

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

25. Jahrgang
Juni 2017
ISSN 1434-3460

11/2017

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG § 5 Abs. 2 – Sondereigentumsfähigkeit eines Heizungsraums, wenn der Raum nur der Versorgung einzelner Einheiten dient; Zugang nur über die betroffenen Sondereigentumseinheiten

BayGO Art. 38 Abs. 1, 75; GBO § 20; BGB § 925 Abs. 2 – Vollwertigkeitserklärung durch die Gemeinde bei Veräußerung gemeindlichen Grundbesitzes; Handeln vorbehaltlich Genehmigung durch den Gemeinderat

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

GmbHG § 34 Abs. 1 u. 2; BGB §§ 138, 139 – Einziehung eines Gesellschaftsanteils nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses

Aktuelles

Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie – Neuregelungen zur Gesellschafterliste

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG § 5 Abs. 2 Sondereigentumsfähigkeit eines Heizungsraums, wenn der Raum nur der Versorgung einzelner Einheiten dient; Zugang nur über die betroffenen Sondereigentumseinheiten

I. Sachverhalt

Eine Wohnungsanlage besteht aus den Einheiten Nr. 1, 2 und 3. Die Wohnung Nr. 1 wird durch eine eigene Heizung versorgt, die Wohnungen Nr. 2 und Nr. 3 durch eine gemeinsame Heizungsanlage. Diese befindet sich in einem eigens dafür vorgesehenen Raum. Jede der beiden Einheiten Nr. 2 und Nr. 3 verfügt über einen eigenen Zugang zu diesem Raum. Dieser Zugang steht im jeweiligen Sondereigentum von Einheit Nr. 2 und Nr. 3. Einen eigenen Zugang über eine im Gemeinschaftseigentum stehende Fläche gibt es nicht. Auch verfügt der Eigentümer der Einheit Nr. 1 über keinen Zugang.

II. Fragen

1. Kann an dem Heizungsraum Gemeinschaftseigentum begründet werden, wenn der Zugang nur über diejenigen Einheiten möglich ist, deren Versorgung der Heizungsraum dient?

2. Kann in einer Wohnungs- und Teileigentumsanlage, bei der eine in einem keinen anderen Zwecken dienenden Raum untergebrachte Heizungsanlage, welche der Versorgung

von mehr als einer Sondereigentumseinheit, aber nicht der Versorgung sämtlicher Sondereigentumseinheiten dient, für die Eigentümer der versorgten Sondereigentumseinheiten ein gemeinschaftliches Sondernutzungsrecht begründet werden?

III. Zur Rechtslage

1. Heizungsraum als zwingendes Gemeinschaftseigentum

Nach § 5 Abs. 2 WEG sind die Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, Gegenstand des Gemeinschaftseigentums. Grundsätzlich ist auch eine Heizungsanlage eine **zwingend im Gemeinschaftseigentum** stehende Einrichtung i. S. v. § 5 Abs. 2 WEG, **sofern die Heizungsanlage der Versorgung sämtlicher Einheiten dient**. Entsprechendes gilt für den Raum, in dem sich die Anlage befindet. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Raum zugleich **annähernd gleichwertigen anderen Zwecken** dient, die keinen Gemeinschaftsbezug aufweisen (BayObLG DNotZ 1992, 490; OLG Bremen ZWE 2016, 324; OLG Schleswig NJOZ 2006, 2586).

Ob der Heizungsraum zwingend Gemeinschaftseigentum ist, wenn er – so wie im vorliegenden Fall – **mehr als nur eine**, nicht aber sämtliche Einheiten mit Energie versorgt, ist umstritten:

Während sich die **Literatur** teilweise dafür ausspricht, dass der Heizungsraum **zwingend Gemeinschaftseigentum** ist, wenn er die **Mehrheit** der **Einheiten** mit **Energie versorgt** (Bärmann/Armbrüster, WEG, 13. Aufl. 2015, § 5 Rn. 45), geht die wohl heute h. M. im Schrifttum davon

aus, dass zwingendes Gemeinschaftseigentum bereits dann vorliegt, wenn die Anlage der Versorgung von **zumindest zwei Einheiten** dient (Staudinger/Rapp, BGB, 2005, § 5 Rn. 29, 40; BeckOK-WEG/Gerono, Stand: 1.3.2017, § 5 Rn. 30; BeckOGK-BGB/Schultzky, Stand: 1.3.2017, § 5 WEG Rn. 76; aus der Rechtsprechung LG Koblenz ZWE 2015, 120, 121).

Großzügiger ist die vom BayObLG vertretene Auffassung, wonach der Raum nur dann im zwingenden Gemeinschaftseigentum steht, wenn er **sämtliche Einheiten** mit Energie versorgt (BayObLG NJW-RR 2000, 1032, 1033; zust. MünchKommBGB/Commichau, 7. Aufl. 2017, § 5 WEG Rn. 28; Hügel/Elzer, WEG, 2015, § 5 Rn. 40).

Zutreffend dürfte wohl die **strengste Auffassung** sein, die einen zwingenden Gemeinschaftsbezug bereits dann bejaht, wenn eine **Räumlichkeit mehr als nur einem Sondereigentum zu dienen bestimmt** ist. § 5 Abs. 2 WEG lässt bereits einen Gebrauch durch die „Wohnungseigentümer“ genügen. Hieraus lässt sich damit gerade nicht ableiten, dass sämtliche Wohnungseigentümer gemeint sind. Auch der Normzweck dürfte eine Auslegung in diesem Sinne gebieten: Es gibt keine andere Kategorie als das Sonder- und das Gemeinschaftseigentum. Sollen mehrere Wohnungseigentümer die Anlage benutzen, stellt das Sondereigentum keine passende Kategorie dar, um die Zweckbestimmung abzubilden. Es kommt nur die Begründung von Gemeinschaftseigentum in Betracht. In diesem Sinne hat auch der BGH entschieden, dass eine Hebebühne einer Doppelstockgarage bereits dann zwingendes Gemeinschaftseigentum ist, wenn die Anlage dem Betrieb **mehr als nur eines** Teileigentums dient (BGH NJW-RR 2012, 85 Rn. 9).

Demzufolge handelt es sich bei dem **Heizungsraum zwingend um Gemeinschaftseigentum**.

2. Begründung eines gemeinschaftlichen Sondernutzungsrechts am Heizungsraum

Es fragt sich damit, ob die Begründung eines ausschließlich gemeinschaftlichen Sondernutzungsrechts zugunsten der Einheiten Nr. 2 und Nr. 3 möglich wäre. Grundsätzlich lässt § 5 Abs. 2 WEG zu, dass an **Räumen im zwingenden Gemeinschaftseigentum ein Sondernutzungsrecht** besteht (OLG Frankfurt NJW-RR 1987, 1163; BayObLG DNotZ 2004, 386, 388; KG NJW-RR 1990, 333; Hügel/Elzer, § 5 Rn. 29; Jennißen/Grziwotz, WEG, 5. Aufl. 2017, § 5 Rn. 56; Schneider, in: Riecke/Schmid, WEG, 4. Aufl. 2015, Rn. 83; Hügel/Scheel, Rechtshandbuch Wohnungseigentum, 3. Aufl. 2011, Teil 1 Rn. 49, f). Etwas anderes gilt jedoch, wenn das Sondernutzungsrecht das durch § 5 Abs. 2 WEG geschützte **Mitgebrauchsrecht der anderen Wohnungseigentümer** ausschließt. In diesem Fall liegt eine **Umgehung** des § 5 Abs. 2 WEG vor (Bärmann/Armbrüster, § 5 Rn. 29).

Von einer solchen Umgehung kann im vorliegenden Fall aber keine Rede sein: Denn der Heizungsraum ist nach seiner Zweckbestimmung gerade darauf angelegt, nur einzelnen Wohnungseigentumseinheiten zu dienen. Es ist nur konsequent, auch nur diesen Einheiten ein Sondernutzungsrecht an ihm einzuräumen.

Es ist daher zulässig, ein gemeinschaftliches Sondernutzungsrecht für diejenigen Einheiten an dem Heizungsraum zu begründen, deren Einheiten von der Heizung versorgt werden.

3. Zugang zum Gemeinschaftseigentum

Der Heizungsraum soll im vorliegenden Fall nur über einen Zutritt aus dem **Bereich des Sondereigentums** erreichbar sein. Das wirft die Frage auf, ob dies mit den zwingenden Vorgaben des § 5 Abs. 2 WEG vereinbar ist.

Der einzige Zugang zu einem für den gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmten Raum ist an sich zwingender Bestandteil des Gemeinschaftseigentums. Die entsprechenden **Zugangsflächen** sind demzufolge **nicht sonder-eigentumsfähig** (BGH NJW 1991, 2909, 2911; BayObLG DNotZ 1992, 490, 492; DNotZ 2004, 386, 387).

Von diesem Grundsatz sind aber mehrere Ausnahmen anerkannt:

a) Zugang von jedem Sondereigentum

Der Zugang zu einem gemeinschaftlichen Eigentum ist dann nicht zwingend gemeinschaftliches Eigentum, wenn **jeder** der Sondereigentumseinheiten **ein eigener Zugang** zur Verfügung steht (vgl. Gutachten DNotI-Report 1997, 17, 19). Denn nach der Rechtsprechung müssen (nur) die Räume, die den **einzigsten Zugang** zum Heizungsraum und zur Heizungsanlage bilden, zwingend im Gemeinschaftseigentum stehen (BGH NJW 1991, 2909; BayObLG DNotZ 2004, 386). Dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Vorstellung ist Genüge getan, weil jeder Sondereigentümer stets zur Kontrolle, Wartung und Bedienung der gemeinschaftlichen Versorgungsanlagen zu diesen gelangen kann, ohne fremdes Sondereigentum durchschreiten zu müssen. In der untergerichtlichen Rechtsprechung haben sowohl das LG Landau (Rpfleger 1985, 437) als auch das LG Köln (MittRhNotK 1993, 224) die Bildung von Sondereigentum zugelassen, wenn aus jeder Sondereigentumseinheit ein gesonderter Zugang zum Gemeinschaftseigentum möglich war. Auch Stimmen aus der Literatur sind der Auffassung der beiden Gerichte gefolgt (vgl. Staudinger/Rapp, § 3 WEG Rn. 15; Riecke/Schmid/Schneider, § 5 Rn. 83).

b) Sondernutzungsrecht an Gemeinschaftseigentum für diejenigen Wohnungseigentumseinheiten, denen das ausschließliche Sondernutzungsrecht am Gemeinschaftseigentum zusteht

Eine weitere Ausnahme hat das OLG Frankfurt zugelassen (NJW-RR 1987, 1163). Es müssten nur diejenigen Eigentümer über einen Zugang zu dem im Gemeinschaftseigentum stehenden Raum verfügen, denen das Sondernutzungsrecht an diesem Raum zusteht. Es bestehe kein Erfordernis, dass der Raum für die nicht Nutzungsberechtigten über Gemeinschaftseigentum erreichbar sein müsse (zust. Hügel/Elzer, § 5 Rn. 31).

c) Raum dient nicht dem ständigen Mitgebrauch aller Wohnungseigentümer

Der im Gemeinschaftseigentum stehende Raum muss außerdem nicht über Gemeinschaftseigentum erreichbar sein, wenn der Raum nach seiner Lage und Beschaffenheit gemäß der Teilungserklärung **nicht zum ständigen Mitgebrauch** dient, etwa ein Spitzboden oder ein nicht ausgebauter Dachspeicher (BayObLG NJW-RR 1992, 81; NJW-RR 2001, 801). Die Rechtsprechung begründet dies damit, dass der Zugang keine maßgebende Rolle spielt, wenn ein Mitgebrauch der anderen Wohnungseigentümer von tatsächlicher Seite nicht in Betracht komme (BayObLG NJW-RR 1992, 81, 83). In diesem Fall verpflichtete das Gesetz in § 14 Nr. 4 WEG denjenigen Wohnungseigentümer, durch

dessen Wohnung der im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Raum erreicht werden kann, das Betreten und die Benutzung seines Sondereigentums zu gestatten. Der Gesetzgeber gehe damit von der Möglichkeit aus, dass im gemeinschaftlichen Eigentum stehende Teile des Gebäudes nur durch das Sondereigentum erreicht werden können (BayObLG a. a. O.).

d) Schlussfolgerung

Für den vorliegenden Fall ergibt sich damit folgendes Bild: Der Heizungsraum ist von denjenigen Wohnungseigentumseinheiten aus erreichbar, denen ein Sondernutzungsrecht zusteht. Dass dieser Zugang nicht über Gemeinschafts-, sondern über Sondereigentum erfolgt, schadet mit Blick auf diese Einheiten nicht. Aus Sicht dieser Einheiten ist es **ausreichend**, dass ein **Zugang nur über diese Einheit** besteht (vgl. oben unter a).

Problematisch könnte die fehlende Zugangsmöglichkeit daher nur insoweit sein, als der Eigentümer der Wohnung Nr. 1 über keinen Zugang mehr zum Heizungsraum verfügt. Auch dies dürfte aber unschädlich sein. Denn dieser Eigentümer ist **vom Mitgebrauch** dieser Einheiten **ohnehin ausgeschlossen**. Wenn dem Eigentümer dieser Einheit schon kein Gebrauchsrecht an der Anlage zusteht, besteht nach der Konzeption des § 5 Abs. 2 WEG auch kein Bedürfnis dafür, dass diesem Eigentümer eine Zugangsmöglichkeit eingeräumt wird. Wenn der Eigentümer über keinen gesonderten Zugang zu einem Raum verfügen muss, der nicht zu seinem ständigen Mitgebrauch dient (vgl. oben unter c) zum Dachspitzboden), kann nichts anderes in dem Fall gelten, in dem der Raum nach seiner Bestimmung nur der Benutzung durch zwei andere Eigentümer dient, die über einen eigenen Zugang verfügen.

Demzufolge dürfte die angedachte Gestaltung zulässig sein.

BayGO Art. 38 Abs. 1, 75; GBO § 20; BGB § 925 Abs. 2

Vollwertigkeitserklärung durch die Gemeinde bei Veräußerung gemeindlichen Grundbesitzes; Handeln vorbehaltlich Genehmigung durch den Gemeinderat

I. Sachverhalt

Eine bayerische Gemeinde hat ein Gewerbegrundstück an eine GmbH verkauft.

Der Bürgermeister der Gemeinde handelte in der Urkunde vorbehaltlich Genehmigung des Gemeinderats. Der Notar hat die Umschreibung des Grundbesitzes beantragt.

Das Grundbuchamt verweigert die Eintragung und verlangt eine Versicherung des Bürgermeisters, dass keine verbotene Unterwertveräußerung vorliegt oder dass eine Veräußerung unter Wert wegen der Erfüllung einer näher zu bezeichnenden kommunalen Aufgabe zulässig ist. Weshalb es im konkreten Fall Zweifel an der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts hat, legt das Grundbuchamt nicht dar.

II. Fragen

1. Ist die Auflassung wirksam?
2. Ist das Verlangen des Grundbuchamts berechtigt?

III. Zur Rechtslage

1. Voraussetzungen der Eintragung der Auflassung im Grundbuch nach § 20 GBO

Nach § 20 GBO darf im Falle der Auflassung eines Grundstücks die Eintragung des Rechtsübergangs im Grundbuch nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist. Hierzu muss dem Grundbuchamt die **Einigung** so **nachgewiesen** werden, wie sie nach dem materiellen Recht zur Herbeiführung der Rechtsänderung erforderlich ist. Notwendig ist nach §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 S. 1 BGB die Erklärung der Einigung von Veräußerer und Erwerber bei gleichzeitiger Anwesenheit vor einer zuständigen Stelle. In diesem Rahmen muss das Grundbuchamt von Amts wegen prüfen, ob die **Einigungserklärung von dem Verfügungsberechtigten abgegeben** wurde, ob dieser die **erforderliche Vertretungsmacht** hatte und ob der Bewilligende **Verfügungsbeschränkungen** unterliegt (vgl. OLG Nürnberg FGPrax 2014, 203; BayObLG DNotZ 2001, 557, 558).

§ 20 GBO verlangt hingegen **nicht**, dass die **Wirksamkeit der Einigung vom Grundbuchamt positiv festgestellt** werden muss. Vielmehr darf das Grundbuchamt nach erbrachtem Nachweis der Einigung die Eintragung nur ablehnen, wenn es aufgrund feststehender Tatsachen zu der **Überzeugung** gelangt, dass das **Grundbuch** durch die Eintragung **unrichtig** würde (siehe BayObLG FGPrax 2005, 56, 57; Demharter, GBO, 30. Aufl. 2016, § 20 Rn. 38).

2. Vertretungsmacht des Bürgermeisters

Zunächst fragt sich, ob der Bürgermeister die Gemeinde wirksam vertreten hat. Nach **Art. 38 Abs. 1 der Bayerischen Gemeindeordnung (GO)** vertritt der erste Bürgermeister die Gemeinde nach außen. Nach Art. 37 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BayGO erledigt der erste Bürgermeister **in eigener Zuständigkeit die laufenden Angelegenheiten**, die für die Gemeinde keine grundsätzliche Bedeutung haben und keine erheblichen Verpflichtungen erwarten lassen. **Im Übrigen** ist der **Gemeinderat** zuständig (Art. 29, 30 Abs. 2 BayGO).

Ob die Zuständigkeitsnorm des Art. 37 BayGO auch die Vertretungsmacht des Bürgermeisters nach Art. 38 Abs. 1 BayGO beschränkt, war längere Zeit umstritten: Die für die Praxis bislang maßgebliche Rechtsprechung bayerischer Gerichte ging davon aus, dass die **Zuständigkeitsnormen** auch die **Vertretungsmacht beschränken** und der Bürgermeister damit keine unbeschränkte Vertretungsmacht hat (vgl. etwa BayObLGZ 1997, 37, 41; OLG München MittBayNot 2009, 222 f.; BayVGH BayVBl 2012, 177 Rn. 30; ebenso bislang auch das BAG, Urt. v. 8.12.1959 – 3 AZR 348/56).

In einer Entscheidung vom 18.11.2016 (V ZR 266/14, WM 2017, 256) hat der **BGH** demgegenüber die Auffassung vertreten, dass die **Vertretungsmacht** des ersten Bürgermeisters einer bayerischen Gemeinde **im Außenverhältnis allumfassend** und unbeschränkt ist; infolgedessen wird die Gemeinde auch durch solche Rechtshandlungen des ersten Bürgermeisters berechtigt und verpflichtet, die dieser ohne Beschlussfassung des Gemeinderats vorgenommen hat. Der BGH hat dies damit begründet, dass Art. 37 BayGO eine **bloße Zuständigkeitsnorm im Innenverhältnis** sei, sich die Vertretungsmacht des Bürgermeisters aber aus Art. 38 BayGO ergebe. Vor allem sei auch der Gesichtspunkt der **Rechtssicherheit** maßgeblich. Der Erklärungsempfänger

müsse sich auf die Vertretungsbefugnis des handelnden Organs verlassen können. Es sei unangemessen, das Risiko fehlerhaften Organhandelns dem Erklärungsempfänger aufzubürden. Auch das BAG hat sich dieser Auffassung angeschlossen (BAG NZA 2016, 1296).

3. Wirksamkeit der Auflassungserklärung

Die Praxis ging bislang davon aus, dass zur Wirksamkeit der Verträge die Zustimmung des Gemeinderats erforderlich sei. Tatsächlich bestand aber nach der nunmehrigen höchstrichterlichen Rechtsprechung kein entsprechendes Zustimmungserfordernis.

Dies wirft zumindest bei erster Betrachtung die Frage auf, ob eine entsprechende Auflassungserklärung vorbehaltlich der Genehmigung durch den Gemeinderat überhaupt wirksam ist. Nach § 925 Abs. 2 BGB ist eine **bedingte Auflassungserklärung unzulässig**.

Demgegenüber ist es unproblematisch möglich, die Wirksamkeit der Auflassung unter eine **Rechtsbedingung** wie eine erforderliche gerichtliche Genehmigung oder eine Genehmigung des Berechtigten (§ 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB) zu stellen (vgl. BGH NJW 1952, 1330, 1332; Staudinger/Pfeifer/Diehn, BGB, 2017, § 925 Rn. 97; Staudinger/Bork, BGB, 2015, Vor § 158 Rn. 25). Denn der Eintritt der Bedingung ist insoweit lediglich gesetzliche Voraussetzung für die Wirksamkeit der Auflassung. Anders liegt der Fall, in dem die Parteien eine Bedingung zur **rechtsgeschäftlichen Bedingung** erheben, weil sie einen von der gesetzlichen Wirksamkeit unabhängigen Zustand der Ungewissheit eintreten lassen wollen (Staudinger/Pfeifer/Diehn, § 925 Rn. 97).

Gehen die Parteien lediglich irrtümlich von einer Rechtsbedingung aus, die von Gesetzes wegen aber nicht besteht, ist dies unschädlich (Staudinger/Bork, Vor § 158 Rn. 25). Die Parteien wiederholen hier lediglich deklaratorisch ein Genehmigungserfordernis. Das Nichtbestehen des Genehmigungserfordernisses hat auf die **Gültigkeit des Rechtsgeschäfts keinen Einfluss** (BGH NJW 1976, 519; WM 1961, 407, 408; WM 1959, 669, 671). Das Rechtsgeschäft ist somit bereits ohne den Eintritt der nur irrig angenommenen gesetzlichen Bedingung wirksam (BGH WM 1961, 406, 407; BeckOGK-BGB/J. Weber, Stand: 1.5.2017, § 925 Rn. 93).

Demzufolge ist auch im vorliegenden Fall das Rechtsgeschäft unabhängig vom Bedingungseintritt wirksam. Der Vorbehalt der Zustimmung des Gemeinderats war ersichtlich der zwischenzeitlich überholten Rechtsprechung geschuldet.

Davon abgesehen ist in aller Regel davon auszugehen, dass wenn der Vertrag keine ausdrückliche Bestimmung dazu enthält, ob sich die Bedingung nur auf den schuldrechtlichen Teil des Rechtsgeschäfts oder auch auf die Auflassung erstreckt, die Auflassung unbedingt und nur das schuldrechtliche Kausalgeschäft bedingt ist (KG NJOZ 2013, 1928, 1929).

4. Aktuelle Entwicklungen

Die bayerische Staatsregierung hat am 6. Dezember 2016 einen Gesetzesentwurf zur Änderung des Gemeinde- und Landkreiswahlgesetzes und anderer Gesetze vorgelegt (LT-Drucks. 17/14651, S. 1, 17). Hiernach soll in Art. 38 BayGO „klargestellt“ werden, dass der Umfang der Vertretungsmacht auf die Befugnisse des Bürgermeisters beschränkt ist (Art. 38 Abs. 1 S. 2 BayGO-E). Dadurch

soll an der Rechtslage vor der BGH-Entscheidung vom 18.11.2016 festgehalten werden.

Es stellt sich somit die Frage, wie die Praxis bis zum Inkrafttreten der Neuregelung verfahren sollte, falls Bürgermeister weiterhin die Wirksamkeit der Erklärungen unter den Vorbehalt einer Zustimmung des Gemeinderats stellen möchten. *Grziwotz* (MittBayNot 2017, 302, 303; BayGT 2017, 156) schlägt vor, dass der Bürgermeister den Vertragspartner auf seine fehlenden Befugnisse und ihre Überschreitung im Innenverhältnis hinweisen solle. Wenn der Geschäftspartner die fehlende interne Zustimmung des Gemeinderats kenne, sei das **Vertrauen in die Vertretungsmacht** des Bürgermeisters **nicht schutzwürdig**. Die Vertretungsmacht bestehe dann nicht. Der Vertrag stehe somit von Gesetzes wegen unter der Bedingung der Zustimmung des Gemeinderats.

5. Vollwertigkeitsbescheinigung bei Veräußerung gemeindlicher Grundstücke

Nach Art. 75 Abs. 1 S. 1 BayGO darf die Gemeinde Vermögensgegenstände, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht benötigt, veräußern. Gem. Satz 2 dieser Vorschrift dürfen Vermögensgegenstände in der Regel nur zu ihrem **vollen Wert** veräußert werden. Vergleichbare Regelungen finden sich auch im Kommunalrecht anderer Bundesländer.

a) Rechtsprechung

Das BayObLG hat Art. 75 Abs. 1 S. 2 GO als **Beschränkung der Verfügungsmacht bayerischer Gemeinden** eingeordnet. Verstöße führen zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach § 134 BGB (siehe BayObLG MittBayNot 1995, 389 f.; BayObLGZ 1969, 278, 283). Hieraus hat das BayObLG gefolgert, dass an sich die Tatsache, dass keine Veräußerung unter Wert vorliege, nach § 29 Abs. 1 GBO durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden müsse. In der Praxis ist dies allerdings kaum möglich.

Das BayObLG hat deshalb zur „verstärkenden Glaubhaftmachung“ des Erfahrungssatzes, dass die Bestimmungen der GO in der Regel eingehalten werden, eine auf die Einhaltung von Art. 75 Abs. 1 S. 2 GO bezogene **Erklärung des Bürgermeisters** verlangt. Eine solche Erklärung solle im Regelfall an die Stelle des eigentlich erforderlichen urkundlichen Nachweises der Einhaltung von Art. 75 Abs. 1 S. 2 GO treten (vgl. BayObLG MittBayNot 1995, 389, 390; BayObLGZ 1969, 278, 283).

Unter Hinweis insbesondere auf vorgenannte Entscheidung des BayObLG wird vertreten, dass eine solche **Versicherung gegenüber dem Grundbuchamt stets erforderlich** sei (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 4078). Nach Auffassung des BayObLG genügt dabei jedoch die Schriftform. Die Form des § 29 Abs. 1 GBO müsse nicht eingehalten werden (BayObLG MittBayNot 1995, 389, 390; a. A. OLG Dresden NJW-RR 2016, 140 = NotBZ 2015, 306, gesiegelte Erklärung der Gemeinde nach § 29 Abs. 3 GBO; ablehnend Primaczenko NotBZ 2015, 306, 307; für Form des § 29 Abs. 3 GBO auch, wenn nach einer gesetzlichen Vorschrift für die Genehmigungsfreiheit eine Erklärung der Gemeinde als bewirkende und nicht nur bezeugende Urkunde erforderlich ist vgl. OLG Jena LKV 2001, 527, 528).

b) Stellungnahme

aa) Unterscheidung zwischen Verfügungsbeschränkung und Verbotsgesetz

Zunächst ist die unterschiedslose Gleichsetzung von Ver-

fügungsbeschränkung und Verbotsgesetz durch das BayObLG bemerkenswert. Das BayObLG führt aus, dass

„[die] Verfügungsmacht einer bayerischen Gemeinde durch Art. 75 Abs. 1 S. 2 GO beschränkt [wird]. [...] Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz führt zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach § 134 BGB.“

Im Grundsatz ist hingegen zwischen Geschäften, die gegen zwingendes Recht verstoßen, und verbotswidrigen Geschäften zu unterscheiden. Die Anwendung von § 134 BGB setzt das grundsätzliche Bestehen rechtsgeschäftlicher Gestaltungs- und Verfügungsmacht voraus. Fehlt diese Verfügungsmacht, so ist das Rechtsgeschäft stets nichtig (zu § 719 BGB siehe BGH NJW 1954, 1155; zu § 399 Var. 2 BGB vgl. BGH NJW 1964, 243). Auf § 134 BGB und die daraus nur unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der verletzten Norm folgende Nichtigkeitsanktion kommt es bei Beschränkungen der Verfügungsmacht nicht an (MünchKommBGB/Armbrüster, 7. Aufl. 2015, § 134 Rn. 5).

bb) Regelungsgehalt von Art. 75 Abs. 1 S. 2 GO

Der Schwerpunkt der Ausführungen des BayObLG in vorstehend genannter Entscheidung liegt auf der Begründung des **Verbotscharakters** von Art. 75 Abs. 1 S. 2 GO und der daraus folgenden Nichtigkeit nach § 134 BGB bei Verletzung von Art. 75 Abs. 1 S. 2 BayGO. Demgegenüber wird die Beschränkung der Verfügungsmacht bayerischer Gemeinden durch Art. 75 Abs. 1 S. 2 GO nur einleitend angesprochen, in der Folge aber nicht vertiefend behandelt.

Für die Annahme eines gesetzlichen Verbots i. S. v. § 134 BGB und gegen eine Beschränkung der Verfügungsmacht der Gemeinde durch Art. 75 Abs. 1 S. 2 GO spricht, dass die Veräußerung von Gemeindevermögen unter Wert nicht generell unzulässig, sondern in Ausnahme von der Regelvorschrift dann anzuerkennen ist, wenn die Erfüllung kommunaler Aufgaben, insbesondere auch soziale Gesichtspunkte, im Vordergrund stehen und die Unterwertveräußerung durch die Verfolgung legitimer öffentlicher Aufgaben gerechtfertigt werden kann (vgl. nur Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke, Kommunalrecht in Bayern, Stand: 1.9.2016, Art. 75 Rn. 5).

Demgemäß hat auch der BGH entschieden, dass **Art. 75 Abs. 1 S. 2 BayGO ein gesetzliches Verbot i. S. v. § 134 BGB** begründet (BGH NJW 2013, 3779 Tz. 14 ff.; anders offenbar Schöner/Stöber, Rn. 4077 ff., die Unterwertveräußerungen unter der Überschrift „Inhalt der Verfügungsbeschränkungen nach Gemeinderecht“ behandeln; ebenso Munzig, in: Keller/ders., KEHE, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 20 Rn. 163, der Unterwertveräußerungen unter der Überschrift „Verfügungsbeschränkungen bei Gemeinden, Landkreisen und Verbänden“ thematisiert). Diese BGH-Rechtsprechung bleibt von der neueren Rechtsprechung zur organschaftlichen Vertretungsmacht des Bürgermeisters unberührt.

Die vom BayObLG angenommene Parallelbehandlung von Art. 75 Abs. 1 S. 2 GO und der grundsätzlich auf entgeltliche Verfügungen beschränkten Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nach §§ 2205, 2216 BGB (vgl. dazu BayObLGZ 1969, 278, 283; BayObLG MittBayNot 1995, 389, 390) erscheint uns insofern überholt.

cc) Grundbuchverfahrensrechtliche Behandlung bei möglicher Nichtigkeit des einzutragenden Rechtsgeschäfts nach § 134 BGB

Wie unter 1. dargelegt, sind die Prüfungsaufgaben und -befugnisse des Grundbuchamtes bei Verfügungsbeschränkungen und der möglichen Nichtigkeit der Einigung aufgrund Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB verschieden. Während mögliche Verfügungsbeschränkungen von Amts wegen zu prüfen sind, verlangt § 20 GBO nicht, dass das Grundbuchamt die Wirksamkeit der Einigung positiv festgestellt hat. Vielmehr darf es nach erbrachtem Nachweis der Einigung die Eintragung nur ablehnen, wenn es aufgrund feststehender Tatsachen zu der Überzeugung gelangt, dass das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig würde (siehe wiederum BayObLG FGPrax 2005, 56, 57; Demharter, § 20 Rn. 38).

dd) Folgerungen

Mit vorgenannten Grundsätzen ist das von konkreten Anhaltspunkten unabhängige Verlangen des Grundbuchamtes nach einer Vollwertigkeitserklärung durch das Vertretungsorgan der Gemeinde u. E. nicht zu vereinbaren. Entgegen dem BayObLG (BayObLG MittBayNot 1995, 389, 390) muss die Tatsache, dass keine Veräußerung unter Wert vorliegt, grundsätzlich gerade **nicht durch öffentliche Urkunden nachgewiesen** werden. Denn insofern handelt es sich um einen Gesichtspunkt, der möglicherweise zur Unwirksamkeit der nachgewiesenen und von dem Verfügungsberechtigten erklärten Einigung führt. Einen solchen Nachweis sieht § 20 GBO nicht vor, sodass ein solches Verlangen des Grundbuchamtes **nur in begründeten Fällen** statthaft ist, nicht aber generell bei jeder Veräußerung gemeindlichen Grundbesitzes (ebenso Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 6 Rn. 155; so auch zu Art. 92 GemO BW OLG Karlsruhe BeckRS 2012, 09289).

Auch das BayObLG geht von dem „Erfahrungssatz“ aus, dass die Bestimmungen der Gemeindeordnung in der Regel eingehalten werden, verlangt aber eine entsprechende Erklärung des Vertretungsorgans als „**verstärkende Glaubhaftmachung**“ (BayObLG MittBayNot 1995, 389, 390). Auf welcher rechtlichen Grundlage das Erfordernis einer solchen „verstärkenden Glaubhaftmachung“ im Grundbuchverfahren beruhen soll, führt das BayObLG nicht aus.

Anders als in anderen Bundesländern findet sich in Bayern auch in den kommunalrechtlichen Vorschriften **keine Grundlage für** das Verlangen nach einer **Vollwertigkeitserklärung** (vgl. demgegenüber etwa § 56 Abs. 7 der Kommunalverfassung MV, wonach die rechtsaufsichtliche Genehmigung einer Unterwertveräußerung durch die Gemeinde entbehrlich ist, wenn der Bürgermeister und einer seiner Stellvertreter bzw. der Bürgermeister und der leitende Verwaltungsbeamte gegenüber dem Grundbuchamt erklären, dass das Rechtsgeschäft zum vollen Wert erfolgt; vgl. hierzu auch Supplet, NotBZ 2005, 95; gegen das Erfordernis einer Vollwertigkeitsbescheinigung in Sachsen Primaczenko, NotBZ 2015, 306, 308).

Soweit in anderen Bundesländern die Vollwertigkeitserklärung an die Stelle einer sonst erforderlichen gesetzlichen Genehmigungsbedürftigkeit für die Veräußerung gemeindlichen Grundbesitzes tritt, lässt sich eine Prüfungsbefugnis des Grundbuchamtes hinsichtlich der Vollwertigkeitserklärung mit der andernfalls bestehenden **öffentlich-rechtlichen Genehmigungsbedürftigkeit** begründen, die anerkanntermaßen zur Prüfungsbefugnis des Grundbuchamtes im Rahmen von § 20 GBO führt (siehe nur BeckOK-GBO/Hügel, Stand: 1.11.2016, § 20 Rn. 67). Auf

die bayerische Rechtslage ist das indes nicht übertragbar, da eine Genehmigungspflicht für die Veräußerung gemeindlichen Grundbesitzes in Bayern nicht besteht (Schöner/Stöber, Rn. 4075).

Der **praktische Mehrwert** einer solchen Vollwertigkeitserklärung erscheint zudem grundsätzlich sehr **fragwürdig**. Legt man mit dem BayObLG den Erfahrungssatz zugrunde, dass die Bestimmungen der GO eingehalten werden (BayObLG MittBayNot 1995, 389, 390), spricht *prima facie* schon der erfolgte Vertragsschluss dafür, dass die vertraglichen Bedingungen Art. 75 Abs. 1 S. 2 GO entsprechen. Sofern eine Vollwertigkeitserklärung zutrifft, ist sie überflüssig. Trifft sie nicht zu, vermag sie an der Nichtigkeit der erklärten Einigung nach Art. 75 Abs. 1 S. 2 GO i. V. m. § 134 BGB nichts zu ändern. Mangels gesetzlicher Grundlage für die Abgabe einer Vollwertigkeitserklärung wird man auch nur schwer zu einer mit Haftungsrisiken verbundenen gesteigerten Verantwortung des gemeindlichen Vertretungsorgans gelangen können, wie dies – letztlich allerdings im Ergebnis auch nur wenig überzeugend – in Bundesländern mit gesetzlich verankerter Vollwertigkeitserklärung vertreten wird (vgl. zu MV Suppliet, NotBZ 2005, 95).

6. Ergebnis

Die Auflassungserklärungen sind wirksam.

U. E. kann das Grundbuchamt entsprechend den anerkannten grundbuchverfahrensrechtlichen Grundsätzen eine Vollwertigkeitserklärung nur dann verlangen, wenn **konkrete Anhaltspunkte für eine Veräußerung unter Wert** bestehen. Für das grundbuchamtliche Verlangen nach einer Vollwertigkeitserklärung bei jeder Veräußerung gemeindlichen Grundbesitzes fehlt es hingegen an einer gesetzlichen Grundlage.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

BGB §§ 273, 307, 309 Nr. 2b, 780, 781, 812
Ausschluss von Einwendungen in Ansehung eines konstitutiven Schuldanerkenntnisses
Abruf-Nr.: 154469

EuErbVO Art. 68
Österreich: Inhalt des Europäischen Nachlasszeugnisses; Angabe von Grundbesitz
Abruf-Nr.: 155373

Rechtsprechung

GmbHG § 34 Abs. 1 u. 2; BGB §§ 138, 139 **Einziehung eines Gesellschaftsanteils nach Kündigung des Arbeitsverhältnisses**

1. Eine Satzungsbestimmung, nach der die Einziehung eines GmbH-Gesellschaftsanteils, der maßgeblich im Hinblick auf die partnerschaftliche Mitarbeit des Gesellschafters in der Gesellschaft (hier: einer Unternehmensberatungsgesellschaft) eingeräumt wurde, an die Beendigung der Mitarbeit geknüpft ist, ist grundsätzlich wirksam (vgl. BGH v. 19.9.2005, II ZR 342/03).

2. Eine Satzungsbestimmung, wonach im Falle eines Streits über die Wirksamkeit der Kündigung des Vertragsverhältnisses zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft die wirksame Beendigung fingiert wird und eine Einziehung des Geschäftsanteils durch Gesellschaftsbeschluss deshalb gerechtfertigt ist, ist unwirksam. Die Möglichkeit willkürlicher Einziehung begründet die Sittenwidrigkeit der Klausel.

3. Ein Gesellschafter, dessen Anteil durch Gesellschaftsbeschluss eingezogen wurde, kann sich jedoch im Falle faktischer Beendigung der Partnerschaft nach Treu und Glauben dann nicht mehr auf eine ungeklärte Beendigung des Vertragsverhältnisses berufen, wenn nach den Umständen des Falles nicht mehr zu erwarten ist, dass der Gesellschafter die tatsächliche Mitarbeit als Partner wieder aufnimmt.

OLG München, Beschl. v. 5.10.2016 – 7 U 3036/15

Problem

Es geht um die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Gesellschafter einer GmbH den Geschäftsanteil eines Mitgesellschafters einziehen können, wenn dessen Gesellschafterstellung an die Mitarbeit in der Gesellschaft geknüpft ist. Seit der BGH-Entscheidung vom 19.9.2005 (DNotZ 2006, 140) ist die Zulässigkeit solcher Mitarbeitermodelle dem Grunde nach anerkannt.

Nach Ziffer 11.2. der durch das OLG München zu beurteilenden Satzung der R.B. GmbH war die Einziehung des Geschäftsanteils eines Gesellschafters ohne dessen Zustimmung bei Vorliegen bestimmter Einziehungsgründe zulässig. Hiernach liegt ein Einziehungsgrund vor, wenn „*ein zwischen einem Gesellschafter und der Gesellschaft oder einem mit der Gesellschaft verbundenen Unternehmen bestehender Anstellungsvertrag, Beratervertrag oder sonstiger Vertrag, nach dem der Gesellschafter den Status eines „Partners“ in der R. B.-Gruppe oder einer sonstigen Konzerngesellschaft oder einen vergleichbaren Status erhalten hat, egal aus welchen Gründen beendet wird (z. B. Eintritt des Gesellschafters in den Ruhestand, Kündigung des Anstellungsvertrages, des Beratervertrages oder eines sonstigen Vertrages durch die Gesellschaft oder den Gesellschafter, Tod des Gesellschafters).*“ Weiter heißt es: „*Ist streitig, ob das Vertragsverhältnis beendet ist, gilt es für die Zwecke dieser Satzung als beendet, solange nicht eine gegenteilige gerichtliche Entscheidung rechtskräftig geworden ist.*“

K war für die GmbH in Frankreich tätig. Seit 2012 war sie „Partnerin“ der GmbH und deren Gesellschafterin. Mitte

Februar 2014 kündigte die GmbH das Arbeitsverhältnis mit K. Über die Klage von K auf Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung wurde vom französischen Arbeitsgericht noch nicht rechtskräftig entschieden. Während des gerichtlichen Verfahrens fassten die Gesellschafter einen Einziehungsbeschluss. Dieser wurde im Oktober 2014 protokolliert.

K und die GmbH streiten nunmehr um die Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses.

Entscheidung

Das OLG München hält den Einziehungsbeschluss für rechtmäßig.

Satzungsbestimmungen, die die **Einziehung** von GmbH-Gesellschaftsanteilen (§ 34 GmbHG) durch **Mehrheitsbeschluss ohne sachlichen Grund** vorsehen, sind grundsätzlich nach § 138 BGB nichtig. Sie können von dem betroffenen Gesellschafter als Disziplinierungsmittel empfunden werden und ihn daran hindern, von seinen Gesellschafterrechten Gebrauch zu machen. Dieser Grundsatz gilt jedoch ausnahmsweise nicht, wenn eine entsprechende Regelung wegen besonderer Umstände sachlich gerechtfertigt ist. Eine solche **Ausnahme** gilt dann, wenn die **Gesellschafterstellung** maßgeblich im Hinblick auf eine **partnerschaftliche Mitarbeit** des **Gesellschafters** oder dessen **Mitarbeit als Geschäftsführer** eingeräumt wurde und die **Einziehungsmöglichkeit** an die **Beendigung der Mitarbeit** geknüpft wird (vgl. BGH DNotZ 2006, 140).

Die Einziehungsklausel an sich begegnet keinen rechtlichen Bedenken, weil sie das Einziehungsrecht vom Ende der Stellung eines Gesellschafters als Partner abhängig macht und die Gesellschafterstellung an die partnerschaftliche Mitarbeit koppelt.

Die **Fiktionsklausel** allerdings, wonach das Vertragsverhältnis bei einem Streit bis zu einer abweichenden gerichtlichen Entscheidung als beendet gilt, hält das OLG München für **sittenwidrig** (§ 138 Abs. 1 BGB). Diese Konstruktion führe dazu, dass der Mehrheit der Gesellschafter ein **willkürliches Disziplinierungsmittel** an die Hand gegeben werde und auch eine grob rechtswidrige Kündigung des der Partnerschaft zugrunde liegenden Dienstvertrags aus sachwidrigen Erwägungen die Einziehung des Gesellschaftsanteils rechtfertige. Der **Verlust der Arbeitnehmereigenschaft** sei als Einziehungsgrund nur vertretbar, weil der Arbeitnehmergeellschafter durch die **arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzvorschriften** vor einer willkürlichen Kündigung geschützt sei (BGH DNotZ 2006, 140 Rn. 15).

Dies führt nach Auffassung des OLG gleichwohl **nicht** zur **Gesamtnichtigkeit** der Einziehungsklausel (§ 139 BGB). Es sei anzunehmen, dass die Regelung in Satz 1 der Klausel auch ohne die Fiktionsklausel getroffen worden wäre.

Das Gericht hält den Einziehungsbeschluss dennoch für rechtmäßig. Der rechtmäßige Teil der Klausel enthalte zwei Elemente, nämlich (1) die faktische Beendigung der Mitarbeit des Gesellschafters als Partner in der Unternehmensgruppe und (2) die rechtliche Beendigung des der Partnerstellung zugrunde liegenden Vertragsverhältnisses. Demzufolge sei an sich die **rechtswirksame Beendigung des Arbeitsverhältnisses Voraussetzung** für die Einziehung.

Dennoch sei die **nachträgliche Feststellung** der Wirksamkeit der rechtlichen Beendigung des Partnerverhältnisses je nach

Fallgestaltung **nicht** unter allen Umständen **Wirksamkeitsvoraussetzung** für einen Einziehungsbeschluss. Die Tatsache, dass die Parteien des Gesellschaftsvertrages versucht haben, die Fiktionsklausel des Satzes 3 der gegenständlichen Regelung wirksam zu vereinbaren, zeige trotz Unwirksamkeit zumindest den Willen der Vertragsschließenden, dass es für die Wirksamkeit der Einziehung **nicht** auf eine **rechtskräftige arbeitsgerichtliche Entscheidung** ankommen soll, sondern dass der durch den Streit um eine wirksame Beendigung des Partnerverhältnisses entstehende gesellschaftsrechtliche Schwebezustand jedenfalls zeitnah aufgelöst werden können soll.

Ein betroffener Gesellschafter könne sich **im Falle faktischer Beendigung des Partnerstatus nach Treu und Glauben** jedenfalls dann nicht mehr auf dessen ungeklärte formelle Beendigung berufen kann, wenn nach den Umständen des Falles **nicht** mehr zu erwarten sei, dass der Gesellschafter eine **tatsächliche Mitarbeit als Partner** der Gesellschaft **wieder aufnehme**. Dies sei hier jedoch der Fall. Es sei nicht mehr damit zu rechnen, dass K tatsächlich wieder als Partnerin der R. B. Unternehmensgruppe tätig werde. Dabei sei zu berücksichtigen, dass seit ihrem Ausscheiden bereits mehr als zweieinhalb Jahre verstrichen seien. K sei es daher nach Treu und Glauben verwehrt, gegen den streitgegenständlichen Beschluss die (mögliche) Unwirksamkeit der Kündigung ihres Dienstverhältnisses einzuwenden.

Aktuelles

Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie – Neuregelungen zur Gesellschafterliste

Der Bundesrat hat am 2. Juni 2017 beschlossen, dem vom Deutschen Bundestag am 18. Mai 2017 verabschiedeten Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen zuzustimmen.

Im Mittelpunkt des Gesetzes steht die Einrichtung eines **elektronischen Transparenzregisters**. Diesem Register lassen sich die wirtschaftlich Berechtigten von Unternehmen entnehmen. Zugriff auf das Register haben Behörden und die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen. Sämtliche Mitgliedstaaten sind zur Schaffung eines Transparenzregisters verpflichtet. Die Register sollen miteinander vernetzt werden.

Mit dem Gesetz wurde außerdem § 40 GmbHG geändert. Die **GmbH-Gesellschafterliste** muss nunmehr auch **Angaben zur prozentualen Beteiligung des Gesellschafters am Stammkapital** enthalten. § 40 Abs. 1 GmbHG hat nunmehr folgenden Wortlaut (Änderungen in kursiv):

„Die Geschäftsführer haben unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort *derselben* sowie die Nennbeträge und die

laufenden Nummern der von einem jeden derselben übernommenen Geschäftsanteile sowie die durch den jeweiligen Nennbetrag eines Geschäftsanteils vermittelte jeweilige prozentuale Beteiligung am Stammkapital zu entnehmen sind. Ist ein Gesellschafter selbst eine Gesellschaft, so sind bei eingetragenen Gesellschaften in die Liste deren Firma, Satzungssitz, zuständiges Register und Registernummer aufzunehmen, bei nicht eingetragenen Gesellschaften deren jeweilige Gesellschafter unter einer zusammenfassenden Bezeichnung mit Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort. Hält ein Gesellschafter mehr als einen Geschäftsanteil, ist in der Liste der Gesellschafter zudem der Gesamtumfang der Beteiligung am Stammkapital als Prozentsatz gesondert anzugeben.“

Die Gesetzesbegründung hebt dabei hervor, dass die Neuregelungen für die Aufnahme einer Gesellschaft in die Gesellschafterliste **auch für Auslandsgesellschaften** gelten (BT-Drucks. 18/11555, S. 173). Ist eine **Gesellschaft bürgerlichen Rechts** (GbR) Gesellschafterin der GmbH, müssen zwingend auch **Angaben zu den einzelnen Gesellschaftern** in die Liste aufgenommen werden. Die Gesellschafter sind außerdem „unter einer zusammenfassenden Bezeichnung“ zu nennen. In der Konsequenz dieser Betrachtung liegt, dass eine Veränderung i. S. v. § 40 Abs. 1 GmbHG künftigt **auch bei einem Wechsel des Gesellschafters** einer solchen Gesellschaft vorliegt. Eine Ausnahme für Publikumpersonengesellschaften besteht nicht (BT-Drucks. 18/11555, S. 173).

Die Gesellschafterliste muss hinter jedem Anteil die **prozentuale Beteiligung** dieses Anteils **am Stammkapital** offenlegen. Nach § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG ist überdies für den Fall, dass ein Gesellschafter mehr als einen

Geschäftsanteil hält, eine Angabe der **Gesamtbeteiligung** am Stammkapital als Prozentzahl zu machen. Diese Angabe hat neben jener nach § 40 Abs. 1 S. 3 zu erfolgen. Dies hat den Sinn, dass Gesellschafter, die mehr als 25 Prozent der Anteile halten und damit als **wirtschaftlich Berechtigte** gelten, mit einem Blick in die Gesellschafterliste ausfindig gemacht werden können (BT-Drucks. 18/11555, S. 174).

§ 40 Abs. 4 GmbHG n. F. enthält eine Ermächtigung zum Erlass einer Verordnung über die näheren Bestimmungen zur Ausgestaltung der Gesellschafterliste. § 40 Abs. 5 GmbHG ermächtigt die Landesregierungen, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, dass bestimmte Angaben in der Gesellschafterliste in **strukturierter maschinenlesbarer** Form an das Handelsregister zu übermitteln sind, soweit nicht das BMJV nach § 378 Abs. 2 FamFG entsprechende Vorschriften erlässt.

Das Gesetz wird voraussichtlich am **26. Juni 2017** in Kraft treten (vgl. Art. 24 des Gesetzes). Für bereits eingereichte Listen bestimmt § 8 EGGmbHG, dass die Neuregelungen erst dann zu beachten sind, „wenn aufgrund einer Veränderung“ nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG n. F. „eine Liste einzureichen ist“. Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus, dass bei einer solchen Veränderung die Liste „insgesamt“ an die Anforderung des neuen § 40 GmbHG anzupassen ist. Als Beispiel nennt sie den Fall, dass ein Anteil von einer natürlichen Person auf eine andere übertragen und an der GmbH daneben noch eine Außen-GbR beteiligt ist, die nur als solche ohne ihre Gesellschafter eingetragen ist. Hier ist im Rahmen der Erstellung der neuen Gesellschafterliste sogleich eine Anpassung der Eintragung der Außen-GbR vorzunehmen (BT-Drucks. 18/11555, S. 175).

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notarassessor Dr. Johannes Weber

Redaktion: Notarassessorin Karin Raude

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg