumfangs von mehr als 5300 Seiten nicht allein an den wissenschaftlich interessierten Leser richten, sondern ausdrücklich auch an die Rechtsanwender in der Praxis. Nicht zuletzt deswegen dominieren unter den Autoren wohl solche aus Richterschaft, Rechtsanwaltschaft und Notariat. Dabei orientiert sich der neue Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz an der praktischen Aufgabe, den Diskussionsstand in Spruchpraxis und Literatur nach Inkrafttreten des MoMiG aufzubereiten und Diskussionsanstöße zu umstrittenen oder im Gesetzgebungsverfahren übersehenen Rechtsfragen zu geben.

Einzelne Erläuterungen, die bereits vorab als Einzelwerke veröffentlicht worden sind, sind hierbei in den Gesamtkommentar eingearbeitet worden, namentlich das im Anhang zu § 13 befindliche GmbH-Konzernrecht von *Liebscher* und „Der GmbH-Geschäftsanteil“ von *Reichert/Weller* in der Kommentierung der §§ 14, 15 und 18. Die Aufbereitung des alten Eigenkapitalersatzrechts durch *Löwisch* (Eigenkapitalersatzrecht, Kommentar zu §§ 32a und 32b GmbHG, 2007) ist hingegen in dem Gesamtwerk nicht mehr enthalten, obwohl es die Praxis wegen der Übergangsregelung in Art. 103d EGIInsO noch auf Jahre beschäftigen wird. Bedauerlicherweise ist selbst das neue, nunmehr in der Insolvenzordnung rechtsformneutral als Insolvenzanfechtungsrecht geregelte „Eigenkapitalersatzrecht“ komplett aus der Kommentierung ausgeklammert worden. In diesem Bereich wären zumindest einige grundsätzliche Erläuterungen sicher ein Gewinn gewesen.

Im Übrigen bleibt in einer solchen Rezension naturgemäß wenig Raum, jeden einzelnen Abschnitt eines Großkommentars angemessen zu würdigen. Für weite Teile der Kommentierung lässt sich ganz allgemein feststellen, dass sie von großer wissenschaftlicher Tiefe und für den Rechtsanwender in der Praxis meist uneingeschränkt verwertbar sind. Der im Zeitpunkt des Erscheinens des jeweiligen Bandes geltende Rechts- und Diskussionsstand wird zuverlässig wiedergegeben. Sehr präzise und nicht zuletzt für die notarielle Praxis hilfreiche Erläuterungen finden sich dabei insbesondere zur Satzungsänderung und zur Kapitalerhöhung durch *Harbarth* und *Lieder*. Auch die novellierte Regelung in § 16 GmbHG und das Recht der Gesellschafterliste in § 40 GmbHG sind von *Heidinger* sehr ausführlich und in einigen Punkten zu Recht rechtspolitisch kritisch kommentiert worden.

An mancher Stelle hätte man sich allenfalls vielleicht etwas mehr Raum für abweichende Ansichten zur Rechtsprechung des BGH gewünscht, wie z. B. zur Spruchpraxis bei unterlassener Offenlegung des Hin- und Herzählens gemäß § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG oder zur Kapitalaufbringung im sog. Cash Pool. Mancherorts wäre auch die deutlichere Herausarbeitung einiger Ungereimtheiten des Gesetzes angezeigt gewesen, wie sie bspw. bei der praktischen Umsetzung des genehmigten Kapitals in § 55a GmbHG zutage treten.

Diese (willkürlich) herausgegriffenen, vereinzelt Kritikpunkte können dem Gesamteindruck des Werks jedoch nichts anhaben. Die Herausgeber haben eine Neukommentierung des GmbH-Rechts vorgelegt, die praxisnah und wissenschaftlich anspruchsvoll ist. Für die GmbH-Praxis ist das Erläuterungswerk ein absoluter Gewinn. Es ist davon auszugehen, dass dieser Münchener Kommentar wie seine Vorläufer in anderen Rechtsgebieten einen festen Platz in der Fachliteratur einnehmen wird.

Notar Dr. David C. König, Vilsbiburg