

BWNotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.
in Verbindung mit dem
Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A
70174 Stuttgart

Schriftleitung

Notarvertreter Daniel Buhl
Amtsverwalter, Plochingen

Notar Dr. Oliver Fröhler
Notariatsdirektor, Lörrach

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de
ISSN-Nummer 1434-2979

1/2017

März

Seiten 1 – 28

Inhalt

Abhandlungen

Dr. Matthias Damm

GmbH-Gesellschafterliste nach dem MoMiG

..... 2

Rechtsprechung 15

Buchbesprechungen 25

Wir haben die
passende Lösung
für Ihr Budget!



Notare aufgepasst

Die Meinschmidt-Gruppe ist Ihr verlässlicher Partner für Büro- und Objekteinrichtungen sowie anspruchsvolle Wohnkonzepte. Von unseren sieben Standorten zwischen Stuttgart und der Bodensee-region aus beraten und bedienen wir Kunden jeglicher Größe und Couleur. Dank unserem umfangreichen Hersteller-Portfolio finden wir immer die für Ihr Budget optimale Lösung – von der „Low-Budget“- bis zur absoluten Premiumklasse.

Unser Service

- 24h Rückruf-Service
- Konzeption & Planung
- Lieferung & Montage
- Probesitzen
- Stuhl-Retour

Vereinbaren Sie einen unverbindlichen Beratungstermin!

Weitere Informationen, sowie die Kontaktdaten der jeweiligen Niederlassung in Ihrer Nähe finden Sie unter: www.meinschmidt.de

Oder kontaktieren Sie uns direkt:

Telefon: 07433/260880

Mobil: 0160 962666719

Mail: info@meinschmidt.de

Hauptsitz in Balingen mit Ausstellung, Verwaltung und Office Outlet, Hauptwasen 6, 72336 Balingen.

NOTARE KUHN · JAUCH · GÖSER

Wir suchen zum bald möglichen Eintritt in unserer Notariatskanzlei

eine/n württ. Notariatsassessor/in.

Wir bieten einen sicheren, unbefristeten Arbeitsplatz, geregelte Arbeitszeiten, ein attraktives Arbeitsumfeld im „Gerber“ und leistungsgerechte Bezahlung.

Bitte richten Sie Ihre Bewerbung an:

Notare Kuhn · Jauch · Göser
Tübinger Straße 26
70178 Stuttgart

Ihre Bewerbung wird selbstverständlich vertraulich behandelt.

Für Fragen und eine erste Kontaktaufnahme steht Ihnen Herr Notar Göser zur Verfügung, gerne auch telefonisch (Telefon 0711-645550).

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

2

1. **Dr. Matthias Damm, Richter als Notarvertreter, Adelsheim**
GmbH-Gesellschafterliste acht Jahre nach dem MoMiG

Rechtsprechung

15

1. **Notarhaftung**
GNotKG § 130, FamFG §§ 80, 81
LG Mannheim, Beschluss vom 10.11.2016 – 4 OH 3/16
2. **Zur Haftung eines Badischen Amtsnotars**
BeamtStG § 48, LBG § 59 iVm GG Art. 34 S. 2
OLG Karlsruhe, Zivilsenate Freiburg, Urteil vom 08.03.2016 – 14 U 118/14
3. **Erbrecht: Wirksame Bestimmung eines Erben durch den Erblasser**
BGB § 2065
OLG Köln, Beschluss vom 14.11.2016 – 2 Wx 536/16
4. **Erbrecht: Zur Auslegung einer letztwilligen Verfügung**
BGB §§ 133, 2084
OLG München, Beschluss vom 24.01.2017 – 31 Wx 234/16, rechtskräftig

Buchbesprechungen

25

1. Alexander Krafka und Ulrich Kühn, HRP Band 7 Registerrecht, 10., neubearbeitete Auflage 2017, Verlag C. H. Beck, (Amtsverwalter Jonas Huber, Stuttgart)
2. Karl Winkler, Der Testamentsvollstrecker, Walhalla Fachverlag (Amtsverwalter Jonas Huber, Stuttgart)
3. Felix Busse, Maklerrecht, 7., neu überarbeitete Auflage 2016, bearbeitet von Christoph Hamm, Verlag C.H. Beck (Amtsverwalter Jonas Huber, Stuttgart)
4. Prof. Dr. Rainer Hausmann und Dr. Felix Odersky (Herausgeber), Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2017, Verlag C.H. Beck (Amtsverwalter Jonas Huber, Stuttgart)

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e.V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e.V., Offenburg. Schriftleiter: Amtsverwalter Daniel Buhl, Schulstraße 16, 73207 Plochingen, (Tel. 07153/61233), verantwortlich für den Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Tumringer Str. 186, 79539 Lörrach (Tel. 07621/9867711), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNNotZ erscheint jährlich sechsmal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e. V. in 70174 Stuttgart, Friedrichstraße 9A (Tel. 0711/2237951, Fax 0711/2237956, E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten.

Der Bezugspreis beträgt jährlich € 50,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte € 8,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden. **Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.**

Herstellung: Erich Schretzmann Siebdruck GmbH, 71384 Weinstadt-Großheppach, Tel (0 71 51) 608 609-0, siebdruck-schretzmann.de.
Satz: h+m kommunikationswerkstatt GmbH, k-werkstatt.de

Die GmbH-Gesellschafterliste acht Jahre nach dem MoMiG

von Dr. Matthias Damm¹

Das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 (BGBl. I 2026) reformierte das Institut der GmbH-Gesellschafterliste und stärkte seine Bedeutung enorm. Seither haben sich Rechtsprechung und Literatur der neuen Gesellschafterliste angenommen und eine Reihe strittiger Fragen geklärt; anderes blieb bislang offen und einige Stimmen fordern bereits eine Fortentwicklung de lege ferenda. Besonders in der notariellen Berufspraxis spielen die Gesellschafterliste und die aus § 40 Abs. 2 GmbHG folgende Pflicht eine große Rolle.

A. Wesen, gesetzgeberische Ziele und Umsetzung

I. Gesetzliche Regelung – Wesen

Bereits bei der Gründung einer GmbH (bzw. einer UG (haftungsbeschränkt)) muss gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG eine Liste der Gesellschafter mit dem dort angegebenen Inhalt zusammen mit der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister eingereicht werden. Bei einer Gründung nach Musterprotokoll gilt das Gründungsprotokoll zugleich als Liste der Gesellschafter (§ 2 Abs. 1a Satz 4 GmbHG). Nach § 40 Abs. 1 GmbHG haben die Geschäftsführer hierauf aufbauend unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen. Absatz 2 nimmt den Notar, der an solchen Veränderungen mitgewirkt hat, in die Pflicht, unverzüglich nach deren Wirksamwerden ohne Rücksicht auf etwaige später eintretende Unwirksamkeitsgründe die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben, mit der Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zu versehen, elektronisch zum Handelsregister einzureichen und eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln. Er hat an die aktuelle beim Handelsregister aufgenommene Liste anzuknüpfen.²

§ 16 GmbHG regelt die Legitimations- und Rechtsscheinwirkung der Liste und ist zwingend.³ Um die Bedeutung der heutigen Gesellschafterliste für das Recht der GmbH zu begreifen, müssen die Normen der §§ 16 und 40 GmbHG im Zusammenhang gelesen werden.⁴ Neben der Satzung stellt die Gesellschafterliste – mit den Worten Bayers – „das wichtigste GmbH-Dokument“ dar.⁵ Möchte man das Wesen der GmbH-Gesellschafterliste durch Bezugnahme auf andere traditionelle Rechtsinstitute beschreiben, erscheint sie als Hybrid.⁶ Der Gesetzgeber könnte auf die Regelungen zum Aktienregister nach § 67 AktG zurückgreifen, mit dem die GmbH-Gesellschafterliste vergleichbar ist,⁷ entschied sich

jedoch dagegen, die Liste bei der Gesellschaft führen zu lassen, sondern sah das Handelsregister (wie bereits zuvor)⁸ als Verwahrstelle der GmbH-Gesellschafterliste vor.⁹ Die Gesellschafterliste ist ein auf dem Sachverstand des Einreichenden basierendes gutachterliches Zeugnis zum Gesellschafterbestand.¹⁰

II. Transparenz

§ 40 GmbHG soll die Aktualität¹¹ und (im Zusammenspiel mit der kostenpflichtigen Abrufmöglichkeit der Liste nach § 9 HGB¹²) die Transparenz¹³ der Liste sicherstellen. Potentielle Geschäftspartner und die Öffentlichkeit insgesamt sollten sich nach dem Willen des MoMiG-Gesetzgebers leichter informieren können, „wer hinter der Gesellschaft steht“, was sich wiederum positiv auf die Geschäftsaussichten der GmbH auswirke.¹⁴ Gleiches gilt für die Gläubiger, die den wirtschaftlichen Hintergrund der Firma besser einschätzen können und Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter leichter verwerten können, für die GmbH und ihre Gesellschafter

- 1 Der Autor ist Richter als Notarvertreter beim Notariat Adelsheim. Der Aufsatz gibt nur seine persönliche Meinung wieder und basiert auf einem Vortrag, den er bei der Notarfortbildung Süd des Badischen Notarvereins am 6. Oktober 2016 in Hinterzarten gehalten hat.
- 2 OLG München, Beschl. v. 26.1.2012 – 31 Wx 13/12, NZG 2012, 588.
- 3 Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 16 Rdnr. 1.
- 4 Seibt, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012-2015 (Bde. 1, 2, 3), § 40 GmbHG Rdnr. 2. Zur Abstimmung der beiden Normen: Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 3. Aufl. 2013, § 13 Rdnr. 250a.
- 5 Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 40 Rdnr. 1; zustimmend Lieder, GmbHHR 2016, 189 (198); Wachter, GmbHHR 2010, R337.
- 6 Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 40 Rdnr. 3 m.w.N.
- 7 Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 40 Rdnr. 3 (insbesondere in Bezug auf die Legitimationswirkung gegenüber der Gesellschaft); Fastrich, aaO (Fn. 2), § 16 Rdnr. 1 (Gesellschafterliste in Anlehnung an Aktienregister entstanden); Zöllner/Noack, aaO (Fn. 5), § 40 Rdnr. 3.
- 8 Siehe § 40 GmbHG i.F.v. 22.6.1998 (BGBl. I S. 1474, 1479); vgl. Seibt, aaO (Fn. 3), § 40 Rdnr. 1.
- 9 BT-Drs. 16/6140, S. 38; BGH, Beschl. v. 20.9.2011 – II ZB 17/10, NZG 2011, 1268 (1268). Zur Führung des Aktienregisters nach § 67 AktG (bei Namensaktien) siehe Wieneke in: Bürgers/Körber, Aktiengesetz, 3. Aufl. 2014, § 67 Rdnr. 3.
- 10 Bohrer, DStR 2007, 995 (1000); Heidinger, aaO (Fn. 3), § 13 Rdnr. 25; weitergehend: Kanzleiter, in: Altmeppen u.a. (Hrsg.), FS Roth, 2011, S. 355 (357), der hierin ein Gutachten und eine Bescheinigung von Tatsachen sieht.
- 11 Altmeppen, aaO (Fn. 6), § 40 Rdnr. 1; Schmidt, in: Ensthaler/Füller/Schmidt, GmbHG, 2. Aufl. 2009, § 40 Rdnr. 1; Zöllner/Noack, aaO (Fn. 5), § 40 Rdnr. 1.
- 12 Der Abruf erfolgt elektronisch über die Seite www.handelsregister.de, wobei der Abruf jeweils 1,50 € pro Datei kostet (Anlage zu § 4 Abs. 1 KostenVz Nr. 1141 JVKostG). Siehe auch Altmeppen, aaO (Fn. 6), § 40 Rdnr. 2.
- 13 Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 GmbHG, Rdnr. 3; Seibt, aaO (Fn. 3), § 40 GmbHG Rdnr. 3.
- 14 BT-Drs. 16/6140, S. 26.

und für mögliche Investoren, die Geschäftsanteile erwerben möchten.¹⁵

III. Rechtsscheinstatbestand

Nach dem Willen des MoMiG-Gesetzgebers sollte die Gesellschafterliste auch als Anknüpfungspunkt eines gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen dienen.¹⁶ Dies war bis zum Erlass des MoMiG nicht möglich.¹⁷ Die Übertragung von Geschäftsanteilen nach § 15 GmbHG stellt eine Abtretung von Rechten im Sinne der § 398 ff. BGB dar,¹⁸ die einen Gutgläubensschutz grundsätzlich nicht kennen,¹⁹ mit der Ausnahme einer Abtretung unter Urkundenvorlage (§ 405 BGB) oder einer hypothekarisch gesicherten Forderung im Anwendungsbereich des § 1138 BGB.²⁰ Wertpapiere können zwar einen tauglichen Rechtsscheinsträger darstellen (z.B.: Geld, Inhaberpapiere, Wechsel oder Scheck)²¹, für Anteilscheine galt dies jedoch nicht, da sie lediglich Beweisurkunden waren und keine Wertpapiere.²² Vom Erwerb vom „Scheinerben“, der sich auf die Rechtsscheinwirkung eines Erbscheins nach § 2366 BGB berufen kann, abgesehen, gab es also keine Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen.²³

Die einzigen beiden Möglichkeiten der Risikominimierung waren eingehende Prüfungen („Due Diligence“) der Gesellschafter-Stellung zumeist bis zurück zur Gesellschaftsgründung (sog. „Chain-of-title-Prüfung“)^{24,25} und Garantierklärungen des Veräußerers über Anteilsbestand und -inhaberschaft.²⁶ Letztere büden jedoch dem Erwerber das Insolvenzrisiko des Veräußerers auf und stellen so nur einen unzureichenden Schutz dar.²⁷ Umfangreiche Due Diligence-Prüfungen sollten nach der Gesetzesbegründung der Vergangenheit angehören.²⁸

Bei der Kreation des Rechtsscheinsträgers entschied sich der Gesetzgeber gegen die Verbriefung der Geschäftsanteile mit folgendem gutgläubigen Erwerb nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen (und gegen eine bei der Gesellschaft zu führende Liste) und für die Anknüpfung an die beim Handelsregister geführte Liste der Gesellschafter.²⁹ Nach § 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG kann der Erwerber einen Geschäftsanteil oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft wirksam vom Nichtberechtigten erwerben, wenn der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Ein gutgläubiger Erwerb ist jedoch in den Fällen des § 16 Abs. 3 Satz 2 und 3 GmbHG ausgeschlossen.

Für die Einhaltung der Frist nach § 16 Abs. 3 Satz 2 GmbHG kommt es nicht darauf an, wann zuletzt eine Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht worden ist; vielmehr beginnt die Drei-Jahres-Frist mit Aufnahme der Liste in das Handelsregister, die erstmalig den fraglichen Nichtberechtigten als Inhaber des Geschäftsanteils ausweist; werden dann durchgehend weitere Listen eingereicht, welche nicht den wahren Berechtigten als Geschäftsanteilsinhaber ausweisen, sind sie insoweit als eine fortgeschriebene Liste zu behandeln.³⁰

Anders als das Aktienregister entfaltet die Liste bis zu einem gewissen Grad einen den gutgläubigen Erwerb ermöglichenden öffentlichen Glauben; dieser reicht in seiner Wirkung jedoch nicht so weit wie § 892 BGB oder andere Rechtsscheinsträger.³¹ Dies war vom Gesetzgeber nicht gewünscht, was sich schon aus dem sich vom Grundbuchverfahren deutlich unterscheidenden Verfahren zur Aufnahme der Liste in das Handelsregister ergibt.³² Die Gesellschafterliste ist kein „kleines Grundbuch“ und sie nimmt auch nicht am öffentlichen Glauben des Handelsregisters nach § 15 HGB teil.³³

IV. Legitimation des Gesellschafters

Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG eingetragen ist (§ 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG).³⁴ Das Gesetz knüpft die Gesellschafterstellung gegenüber der Gesellschaft (sog. relative Gesellschafterstellung) nicht mehr (wie noch bis 2008) an die Anmeldung des Gesellschafters bei der GmbH, sondern an die beim Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG.³⁵ Nach der Aufnahme der Liste spricht eine unwiderlegliche Vermutung für die Berechtigung und zwar sowohl bezüglich der Person als auch bezüglich des Umfangs der Beteiligung.³⁶

Allerdings erlaubt § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG dem Erwerber bereits vor der Aufnahme der Liste in das Handelsregister Rechtshandlungen in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorzunehmen, wenn die Liste unverzüglich nach Vornahme

15 Seibt, aaO (Fn. 3), § 40 GmbHG Rdnr. 8.

16 BT-Drs. 16/6140, S. 38.

17 Ensthaler, in: Ensthaler/Füller/Schmidt, GmbHG, § 16 Rdnr. 15.

18 Fastrich, aaO (Fn. 2), § 15 Rdnr. 22; D. Mayer, DNotZ 2008, 403 (415).

19 Rohe, in: BeckOK BGB, 40. Ed. 2016, § 398 Rdnr. 31; Roth/Kieninger, in: MünchKomm BGB, 7. Aufl. 2016, § 398 Rdnr. 29.

20 Rohe, aaO (Fn. 18), § 398 Rdnr. 31 und § 405 Rdnr. 1; Roth/Kieninger, aaO (Fn. 18), § 405 Rdnr. 1.

21 Siehe etwa §§ 793 Abs. 1, 935 Abs. 2 BGB, Art. 16 WG, Art. 19, 21 ScheckG.

22 Löbbe, GmbHR 2016, 141 (142).

23 Löbbe, GmbHR 2016, 141 (142); D. Mayer, DNotZ 2008, 403 (415); Vossius, DB 2007, 2299 (2300).

24 Vgl. Gran, NJW 2008, 1409 (1412); Paefgen/Wallisch, NZG 2016, 801 (801); Schniepp/Hensel, NZG 2014, 857 (857).

25 BT-Drs. 16/6140, S. 38; Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, 1841 (1841 f.).

26 Siehe hierzu die Darstellung bei BT-Drs. 16/6140, S. 38.

27 Paefgen/Wallisch, NZG 2016, 801 (804 f.).

28 BT-Drs. 16/6140, S. 26.

29 Schockenhoff/Höder, ZIP 2006, 1841 (1841). Dieser gesetzgeberischen Entscheidung zustimmend: Handelsrechtsausschuss des DAV, NZG 2007, 211 (214) Rdnr. 34.

30 OLG München, Beschl. v. 8.9.2009 – 31 Wx 82/09, NJW 2010, 305 (305), Ls. 6 und 7.

31 BT-Drs. 16/6140, S. 38.

32 BT-Drs. 16/6140, S. 38; OLG München, Beschl. v. 8.9.2009 – 31 Wx 82/09, NJW 2010, 305 (305) Ls. 3; D. Mayer, MittBayNot 2014, 24 (25); siehe im Übrigen auch unten Teil D.

33 D. Mayer, MittBayNot 2014, 24 (25); Vossius, DB 2007, 2299 (2299 ff.).

34 Fastrich, aaO (Fn. 2), § 16 Rdnr. 10.

35 Altmeppen, aaO (Fn. 6), § 40 Rdnr. 3; Fastrich, aaO (Fn. 2), § 16 Rdnr. 1; Seibt, aaO (Fn. 3), § 16 Rdnr. 1; DNotI-Report 2008, 185-188. Vgl. Wolff, BB 2010, 454.

36 Fastrich, aaO (Fn. 2), § 16 Rdnr. 11.

der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird. Die Handlungen sind schwebend unwirksam und werden mit der unverzüglichen Aufnahme der Liste im Handelsregister wirksam – erfolgt die Aufnahme nicht unverzüglich, sind sie endgültig unwirksam.³⁷

Nach dem Wortlaut der Norm ist Legitimation nur erforderlich bei Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung;³⁸ andernfalls wird das Registergericht auch keine neue Liste aufnehmen.³⁹ Die Legitimationswirkung wirkt sowohl zugunsten als auch zulasten des Eingetragenen und zwar unabhängig davon, ob der Eingetragene auch materialiter Anteilsinhaber ist.⁴⁰ Er hat sämtliche Rechte, aber auch Pflichten gegenüber der Gesellschaft, die sich aus der Gesellschafterstellung ergeben.⁴¹ Daraus folgt der Anspruch des eingetragenen Nicht-Gesellschafters und des nicht-ingetragenen Gesellschafters gegen die Gesellschaft auf Korrektur einer unrichtigen Gesellschafterliste durch Neu-einreichung.⁴²

B. Einreichung

I. Durch den/die Geschäftsführer

Die Geschäftsführer handeln in vertretungsberechtigter Zahl.⁴³ Es handelt sich um eine höchstpersönliche⁴⁴ Organpflicht der Geschäftsführer, bei der sich die Geschäftsführer nicht durch Dritte vertreten lassen können (unechte Gesamtvertretung mit einem Prokuristen scheidet aus).⁴⁵ In der Insolvenz sind die Geschäftsführer und nicht der Insolvenzverwalter für die Einreichung zuständig; in der Liquidation der Liquidator.⁴⁶ Die Geschäftsführer handeln nur auf Mitteilung und Nachweis (§ 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG).⁴⁷

Bis Dezember 2013 ging die ganz herrschende Meinung davon aus, dass es sich bei der Kompetenz des Notars zur Einreichung einer Gesellschafterliste um eine verdrängende Einreichungskompetenz und -pflicht handele.⁴⁸ Diese Ansicht stützte sich auf den Wortlaut von § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG („anstelle“), die systematische Erwägung, dass der Absatz 2 der Norm eine eng auszulegende Ausnahme zur allgemeinen Kompetenz der Geschäftsführer des Absatzes 1 darstelle und dem teleologischen Argument, dass der Gesetzgeber mit der Beteiligung des Notars in den Fällen des Absatzes 2 die Klarheit und Richtigkeit der Liste stärken wollte.⁴⁹

Dem widersprach der BGH in zwei Entscheidungen vom 17. Dezember 2013.⁵⁰ Dass sich nach § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG die Zuständigkeiten des Geschäftsführers und des beteiligten Notars gegenseitig ausschließen, sei eine „rechtsirrigere Auffassung“.⁵¹ In § 40 GmbHG sei bloß die Verpflichtung zur Einreichung einer Gesellschafterliste geregelt – diese treffe in der Tat „alternativ den Geschäftsführer oder den beteiligten Notar“.⁵² Die Verpflichtung zur Einreichung determiniere jedoch nicht die Kompetenz hierzu. Diese könne dem Geschäftsführer auch in den Fällen zukommen, in welchen der Notar nach § 40 Abs. 2 GmbHG zur Einreichung verpflichtet sei (und umgekehrt beim ausländischen Notar).⁵³

Im ersten Fall hatte sich der BGH mit der umstrittenen Frage der Korrekturmöglichkeit einer unrichtigen notariellen Liste auseinanderzusetzen.⁵⁴ Eine Gesellschaft hatte die Abtretung eines Geschäftsanteils für unwirksam gehalten und den Geschäftsführer mittels Gesellschafterbeschlusses angewiesen, eine neue Liste einzureichen, welche den ursprünglichen Gesellschafterbestand ausweisen sollte. Der Geschäftsanteilserwerber konnte, anders als in den Vorinstanzen,⁵⁵ mit seinem Begehren, den Gesellschafterbeschluss für nichtig erklären zu lassen, nicht durchdringen.⁵⁶ Der Beschluss zielte nach Ansicht des BGH nicht auf etwas Rechtswidriges: Der Geschäftsführer sei zu einer Korrektur einer (vermeintlich) unrichtigen, vom Notar nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG eingereichten, Gesellschafterliste durch Einreichung einer neuen Gesellschafterliste befugt.⁵⁷

-
- 37 Rotthege, in: Cohausz/Elsing/Feldmann-Gerber/Fisseler/Gnos, Unternehmenskauf bei der GmbH, Kap. 7 Rdnr. 62, S. 291; Fastrich, aaO (Fn. 2), § 16 Rdnr. 18 ff. (mit Hinweis auf die problematische Schwebezeit).
- 38 Fastrich, aaO (Fn. 2), § 16 Rdnr. 9; Seibt, aaO (Fn. 3), § 16 Rdnr. 16 ff.
- 39 OLG München, Beschl. v. 8.9.2009 – 31 Wx 82/09, NJW 2010, 305 (305), Ls. 1.
- 40 Bayer, aaO (Fn. 4), § 16 Rdnr. 26; Fastrich, aaO (Fn. 2), § 16 Rdnr. 1 und 2.
- 41 Bayer, aaO (Fn. 4), § 16 Rdnr. 29; Fastrich, aaO (Fn. 2), § 16 Rdnr. 10 f., 14.
- 42 Fastrich, aaO (Fn. 2), § 16 Rdnr. 8 (für Anspruch des Anteilserwerbers auf Eintragung).
- 43 Eickelberg/Ries, NZG 2015, 1103 (1103); Zöllner/Noack, aaO (Fn. 5), § 40 Rdnr. 16; a.A. Hasselmann, NZG 2009, 486 (487); Kunkel, jurisPR-HaGesR 8/2011 Anm. 1.
- 44 OLG Jena, Beschl. v. 5.7.2011 – 6 W 82/11 –, juris; Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 Rdnr. 47; Eickelberg/Ries, NZG 2015, 1103 (1103); Seibt, aaO (Fn. 3), § 40 Rdnr. 28.
- 45 OLG Jena, Beschl. v. 5.7.2011 – 6 W 82/11 –, juris; Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 Rdnr. 47; Eickelberg/Ries, NZG 2015, 1103 (1103); Kunkel, jurisPR-HaGesR 8/2011 Anm. 1.
- 46 Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 Rdnr. 47.
- 47 In diesem Fall aber unverzüglich, vgl. Altmeppen, aaO (Fn. 6), § 40 Rdnr. 5.
- 48 OLG München, Beschl. v. 27.05.2009 – 31 Wx 38/09, juris, Rdnr. 10; OLG Hamm, Beschl. v. 16.2.2010 – 15 W 322/09, NJW-RR 2010, 609 (609) Ls. 1; für viele in der Literatur siehe nur (noch die aktuellen Auflagen!): Seibt, aaO (Fn. 3), § 40 Rdnr. 28; Zöllner/Noack, aaO (Fn. 5), § 40 Rdnr. 57.
- 49 OLG München, Beschluss vom 27. Mai 2009 – 31 Wx 38/09, 31 Wx 038/09, juris, Rdnr. 10; Seibt, aaO (Fn. 3), § 40 Rdnr. 28 ff., der von dem „Konzept der sich wechselseitig ausschließenden Gleichordnungszuständigkeit“ spricht; Zöllner/Noack, aaO (Fn. 5), § 40 Rdnr. 57.
- 50 BGH, Urt. v. 17.12.2013 – II ZR 21/12, NZG 2014, 184; BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, NJW 2014, 2026.
- 51 BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, NJW 2014, 2026 (2027), Rdnr. 12; Leitzen, ZNotP 2014, 42 (46) bezeichnet die Wendung des BGH gegen die Literatur als „Paukenschlag“.
- 52 BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, NJW 2014, 2026 (2027), Rdnr. 12.
- 53 BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, NJW 2014, 2026 (2027), Rdnr. 12; BGH, Urt. v. 17.12.2013 – II ZR 21/12, NZG 2014, 184 (187 f.) Rdnr. 32 ff. Skeptisch zu der vorliegenden Interpretation ist Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 Rdnr. 25 ff.
- 54 Die Frage war umstritten; der BGH stellt dies in BGH, Urt. v. 17.12.2013 – II ZR 21/12, NZG 2014, 184 (187 f.) Rdnr. 32 m.w.N. zwar als einen recht offenen Streit dar, in der Tat dürfte die damals herrschende Meinung von einer alternativen Kompetenz ausgegangen sein (vgl. Seebach, DNotZ 2014, 413 (419) m.w.N.).
- 55 OLG Karlsruhe, Urt. v. 30.12.2011 – 7 U 95/10, BeckRS 2014, 01781 („Da der Geschäftsführer der Beklagten nicht berechtigt ist, die vom Notar erstellte Gesellschafterliste abzuändern, [...]“); LG Mannheim, Urt. v. 01.03.2010 – 24 O 110/09, BeckRS 2014, 01782.
- 56 BGH, Urt. v. 17.12.2013 – II ZR 21/12, NZG 2014, 184 (184 ff.).
- 57 BGH, Urt. v. 17.12.2013 – II ZR 21/12, NZG 2014, 184 (184), 2. Ls.

Der Geschäftsführer müsse dem Betroffenen vor der Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste zwar Gelegenheit zur Stellungnahme geben, widerspreche der Betroffene der Korrektur, ändere das aber nichts an der Berechtigung des Geschäftsführers, bei Fehlern für eine Berichtigung der Gesellschafterliste zu sorgen, solange nicht der Betroffene im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erreiche, dass dem Geschäftsführer die Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste untersagt werde.⁵⁸

Ziel der Gesellschafterliste sei es, möglichst schnell den richtigen Gesellschafterbestand auszuweisen.⁵⁹ Auf diese Weise könnten die Beteiligten die Rechtslage prüfen und u.U. im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die (in diesem Falle vom Geschäftsführer eingereichte) Liste vorgehen. Die Beteiligung des Notars diene eher der Beschleunigung und Verfahrensökonomie als der rechtlichen Prüfung, was sich schon daran zeige, dass sich der MoMiG-Gesetzgeber bewusst gegen eine Allzuständigkeit des Notars für die Gesellschafterliste entschieden habe; vielmehr habe er die dauernde Beteiligung von juristischen Laien hingenommen.⁶⁰

Daneben gilt: Stellt der Notar einen Fehler bei der durch ihn eingereichten Liste fest, ist er, jedenfalls solange zwischenzeitlich keine weitere Liste eingereicht worden ist, zur Korrektur verpflichtet.⁶¹ Bei mehreren zeitnahen Änderungen, an denen verschiedene Notare mitgewirkt haben (sog. „sich kreuzende Listen“) wird in der Literatur vertreten, dass das Registergericht, dem Notar, welcher an der letzten Veränderung mitgewirkt hat, aufgeben kann, eine korrigierte Liste einzureichen.⁶² Vor dem Hintergrund der BGH-Entscheidung erscheint es allerdings sinnvoller, in diesem Fall die Geschäftsführer als ebenfalls verpflichtet zu betrachten, für Klarheit über den Gesellschafterbestand zu sorgen – allerdings erst auf Mitteilung und Nachweis.⁶³

II. Durch den Notar

Die Einreichungspflicht nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG stellt für den Notar eine Amtspflicht dar, sofern er in amtlicher Eigenschaft an einer Veränderung im Sinne des Absatzes 1 mitgewirkt hat – dies sind regelmäßig Anteilsabtretungen, Kapitalmaßnahmen oder Umwandlungen.⁶⁴ Eine Mitwirkung ist auch gegeben, wenn der Notar Beschlüsse beurkundet, die nicht beurkundungsbedürftig gewesen wären.⁶⁵ Bei getrennter Beurkundung von Angebot und Annahme kann jeder beteiligte Notar die neue Gesellschafterliste einreichen⁶⁶ – die Pflicht hierzu trifft jedoch meines Erachtens nach nur den Notar, welcher die Annahme beurkundet, da erst durch seine Beurkundung die Veränderung eintritt.

Umstritten sind Fälle „mittelbarer“ Mitwirkung, in denen die Änderung im Gesellschafterbestand lediglich die gesetzliche Nebenfolge einer anderen Änderung ist.⁶⁷ Eine herrschende Ansicht in der Literatur ist nicht feststellbar – die Meinungen reichen in einem weiten Spektrum von der Bejahung einer Einreichungspflicht⁶⁸ über vermittelnde Ansichten⁶⁹ bis hin zur Ablehnung einer Pflicht.⁷⁰ Auch in der Rechtsprechung wird eine alle Fälle mittelbarer Mitwirkung erfassende Linie kaum zu finden sein, sondern sich eine ausdifferenzierte Kasuistik

entwickeln. So entschied etwa der 15. Zivilsenat des OLG Hamm am 1. Dezember 2009, dass bei einer mittelbaren Mitwirkung des Notars (Beurkundung einer Verschmelzung A auf B, wobei zu den Aktiva der A auch ein Geschäftsanteil an der C gehörte) nicht von einer Pflicht der Geschäftsführer auszugehen sei, sondern vielmehr der Notar die Gesellschafterliste einzureichen habe, da er „über die internen Vorgänge der Bet. bestens informiert“ sei.⁷¹

Am 2. November 2011 entschied der 27. Zivilsenat des gleichen Gerichts allerdings (richtigerweise), dass die Beurkundung einer Firmenänderung eines GmbH-Gesellschafters nicht ausreicht, den Notar gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG zu verpflichten, eine geänderte Gesellschafterliste der an der Beurkundung nicht beteiligten GmbH zum Handelsregister einzureichen.⁷²

Stellen die Entscheidungen also auf die Kenntnis des Notars ab – bei Verschmelzungen könne er aus der Bilanz die Beteiligungen erkennen, bei einer Firmenänderung nicht? Ein solches Abstellen auf die Kenntnis des Notars wäre misslich und würde den Wortlaut von § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG überstrapazieren.⁷³ Meines Erachtens ist der Notar in diesen Fällen zwar berechtigt, die Liste einzureichen, aber nicht verpflichtet – was sich auf der Linie ergänzender Einreichungskompetenzen von Geschäftsführer und Notar im Sinne der Rechtsprechung des BGH vom 17. Dezember 2013 bewegen würde.

-
- 58 BGH, Urt. v. 17.12.2013 – II ZR 21/12, NZG 2014, 184 (184 f.), 3. Ls.; siehe Kleefass, EWIR 2015, 763 (764).
- 59 BGH, Urt. v. 17.12.2013 – II ZR 21/12, NZG 2014, 184 (188) Rdnr. 33 ff. Für eine „unbürokratische Korrekturmöglichkeit“ sprachen sich zuvor etwa schon Liebscher/Goette, DStR 2010, 2038 (2039) aus.
- 60 BGH, Urt. v. 17.12.2013 – II ZR 21/12, NZG 2014, 184 (188) Rdnr. 35; a.A. Heidinger, in: MüKomm GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 40 Rdnr. 126; kritisch ebenfalls Seebach, aaO (Fn. 53), 415 f.
- 61 Altmeppen, aaO (Fn. 6), § 40 Rdnr. 16; Herrler, NZG 2011, 536 (538), Link, RNotZ 2009, 193 (198); Preuß, ZGR 2008, 676 (681 f.).
- 62 Schmidt, in: aaO (Fn. 10), § 40 Rdnr. 15.
- 63 So bereits Götze/Bressler, NZG 2007, 894 (896).
- 64 Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 Rdnr. 55 ff.
- 65 Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 Rdnr. 55.
- 66 OLG München, Beschl. v. 24.10.2012 – 31 Wx 400/12, NZG 2013, 822; Eickelberg/Ries, NZG 2015, 1103 (1104).
- 67 Z.B.: GmbH oder AG ist selbst Gesellschafter einer anderen GmbH und wird ihrerseits auf eine andere Gesellschaft verschmolzen; der Gesellschafterwechsel erfolgt ipso iure nach § 20 Abs. 1 UmwG, Verschmelzungsvertrag und -beschlüsse sind aber nach §§ 6, 13 UmwG notariell zu beurkunden.
- 68 Bednarz, BB 2008, 1854 (1859); wohl Harbarth, ZIP 2008, 57, 59.
- 69 Wobei in diesen Fällen wiederum verschiedene Abgrenzungskriterien herangezogen werden: etwa die Kenntnis des Notars (D. Mayer, DNotZ 2008, 403 (408), Ries, NZG 2010, 135 (136)), Natur und Umfang der Beteiligung (Vossius, DB 2007, 2299 (2304)) oder die Finalität des notariellen Handelns bezüglich einer Veränderung des Bestandes oder des Umfangs einer Beteiligung (Wachter, ZNotP 2008, 378 (388 f.); ähnlich Noack, in: Kindler u.a. (Hrsg.), FS Hüffer, 2010, S. 723 (731 f.); Zöllner/Noack, aaO (Fn. 5), § 40 Rdnr. 51) oder Kombinationen dieser Kriterien (Omlor/Spies, MittBayNot 2011, 353 (359 f.)).
- 70 Altmeppen, aaO (Fn. 6), § 40 Rdnr. 23; ebenso: Preuß, in: Wachter u.a. (Hrsg.), FS Spielberger, 2009, S. 876 (883); Kanzleiter, in: Altmeppen u.a. (Hrsg.), FS Roth, 2011, S. 355 (357).
- 71 OLG Hamm, Beschl. v. 01.12.2009 – 15 W 304/09, NZG 2010, 113 (114); vgl. Ries, aaO (Fn. 68), 136 („nicht für alle Umwandlungsvorgänge verallgemeinerungsfähig“).
- 72 OLG Hamm, Beschl. v. 02.11.2011 – 27 W 100/11, DNotZ 2012, 382 (382) m. Anm. Ising.
- 73 Siehe Ising, DNotZ 2012, 384 ff. (Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm).

Dogmatisch nicht ganz sauber, aber in der Praxis anzutreffen, sind (zulässige)⁷⁴ gemeinsame Listen von Notar und Geschäftsführer.⁷⁵ Hiervon ist abzuraten. Wenn der Notar verpflichtet ist, dann muss er die Liste selbst einreichen, wenn nicht, ist der Geschäftsführer verpflichtet, und der Notar sollte nicht selbst einen Haftungstatbestand kreieren.

Eine bloße Unterschriftsbeglaubigung (ohne Entwurfserstellung) dürfte keinesfalls eine Einreichungspflicht des Notars evozieren, weil den Notar in diesem Falle nur eine eingeschränkte Prüfungspflicht trifft (§ 40 Abs. 2-4 BeurkG).⁷⁶

Der Notar hat die Gesellschafterliste unverzüglich nach Wirksamwerden der Veränderungen zu unterschreiben, mit einem Vermerk nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG zu versehen und elektronisch beim Handelsregister einzureichen.⁷⁷ Ist die Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG so mit der Gesellschafterliste verbunden, dass sie ihr unmittelbar nachfolgt, bedarf es keiner gesonderten Unterschrift unter die Gesellschafterliste, vielmehr genügt eine Unterschrift unter die Bescheinigung.⁷⁸ Hat der Notar Zweifel an der Wirksamkeit der von ihm beurkundeten Veränderung, darf er die Gesellschafterliste erst nach Beseitigung der Zweifel zum Handelsregister einreichen.⁷⁹ Im zweiten Fall am 17. Dezember 2013 entschied der BGH, dass ein ausländischer, beteiligter Notar zwar nicht zur Einreichung der Gesellschafterliste verpflichtet, aber berechtigt sein könne.⁸⁰ Der Gesetzgeber könne wegen des Territorialitätsprinzips einen ausländischen Notar zwar nicht zwingen, eine Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen,⁸¹ dennoch sei der ausländische Notar, der beispielsweise eine Geschäftsanteilsabtretung beurkunde, nicht Dritter im Sinne des § 40 GmbHG, sondern eben Notar. Eine nach dem GmbHG erforderliche Beurkundung kann auch nach dem Inkrafttreten des MoMiG durch einen ausländischen Notar vorgenommen werden, sofern die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig sei.⁸²

Dementsprechend entschied der BGH, dass ein Schweizer Notar im Kanton Basel durchaus berechtigt (aber nicht verpflichtet) sei, eine Liste zum Handelsregister einzureichen,⁸³ was das OLG München als Vorinstanz noch anders gesehen hatte.⁸⁴ Das AG Charlottenburg hat – die Entscheidung des BGH vor Augen – entschieden, dass die Beurkundung eines Notars im Kanton Bern der deutschen Beurkundung nicht gleichwertig ist.⁸⁵ Folgerichtig wird man den Berner Notar nicht als Notar im Sinne des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG bewerten können.

III. Durch die Gesellschafter

Der Gesetzeswortlaut sieht weder das Recht noch die Pflicht der Gesellschafter zur Einreichung einer Gesellschafterliste vor.⁸⁶ Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens hatte der Bundesrat eine Pflicht der Gesellschafter zur Listeneinreichung im Falle einer führungslosen GmbH vorgeschlagen,⁸⁷ was jedoch die Bundesregierung ausdrücklich abgelehnt hatte.⁸⁸

§ 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG regelt nur die passive Vertre-

tungskompetenz der Gesellschafter für die Entgegennahme von Willenserklärungen für bzw. die Zustellung von Schriftstücken an die Gesellschaft, nicht jedoch eine aktive Vertretungsregelung für die Einreichung einer neuen Liste.⁸⁹ § 15 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 InsO betreffen lediglich das Recht und die Pflicht der Antragsstellung zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei Führungslosigkeit.⁹⁰ Vor dem Hintergrund des klaren Wortlauts und der Entstehungsgeschichte kommt somit kein Recht der Gesellschafter, geschweige denn deren Pflicht zu einer Einreichung einer neuen Gesellschafterliste in Betracht.⁹¹

Wie ist bei Führungslosigkeit der GmbH zu verfahren? Die Gesellschafter werden eine Gesellschafterversammlung abhalten und einen neuen Geschäftsführer bestellen müssen, der sich dann beim Handelsregister anmeldet und direkt danach die neue Gesellschafterliste einreicht. Das ist insbesondere in den Fällen relevant, in denen die Gesellschaft keinen Geschäftsführer mehr hat und auch die nicht in der Liste eingetragenen Gesellschafter eigentlich nicht nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gegenüber der Gesellschaft legitimiert wären – wird die Liste jedoch unverzüglich eingereicht, wirkt die Legitimationswirkung wegen § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG zurück.⁹² Dies ist der Weg, der im Falle des Todes des einzigen Geschäftsführer-Gesellschafters bestritten werden muss. In diesem Fall trifft das Registergericht die Pflicht, die materielle Erbenstellung des Gesellschafters zu prüfen;⁹³ für unbekannte Erben kann ein Nachlasspfleger bestellt werden.⁹⁴

-
- 74 OLG Hamm, Beschl. v. 16.2.2010 – 15 W 322/09, NJW-RR 2010, 609 (609) Ls. 2; zustimmend: Leitzen, BB 2010, 985 ff (Anmerkung zu dem Urteil).
- 75 Altmeppen, aaO (Fn. 6), § 40 Rdnr. 18; Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 Rdnr. 57; Fastrich, aaO (Fn. 2), § 16 Rdnr. 3.
- 76 OLG Hamm, Beschl. v. 01.12.2009 – 15 W 304/09, NZG 2010, 113 (114); Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 Rdnr. 55; D. Mayer, DNotZ 2008, 403 (408); Vossius DB 2007, 2299 (2303).
- 77 Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 Rdnr. 59.
- 78 OLG München, Beschl. v. 27.5.2009 – 31 Wx 38/09, NZG 2009, 797; Altmeppen, aaO (Fn. 6), § 40 Rdnr. 18.
- 79 BT-Drs. 16/6140, S. 44; OLG München, Beschl. v. 8.9.2009 – 31 Wx 82/09, NJW 2010, 305 (305), Ls. 5; Altmeppen, aaO (Fn. 6), § 40 Rdnr. 19.
- 80 BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, NJW 2014, 2026 (2028) Rdnr. 16 ff.
- 81 BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, NJW 2014, 2026 (2027) Rdnr. 12.
- 82 BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, NJW 2014, 2026 (2026) Ls. 2, Rdnr. 14.
- 83 BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, NJW 2014, 2026 (2026) Ls. 1; ebenso hatte – ebenfalls für einen Baseler Notar – das OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.3.2011 – 3 Wx 236/10, NJW 2011, 1370 (1370) Ls. 1 und 2 entschieden; siehe hierzu auch die zustimmende Besprechung von Oik, NZG 2011, 381 (381 ff.).
- 84 OLG München, Beschl. v. 6.2.2013 – 31 Wx 8/13, DStR 2013, 822 m. zust. Anm. Heinze.
- 85 AG Charlottenburg, Beschl. v. 22.01.2016 – 99 AR 9466/15, juris. Siehe hierzu auch die Besprechung von P. Becker, NotBZ 2016, 321.
- 86 Heidinger, aaO (Fn. 3), § 13 Rdnr. 365.
- 87 BR-Drs. 354/07, S. 18; BR-Drs. 354/01/07, S. 21.
- 88 BT-Drs. 16/6140, S. 76 f.
- 89 Zöllner/Noack, aaO (Fn. 5), § 40 Rdnr. 80.
- 90 Heidinger, aaO (Fn. 3), § 13 Rdnr. 365.
- 91 So bereits Wachter, ZNotP 2008, 378 (386 f.); a.A. wohl Zöllner/Noack, aaO (Fn. 5), § 40 Rdnr. 80 (Ausnahme bei Führungslosigkeit).
- 92 Eickelberg/Ries, NZG 2015, 1103 (1104); Lange, GmbHR 2012, 986 (989); Seibt, aaO (Fn. 3), § 16 Rdnr. 49 spricht von einer „teleologischen Erweiterung“.
- 93 Heidinger, ZNotP 2012, 449 (459 f.).
- 94 Lange, NJW 2016, 1852 (1855).

C. Inhalt

I. Zwingender Inhalt

1. Wortlaut und Auslegung

a) Angaben

Die eingereichte Liste muss nach dem Wortlaut der §§ 8 Abs. 1 Nr. 3 und 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der Gesellschafter sowie die Nennbeträge und die laufenden Nummern von jedem übernommenen Geschäftsanteil enthalten. Es ist der Familienname und mindestens ein Vorname anzugeben⁹⁵ (zwecks Identifizierung empfiehlt es sich aber, alle Vornamen anzugeben). Ist Gesellschafter eine Kapitalgesellschaft oder eine oHG oder KG, so sind Firma, Sitz, Handelsregister und Registernummer anzugeben.⁹⁶

Ist Gesellschafter eine Außengesellschaft bürgerlichen Rechts, so sind sämtliche Gesellschafter der GbR vollständig (also mit Name, Vorname, Geburtsdatum, Wohnort) anzuführen;⁹⁷ ändert sich der Bestand der GbR muss stets auch eine neue Liste der GmbH eingereicht werden.⁹⁸ In großen Städten wird vereinzelt noch zur sicheren Identifizierung die Angabe der Adresse verlangt;⁹⁹ eine solche Pflicht ist jedoch wegen des insofern klaren Wortlauts der Norm abzulehnen.¹⁰⁰ Mehrere Geschäftsanteile eines einzelnen Gesellschafters sind gesondert aufzuführen.¹⁰¹

b) Veränderungen

aa) Allgemein

Dokumente, Urkunden o.ä., welche den Rechtsgrund der Veränderung enthalten, sind nicht beizufügen; auch nähere Erläuterungen sind nicht anzugeben. Eine Änderungsspalte ist grundsätzlich nicht notwendig; aber unschädlich (und praktisch durchaus empfehlenswert).¹⁰² Anders als das Grundbuch wird die Gesellschafterliste nicht chronologisch mit Streichungen und Einfügungen geführt; vielmehr wird bei jeder Einreichung eine insgesamt neue, aktuelle Liste der Gesellschafter eingereicht.

bb) In den Personen der Gesellschafter oder Umfangs ihrer Beteiligungen

Änderungen in den Personen der Gesellschafter sind der Gesellschafterwechsel (Ein- und Ausscheiden von Gesellschaftern), insbesondere durch Veräußerung (§ 15 GmbHG), Kaduzierung (§ 21 GmbHG), Versteigerung (§ 23 GmbHG), Abandon (§ 27 GmbHG), Einziehung, Ausschluss und Austritt (§ 34 GmbHG), Rechtsnachfolge (durch Erbgang, Verschmelzung, Anwachsung, Spaltung), aber auch Änderungen „in der Person“ eines bestehenden bleibenden Gesellschafters (Namenswechsel, Wohnortwechsel).¹⁰³

Der Umfang der Beteiligung ändert sich durch Hinzuerwerb neuer Anteile oder Abtretung von Anteilen, durch Aufstockung oder Herabsetzung eines Geschäftsanteils oder durch Teilung oder Zusammenlegung von Anteilen, wobei die Norm insofern extensiv auszulegen ist, dass auch in den Fällen eine neue Liste einzureichen ist, in denen sich der jeweilige Gesamtumfang der Gesellschafterbeteiligungen nicht geändert haben sollte.¹⁰⁴

2. Zweifelsfälle

a) Rechtlicher Inhaber

Die Liste muss die rechtlichen Inhaber der Geschäftsanteile angeben.¹⁰⁵ Im Falle einer Treuhand ist der Treuhänder und nicht die still unterbeteiligte oder allgemein wirtschaftlich dahinter stehende Person anzugeben.¹⁰⁶ Hält die Gesellschaft eigene Anteile, ist sie selbst anzugeben.¹⁰⁷ Im Falle der Zurverfügung-Stellung des § 27 GmbHG ist der bisherige Inhaber bis zur Veräußerung nach § 27 Abs. 2 GmbH oder eben die Gesellschaft nach Anfall nach § 27 Abs. 3 GmbH auszuweisen.¹⁰⁸ Im Falle der Kaduzierung (§ 21 GmbHG) ist zunächst der bisherige Inhaber anzugeben, anschließend der Erwerber des Geschäftsanteils oder die GmbH.¹⁰⁹

b) Nummerierung

Die Nummerierung der Geschäftsanteile führt in der Praxis nicht selten zum Streit – zumal weder das Gesetz noch seine Begründung noch die HRV einen Hinweis zur korrekten Nummerierung enthalten.¹¹⁰ Es ist daher von einem grundsätzlichen Ermessen des Listenerstellers hinsichtlich der Nummerierung auszugehen.¹¹¹

Einmal getroffene Nummerierungen müssen nicht zwingend beibehalten werden. Das LG Augsburg hatte die Kompetenz zur willkürlichen Neunummerierung der Geschäftsanteile zunächst eng gezogen: Der Zweck der Transparenzsteigerung durch die Gesellschafterliste könne nur erreicht werden, wenn „sich in der laufenden Nummerierung nur solche Veränderungen ergeben, die nach Veränderungen von Geschäftsanteilen unumgänglich sind.“¹¹² Dieser strengen Ansicht hatte sich das OLG Bamberg angeschlossen.¹¹³

-
- 95 Born, in: Heybrock, Praxiskommentar zum GmbH-Recht, 2. Aufl. 2010, § 40 GmbHG Rdnr. 13; Veil, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012-2015 (Bde. 1, 2, 3), § 8 Rdnr. 10 („Rufname“).
- 96 Eickelberg/Ries, NZG 2015, 1103 (1106); Veil, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012-2015 (Bde. 1, 2, 3), § 8 Rdnr. 10 (Firma und Sitz).
- 97 Born, aaO (Fn. 95), § 40 Rdnr. 13; Scheuch, GmbHR 2014, 568 (574); Veil, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012-2015 (Bde. 1, 2, 3), § 8 Rdnr. 10; a.A. Altmeppen, aaO (Fn. 6), § 40 Rdnr. 9; Eickelberg/Ries, NZG 2015, 1103 (1106), die dies nur fordern, wenn die GbR keinen unterscheidungskräftigen Namen hat.
- 98 Umstr.; ebenso: Born, aaO (Fn. 95), § 40 GmbHG Rdnr. 13; Scheuch, aaO (Fn. 95), 574; Seibt, aaO (Fn. 3), § 40 Rdnr. 17; a.A. Fastrich, aaO (Fn. 2), § 16 Rdnr. 9.
- 99 Born, aaO (Fn. 95), § 40 Rdnr. 15; Seibt, aaO (Fn. 3), § 40 GmbHG Rdnr. 13.
- 100 Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 Rdnr. 5; D. Mayer, DNotZ 2008, 403 (406).
- 101 Seibt, aaO (Fn. 3), § 40 Rdnr. 19; Zöllner/Noack, aaO (Fn. 5), § 40 Rdnr. 13.
- 102 OLG Jena, Beschl. v. 22.03.2010 – 6 W 110/10, GmbHR 2010, 598 (598, Ls. 1); Zöllner/Noack, aaO (Fn. 5), § 40 Rdnr. 8. Siehe auch: Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 Rdnr. 20 („in engen Grenzen“).
- 103 Zöllner/Noack, aaO (Fn. 5), § 40 Rdnr. 6.
- 104 Zöllner/Noack, aaO (Fn. 5), § 40 Rdnr. 5.
- 105 Born, aaO (Fn. 95), § 40 Rdnr. 11.
- 106 Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 Rdnr. 10; Born, aaO (Fn. 95), § 40 Rdnr. 11.
- 107 Born, aaO (Fn. 95), § 40 Rdnr. 11.
- 108 Born, aaO (Fn. 95), § 40 Rdnr. 11.
- 109 Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 Rdnr. 20; Born, aaO (Fn. 95), § 40 Rdnr. 11.
- 110 Eickelberg/Ries, NZG 2015, 1103 (1106); Heidinger, aaO (Fn. 3), § 13 Rdnr. 260b, 262.
- 111 Eickelberg/Ries, NZG 2015, 1103 (1106); Heidinger, aaO (Fn. 3), § 13 Rdnr. 260b, 263a.
- 112 LG Augsburg, Beschl. v. 28.4.2009 - 2 HK T 902/09, NZG 2009, 1032 (1033).
- 113 OLG Bamberg, Beschl. v. 2.2.2010 - 6 W 40/09, NZG 2010, 675 (675) Ls. 2.

Dem stand eine Ansicht in Rechtsprechung und Literatur entgegen, die lediglich forderte, dass zur Durchsetzung des Transparenzzwecks im Falle von Umnummerierungen die Geschäftsanteile der GmbH auch nach Veränderungen lediglich zuordenbar sein und zu erkennen geben müssen, woher ein Geschäftsanteil stamme – eine Nummerierung sei dann unterschiedlicher Gestaltung zugänglich.¹¹⁴

Der BGH schloss sich dieser zweiten Ansicht an und beschloss, die Umnummerierung abgetretener Geschäftsanteile in der Gesellschafterliste sei zulässig, wenn jeder Geschäftsanteil durch die Angabe der bisherigen Nummerierung zweifelsfrei zu identifizieren bleibt.¹¹⁵ Der Gesetzgeber habe den Grundsatz der Gliederungskontinuität, wie er ihn etwa für den Jahresabschluss anordnet (§ 265 Abs. 1 HGB), für die Gesellschafterliste nicht aufgestellt; ohnehin könne eine Stetigkeit der Nummerierung nicht in allen Fällen durchgehalten werden, zum Beispiel nach einer Teilung oder Zusammenlegung von Geschäftsanteilen.¹¹⁶ Wenn aber schon in einigen Fällen Brüche in der Gliederungskontinuität unvermeidlich sind, kann keine Notwendigkeit für eine stetige Nummerierung in allen Abtretungsfällen bestehen, „solange die Transparenz der Beteiligungsverhältnisse unter einer Umnummerierung nicht leidet und jeder Geschäftsanteil durch die Angabe der bisherigen Nummerierung zweifelsfrei zu identifizieren bleibt.“¹¹⁷

c) Kapitalmaßnahmen

Kapitalmaßnahmen stellen Satzungsänderungen dar und sind somit nach § 54 Abs. 3 GmbHG erst mit Eintragung im Handelsregister wirksam. Bei Kapitalmaßnahmen können mehrere Notare beteiligt sein (Beschluss (§ 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG), Übernahmeerklärungen (§ 55 Abs. 1 GmbHG), Anmeldung zum Handelsregister (§§ 57, 78 GmbHG)). Kompetent zur Einreichung der neuen Gesellschafterliste ist jeder beteiligte Notar, verpflichtet ist jedoch nur der die Anmeldung beim Handelsregister Anmeldende,¹¹⁸ was dann erst recht bei einer Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital nach § 55a GmbHG gelten muss.¹¹⁹

d) Mehrere Veränderungen in einer Urkunde

Aus der Abfolge der beim Handelsregister eingereichten Gesellschafterlisten muss sich jede Veränderung im Gesellschafterbestand und den Anteilen lückenlos nachvollziehen lassen.¹²⁰ Bei direkter Abfolge mehrerer Veränderungen ist für jeden Zwischenschritt grundsätzlich eine separate Liste einzureichen: Durch den lückenlosen Veränderungsnachweis lässt sich aus der Gesellschafterliste die Historie jedes Geschäftsanteils nachvollziehen.¹²¹ Je nach Einzelfall können mehrere Veränderungen zusammengefasst und mittels Veränderungsspalte ausgewiesen werden¹²² – in komplexen Konstellationen kann das die Transparenz verbessern.

II. Möglicher Inhalt

Umstritten war, ob zusätzlich zu den gesetzlichen Angaben noch weitere Informationen in die Gesellschafterliste aufgenommen werden können, müssen bzw. überhaupt dürfen.¹²³ Der Wortlaut der Norm wirkt in seiner enumerativen Form abschließend. Gegen die Möglichkeit weiterer Angaben wird vorgebracht, dass solche das öffentlich zugängliche Register

überfrachten könnten.¹²⁴ Es stellt sich die Frage, welche Zusatzinformationen aufnehmbar sind – und folgerichtig, ob den Notar oder den Geschäftsführer eine Einreichungspflicht trifft, solche Tatbestände beim Register anzumelden. Grundsätzlich machen Notar und Geschäftsführer keinen Fehler, wenn sie sich am Gesetzeswortlaut orientieren und nur die dort angegebenen Tatsachen in der Liste angeben.

Sog. „Kürangaben“ sind in sehr begrenztem Umfang zulässig und gelegentlich sogar erwünscht, wenn auch nur selten zwingend. Insbesondere technische Erläuterungen und Angaben sind unschädlich.¹²⁵ So kann eine Veränderungsspalte eingefügt werden, welche den Rechtsgrund der letzten Veränderung anführt.¹²⁶ Im Falle einer Umnummerierung kann dies sogar zwingend sein, wenn andernfalls die Transparenzfunktion der Liste gefährdet wäre.¹²⁷ Die genaue Anschrift eines Gesellschafters kann angegeben werden – zwingend ist dies jedoch nicht.¹²⁸ Wird sie angegeben und der Gesellschafter zieht in der gleichen politischen Gemeinde um, muss das Register nicht geändert werden.¹²⁹ Die Angabe des „Standes“ bzw. des „Berufs“ ist zwar seit 1998 nicht mehr notwendig,¹³⁰ aber unschädlich.

III. Kein möglicher Inhalt und Streitfragen

1. Testamentsvollstrecker- und Insolvenzverwaltervermerk

Das Registergericht darf die Aufnahme einer mit einem Testamentsvollstreckervermerk versehenen Gesellschafterliste ablehnen.¹³¹ Bis zur Entscheidung durch den BGH im Februar 2015 war u.a. diese Frage heftig umstritten, hatte der BGH

-
- 114 LG Stendal, Beschl. vom 21. 9. 2009 - 31 T 14/09, NZG 2010, 393 (394 f.); Wachter, NZG 2009, 1001 (1001 ff.), welcher zur Recht das souveräne Recht der Gesellschafterversammlung betont, aus sachgerechten Gründen die Nummerierung der Geschäftsanteile zu ändern.
- 115 BGH, Beschl. v. 1.3.2011 - II ZB 6/10, NZG 2011, 516 (516).
- 116 BGH, Beschl. v. 1.3.2011 - II ZB 6/10, NZG 2011, 516 (517).
- 117 BGH, Beschl. v. 1.3.2011 - II ZB 6/10, NZG 2011, 516 (517).
- 118 So letztlich wohl auch Eickelberg/Ries, NZG 2015, 1103 (1104).
- 119 Eickelberg/Ries, NZG 2015, 1103 (1104).
- 120 Altmeppen, aaO (Fn. 6), § 40 Rdnr. 8; Eickelberg/Ries, NZG 2015, 1103 (1104).
- 121 OLG Köln, Beschl. v. 19.07.2013 - 2 Wx 170/13, NZG 2013, 1431 (1432); Berninger, GmbHR 2014, 449 (458).
- 122 OLG Jena, Beschl. v. 22.03.2010 - 6 W 110/10, NZG 2010, 591 (591 f.); OLG Köln, Beschl. v. 19.07.2013 - 2 Wx 170/13, NZG 2013, 1431 (1432); Berninger, aaO (Fn. 121), 458.
- 123 OLG Köln, Beschl. v. 19.07.2013 - 2 Wx 170/13, NZG 2013, 1431 (1432).
- 124 BGH, Beschl. v. 20.09.2011 - II ZB 17/10, NZG 2011, 1268 (1268) Rdnr. 10. Ebenso: BGH, Beschl. v. 24.02.2015 - II ZB 17/14, NZG 2015 (519) Rdnr. 9; OLG Köln, Beschl. v. 21.07.2014 - 2 Wx 191/14, NZG 2014, 1272 (1272) Ls. 2; Bayer, GmbHR 2012, 1 (5 ff.).
- 125 Zöllner/Noack, aaO (Fn. 5), § 40 Rdnr. 15a.
- 126 OLG Jena, Beschl. v. 22.03.2010 - 6 W 110/10, NZG 2010, 591 (591 f.); OLG Köln, Beschl. v. 19.07.2013 - 2 Wx 170/13, NZG 2013, 1431 (1432); DNotf-Report 2010, 147 (149); Eickelberg/Ries, NZG 2015, 1103 (1106); Melchior, NotBZ 2010, 216 (215 f.); Wachter, ZNotP 2008, 378 (385), Wälzholz, MittBayNot 2010, 72 (73).
- 127 Oder man reicht eben eine Reihe von Zwischenlisten ein, vgl. OLG Jena, Beschl. v. 22.03.2010 - 6 W 110/10, NZG 2010, 591 (591); OLG Köln, Beschl. v. 19.07.2013 - 2 Wx 170/13, NZG 2013, 1431 (1432).
- 128 Ebenso: Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 Rdnr. 5; Link, RNotZ 2009, 293 (303); D. Mayer, DNotZ 2008, 403 (406); a.A. Born, aaO (Fn. 95), § 40 Rdnr. 15; Seibt, aaO (Fn. 3), § 40 Rdnr. 13.
- 129 Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 Rdnr. 8; Zöllner/Noack, aaO (Fn. 5), § 40 Rdnr. 6.
- 130 Seibt, aaO (Fn. 3), § 40 Rdnr. 13.
- 131 BGH, Beschl. v. 24.2.2015 - II ZB 17/14, NZG 2015, 519 (519) Ls.; aA Seibt, aaO (Fn. 3), § 40 Rdnr. 27.

doch im Jahre 2012 für die KG entschieden, dass auf Antrag des Testamentsvollstreckers ein Vermerk in das Handelsregister einzutragen sei, wenn über den Nachlass eines Kommanditisten Dauertestamentsvollstreckung angeordnet ist.¹³²

In der Literatur hatte eine starke Strömung die Eintragungsfähig wegen des erheblichen Interesses des Rechtsverkehrs bejaht.¹³³ Gerade vor dem Hintergrund der oben genannten Entscheidung hatte sich die Stimmung sogar eher in die Richtung einer Zustimmung zur Eintragungsfähigkeit verschoben.¹³⁴ Einige Stimmen in der Literatur hatten die Eintragungsfähigkeit jedoch stets abgelehnt,¹³⁵ ebenso wie das OLG München¹³⁶ und das OLG Köln¹³⁷.

Dieser letzten Ansicht schloss sich der BGH an: Der Hauptgrund ist der Wortlaut des Gesetzes, der eine Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks schlicht nicht vorsieht.¹³⁸ Eine freiwillige Ergänzung des Inhalts der Gesellschafterliste um weitere sinnvoll erscheinende Bestandteile steht nicht im Belieben der Einreichenden – dem stehe der Grundsatz der Registerklarheit entgegen, welcher entsprechend auch für die Gesellschafterliste gelte.¹³⁹ Die GmbH-Gesellschafterliste könne – anders als das Aktienregister nach § 67 AktG – jederzeit von jedermann eingesehen und elektronisch abgerufen werden. Übersichtlichkeit und Ordnung der abrufbaren Informationen liegen somit besonders im Interesse des Rechtsverkehrs. Anders als Eintragungen im Handelsregister, welche von einer staatlichen Stelle nach den Regeln der HRV vorgenommen werden, werden Eintragungen in der Gesellschafterliste durch Notare und Geschäftsführer vorgenommen, deren Gestaltung weder im Einzelnen vorgegeben ist noch geprüft werden muss.

Gegen die Aufnahme freiwilliger Angaben in die Gesellschafterliste spreche darüber hinaus, dass mangels negativer Publizität der Gesellschafterliste deren (fehlender) Inhalt nur eingeschränkte Information liefere.¹⁴⁰ Die Gesellschafterliste sei durch Eintragung des Erben nicht falsch (der Erbe ist der tatsächliche Inhaber des Geschäftsanteils); der Testamentsvollstrecker, der u.U. die Rechte des Erben wahrzunehmen hat, bedarf zu seiner Legitimation nicht der Liste – Legitimationsausweis gegenüber der Gesellschaft für die Ausübung der Stimmrechte ist das Testamentsvollstreckerzeugnis, das auch über Beschränkungen der Nachlassverwaltung Auskunft gibt (§ 2368 BGB).

Wie sieht es aber mit der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs nach § 16 Abs. 3 GmbHG aus? Ermöglicht diese Entscheidung nicht letztlich den gutgläubigen Erwerb vom Erben, obwohl dieser mit einer Testamentsvollstreckung belastet und somit nicht Verfügungsberechtigt nach § 2211 Abs. 1 BGB ist? Nein: Wegen § 2211 Abs. 2 BGB finden zwar hinsichtlich von Verfügungen des Erben über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstand die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, entsprechende Anwendung. § 16 Abs. 3 GmbHG schützt aber gerade nicht den guten Glauben in die unbeschränkte Verfügungsbefugnis des in die Gesellschafterliste aufgenommenen Gesellschafters gegenüber einem Erwerber.¹⁴¹

Auch nach der Gesetzesbegründung soll § 16 Abs. 3 GmbHG nur den gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen insoweit schützen, als der Erwerber darauf vertraut, dass die in der Gesellschafterliste verzeichnete Person wirklich Gesellschafter ist.¹⁴² § 16 Abs. 3 GmbHG vermittelt keinen Gutgläubenschutz gegenüber einer Verfügung des durch die Testamentsvollstreckung beschränkten Erben.¹⁴³

Was für den Testamentsvollstreckervermerk gilt, gilt ebenso für den Insolvenzvollstreckervermerk. Dieser kann nicht in der Gesellschafterliste der GmbH aufgenommen werden.¹⁴⁴

Die Folge in der Praxis ist eine Schwächung der Gesellschafterliste.¹⁴⁵ Soweit Erbengemeinschaften in der Liste eingetragen sind, sollte sich der Erwerber durch Prüfung des Erbscheins über eine mögliche Testamentsvollstreckung informieren.

Schwieriger einzuschätzen sind die Folgen in den sonstigen Fällen. Kein Erwerber kann sicher sein, dass der Anteils-erwerb durch den Veräußerer nicht im Rahmen eines Erb-ganges erfolgte – er muss also prüfen, wie der Veräußerer seinen Anteil erworben hat – und nicht nur das: Er muss auch die gesamte Kette im Vorfeld überprüfen. Denn auch wenn der derzeitige Anteilsinhaber im Rahmen eines Geschäfts-

132 BGH, Beschl. v. 14.2.2012 – II ZB 15/11, NZG 2012, 385 (385) Ls.

133 Reimann, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2016, Vorb. §§ 2197 ff. Rn. 137 (hieran wohl inhaltlich festhaltend, auch wenn in Rdnr. 138 die Ansicht des BGH wiedergegeben wird – „Die Praxis wird sich nach der Rechtsprechung des BGH richten“); Beutel, NZG 2014, 646 (646 ff.) (sich auf das BGH-Urteil von 2012 zur KG berufend); Jeep, NJW 2012, 658 (660); Seibt, aaO (Fn. 3), § 40 Rn. 27; Zinger/Urlich-Erber, NZG 2011, 286 (291) (analoge Anwendung von § 52 GBO). Eintragungsfähigkeit de lege lata ablehnend aber de lege ferenda fordernd Omlor/Spies, MittBayNot 2011, 353 (363 ff.).

134 Siehe Beutel, NZG 2014, 646 (650); In Zöllner/Noack, in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 15 hatte es noch geheißen: „Weitere Angaben sind für die GfterListe nicht zu akzeptieren“. In der Folgeaufgabe Zöllner/Noack, in Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 40 Rdnr. 15b hieß es dann in eindeutiger Abgrenzung zur Vorauflage: „Zusatzangaben über Verpfändung, Nießbrauch, Testamentsvollstreckung haben zwar keine rechtlichen Drittwirkungen. Da ein gutgläubiger Erwerb hier nicht stattfinden kann, ist auch kein guter Glaube zu zerstören. Aber die Angabe könnte den Erwerber warnen und zu Nachforschungen veranlassen – warum sollte dies sinnvolle Information unterbunden werden?“.

135 Herrler, NZG 2011, 1321 (1326); Herrler, GmbHR 2013, 617 (619); Omlor, DStR 2012, 306 (307); Wachter, DB 2009, 159 (161).

136 OLG München, Beschl. v. 15.11.2011 – 31 Wx 274/11, NZG 2012, 391 (391) Ls.

137 OLG Köln, Beschl. v. 21.07.2014 – 2 Wx 191/14, NZG 2014, 1272 (1272) Ls. 3.

138 BGH, Beschl. v. 24.2.2015 – II ZB 17/14, NZG 2015, 519 (519) Rdnr. 8.

139 BGH, Beschl. v. 24.2.2015 – II ZB 17/14, NZG 2015, 519 (519) Rdnr. 9.

140 BGH, Beschl. v. 24.2.2015 – II ZB 17/14, NZG 2015, 519 (519) Rdnr. 9. Ebenso bereits: Herrler, NZG 2011, 1321 (1326); Herrler, GmbHR 2013, 617 (619).

141 BGH, Beschl. v. 20.09.2011 – II ZB 17/10, NZG 2011, 1268 (1268 ff.).

142 BT-Drs. 16/6140, S. 38.

143 BGH, Beschl. v. 24.2.2015 – II ZB 17/14, NZG 2015, 519 (520) Rdnr. 14; OLG München, Beschl. v. 15.11.2011 – 31 Wx 274/11, NZG 2012, 391 (392); Herrler, NZG 2011, 1321 (1323 ff.). Kritisch hierzu Omlor, aaO (Fn. 132), 307 f.

144 Bayer, GmbHR 2012, 1 (5); Fastrich, aaO (Fn. 2), § 16 Rdnr. 26; Zöllner/Noack, aaO (Fn. 5), § 40 Rz. 7; a.A. Eickelberg/Ries, NZG 2015, 1103 (1106).

145 So auch Herrler, NZG 2011, 1321 (1326); Kalbfleisch/Glock, GmbHR 2015, 847 (852), mit der Forderung de lege ferenda Verfügungsbeschränkungen aufzunehmen.

anteilskaufs die Inhaberschaft durch Rechtsgeschäft (Abtretung) erhalten hat, kann er nicht sicher sein, dass der Vorbesitzer nicht ein durch Testamentsvollstreckung in seiner Verfügungsgewalt beschränkter Erbe war. Die Gutgläubenswirkung würde aber nur eingreifen, wenn die fehlerhafte Abtretung länger als drei Jahre her ist. Die Folge ist eine intensive Due Diligence-Prüfung und das Bestehen auf Garantieerklärungen durch den Veräußerer – ganz so, wie vor dem MoMiG...

2. Dingliche Belastungen – Nießbrauch und Pfandrecht

Nach dem klaren, im Wesentlichen abschließenden Wortlaut der §§ 8 Abs. 1 Nr. 3 und 40 Abs. 1 GmbHG sind dingliche Belastungen wie Nießbrauch oder Pfandrecht an einem Geschäftsanteil nicht eintragungsfähig, da es sich bei ihnen nicht um Änderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung handelt.¹⁴⁶ Derartige Belastungen als „inhaltliche Umfangsreduzierungen“ zu verstehen, dürfte am klaren Wortlaut der Norm scheitern.¹⁴⁷ Dingliche Belastungen, etwa Nießbrauch und Pfandrecht, können nicht in der beim Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste vermerkt werden.¹⁴⁸

§ 16 Abs. 3 GmbHG ermöglicht keinen gutgläubigen lastenfreien Erwerb an Geschäftsanteilen in Bezug auf Nießbrauchs- oder Pfandrechte.¹⁴⁹ Der Gesetzgeber hat sich ausweislich des Wortlauts von § 16 Abs. 3 GmbHG gegen einen umfassenden Schutz des Rechtsverkehrs entschieden. Ein Rekurs auf die relativ große Freiheit des § 67 Abs. 2 AktG kommt nicht in Betracht, weil die Gesellschafterliste zwar privat geführt, aber beim Handelsregister verwahrt wird. In öffentliche Register dürfen aber wegen des Grundsatzes der Registerklarheit nur solche Informationen aufgenommen werden, welche auf einer gesetzlichen Grundlage basieren.¹⁵⁰

3. Abgetretene Gesellschafterrechte

Grundsätzlich steht das gesellschaftsrechtliche Abspaltungsverbot einer Übertragung von Inhaltselementen der Gesellschafterstellung auf Dritte entgegen.¹⁵¹ Das Abspaltungsverbot ist jedoch ein ausnahmefähiger Grundsatz; bestimmte Aspekte der Gesellschafterstellung, insbesondere Verwaltungs- und Nutzungsrechte, dürfen auf Dritte übertragen werden. Übertragen werden kann insbesondere das Gewinnbezugsrecht; die Konstellation ist der Nießbrauch- bzw. Pfandbestellung verwandt. Was im vorgenannten Abschnitt zu diesen Rechten gesagt wurde, gilt entsprechend für die vorliegende Konstellation. Eine Abtretung einzelner aus der Gesellschafterstellung fließender Rechte ist nicht eintragungsfähig; § 16 Abs. 1 und 3 GmbHG sind nicht anwendbar.¹⁵² Zur Legitimation gegenüber der Gesellschaft bedarf es im Sinne des § 407 BGB der Anzeige dieser gegenüber.

4. Vinkulierung

In der Praxis häufig, insbesondere bei familiär geprägten GmbH, sind sogenannte Vinkulierungsklauseln, also satzungsmäßige Veräußerungsbeschränkungen im Sinne von § 15 Abs. 5 GmbHG. Verfügungsbeschränkungen sind nicht eintragungsfähig. Der Gesetzgeber hat sich – anderslautende Forderungen im Schrifttum¹⁵³ vor Augen – bewusst gegen eine solche Möglichkeit entschlossen, den Gutgläubensschutz

des § 16 Abs. 3 GmbHG auch auf Verfügungsbeschränkungen zu erweitern.¹⁵⁴ In der Praxis wird ein Erwerber dadurch ausreichend geschützt, dass der Gesellschaftsvertrag öffentlich abrufbar ist.¹⁵⁵

5. Aufschiebend bedingte Übertragung eines Geschäftsanteils

Die aufschiebend bedingte Übertragung eines Geschäftsanteils ist nicht eintragungsfähig (solange die Bedingung noch nicht eingetreten ist).¹⁵⁶ In einem vom BGH im September 2011 entschiedenen Fall hatte ein Notar eine Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht und in der Spalte „Veränderungen“ vermerkt: „aufschiebend bedingt abgetreten“. Das Registergericht hatte die Eintragung nach Ansicht des BGH zurecht abgelehnt, da es erstens berechtigt sei, eine Gesellschafterliste zurückzuweisen, die entgegen § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG keine Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung ausweist, sondern solche nur ankündigt, und zweitens ein aufschiebend bedingt abgetretener Geschäftsanteil nicht nach § 161 Abs. 3 BGB in Verbindung mit § 16 Abs. 3 GmbHG vor Bedingungseintritt von einem Zweiterwerber gutgläubig erworben werden könne.¹⁵⁷ Den kautelarjuristischen Instrumenten (sog. „Zwei-Listen-Modell“) zur Kenntlichmachung des aufschiebend bedingten Erwerbs ist somit der Boden entzogen.¹⁵⁸

Die Folgen des Urteils – und dementsprechend auch dessen Aufnahme in der Literatur – waren ambivalent; nicht nur reichten die Stimmen von Zustimmung bis Ablehnung, viele Autoren waren selbst darin gespalten, wie sie das Urteil bewerten sollten. Das Urteil sei beispielsweise „eine gleichermaßen gute wie schlechte Nachricht für Erwerber von Geschäftsanteilen“,¹⁵⁹ man möge „der Entscheidung zustimmen oder sie ablehnen“, sie sei jedenfalls von erheblicher praktischer Bedeutung.¹⁶⁰ In der Praxis führte das Urteil bereits damals

146 Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 Rdnr. 16; Seibt, aaO (Fn. 3), § 16 Rdnr. 20.

147 Löbbe, GmbHR 2016, 141 (144). Ebenso: Zöllner/Noack, aaO (Fn. 5), § 40 Rdnr. 7.

148 Altmeppen, aaO (Fn. 6), § 40 Rdnr. 9.

149 BGH, Beschl. v. 20.09.2011 – II ZB 17/10, NZG 2011, 1268 (1270) Rdnr. 19 m.w.N.

150 Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 Rdnr. 16; a.A. noch mit Verweis auf § 67 AktG, allerdings vor den einschlägigen BGH-Entscheidungen: Zöllner/Noack, aaO (Fn. 5), § 40 Rdnr. 15b.

151 Siehe Löbbe, GmbHR 2016, 141 (144 f.).

152 Auch nicht analog, siehe: Löbbe, GmbHR 2016, 141 (144 f.).

153 Eidenmüller, ZGR 2007, 168 (202); Grunewald/Gehling/Rodewald, ZIP 685 (689) (hier insbesondere Forderung von Gehling); Klöckner, NZG 2008, 841 (845).

154 OLG München, Beschl. v. 08.09.2009 – 31 Wx 082/09, DNotZ 2009 869 (870 f.) m. Anm. Wicke; D. Mayer, DNotZ 2008, 403 (417 f.); Rodewald, GmbHR 2009, 196 (197). Bereits zum Gesetzentwurf: Hamann, NZG 2007, 492 (494).

155 Bayer, aaO (Fn. 4), § 16 Rdnr. 76; Schulze/Steinen, in: Bormann/Kauka/Ockelmann (Hrsg.), Handbuch GmbH-Recht, 3. Aufl. 2015, Kap. 9, Rdnr. 154.

156 OLG München, Beschl. v. 8.9.2009 – Wx 82/09, NJW 2010, 305; Fastrich, aaO (Fn. 2), § 16 Rdnr. 9. A.A. Seibt, aaO (Fn. 3), § 40 Rdnr. 27.

157 BGH, Beschl. v. 20.09.2011 – II ZB 17/10, NZG 2011, 1268 (1269) Rdnr. 14 m.w.N.

158 Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 Rdnr. 19 m.w.N.; Hecker/Peters, in: jurisPR-HaGesR 1/2012 Anm. 1; Schulze/Steinen, in: Bormann/Kauka/Ockelmann (Hrsg.), Handbuch GmbH-Recht, 3. Aufl. 2015, Kap. 9, Rdnr. 138 ff.

159 Jeep, DNotZ 2011, 943 (947 ff) – Urteilsanmerkung.

160 Wälzholz, MittBayNot 2012, 149 (152) – Urteilsanmerkung.

– und die folgenden Entscheidungen der Rechtsprechung reihen sich insofern ein – zu einer erheblichen Reduzierung der erhofften Wirkung der Gesellschafterliste. Die Entlastung der Praxis von umfangreichen Prüfungen der Gesellschafterstellung ist nicht erfolgt – umfangreiche Due Diligence und Garantieerklärungen des Veräußerers sind bis heute unverändert Elemente der M&A-Praxis geblieben.¹⁶¹

Für die Notare wichtig ist die vorausgehende Feststellung des OLG München: „Steht die Abtretung unter einer aufschiebenden Bedingung oder bedarf sie einer Genehmigung, trifft den Notar eine Überwachungspflicht; die Einreichung der bescheinigten Gesellschafterliste darf erst nach Verwirklichung der Änderung erfolgen.“¹⁶² Wie soll er das leisten? Da die Meldung des Eintritts der Bedingung im Interesse der Beteiligten (jedenfalls einer Partei) liegt, ist sie als deren Obliegenheit zu werten; der Notar sollte die Beteiligten auf die Notwendigkeit der Mitteilung hinweisen, da er nur in diesem Fall eine neue Liste beim Register einreichen kann.¹⁶³ Idealerweise sind die Bedingungen so formuliert, dass der Notar automatisch von deren Eintritt Kenntnis erlangt.¹⁶⁴ Nachforschungen von Amts wegen kann man nicht von ihm verlangen.¹⁶⁵ Für die auflösende Bedingung oder Übertragung mit Rückübertragungsverpflichtung besteht schon nach dem klaren Willen des Gesetzgebers keine derartige Pflicht des Notars.¹⁶⁶

6. Fehlerhafte Abtretung

Die fehlerhafte Abtretung dürfte den Paradefall der Wirkung des § 16 GmbHG darstellen. Die Einreichung der neuen Gesellschafterliste mit dem (vermeintlich) neuen Gesellschafter heilt den unwirksamen Abtretungsvertrag nicht, die Abtretung hat nicht stattgefunden: Der ursprüngliche Gesellschafter ist Gesellschafter geblieben. Dennoch ist ein gutgläubiger Erwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG möglich.¹⁶⁷ Der fälschlich eingetragene erwirbt auch die relative Gesellschafterstellung gegenüber der Gesellschaft (Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 GmbHG); allerdings erlaubt die herrschende Meinung – im Gegensatz zum unbeschränkt möglichen Gutgläubenserwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG¹⁶⁸ – Ausnahmen von der Legitimationswirkung: Bei Geschäftsunfähigkeit des Veräußerers, bei Abtretungen aufgrund gefälschter Vollmachten oder aufgrund äußeren Zwangs in Form von vis absoluta oder bei wegen Verstoßes gegen § 33 Abs. 1 GmbHG nichtigem Anteilserwerb durch die Gesellschaft kann sich der Eingetragene nicht auf die Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 GmbHG berufen.¹⁶⁹

7. Unzuständiger Listeneinreicher

Wie der Fall zu entscheiden ist, dass eine unzuständige Person eine Gesellschafterliste einreicht (Stichwort: „Gefälschte Gesellschafterliste“), ist umstritten.¹⁷⁰ In der Praxis dürfte es sich um einen seltenen Ausnahmefall handeln, da dem Handelsregister jedenfalls eine Kompetenz zur Prüfung der Berechtigung zusteht. Für den Gutgläubensschutz nach § 16 Abs. 3 GmbHG ist zu berücksichtigen, dass dieser erst nach drei Jahren eintritt; die Schutzwürdigkeit des Rechtsverkehrs und des Betroffenen erscheint also gering. In der Literatur wird vertreten, dass die formal ordnungsgemäße Einreichung keine Voraussetzung des gutgläubigen Erwerbs ist, wenn die übrigen Bedingungen des § 16 Abs. 3 GmbHG erfüllt seien.¹⁷¹ Dem ist nicht zuzustimmen.¹⁷²

Diese Ansicht steigert zwar die Verkehrsfähigkeit der Anteile und stärkt die Rolle der Liste, geht aber zu weit. Was würde hierdurch nämlich geschützt? Letztlich doch nur der gute Glaube an einen tatsächlich gar nicht existierenden Rechtscheinsträger. Der Fall ist vergleichbar mit dem gutgläubigen Erwerb nach § 366 HGB, der zwar den guten Glauben in die Verfügungsberechtigung des Kaufmanns stärkt, aber nicht den guten Glauben an die Kaufmannseigenschaft.¹⁷³

So auch hier: Der Erwerber soll auf die Richtigkeit der (formal richtigen!) Gesellschafterliste vertrauen können. Ist eine formal richtige, aber inhaltlich falsche Liste zum Handelsregister eingereicht, dann ist es gerechtfertigt, dass ein gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten eintritt, der wahre Berechtigte also entgegen Art. 14 GG seine Geschäftsanteile verliert. Es würde aber zu weit gehen, wenn man zuließe, dass ein Nichtberechtigter aufgrund einer von einem Nichtberechtigten eingereichten „Gesellschafterliste“ über einen Geschäftsanteil verfügt – auch wenn drei Jahre seit der Einreichung vergangen sein sollten.

8. Geschäftsanteil besteht nicht oder ist falsch angegeben

Existiert der übertragene Geschäftsanteil schon gar nicht – praktischer Anwendungsfall ist hier die nichtige Kapitalerhöhung –, ist auch ein gutgläubiger Erwerb des Geschäftsanteils nicht möglich.¹⁷⁴ Dieser Umstand mag für die Praxis ärgerlich sein und erneut die Bedeutung der Liste beschränken, ist jedoch eindeutig vom Willen des MoMiG-Gesetzgebers gedeckt.¹⁷⁵ Im Übrigen ist auf die Heilungsmöglichkeit nach § 242 AktG analog hinzuweisen.¹⁷⁶

161 Löbbe, GmbHR 2016, 141 (141); Herrler, NZG 2011, 1321 (1326); Stenzel, BB 2012, 337 (337); de lege ferenda umfangreichere Eintragungsmöglichkeiten fordernd: Jeep, NJW 2012, 658 ff.; ders. DNotZ 2011, 947 ff.; als Einblick in die Praxis: Birkholz, List und Liste, VC-Magazin, abrufbar unter: <http://www.vc-magazin.de/know-how/makolumne-von-dr-matthias-birkholz-lindenpartners-4/> [abgerufen am 20.10.2016].

162 OLG München, Beschl. v. 8.9.2009 – 31 Wx 82/09, NJW 2010, 305 (305) Ls. 4.

163 Eickelberg/Ries, NZG 2015, 1103 (1105); Götze/Bressler, NZG 2007, 894 (896); Mayer, ZIP 2009, 1037 (1047).

164 Eickelberg/Ries, NZG 2015, 1103 (1105), Fn. 36. Mit einer Verpflichtung der Parteien arbeitet Mayer, ZIP 2009, 1037 (1047) (mit Muster).

165 OLG Brandenburg, Beschl. v. 12.02.2013 – 7 W 72/12, NZG 2013, 507 (508).

166 BT-Drs. 16/6140, S. 44.

167 Fastrich, aaO (Fn. 2), § 16 Rdnr. 26.

168 Löbbe, GmbHR 2016, 141 (146).

169 Löbbe, GmbHR 2016, 141 (146); Seibt, aaO (Fn. 3), § 16 Rdnr. 26.

170 Zu Streitstand siehe Altmeppen, aaO (Fn. 6), § 16 Rdnr. 57; Seibt, aaO (Fn. 3), § 16 Rdnr. 83a; Stenzel, BB 2012, 337 (339 ff.).

171 Apfelbaum, BB 2008, 2470 (2472); Fastrich, aaO (Fn. 2), § 16 Rdnr. 29; Hasselmann, NZG 2009, 449 (456); Reymann, BB 2009, 506 (509); Seibt, aaO (Fn. 3), § 16 Rdnr. 83a m.w.N.; Vossius, DB 2007, 2299 (2301).

172 Im Ergebnis wie hier: Altmeppen, aaO (Fn. 6), § 16 Rdnr. 58; Bohrer, DStR 2007, 995 (998) (im Rahmen des Gesetzentwurfs).

173 Zugegebenermaßen auch strittig: Wie hier: Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 37. Aufl. 2016, § 366 Rdnr. 4 m.w.N.; offen gelassen BGH, Urt. v. 09.11.1998 – II ZR 144/97, NJW 1999, 425 (426).

174 OLG München, Beschl. v. 08.09.2009 – 31 Wx 82/09, NZG 2009, 1192 (1193); Bayer, aaO (Fn. 4), § 16 Rdnr. 72; Fastrich, aaO (Fn. 2), § 16 Rdnr. 28; D. Mayer, DNotZ 2008, 403 (418); Seibt, aaO (Fn. 3), § 16 Rdnr. 69 m.w.N.

175 BT-Drs. 16/6140, S. 39.

176 Löbbe, GmbHR 2016, 141 (143); Seibt, aaO (Fn. 3), § 16 Rdnr. 69.

Rechtlich schwieriger zu entscheiden, ist der Fall einer fehlerhaften Stückelung der Geschäftsanteile, was insbesondere bei fehlerhafter Teilung und Vereinigung von Geschäftsanteilen vorkommen kann.¹⁷⁷ Der BGH hatte vor dem Erlass des MoMiG entschieden, dass eine fehlerhafte Teilung von Geschäftsanteilen zum Nichtbestehen der ausgewiesenen Geschäftsanteile führe und diese nicht erworben werden könnten.¹⁷⁸ Ob das Urteil heute noch Bestand haben kann, ist fraglich, da der zugrunde liegende § 17 GmbHG aufgehoben wurde und der MoMiG-Gesetzgeber durch dessen Streichung die Teilung von Geschäftsanteilen erleichtern wollte.¹⁷⁹

Während einige Literaturstimmen an der Nichtigkeit festhalten,¹⁸⁰ wollen andere den Erwerb an den nach § 892 BGB möglichen gutgläubigen Erwerb des fälschlich im Grundbuch eingetragenen Teilgrundstücks annähern und so ermöglichen.¹⁸¹ Eine vermittelnde Ansicht möchte den Erwerb dann erlauben, wenn der Nennbetrag des vertraglich erworbenen (falsch geteilten) Geschäftsanteils jedenfalls den Nennbetrag des tatsächlich existierenden Geschäftsanteils nicht überschreitet.¹⁸²

Die erste Ansicht hat die dogmatische Stringenz für sich, würde aber die Bedeutung der Liste erneut schwächen und u.U. auch dem Gerechtigkeitsgefühl widersprechende Ergebnisse produzieren; die zweite Ansicht dürfte zu weit gehen, da sie gegen den Kapitalaufbringungsgrundsatz verstößt und den Gläubigerschutz unterläuft; die dritte Ansicht vermeidet den Fehler der zweiten Ansicht, kommt zu ausgewogenen Ergebnissen und stärkt die Bedeutung der Gesellschafterliste, hat aber kaum einen Anhaltspunkt im Gesetz.

D. Prüfung durch das Registergericht

Die Gesellschafterliste entfaltet ihre Rechtswirkung erst mit Aufnahme im Handelsregister; die bloße Einreichung im Sinne eines Zugangs der Daten in der Handelsregistersphäre ist nicht ausreichend.¹⁸³ Der MoMiG-Gesetzgeber sah trotz gestiegener Bedeutung der Gesellschafterliste weiterhin eine private Prüfung und Erstellung der Gesellschafterliste nach Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen vor – das Handelsregister ist bloß Verwahrstelle (s.o.), was die Frage der Prüfungskompetenz aufwirft.

Das Registergericht hat jedenfalls das formelle Prüfungsrecht, ob die eingereichte Liste überhaupt eine Gesellschafterliste im Sinne von § 40 GmbHG ist, denn nur diese dürfen in den Registerordner aufgenommen werden.¹⁸⁴ Das Registergericht prüft also insbesondere, ob die Liste von den Geschäftsführern unterschrieben ist oder im Falle des Absatzes 2 eine Notarbescheinigung nach Satz 2 der Norm beigefügt ist.

Das Registergericht wird aber kaum in der Lage sein, die Authentizität des einreichenden Geschäftsführers zu überprüfen (bei Notaren ist dies wegen der elektronischen Signatur unschwer möglich); allerdings wird es durchaus überprüfen, ob der Einreichende als Geschäftsführer eingetragen

ist.¹⁸⁵ Materiell-rechtlich ist das Prüfungsrecht des Registers beschränkt auf offensichtliche inhaltliche Unrichtigkeiten, einschließlich einer gewissen Plausibilitätskontrolle,¹⁸⁶ was jedoch weder an die sonstige Prüfungsdichte bei Handelsregisteranmeldungen noch an die Prüfungskompetenz des Grundbuchamtes heranreicht.¹⁸⁷

E. Rechtsmittel

I. Gegen die Nichtaufnahme

Weigert sich das Registergericht, die Liste in den Registerordner aufzunehmen, handelt es sich um eine sonstige gerichtliche Verfügung, gegen die die Beschwerde nach §§ 58, 59 FamFG statthaft ist.¹⁸⁸ Aus seiner Amtspflicht erwächst dem Notar ein eigenständiges Beschwerderecht.¹⁸⁹

II. Keine Amtslöschung einer bereits aufgenommenen Liste

Die §§ 393 ff. FamFG sind nicht anwendbar, weil die Aufnahme der Gesellschafterliste keine Handelsregistereintragung darstellt. Auch ansonsten fehlt eine gesetzliche Rechtsgrundlage für die Amtslöschung einer Gesellschafterliste, die (fälschlicherweise) in den Registerordner aufgenommen wurde.¹⁹⁰ Einer solchen Amtslöschung bedarf es auch nicht, weil die Liste lediglich deklaratorische Wirkung hat und durch eine neue – richtige – Liste ersetzt werden kann.

177 Bayer, aaO (Fn. 4), § 16 Rdnr. 73

178 BGH, Urt. v. 20.07.2005 – VIII ZR 397/03, juris.

179 Hierauf weist BGH, Urt. v. 17.12.2013 – II ZR 21/12, NZG 2014, 184 (187) Rdnr. 25 ausdrücklich hin.

180 Bayer, aaO (Fn. 4), § 16 Rdnr. 73; D. Mayer, DNotZ 2008, 403 (418); Wachter, ZNotP 2008, 378 (394).

181 Böttcher/Blasche, NZG 2007, 565 (56 ff.); Klöckner, NZG 2008, 841 (84 f.); Kanzleiter, in: Altmeppen u.a. (Hrsg.), FS Roth, 2011, S. 355 (359 f.).

182 Löbbe, GmbHR 2016, 141 (143 ff.).

183 D. Mayer, ZIP 2009, 1037 (1038 f.); Heidinger, aaO (Fn. 3), § 13 Rdnr. 368.

184 BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13, NJW 2014, 2026 (2026) Rdnr. 8; BGH, Beschl. v. 20.09.2011 – II ZB 17/10, NZG 2011, 1268 (Rdnr. 1268) Rdnr. 10; OLG München, Beschl. v. 27.05.2009 – 31 Wx 38/09, juris, Rdnr. 8; DNotl-Report 2009, 190 (192); Eickelberg/Ries, NZG 2015, 1103 (1107); Fastrich, aaO (Fn. 2), § 16 Rdnr. 3.

185 Zum Verfahren: Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 40 Rdnr. 41 ff.

186 OLG Jena, Beschl. v. 22.3.2010 – 6 W 110/10, NZG 2010, 591; OLG München, Beschl. v. 27.05.2009 – 31 Wx 38/09, juris, Rdnr. 8 („offenkundig falsch“); Wachter, NZG 2009, 1001 (1002) („Mangel für jedermann offensichtlich“); OLG Köln, Beschl. v. 19.07.2013 – 2 Wx 170/13, NZG 2013, 1431 (1432) („gewisse Plausibilitätskontrolle“); Eickelberg/Ries, NZG 2015, 1103 (1107); Fastrich, aaO (Fn. 2), § 16 Rdnr. 3 (allerdings einschränkend, wenn „Angaben offenkundig falsch“). Andere Ansicht, nämlich keinerlei materielle Prüfung: OLG Bamberg, Beschl. v. 02.02.2010 – 6 W 40/09, NZG 2010, 675 (675); DNotl-Report 2009, 190 (192) („[a]llenfalls in extremen Ausnahmefällen“), unter Hinweis auf die sonst drohende Verzögerung auch D. Mayer, ZIP 2009, 1037 (1039).

187 OLG München, Beschl. v. 8.9.2009 – 31 Wx 82/09, NJW 2010, 305 (305) Ls. 3.

188 OLG Bamberg, Beschl. v. 02.02.2010 – 6 W 40/09, juris, Rdnr. 9.

189 BGH, Beschl. v. 01.03.2011 – II ZB 6/10, juris, Ls. 1.

190 So zuletzt KG, Beschl. v. 30.06.2016 – 22 W 114/15, NZG 2016, 987 (987) Ls. 1-3.

III. Widerspruch

Will der wahre, aber nicht in der aktuellen Liste eingetragene Gesellschafter einen gutgläubigen Erwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG verhindern, muss er dieses Ziel mittels eines Widerspruchs im Wege der einstweiligen Verfügung verfolgen.¹⁹¹ Der Widerspruch beseitigt jedoch nur die Rechtsscheinwirkung der Liste nach § 16 Abs. 3 GmbHG, nicht auch die Legitimationswirkung nach § 16 Abs. 1 GmbHG.¹⁹²

Technisch erfolgt die Zuordnung des Widerspruchs nicht durch unmittelbare Eintragung in die Liste, sondern durch Verbindung des elektronisch eingereichten Dokuments „Widerspruch“ mit der Gesellschafterliste in einem Unterordner, wodurch die Liste nicht mehr ohne Kenntnisnahme des Widerspruchs eingesehen werden kann.¹⁹³

Im einstweiligen Rechtsschutz dürften die Aussichten des Betroffenen nicht schlecht stehen, da der Verfügungsanspruch regelmäßig erst im Hauptsacheverfahren in aller Tiefe geprüft werden kann und der Verfügungsgrund, nämlich Dringlichkeit und die Gefährdung des Rechts, regelmäßig vorliegt (und letztlich sogar gesetzlich vermutet wird).¹⁹⁴ Die Entscheidung des OLG Nürnberg¹⁹⁵, § 16 Abs. 3 Satz 3-5 GmbHG so auszulegen, dass der Betroffene vor Ablauf der Drei-Jahresfrist Sachvortrag zu einer konkreten Gefährdung vorbringen müsse, ist abzulehnen, da dieser Vortrag praktisch schwierig sein wird und das Gericht so einen falschen Rechtsscheinsträger schützt, was ausweislich des gesetzlichen Prüfprogramms des § 16 Abs. 3 Satz 5 GmbHG gerade nicht der Fall sein soll.¹⁹⁶

IV. Sonstiger Einstweiliger Rechtsschutz

Zwar hat der BGH entschieden, dass die Untersagung einer Listeneinreichung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zulässig ist.¹⁹⁷ Der Widerspruch scheint derzeit jedoch die einzige effektive Verteidigungsmöglichkeit im einstweiligen Rechtsschutz gegen eine bereits eingereichte Liste zu sein, hat doch das KG Berlin entschieden, dass die Einreichung einer vom Verfügungskläger für richtig gehaltenen Gesellschafterliste nicht im vorläufigen Rechtsschutzverfahren erzwungen werden könne.¹⁹⁸ Dies führt zu einer problematischen Steigerung der Macht der handelnden Geschäftsführung, kann diese doch (bei einem Streit der Gesellschafter) aktiv Einfluss auf die Gestaltung der Liste für eine längere Zeit nehmen und Fakten schaffen.¹⁹⁹

V. Klage

Der materiell berechtigte Gesellschafter, der wahrheitswidrig nicht in der Liste aufgeführt ist, muss im Hauptsacheverfahren gegen die GmbH mittels Leistungsklage vorgehen und verlangen, dass die GmbH die Geschäftsführer anweist, eine richtige Liste einzureichen.²⁰⁰

Entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht²⁰¹ kommt ein Anspruch gegen die Geschäftsführer nicht in Betracht.²⁰² Eine Feststellungsklage mit dem Ziel, die Gesellschafterstellung feststellen zu lassen, wäre unzulässig, allerdings

bietet sich eine Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO an.²⁰³

Die Zwangsvollstreckung erfolgt nach Maßgabe von § 888 Abs. 1 ZPO gegenüber der GmbH, die ihrerseits gegen die Geschäftsführer vorgehen muss; zusätzlich kommt eine Klage gegen den zu Unrecht eingetragenen Gesellschafter auf Unterlassung in Betracht.²⁰⁴

F. Ausblick

Ist die GmbH-Gesellschafterliste – mit den Worten Wachters²⁰⁵ – „ein echtes Erfolgsmodell“, oder sind wesentliche Regelungen „aus praktischer Sicht verfehlt“, wie D. Mayer²⁰⁶ konstatierte?

Gemessen am gesetzgeberischen Ziel, umfangreiche Due Diligence-Prüfungen und Garantieerklärungen zu überwinden, ist die Gesellschafterliste hinter ihren Erwartungen zurückgeblieben. Hierfür ist die sehr zurückhaltende Rechtsprechung nur zum Teil verantwortlich, da sie sich auf einen Gesetzgeber berufen kann, der den Weg zu einem dem § 892 BGB angehörenden Listen-Regime bewusst nicht gehen wollte.

Die Handelsregister müssen nicht so intensiv prüfen und neben den Notaren können Geschäftsführer schnell und einfach Einfluss auf die Listengestaltung nehmen – zugunsten der Akzeptanz und zu Lasten der Rechtssicherheit.

-
- 191 Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 Rdnr. 73; Eickelberg/Ries, NZG 2015, 1103 (1107). Daneben möglich bleibt die Durchsetzung der Einreichung einer korrigierten Liste im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes (unwahrscheinlich) bzw. Sicherungsanordnung gegen den Eingetragenen auf Nichtausübung der Gesellschafterrechte, siehe Lieder, GmbHR 2016, 271 (271, 279) m.w.N.
- 192 Bayer, aaO (Fn. 4), § 16 Rdnr. 93; Eickelberg/Ries, NZG 2015, 1103 (1107); Lieder, GmbHR 2016, 271 (271); Wachter, ZNotP 2008, 378 (396).
- 193 Bayer, aaO (Fn. 4), § 16 Rdnr. 91; Bernauer/Bernauer, GmbHR 2016, 621 (625 f.); Eickelberg/Ries, NZG 2015, 1103 (1107); Wachter, ZNotP 2008, 378 (396 f.).
- 194 KG Berlin, Beschl. v. 01.04.2010 – 2 W 36/10, juris, Rdnr. 5; Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz Kommentar, 19. Aufl. 2016, § 16 Rdnr. 97. Für eine Anlehnung an § 899 Abs. 2 BGB: OLG München, Beschl. v. 15.07.2015 – 14 W 1132/15, juris, Rdnr. 3.
- 195 OLG Nürnberg, Beschl. v. 19.08.2014 – 12 W 1568/14, NZG 2014, 1347 (1347 f.).
- 196 Sehr kritisch zu diesem Urteil daher auch Bernauer/Bernauer, GmbHR 2016, 621 (624); ebenso Lieder, GmbHR 2016, 271 (276 f.).
- 197 BGH, Urt. v. 17.12.2013 – II ZR 21/12, NZG 2014, 184 (184 f.) Ls. 3.
- 198 KG Berlin, Urt. v. 10.12.2015 – 23 U 99/15, GmbHR 2016, 416 mit kritischer Anm. Otto. In die gleiche Richtung bereits OLG München, Beschl. v. 17.07.2015 – 14 W 1132/15, GmbHR 2015, 1214 (124) Ls. 2 m. Anm. Römermann.
- 199 Siehe die Entscheidung des KG, aaO (Fn. 198), wo es sogar gelang einen Mehrheitsgesellschafter aus der Gesellschaft zu drängen. Hierzu kritisch Römermann, aaO (Fn. 198), 1219, mit dem Hinweis, dass Schadensersatz nur schwer durchzusetzen sein wird.
- 200 Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 Rdnr. 75; Lieder, GmbHR 2016, 189 (198 f.).
- 201 Hasselmann, NZG 2009, 486 (489); Preuss, NZG 2008, 676 (679).
- 202 Altmeyden, aaO (Fn. 6), § 40 Rdnr. 12; Lieder, GmbHR 2016, 189 (198 f.).
- 203 Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 Rdnr. 75.
- 204 Bayer, aaO (Fn. 4), § 40 Rdnr. 76 f.
- 205 Wachter GmbHR 2010, R113.
- 206 D. Mayer, MittBayNot 2014, 24 (28), in concreto zur „Entkoppelung der materiellen Rechtslage von der Legitimationswirkung des Listeninhalts“.

Möchte man an diesen Grundentscheidungen festhalten, sind Rechtsunsicherheiten und kostenintensive Maßnahmen zu ihrer Vermeidung unvermeidlich. Eine breite Strömung in der Literatur hält daher mit guten Argumenten die Alleinständigkeit des Notars für die Listeneinreichung zur Stärkung der Rechtssicherheit (zugegebenermaßen mit erhöhten Kosten und geringen Verzögerungen) de lege ferenda für wünschenswert, zumindest aber die öffentliche Beglaubigung der Geschäftsführerunterschriften.²⁰⁷

Ein weiteres Problemfeld ist der einstweilige Rechtsschutz – zwar verhindert der Widerspruch einen gutgläubigen Erwerb, vor dem Hintergrund der relativen Gesellschafterstellung des Listengesellschafters ist dies jedoch ein u.U. nur unzureichender Schutz.

Für den Alltag der allermeisten Gesellschaften und Notare sowie für eine erste Annäherung durch Dritte ist die Gesellschafterliste geeignet.

Dem (eine Abtretung o.ä.) beurkundenden Notar wird man kaum einen Verstoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt vorwerfen können, wenn er sich auf die Liste verlässt und die üblichen Belehrungen und typischen Garantien in seinem Vertrag vorsieht. Für den die Transaktion begleitenden Rechtsanwalt dürfte das allerdings zu wenig sein.

207 Bayer, notar 2012, 267 (268) (idealerweise notarielles Monopol, notfalls zumindest öffentliche Beglaubigung der Geschäftsführerunterschrift, wobei er sich berufen konnte auf die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 16/6140, 61 (66 f.)); Bednarz, BB 2008, 1854 (1859); Flesner, NZG 2006, 641 (643 f.) mit dem Vorschlag, das Verfahren so auszugestalten, dass der Notar die Liste unmittelbar einstellen kann; Heckschen, DStR 2007, 1442 (1450); Lieder, AcP 2010 (2010), S. 857 (905); Lieder, GmbHG 2016, 271 (278); Omlor, WM 2009, 2105 (2108 ff.); Ries, aaO (Fn. 68), 136.

Notare Dr. Philipp Ungan und Wolf-Alfred Wegener in Karlsruhe

WIR SUCHEN:

**WÜRTTEMBERGISCHEN NOTARIATSASSESSOR / BEZIRKSNOTAR /
NOTARVERTRETER IM LANDESDIENST (JEWEILS M/W)**

Wenn Sie die Ausbildung zur Württembergischen Notariatsassessorin / zum Württembergischen Notariatsassessor erfolgreich abgeschlossen haben, bieten wir Ihnen die Beschäftigung als juristische Mitarbeiterin / juristischer Mitarbeiter in unserer mit Wirkung zum 01.01.2018 begründeten Notarsozietät in Karlsruhe.

Besonders freuen wir uns über Bewerber mit Berufserfahrung, etwa aus der Tätigkeit bei einem/einer zur hauptberuflichen Amtsausübung bestellten Notar/in oder bei einem/einer Anwaltsnotar/in und / oder aus der Tätigkeit als Bezirksnotar/in oder Notarvertreter/in im Landesdienst.

Sie erhalten unsererseits gerne auch die Möglichkeit, bei uns in leitender Position und / oder als Notarvertreter/in (§ 39 BNotO) tätig zu werden.

Bei Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung. Ihre Bewerbung bzw. Kontaktaufnahme wird selbstverständlich streng vertraulich behandelt.

Kontakt: bewerbung@ungan-wegener.de
0721 / 926 51 67 oder 0721 / 926 51 48

www.ungan-wegener.de

Rechtsprechung

GNotKG § 130, FamFG §§ 80, 81

Einem Notar im Landesdienst können im Rahmen eines Kostenbeschwerdeverfahrens die außergerichtlichen Kosten (hier: Anwaltskosten) des Beschwerdeführers persönlich auferlegt werden, wenn das Verfahren nach § 127 GNotKG nicht vom Notar auf Weisung seiner vorgesetzten Dienstbehörde eingeleitet wurde. (Redaktioneller Leitsatz)

LG Mannheim, Beschluss vom 10.11.2016 – 4 OH 3/16¹

Entscheidung

Im vorliegenden Fall musste die 4. Zivilkammer des Landgerichts Mannheim im Rahmen eines Kostenbeschwerdeverfahrens darüber entscheiden, ob einem Notar im Landesdienst die außergerichtlichen Kosten (hier: Anwaltskosten) des Beschwerdeführers auferlegt werden können. Die Beteiligten stritten darüber, ob der Beschwerdeführer als Kostenschuldner für eine notarielle Rechnung in Anspruch genommen werden konnte. Nachdem der Notar außergerichtlich an seiner Auffassung festhielt, dass die Rechnung zu Recht gestellt wurde, beantragte der Kostenschuldner die gerichtliche Entscheidung beim Landgericht. Die im Rahmen des gerichtlichen Verfahrens angehörte vorgesetzte Dienstbehörde des Notars vertrat in ihrer Stellungnahme die Auffassung, dass der Beschwerdeführer nicht Kostenschuldner sei, mithin die Rechnung zu Unrecht gestellt wurde. Daraufhin nahm der Notar seine Rechnung zurück, so dass (nur) noch darüber entschieden werden musste, wer die außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeführers trägt.

Das Landgericht Mannheim entschied in diesem Zusammenhang, dass eine Auferlegung der Kosten auf die Staatskasse nicht möglich sei. Vielmehr habe der Notar die Kosten persönlich zu tragen. Die Kammer begründete ihre Auffassung damit, dass es regelmäßig der Billigkeit im Sinne von § 81 Abs. 1 S. 1 FamFG entspreche, die Kostenentscheidung am Obsiegen bzw. Unterliegen der Beteiligten zu orientieren. Der Notar habe sich in die Position des Unterlegenen begeben, indem er nach Beanstandung durch den Beschwerdeführer und Stellungnahme des Präsidenten des Landgerichts die beanstandete Rechnung zurückgenommen habe. Die Auferlegung der außergerichtlichen Kosten auf die Staatskasse sei nicht möglich, da die Voraussetzungen des § 130 Abs. 2 S. 4 GNotKG offensichtlich deshalb nicht vorliegen würden, weil das Verfahren nach § 127 GNotKG nicht vom Notar auf Weisung der vorgesetzten Dienstbehörde, sondern durch den als Kostenschuldner in Anspruch genommenen Beschwerdeführer eingeleitet wurde.

Anmerkung

Vor der rechtlichen Würdigung des Beschlusses ist zunächst die Prozesssituation eines freiberuflichen Notars im Gegen-

satz zur Situation eines Notars im Landesdienst bei Einleitung eines Kostenbeschwerdeverfahrens nach §§ 127 ff. GNotKG zu betrachten, wenn jeweils keine Anweisung im Sinne des § 130 Abs. 2 S. 1 GNotKG erteilt wurde. Der freiberufliche Notar erhält im Falle des Obsiegens im Beschwerdeverfahren die gesamte streitgegenständliche Rechnungssumme, während er bei Unterliegen (unter den Voraussetzungen der §§ 80, 81 FamFG) auch die Kosten des Verfahrens auferlegt bekommen kann. Er trägt somit auf der einen Seite das Prozesskostenrisiko, auf der anderen Seite hat er jedoch auch den alleinigen Nutzen im Falle des Obsiegens.

Anders stellt sich die Situation bei einem Notar im Landesdienst dar. Dieser erhält nur einen – meist geringen - Anteil an den Rechnungsgebühren (so etwa für die Beurkundung eines Kaufvertrages durch einen Amtsnotar im Bezirk des OLG Karlsruhe einen Anteil von maximal 16 €, vgl. § 12 Abs. 4 LJKG B/W), während der restliche Betrag der Staatskasse zufließt. Die Prozesssituation eines Notars im Landesdienst stellt sich somit anders dar als bei einem freiberuflichen Notar. Denn der Landesnotar erhält im Falle des Obsiegens nur einen geringen Anteil, wohingegen der weit überwiegende Teil der Staatskasse zugute kommt. Unterliegt er hingegen im Verfahren, so trägt er – zumindest nach Auffassung des Landgerichts Mannheim – das alleinige Prozesskostenrisiko. Das Land Baden-Württemberg als Arbeitgeber trägt hingegen – wiederum unter Zugrundelegung der Entscheidung des Landgerichts Mannheim – keinerlei Risiko im Kostenbeschwerdeverfahren, sondern hat lediglich Nutzen. Denn gewinnt der Notar das Verfahren, profitiert die Staatskasse durch Zufluss des überwiegenden Teils des streitgegenständlichen Rechnungsbetrages. Verliert der Notar hingegen das Verfahren, so trägt er und nicht die Staatskasse die Kosten.

Vergegenwärtigt man sich die vorstehend dargelegten unterschiedlichen Prozesssituationen bei einem freiberuflichen Notar im Gegensatz zu einem Notar im Landesdienst, so sollte den außenstehenden Betrachter aufgrund des dargestellten Missverhältnisses bei der Nutzen-/Risikoverteilung ein „Störgefühl“ ereilen, wenn er die Entscheidung der 4. Zivilkammer des Landgerichts Mannheim liest.

Die Entscheidung ist jedoch nicht nur auf der Gefühlsebene, sondern auch rechtsdogmatisch schwer vertretbar, denn sie lässt sich nicht mit dem System der Staatshaftung in Einklang bringen. § 839 BGB iVm Art. 34 GG regeln die Amtshaftung als einen Bestandteil der Staatshaftung, wobei Art. 34 GG die beamtenrechtliche Eigenhaftung auf den Staat verlagert. Im Anwendungsbereich der Amtshaftung entfällt somit die persönliche Haftung des Beamten gegenüber dem infolge einer Pflichtverletzung geschädigten Dritten.²

¹ Die Entscheidung ist (bislang) nicht veröffentlicht.

² Palandt/Sprau, 74. Aufl. 2015, § 839 Rn 16; BeckOK/Reinert, BGB, 41. Ed., Stand: 01.11.2016, § 839 Rn 1.

Anders als bei freiberuflichen Notaren greift bei Pflichtverletzungen der Notare im Landesdienst in den OLG-Bezirken Karlsruhe und Stuttgart ausschließlich die Haftung des Staates nach § 839 BGB, Art. 34 GG ein;³ § 19 BNotO wird durch die in Baden-Württemberg geltende landesrechtliche Sonderregelung in § 20 LFGG ausgeschlossen. Bei Notaren im Landesdienst handelt es sich auch nicht um sog. Gebührenbeamte, die persönlich gegenüber Dritten haften.⁴

Die Entscheidung des Landgerichts Mannheim führt im Ergebnis zu einer „Durchgriffshaftung“ des Notars gegenüber dem (Kosten-)Beschwerdeführer, was mit den Grundsätzen des Staatshaftungsrechts nicht vereinbar ist. Hiernach kommt eine persönliche Haftung des Staatsbediensteten nur mittelbar im Wege des Rückgriffs nach Art 34 S. 2 GG bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Pflichtverletzung in Betracht. Diese Haftungsprivilegierung wird dem Notar durch den vorliegenden Beschluss des Gerichts genommen. Darüber hinaus hat die Auffassung des Landgerichts auch eine Beweislastumkehr zulasten des Landesbediensteten zur Folge. Denn während der Staat im Rahmen eines etwaigen Prozesses über einen Rückgriff dem Beamten Vorsatz bzw. grobe Fahrlässigkeit nachweisen müsste, verbleibt dem Notar im vorliegenden Fall nur ein etwaiger Rückgriff gegen den Staat auf Erstattung der ihm vom Gericht auferlegten Kosten, mithin trägt nunmehr er die Darlegungs- und Beweislast.

Richtigerweise hätte das Gericht im Wege einer verfassungskonformen Auslegung des § 130 Abs. 2 GNotKG (iVm § 81 Abs. 5 FamFG) zum Ergebnis kommen können und müssen, dass der Staat als Dienstherr des Notars unmittelbar für die außergerichtlichen Kosten haftet. Denn die unmittelbare Haftung eines Notars im Landesdienst gegenüber Dritten ist, wie oben dargelegt, nicht mit dem System der Staatshaftung vereinbar. Die Vorschrift des § 130 Abs. 2 GNotKG nimmt nach ihrem Wortlaut keine Rücksicht auf die Besonderheiten der Notare im Landesdienst und somit auch nicht auf die im Grundgesetz (mit-)verankerten Prinzipien des Staatshaftungsrechts (vgl. Art. 34 GG). Bei einer gebotenen Auslegung im Lichte des Art. 34 GG ergibt sich, dass die außergerichtlichen Kosten – auch wenn dem Landesnotar keine Weisung im Sinne des § 130 Abs. 2 S. 1 GNotKG erteilt wurde – der Landeskasse nach § 130 Abs. 2 S. 4 GNotKG (iVm § 81 Abs. 5 FamFG) aufzuerlegen sind.

Notar Dr. Steffen Ott, MBLT, Weinheim

BeamtStG § 48, LBG § 59 iVm GG Art. 34 S. 2

Zur Haftung eines Badischen Amtsnotars

OLG Karlsruhe, Zivilsenate Freiburg,
Urteil vom 08.03.2016 - 14 U 118/14

Zum Sachverhalt

Ein badischer Amtsnotar hatte die treuhänderische Abwicklung des von ihm am 11.05.2005 beurkundeten Kaufvertrags über eine Eigentumswohnung übernommen, die durch die Teilung einer größeren Wohnung gebildet werden sollte. Am 14.07.2005 hat der Notar den Vollzug aller Anträge aus der Kaufvertragsurkunde beantragt, die auch einen Antrag auf Eintragung einer Auflassungsvormerkung enthielt. Das Grundbuchamt hat die Anträge auf Eintragung des Eigentumswechsels und der Pfandfreigaben am 05.09.2005 zurückgewiesen, weil die gleichzeitig beantragte Änderung der Teilungserklärung mangels einer Abgeschlossenheitsbescheinigung noch nicht eingetragen werden konnte und das Kaufobjekt daher noch nicht bestand. Im Folgenden sind zwei Zwangssicherungshypotheken in das Grundbuch eingetragen worden. Nachdem die Teilungserklärung geändert worden war, hat der Notar aus dem auf sein Treuhandkonto einbezahlten Kaufpreis die auf dem Wohnungseigentum lastenden Grundpfandrechte abgelöst und den restlichen Betrag an die Verkäuferin ausbezahlt. Mit Schreiben vom 20.06. und 01.08.2006 hat er dem Grundbuchamt die Löschungsbewilligungen übersandt und erneut den Grundbuchvollzug beantragt. Die Grundpfandrechte wurden am 17.10.2006 gelöscht. Weitere Grundbucheintragungen (Auflassungsvormerkung, Eigentumswechsel) sind nicht erfolgt. Im Februar 2009 ließ ein Gläubiger der inzwischen insolventen Verkäuferin eine Zwangssicherungshypothek in das Grundbuch eintragen. Die Käufer haben sie abgelöst und das Land Baden-Württemberg auf Schadenersatz in Anspruch genommen. Das Land nimmt den Notar in Regress (§§ 48 BeamtStG, 59 LBG i. V. m. Art. 34 S. 2 GG). Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Landes hatte Erfolg.

Aus den Gründen

Der Beklagte ist dem klagenden Land zum Schadenersatz verpflichtet.

I.

Das Grundbuchamt hat den mit Schreiben des Beklagten vom 14.07.2005 gestellten Antrag auf Eintragung einer Auflassungsvormerkung übersehen oder angenommen, es habe auch diesen Antrag zurückgewiesen. Die Anträge des Beklagten vom 20.06. und 01.08.2006 hat das Grundbuchamt dahin ausgelegt, dass nur die Grundpfandrechte gelöscht werden sollten, die auf dem Wohnungseigentum der Verkäuferin (Grundbuch von W. Blatt 1338) lasteten. Deshalb sind die Eheleute L. bis Februar 2009 nicht als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen worden, und es war dem Grundbuchamt nicht bewusst, dass noch ein unerledigter Antrag vorlag, der dasselbe Recht betraf.

³ BeckOK/Reinert, BGB, 41. Ed., Stand: 01.11.2016, § 839 Rn 32.

⁴ Geigel/Kapsa, Haftpflichtprozess, 27. Aufl. 2015, Rn 232, 265.

Da § 17 GBO nur eine Ordnungsvorschrift ist, ist die im Februar 2009 in das Wohnungsgrundbuch 1338 eingetragene Zwangssicherungshypothek entstanden.

Die ordnungsgemäße, vollständige Eintragung entsprechend allen gestellten Anträgen obliegt natürlich allein dem Grundbuchamt. Der Notar kann aber verpflichtet sein, den ordnungsmäßigen Vollzug der von ihm beim Grundbuchamt gestellten Anträge zu überwachen. Ein zur Überwachung verpflichteter Notar, der darauf vertraut, dass es auch ohne Überwachung nicht zu einem Schaden kommen wird, verletzt die (von ihm für überflüssig gehaltene) Überwachungspflicht nicht nur (grob) fahrlässig, sondern vorsätzlich. Für eine vorsätzliche Amtspflichtverletzung genügt das Wissen und Wollen der Amtspflichtverletzung. Der eingetretene Schaden braucht nicht von dem Vorsatz umfasst zu sein (Palandt/Grüneberg, BGB 75. Aufl. § 276 Rdn. 10, § 839 Rdn. 51 m.w.Nachw.).

II.

Der Beklagte war zur Überwachung des Grundbuchvollzugs verpflichtet.

- a) Sind Willenserklärungen beurkundet worden, die beim Grundbuchamt einzureichen sind, soll der Notar dies gemäß § 53 BeurkG veranlassen, sobald die Urkunde eingereicht werden kann. Hierbei handelt es sich um eine unselbständige Hilfstätigkeit. Der Urkundenvollzug nach § 53 BeurkG umfasst grundsätzlich nicht die Pflicht, den Vollzug der gestellten Anträge zu überwachen. Anders liegt es, wenn dem Notar ein (kostenpflichtiger) selbständiger Vollzugsauftrag gemäß § 24 BNotO erteilt wird, zu dessen Annahme er nicht verpflichtet ist. Wieso der Beklagte meint, in § 24 Abs. 3 BNotO sei geregelt, dass die Verpflichtungen des Notars mit der Antragstellung beim Grundbuchamt gemäß § 15 GBO beendet seien, erschließt sich nicht. Im Rahmen einer Vollzugstätigkeit, die Gegenstand eines Betreuungsauftrags nach § 24 BNotO ist, hat der Notar nicht nur die entsprechenden Eintragungsanträge beim Grundbuchamt zu stellen, sondern auch den ordnungsmäßigen Vollzug der von ihm beim Grundbuchamt gestellten Anträge zu überwachen (vgl. BGH, NJW 1960, 1718; BGH, DNotZ 1968, 318; BGHZ 123, 1; KG, NotBZ 2008, 157; Sandkühler in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO 7. Aufl. § 24 Rdn. 49; Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars, 3. Aufl. Rdn. 633, 646; Ganter in Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung 3. Aufl. Rdn. 1521 ff.). Ein selbständiger Vollzugsauftrag hat im Zweifel die vollständige Abwicklung des beurkundeten Rechtsgeschäfts zum Inhalt. Ist der Notar zur Überwachung nicht bereit, muss er die Beteiligten entsprechend informieren (Sandkühler a.a.O. § 15 Rdn. 40, § 19 Rdn. 91). Der Beklagte ist mit der „treuhänderischen Abwicklung des Vertrags“ beauftragt worden. Er hat diesen Auftrag angenommen und nicht erklärt, dass er den Grundbuchvollzug nicht überwachen will. Deshalb war er hierzu verpflichtet.
- b) Tatsächlich zieht der Beklagte die Überwachungspflicht des Notariats auch nicht ernstlich in Zweifel. Er ist vielmehr der Ansicht, er habe die Überwachung (zunächst) der Geschäftsstelle überlassen dürfen.

Der Notar hat seine Amtspflichten aber grundsätzlich persönlich zu erfüllen. Zu der Amtspflicht des Notars, den Grundbuchvollzug zu überwachen, gehört in erster Linie eine genaue und sorgfältige Prüfung der Eingangsnachrichten des Grundbuchamtes (BGH, NJW 1960, 1718). Der Notar muss prüfen, ob die gestellten Anträge durch Eintragung erledigt sind und ob die Art der Erledigung den gestellten Anträgen entspricht und gesetzmäßig ist (KG a.a.O.; Sandkühler a.a.O.). Ein Notar, der seine persönlich zu erfüllenden Amtspflichten dem Büropersonal überlässt, verletzt seine Amtspflicht (vgl. etwa BGHZ 31, 5; BGH, NJW 1989, 586). Für einen badischen Amtsnotar gilt nichts anderes.

- c) Auch das Landgericht hat angenommen, dass der Beklagte die Eintragungen selbst überwachen musste und nur die Vorbereitung der Überwachung delegieren durfte. Insofern hat es ausgeführt, nach dem Vortrag des Beklagten sei die Anmahnung der Eintragungsbekanntmachungen Sache der Geschäftsstelle gewesen, die ihm die Akte bei längerem Ausbleiben wieder vorlegen musste. Der Beklagte habe darauf vertrauen dürfen, dass ihm die Akte entweder bei Eingang der Eintragungsbekanntmachung oder bei Schwierigkeiten, diese zu erlangen, wieder vorgelegt wird. Deshalb erscheine das Unterlassen des Beklagten, eine Wiedervorlagefrist zu setzen, zwar als fahrlässig, aber nicht als grob fahrlässig. Der Beklagte hätte zwar die unterbliebene Eintragung der Auflassungsvormerkung bemerken müssen. Auch dieser Fehler sei aber nicht grob fahrlässig, weil durch die teilweise Zurückweisung der gestellten Anträge eine unübersichtliche Situation eingetreten war und die Löschung der Grundpfandrechte, die Änderung der Teilungserklärung und sodann die Eigentumsumschreibung im Vordergrund gestanden hätten. Auch aufgrund der Eintragungsbekanntmachung vom 20.10.2006 (korrekt: 17.10.2006), aus der sich der Vollzug der Löschungen ergab, habe der Beklagte nicht davon ausgehen müssen, dass die Eigentumsumschreibung vergessen worden sei. Es sei nicht zu beanstanden, dass er davon ausgegangen sei, sie werde zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen.
- d) Tatsächlich ist die Eintragungsbekanntmachung vom 17.10.2006 über die Löschung der Grundpfandrechte dem Beklagten gar nicht vorgelegt worden (Schriftsatz des Prozessbevollmächtigten des Beklagten vom 15.07.2013, I 205; so gibt auch LGU S.16 den Beklagtenvortrag wieder). Nach dem Vortrag des Beklagten war ihm die Akte dann wieder vorzulegen, wenn die Geschäftsstelle davon ausging, dass die vollständige Abwicklung des Vorgangs vorliegt und die Akte nunmehr zur Verwahrung gegeben werden kann. Die regelmäßige Überprüfung des Fortgangs bis dahin liege alleine bei der Geschäftsstelle (Schriftsatz vom 15.07.2013, I 181). Eine Eintragungsnachricht, die nicht zur vollständigen Erledigung des Vorgangs führe, müsse dem Notar nicht vorgelegt werden (I 205). Die gesamte Abwicklung beurkundeter Kaufverträge, die Bearbeitung von Eintragungsnachrichten und die Wiedervorlage an den Notar seien im badischen Amtsnotariat ausschließliche Aufgabe der Kanzlei (Schrift-

satz des Prozessbevollmächtigten des Beklagten vom 14.01.2015, II 99, 111).

Der Senat hat diesen Vortrag des Beklagten dahin verstanden, dass die Geschäftsstelle auch dann nicht verpflichtet war, ihm die Akte vorzulegen, wenn eine Eintragungsbekanntmachung über die Eintragung einer Auflassungsvormerkung einging, durch die der Vorgang nicht vollständig abgewickelt wurde, und dass es auch in diesem Fall keinen (unmittelbar oder mittelbar) festgelegten Zeitpunkt gab, zu dem die Geschäftsstelle die Akte vorlegen musste, wenn keine Eintragungsnachricht einging. Der Senat hat sein Verständnis durch Hinweisbeschluss vom 15.01.2016 mitgeteilt und den Beklagten um Klarstellung gebeten, falls dieses Verständnis nicht richtig ist. Der Beklagte hat erwidert, das Verständnis des Senats sei richtig.

- e) Aufgrund der ihm bekannten Dienstpflichten des Kanzleipersonals konnte der Beklagte also gerade nicht darauf vertrauen, dass ihm die Akte vorgelegt wurde, wenn die Nachricht über die Eintragung einer Auflassungsvormerkung einging, und dass ihm die Akte auf der anderen Seite auch dann zeitnah nach dem Ablauf der für die Eintragung einer Auflassungsvormerkung üblichen Bearbeitungszeit vorgelegt wurde, wenn keine Nachricht über die Eintragung einer Auflassungsvormerkung eingegangen war. Die einzige Vorkehrung, die eine Überwachung des Grundbuchvollzugs durch den Notar gewährleisten sollte, bestand vielmehr in der generellen Weisung, die Akte dem Notar zur abschließenden Prüfung vorzulegen, wenn der Vorgang nach Ansicht der Kanzlei vollständig abgewickelt worden war und in die Verwahrung gegeben werden konnte.

Gegen diese generelle Weisung hat die Geschäftsstelle verstoßen, indem sie die Akte im November 2007 in die Verwahrung gegeben hat, ohne sie dem Beklagten zur abschließenden Prüfung vorgelegt zu haben. Hieraus ergibt sich aber nicht, dass der Eintritt des Schadens (nur) auf einem Fehler der Geschäftsstelle beruht und nicht auch auf einer Amtspflichtverletzung des Beklagten.

Durch die unvollständige Erledigung der Eintragungsanträge durch das Grundbuchamt war für die Käufer L. eine Gefahrenlage entstanden, die sich durch die Eintragung der Zwangshypothek zu einem endgültigen Schaden entwickelt hat. Die generelle Weisung, gegen die die Geschäftsstelle im vorliegenden Fall verstoßen hat, war nicht geeignet, einen solchen Schaden zu verhindern. Die Zwangssicherungshypothek ist erst im Februar 2009 in das Grundbuch eingetragen worden, weil der Gläubiger der insolventen Verkäuferin die Eintragung erst zu diesem Zeitpunkt beantragt hat. Ebenso gut hätten Gläubiger der Verkäuferin schon zu einem früheren Zeitpunkt Zwangshypotheken zur Eintragung bringen können. Im November 2007 gab es auch keinen Anlass für die Geschäftsstelle, die Akte in die Verwahrung zu geben: Es war kein Schriftstück eingegangen, das sie zu der Annahme veranlassen konnte, nunmehr sei der Kaufvertrag abgewickelt. Bei Beachtung der generellen Weisung, die Akte dem Notar dann

wieder vorzulegen, wenn die Kanzlei der Ansicht war, der Vorgang sei endgültig abgewickelt, hätte die Akte weiter auf der Geschäftsstelle verbleiben müssen. Auch wenn die Akte auf der Geschäftsstelle verblieben wäre, wäre die Zwangshypothek im Februar 2009 eingetragen worden, weil bis dahin kein Schriftstück eingegangen war, das die Geschäftsstelle zu der Annahme veranlassen konnte, nunmehr sei der Vorgang abgewickelt und die Akte dem Beklagten vorzulegen.

Der Beklagte hätte das Kanzleipersonal anweisen müssen, ihm die Akte vorzulegen, wenn eine Nachricht über die Eintragung einer Auflassungsvormerkung einging, und ihm die Akte auch dann zeitnah nach dem Ablauf der für die Eintragung einer Auflassungsvormerkung üblichen Bearbeitungszeit vorzulegen, wenn keine Nachricht über die Eintragung einer Auflassungsvormerkung eingegangen war. Hätte der Beklagte eine solche Anweisung erteilt, wäre zeitnah - noch 2005 oder jedenfalls Anfang 2006 - festgestellt worden, dass keine Auflassungsvormerkung eingetragen worden war, und es wäre die Eintragung nachgeholt worden.

Wurde die Akte dem Beklagten dagegen erst wieder vorgelegt, wenn die Kanzlei von einer vollständigen Abwicklung des Vorgangs - bei einem Kaufvertrag also von einer Eigentumsumschreibung - ausging, war es zu spät für die Prüfung, ob die Vormerkung für den zu sichernden Anspruch überhaupt und richtig eingetragen worden war. Zu diesem Zeitpunkt konnte die Überprüfung durch den Beklagten ihren Zweck, die mit einer eingetragenen Vormerkung verbundene Sicherungs- und Rangwirkung (§ 883 Abs. 2, Abs. 3 BGB) zu gewährleisten, nicht mehr erfüllen.

III.

Das Unterlassen des Beklagten war auch grob fahrlässig.

- a) Grobe Fahrlässigkeit setzt einen objektiv schweren und subjektiv nicht entschuldbaren Verstoß gegen die Anforderungen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt voraus. Diese Sorgfalt muss in ungewöhnlich hohem Maße verletzt worden und es muss dasjenige unbeachtet geblieben sein, was im gegebenen Fall jedem hätte einleuchten müssen. Ein objektiv grober Pflichtverstoß rechtfertigt für sich allein noch nicht den Schluss auf ein entsprechend gesteigertes persönliches Verschulden, nur weil ein solches häufig damit einhergeht. Vielmehr erscheint ein solcher Vorwurf nur dann als gerechtfertigt, wenn eine auch subjektiv schlechthin unentschuldbare Pflichtverletzung vorliegt, die das in § 276 Abs. 2 BGB bestimmte Maß erheblich überschreitet (BGH, NJW-RR 2011, 1055).
- b) Der Beklagte war der Ansicht, aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 23.11.1995 (IX ZR 213/94, BGHZ 131, 200) ergebe sich, dass es nicht zu den Aufgaben eines badischen Amtsnotars gehört zu prüfen, ob das Grundbuchamt gestellte Anträge ordnungsgemäß bearbeitet hat. Das ist nicht zutreffend.
- aa) Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass einem

nicht beamteten Notar, der eine Hilfsperson (im konkreten Fall einen in seiner Kanzlei tätigen Rechtsanwalt) mit einer selbständigen, nicht in vollem Umfang nachzuprüfenden Vorarbeit für Urkundsentwürfe - insbesondere mit der Einsicht ins Grundbuch - betraut, ein Verschulden der Hilfsperson analog § 278 BGB zuzurechnen ist. Eine Regelung, die statt dessen allein auf eigene Pflichtwidrigkeiten des Notars bei der Auswahl, Anleitung und Überwachung der Hilfskräfte abstellt, würde dem Rechtssuchenden nicht den erforderlichen Schutz gewähren. Der Notar könne das ihm als Amtsträger persönlich entgegengebrachte Vertrauen nicht allein zu seiner eigenen Arbeitserleichterung mit haftungsrechtlich befreiender Wirkung auf andere übertragen. Für den geschädigten Urkundenbeteiligten wäre es aus Sachgründen nicht einzusehen, wenn ihm Schadensersatz wegen des Verschuldens einer von dem Notar herangezogenen Hilfsperson nur zugebilligt würde, wenn er einen Notar im Landesdienst in Baden-Württemberg beauftragt hatte. Denn wenn sich ein solcher Notar zur Grundbucheinsicht einer Hilfsperson bediene, hafte der Staat gemäß Art. 34 S. 1 GG i.V.m. § 839 BGB ohne weiteres, wenn der Hilfsperson ein vorwerfbarer, zu einem Schaden führenden Fehler unterlaufe.

bb) Der Beklagte hat aus dieser Entscheidung offenbar den Schluss gezogen, ein badischer Amtsnotar sei berechtigt, die Geschäftsstelle mit der selbständigen, eigenverantwortlichen Überwachung des Grundbuchvollzugs zu betrauen, bis sie der Ansicht ist, der Vorgang sei abgewickelt, weil das Land ohne weiteres haftet, wenn der Geschäftsstelle hierbei ein zu einem Schaden führenden Fehler unterläuft. Dieser Schluss war rechtsfehlerhaft. Aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs folgt selbstverständlich nicht, dass ein Notar im Landesdienst in Baden-Württemberg seiner Amtspflicht genügt, wenn er die Überwachung des Grundbuchvollzugs dem Kanzleipersonal überlässt, das hierfür nicht qualifiziert ist und von dem Notar nicht zeitnah überwacht wird. Der Rechtsirrtum des Beklagten war auch objektiv und subjektiv schlechthin unentschuldigbar und damit grob fahrlässig.

cc) Der Vorwurf grober Fahrlässigkeit entfiel selbst dann nicht, wenn die Notarkollegen des Beklagten und der von dem Landgerichtspräsidenten mit der Prüfung des Notariats beauftragte Referent der freiwilligen Gerichtsbarkeit den Rechtsirrtum des Beklagten geteilt und ihn darin bestärkt hätten. Im übrigen hat der Beklagte auch gar nicht vorgetragen, dass seine Notarkollegen und der Referent der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 23.11.1995 ebenfalls dahin verstanden haben, dass ein badischer Amtsnotar die Geschäftsstelle mit der selbständigen, eigenverantwortlichen Überwachung des Grundbuchvollzugs betrauen darf, bis sie der Ansicht ist, der Vorgang sei abgewickelt.

Der Beklagte hat lediglich – mit Schriftsätzen vom 07.02.2013 (I 61) und 29.03.2013 (I 139) – vorgetragen, dass die Prüfungen durch den Referenten der freiwilligen Gerichtsbarkeit keine Beanstandungen ergeben hätten, und dass seine – des Beklagten – Abwicklung des Ver-

trags den im badischen Amtsnotariat üblichen Abläufen entsprochen habe, wofür zwei Notarkollegen als sachkundige Zeugen zur Verfügung stünden. In denselben Schriftsätzen hat der Beklagte weiter vorgetragen, dass die Geschäftsstelle die Akte „schon bei ordnungsgemäßer Wiedervorlage ... im Zuge des normalen Geschäftsganges ... in angemessener Zeit ohnehin vorzulegen gehabt“ hätte (Schriftsatz vom 07.02.2013, I 61) und dass es nicht zu dem Schaden hätte kommen können, wenn die Akte „wenigstens ein einziges Mal im Rahmen geschäftsmäßiger Wiedervorlage im Jahre 2006 vorgelegt worden“ wäre (Schriftsatz vom 29.03.2013, I 129). Dass eine geschäftsmäßige Wiedervorlage der Akte an den Beklagten vor der endgültigen Erledigung des Vorgangs gar nicht vorgesehen war, hat sich erst im weiteren Verlauf des Rechtsstreits - insbesondere durch die Schriftsätze vom 15.07.2013 und 14.01.2015 - herausgestellt.

dd) Hinzu kommt, dass der Beklagte im vorliegenden Fall an seiner pflichtwidrigen Vorgehensweise festgehalten hat, obwohl er konkrete Anhaltspunkte dafür hatte, dass etwas „schief“ läuft und der lastenfreie Eigentumserwerb der Eheleute L. gefährdet ist.

In dem Kaufvertrag vom 11.05.2005 war eine Erwerbsvormerkung „auf dem Kaufobjekt“ bewilligt und beantragt worden. Das Grundbuchamt hat dem Beklagten mit Schreiben vom 26.08.2005 (in der Notariatsakte 8 UR 842/2005) mitgeteilt, dass „die Anträge aus der Urkunde 8 UR 842/2005“ der Zurückweisung gemäß § 18 GBO unterliegen, da „das Kaufobjekt aus 8 UR 842/2005 nicht gebildet werden konnte bzw. kann“. Der Beklagte hat dieses Schreiben zur Kenntnis genommen und der Verkäuferin mit Schreiben vom 29.08.2005 (in der Verwahrakte 8 MB 25/2005 L.) mitgeteilt, dass „die Anträge aus dem Kaufvertrag“ zurückgewiesen würden, wenn nicht in den nächsten Tagen mit einer Abgeschlossenheitsbescheinigung gerechnet werden könne; in diesem Fall müsste der auf das Treuhandkonto einbezahlte Kaufpreis zurückbezahlt werden. In seinem Schreiben an das Grundbuchamt vom 02.09.2005 (in der Verwahrakte 8 MB 25/2005) hat der Beklagte das Grundbuchamt auch nicht darauf hingewiesen, dass die Auflassungsvormerkung auf dem bisherigen Grundbuchblatt eingetragen werden könne. Der Zurückweisungsbeschluss des Grundbuchamts vom 05.09.2005 bezieht sich zwar seinem Wortlaut nach nur auf die im Betreff genannten Anträge auf Eintragung des Eigentumswechsels und der Pfandfreigaben. In den Gründen hat das Grundbuchamt aber ausgeführt, dass das Kaufobjekt nicht bestehe. Somit lag nahe, dass das Grundbuchamt - wie in dem Schreiben vom 26.08.2005 angekündigt - „die Anträge“ (also alle Anträge) aus der Urkunde zurückweisen wollte, die sich auf das nicht bestehende Kaufobjekt beziehen. Für eine Überwachung der Eintragung der Erwerbsvormerkung hätte daher besonderer Anlass bestanden.

Vor der Abwicklung des Treuhandauftrags im Juni/Juli 2006 ist dem Beklagten dann bekannt geworden, dass zwei Zwangshypotheken zugunsten des Finanzamtes in das Grundbuch eingetragen worden waren, aber keine Auflassungsvormerkung: Der Beklagte hat handschriftliche Hinweise in Bezug auf die

weiteren Zwangshypotheken auf dem Kaufvertrag angebracht. Das Finanzamt hat dem Beklagten mit Schreiben vom 02.06.2006 (in der Verwahrakte 8 MB 25/2006 S.) mitgeteilt, die auf Blatt 1338 Abt. III lfd. Nr. 10 am 09.03.2006 eingetragene Sicherungshypothek werde der bestehenbleibenden Wohnung Nr. 1 zugeordnet. Damit war offensichtlich, dass das Grundbuchamt den Antrag auf Eintragung einer Auflassungsvormerkung übersehen hatte bzw. davon ausgegangen war, auch diesen Antrag durch den Beschluss vom 05.09.2005 zurückgewiesen zu haben. Der Beklagte hatte also allen Anlass, die weiteren Anträge sorgfältig und unmissverständlich zu stellen, jedenfalls jetzt eine Wiedervorlagefrist zu setzen und die Geschäftsstelle zur unverzüglichen Wiedervorlage mit jeder eingehenden Eintragungsbekanntmachung anzuweisen.

In Befolgung einer solchen Weisung wäre die Akte dem Beklagten spätestens mit der Eintragungsbekanntmachung vom 17.10.2006 vorgelegt worden und hätte der Beklagte festgestellt, dass nur die Grundpfandrechte gelöscht worden sind, aber „aus unverständlichen Gründen“ (so der Beklagte I 233) keine Eigentumsumschreibung erfolgt ist. Durch die dann gebotene Rückfrage beim Grundbuchamt wäre aufgeklärt worden, dass das Grundbuchamt die Anträge vom 20.06. und 01.08.2006 nur als Löschanträge ausgelegt hat.

Der Bundesgerichtshof (III ZR 156/16) hat die Beschwerde des Beklagten gegen die Nichtzulassung der Revision durch Beschluss vom 24.11.2016 zurückgewiesen.

*Mitgeteilt durch Richterin am Oberlandesgericht Karlsruhe
Dr. Anne Kaltenbach*

BGB § 2065

Die testamentarische Anordnung „derjenige, der den zuletzt verstorbenen Ehegatten begleitet und gepflegt hat, soll der Alleinerbe sein,“ ist nicht hinreichend bestimmt und enthält keine wirksame Bestimmung eines Erben durch den Erblasser.

OLG Köln, Beschluss vom 14.11.2016 – 2 Wx 536/16

Gründe

I.

Zwischen dem 14.11.2015 und dem 16.11.2015 ist Frau I. L. (im Folgenden: Erblasserin) verstorben. Sie war verheiratet mit dem am 26.02.2015 vorverstorbenen K. L. Kinder hatten die Eheleute L. nicht. Der Beteiligte zu 1) ist der Bruder des vorverstorbenen Ehemanns der Erblasserin, der Beteiligte zu 2) ist der Bruder der Erblasserin.

Die Erblasserin und ihr Ehemann hatten unter dem 23.10.2011 ein gemeinschaftliches privatschriftliches Testament errichtet, das u.a. folgenden Inhalt hat:

„Testament

Wir bestimmen gegenseitig, dass der Überlebende der Alleinerbe des Verstorbenen sein soll.

Nach dem Tod des zuletzt verstorbenen Ehegatten soll derjenige, der den zuletzt verstorbenen Ehegatten begleitet und gepflegt hat, der Alleinerbe sein.“

Bezüglich der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt des Testaments vom 23.10.2011 Bezug genommen (Bl. 5 d. Beiakte 8 IV 11/16).

Mit notarieller Urkunde vom 02.02.2016 – UR.Nr. 93/2016 der Notarin Dr. S. in Radevormwald - hat der Beteiligte zu 1) u.a. beantragt, einen Erbschein nach der Erblasserin zu erteilen, der ihn, den Beteiligten zu 1), als Alleinerben ausweist (Bl. 1 ff. d. A.). Zur Begründung hat er ausgeführt, dass er die Erblasserin nach dem Tod seines Bruders unterstützt und sich um sie gekümmert habe. So habe er die Beerdigung des Bruders organisiert, sich um den Erwerb des Grabes und die Beschriftung des Grabsteines bemüht und die Grabpflege veranlasst. Er habe den durch den Tod des Bruders notwendig gewordenen Schriftverkehr erledigt und die Erstellung der Steuererklärung für das Jahr 2014 in die Wege geleitet. Er habe die Erblasserin psychisch unterstützt sowie ihre ärztliche Behandlung und Krankenhausaufenthalte gesteuert. Er, der Beteiligte zu 1), erfülle daher die im Testament vom 23.10.2011 genannten Voraussetzungen. Den Haushalt habe die Erblasserin im Übrigen noch selbst erledigt. Es sei wegen ihrer Diabeteserkrankung zweimal wöchentlich ein Pflegedienst zum Verbandswechsel erschienen. Sonstige Pflegeleistungen seien nicht erbracht worden. Der Beteiligte zu 2) habe sich nicht um die Erblasserin gekümmert.

Mit Schreiben vom 13.03.2016 hat der Beteiligte zu 2) mitgeteilt, dass er keine Bedenken gegen die Erteilung des beantragten Erbscheins habe (Bl. 72 d. A.).

Daraufhin hat das Nachlassgericht am 17.03.2016 die zur Erteilung des Erbscheins erforderlichen Tatsachen durch Beschluss für festgestellt erachtet und den Erbschein antragsgemäß erteilt Bl. 74 ff. d. A.).

Mit Schriftsatz vom 22.03.2016 ist der Beteiligte zu 2) dem Vorbringen des Beteiligten zu 1) entgegnetreten und hat vorgetragen, dass das Testament vom 23.10.2011 nicht hinreichend bestimmt und daher unwirksam sei. Zudem habe der Beteiligte zu 1) die Erblasserin nicht gepflegt und im Hinblick auf seinen weit entfernten Wohnort auch gar nicht pflegen können. Vielmehr habe er, der Beteiligte zu 2), sich um die Erblasserin gekümmert, sie besucht und telefonischen Kontakt gehalten.

Mit weiterem Schriftsatz vom 24.05.2016 hat der Beteiligte zu 2) beantragt,

den Erbschein vom 17.03.2016 einzuziehen.

Zudem hat er beantragt, ihm einen Alleinerbschein zu erteilen und die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung zu erlassen (Bl. 83 f. d. A.).

Der Beteiligte zu 1) hat beantragt,

den Antrag auf Einziehung des Erbscheins zurückzuweisen.

Er hat vorgetragen, dass das Testament hinreichend bestimmt sei. Die Erbenposition sei an konkrete von der Erblasserin vorgegebene Tatsachen geknüpft, die in seiner Person erfüllt seien. Bezüglich der Einzelheiten seines Vorbringens wird auf die Schriftsätze vom 27.06.2016 (Bl. 91 ff. d. A.), 14.07.2016 (Bl. 96 ff. d. A.) und 23.08.2016 (Bl. 212 f. d. A.) Bezug genommen.

Durch Beschluss vom 13.09.2016 hat das Nachlassgericht den Erbschein vom 17.03.2016 eingezogen (Bl. 216 ff. d. A.). Zur Begründung hat es ausgeführt, dass das gemeinschaftliche Testament vom 23.10.2011 inhaltlich nicht hinreichend bestimmt sei. Bezüglich der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf den Inhalt des Beschlusses vom 13.09.2016 Bezug genommen.

Gegen diesen dem Beteiligten zu 1) am 16.09.2016 zugestellten Beschluss richtet seine am 14.10.2016 beim Amtsgericht Wipperfürth eingegangene Beschwerde vom selben Tag (Bl. 225 ff. d. A.). Er trägt vor, dass die Begriffe „begleiten“, „pflegen“ und „zuletzt“ nicht unbestimmt seien. Hier seien auch Kriterien vorhanden, die eine Konkretisierung auf ihn, den Beteiligten zu 1), und damit eine bestimmte Person zulassen würden. Er habe die Erblasserin im Sinne des Testamentes vom 23.10.2011 begleitet und gepflegt. Bezüglich der weiteren Einzelheiten seines Vorbringens wird auf den Inhalt des Schriftsatzes vom 14.10.2016 Bezug genommen.

Durch Beschluss vom 27.10.2016 hat das Nachlassgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 239 f. d. A.).

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

Das Nachlassgericht hat den Erbschein nach der Erblasserin vom 17.03.2016, der den Beteiligten zu 1) als Alleinerben ausweist, zu Recht gem. § 2361 S. 1 BGB eingezogen, weil dieser Erbschein unrichtig ist. Dem Testament vom 23.10.2011 ist keine wirksame Erbeinsetzung des Beteiligten zu 1) zu entnehmen. Die Formulierung „derjenige, der den zuletzt verstorbenen Ehegatten begleitet und gepflegt hat, soll der Alleinerbe sein“ ist nicht hinreichend bestimmt und enthält daher keine eindeutige Einsetzung eines Erben.

Wie sich aus § 2065 BGB ergibt, muss sich ein Erblasser selbst über den Inhalt aller wesentlichen Teile seines letzten Willens schlüssig werden. Dazu gehört insbesondere die Bestimmung über die Person des Bedachten. Diese muss zwar nicht namentlich genannt sein; erforderlich ist aber, dass die Person des Bedachten anhand des Inhalts der Verfügung, gegebenenfalls unter Berücksichtigung von außerhalb der Urkunde liegenden Umständen zuverlässig festgestellt werden kann. Sie muss im Testament so bestimmt sein, dass jede Willkür eines Dritten ausgeschlossen ist (BayObLG, Beschluss v. 23.05.2001 – 1 Z BR 10/01, FamRZ 2002, 200

m.w.N.). Soweit der Wille des Testierenden durch Auslegung festgestellt werden kann, liegt zwar kein Fall der unzulässigen Bestimmung der Person des Bedachten durch einen Dritten vor. Die Testamentsauslegung ist, auch wenn sie wertende Elemente enthält, nicht die in § 2065 BGB gemeinte unzulässige Willensentscheidung; das Gericht ist insoweit nie Dritter. § 2065 BGB greift indes dann ein, wenn der Wortlaut der letztwilligen Verfügung so unbestimmt ist, dass die Auslegung ergebnislos bleiben muss (Senat FGPrax 2014, 265; BayObLG, Beschluss v. 23.05.2001 – 1 Z BR 10/01, FamRZ 2002, 200 m.w.N.; Staudinger/Otte, BGB, Neubearbeitung 2013, § 2065 Rn.16, 17; MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2065 Rn. 5). So liegt der Fall hier.

Unbestimmt in diesem Sinne ist zunächst der Begriff der „Pflege“. Dies gilt sowohl für die Art der Pflegeleistungen als auch für ihren Umfang. So ist zum Beispiel unklar, ob mit der Regelung in dem Testament vom 23.10.2011 Pflegeleistungen aufgrund einer Einordnung der Erblasserin in eine Pflegestufe oder Pflegeleistungen zumindest im Sinne der Sozialgesetze gemeint waren oder auch sonstige geringfügige Pflegeleistungen. Auch der Umfang der Pflegeleistungen, den sich die Erblasserin und ihr Ehemann bei Abfassung des Testamentes vorgestellt haben, ist nicht ersichtlich. Dass der im Testament verwandte Begriff der „Pflege“ unbestimmt ist, zeigt sich schon aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse im vorliegenden Fall. Bei der Erblasserin ist zweimal wöchentlich ein Verbandswechsel durch einen Pflegedienst durchgeführt worden. Es ist unklar, ob diese Tätigkeit, die eindeutig als Pflegeleistung einzustufen ist, bereits von der Regelung in dem Testament erfasst werden sollte oder nicht, und wenn ja, ob die jeweils tätigen Personen oder der Pflegedienst selbst als Erben in Betracht kämen.

Weiterhin lässt die Formulierung im Testament offen, über welchen Zeitraum die inhaltlich und umfänglich unbestimmten Pflegeleistungen erbracht werden sollten, um von einer Erbeinsetzung ausgehen zu können. Der Begriff „zuletzt“ bezieht sich jedenfalls allein auf die Erblasserin (die „zuletzt“ Verstorbene), nicht aber auf die Pflegeleistungen. Es bleibt daher letztlich unklar, ob Pflegeleistungen über Tage, Wochen, Monate oder Jahre erforderlich sein sollten. Insgesamt ist der Begriff der „Pflege“ daher einer Auslegung nicht zugänglich. Es wäre eine Wertung durch das Nachlassgericht oder den Senat erforderlich, d.h. das Nachlassgericht oder der Senat müssten die Bestimmung des Erben anhand eigener Kriterien vornehmen.

Selbst wenn der Begriff der „Pflege“ hinreichend bestimmt und damit einer Auslegung durch den Senat zugänglich wäre, könnte sich der Beschwerdeführer nicht mit Erfolg darauf berufen, aufgrund dieser Regelung Alleinerbe der Erblasserin zu sein. Denn der Beteiligte zu 1) erfüllt die Voraussetzung, die Erblasserin gepflegt zu haben, unabhängig von der Bestimmtheit dieses Begriffs nicht, weil er nach seinen eigenen Angaben keine Pflegeleistungen erbracht hat. Die Bestellung eines Pflegedienstes oder die behauptete psychische Unterstützung der Erblasserin durch den Beschwerdeführer stellen jedenfalls keine Pflegeleistungen dar.

Ebenfalls unbestimmt ist der im Testament verwandte Begriff des „Begleitens“. Es ist völlig unklar, was darunter inhaltlich und zeitlich zu verstehen sein soll. So wird der Begriff des „Begleitens“ sehr häufig im Zusammenhang mit Sterbevorgängen verwandt. Für ein solches Verständnis könnte die Verwendung des Begriffs in einem Testament sprechen. Wenn dies gemeint gewesen sein sollte, hätte der Beschwerdeführer diese Voraussetzungen aber nicht erfüllt. Schließlich ist die Erblasserin zum Zeitpunkt ihres Todes allein gewesen, was sich schon daraus ergibt, dass der Todeszeitpunkt nicht geklärt werden konnte. Sie ist zwischen dem 14.11.2015 und dem 16.11.2015 verstorben.

Wäre der Begriff des „Begleitens“ dagegen nicht im vorgenannten Sinne zu verstehen, bliebe unklar, was denn sonst unter einem „Begleiten“ zu verstehen sein soll, ein bloßes „sich kümmern“, wie der Beschwerdeführer den Begriff versteht, und wenn ja, mit welchen Inhalten und über welchen Zeitraum, oder gar ein partnerschaftliches Begleiten. Auch hierzu ergeben sich aus dem Testament keine Anhaltspunkte. Eine Auslegung scheidet daher aus. Eine Bestimmung wäre nur über eine Wertung durch den Senat anhand eigener Kriterien möglich, die aber gem. § 2065 BGB unzulässig wäre. Im Übrigen setzt die Formulierung im Testament voraus, dass die Erblasserin „begleitet und gepflegt“ worden ist. Es fehlt aber in jedem Fall an Pflegeleistungen des Beschwerdeführers.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG.

Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen nicht vorliegen (§ 70 Abs. 2 FamFG).

*Mitgeteilt durch Vorsitzenden Richter am OLG Köln
Werner Sternal*

BGB §§ 133, 2084

Zur Auslegung einer letztwilligen Verfügung, die der Weiterführung eines landwirtschaftlichen Betriebes dienen soll.

OLG München, Beschluss vom 24.01.2017 – 31 Wx 234/16, rechtskräftig

Gründe

I.

1. Der am 24.10.2000 verstorbene Erblasser war kinderlos und nicht verheiratet. Dessen Eltern waren bereits verstorben. Der Erblasser hatte drei Brüder und zwei Schwestern. Ein Bruder war zum Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls unter Hinterlassung von zwei Abkömmlingen bereits 1986 verstorben.
2. Der Erblasser verfasste am 16.04.1979 ein eigenhändig geschriebenes und unterschriebenes Testament mit folgendem Inhalt:

„Ostern 1979
Testament

Im Falle meines plötzlichen Todes bestimme ich, A. R. Landwirt in S. Nr. 11 geb. am 29.1.1935, meinen Bruder M. R. geb. am 7.3.1944 in S. zum Alleinerben meines gesamten Besitzes (Haus, Hof, Feld u. Wald einschließlich alles lebenden und toten Inventares) sowie das Barvermögen (Rk. Z., Rk. A. u. Kreissparkasse W.). Das Barvermögen dient als Betriebskapital und ist wertbeständig der Landwirtschaft (Betrieb) dienlich zu verwenden. (Sollte meinem Bruder M. etwas zustoßen ohne daß er hierfür einen Erben bestimmt hat, sollte unter den Kindern meiner Geschwister einmal ein geeigneter Erbe gefunden werden.) Das Anwesen muss auf jeden Fall als Ganzes erhalten bleiben und weitergeführt werden. Meine Geschwister bitte ich in meinem und im Sinne meiner Eltern und Vorfahren um Verständnis. Danke für Eure Hilfe!

S..., den 16.4.1979
R. A.“

3. Entsprechend der letztwilligen Verfügung des Erblassers wurde dem zum Alleinerben bestimmten M.R. vom Nachlassgericht am 30.01.2001 ein Erbschein erteilt, der ihn als Alleinerben auswies. Dieser ist am 27.01.2014 verstorben.
4. Die Beteiligte zu 8) hat mit Schreiben vom 27.03.2015, beim Nachlassgericht eingegangen am 26.03.2015, das Testament des Erblassers vom 16.04.1979 wegen Motivirrtums angefochten. Das Nachlassgericht hat das Schreiben der Beteiligten zu 8) dahingehend ausgelegt, dass mit der Anfechtung des Testaments auch die Einziehung des am 30.01.2001 dem verstorbenen M. R. erteilten Erbscheins als unrichtig erstrebt werde. Mit Beschluss vom 23.05.2016 hat das Nachlassgericht die Anfechtung des Testaments vom 16.04.1979 für begründet erachtet und die Einziehung des vorgenannten Erbscheins angeordnet. Gegen diesen Beschluss haben die Beteiligten zu 2) und 5) Beschwerde eingelegt.

II.

Die zulässigen Beschwerden der Beteiligten zu 2) und 5) haben im Ergebnis Erfolg mit der Folge, dass der Beschluss des Nachlassgerichts vom 23.05.2016 aufzuheben war.

Denn zu Unrecht ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Voraussetzungen für die Einziehung des Erbscheins vom 30.01.2001 vorliegen. Entgegen seiner Auffassung greift nämlich die von der Beteiligten zu 8) erklärte Anfechtung des Testaments des Erblassers vom 16.04.1979 nicht durch, so dass das vorgenannte Testament für die Erbfolge nach dem Erblasser A. R. maßgebend bleibt. Der Senat ist nämlich nicht überzeugt, dass der bewegende Grund für die Erbinsetzung des M. R. als Alleinerbe des Erblassers die Erhaltung und Weiterführung des landwirtschaftlichen Betriebs in persona des Bedachten gewesen ist.

1. Gemäß § 2078 II BGB kann eine letztwillige Verfügung angefochten werden, soweit der Erblasser zu der Verfü-

gung durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstands bestimmt worden ist. Darunter fällt jeder Motivirrtum, auch der durch arglistige Täuschung herbeigeführte (vgl. Staudinger/Otte, BGB, 2013, § 2078 Rn. 12). Es ist gleichgültig, ob sich der Irrtum auf die Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft bezieht. Die Anfechtung kann nur auf solche irrigen Vorstellungen und Erwartungen gestützt werden, die der Erblasser bei der Errichtung seines Testaments tatsächlich gehabt hat; dazu gehören auch Vorstellungen und Erwartungen, die er zwar nicht in sein Bewusstsein aufgenommen, aber als selbstverständlich seiner Verfügung zugrunde gelegt hat (BGH, NJW 1963, 246 <247>; BayObLG, FamRZ 1984, 1270, <1271>; FamRZ 2003, 708 <709>). Der Irrtum kann Personen, Gegenstände, politische und wirtschaftliche Verhältnisse oder Rechtsverhältnisse betreffen. Immer aber muss es sich um einen außerhalb der Verfügung selbst liegenden Umstand handeln (Staudinger/Otte, BGB, a.a.O. Rn. 14). Dabei kommt es für die Frage des Irrtums nicht etwa auf eine objektive, verständige Würdigung an, sondern auf die subjektiven Vorstellungen des Erblassers mit allen Besonderheiten seiner Persönlichkeit. Die Anfechtbarkeit setzt des Weiteren voraus, dass der Erblasser durch die festgestellten Fehlvorstellungen zu der Verfügung bestimmt worden ist. Dabei ist wiederum auf die subjektive Denk- und Anschauungsweise des Erblassers abzustellen (vgl. Staudinger/Otte, a. a. O., § 2078 Rn. 31) und ein strenger Maßstab anzulegen (BayObLG FamRZ 2003 a.a.O. 710). Im Rahmen des § 2078 Abs. 2 BGB können nur Irrtümer die Anfechtung rechtfertigen, die bewegender Grund für den letzten Willen waren (BGH NJW-RR 1987, 1412 <1413>), d.h. ohne die der Erblasser die Verfügung mit Sicherheit nicht getroffen hätte (BayObLG FamRZ 1997, 1436 <1437>; OLG München FGPrax 2008, 254 <258>). Die Feststellungslast für die anfechtungsbegründenden Tatsachen trägt der Anfechtende (BayObLG FamRZ 1997, 772 <773>).

2. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze ist daher der wirkliche Wille des Erblassers bei Errichtung seines Testaments durch Auslegung gemäß §§ 2084, 133 BGB zu ermitteln.

a) Bei der Auslegung einer letztwilligen Verfügung ist zwar vom Wortlaut auszugehen. Dieser ist jedoch nicht die Grenze der Auslegung. Vielmehr ist der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften (§ 133 BGB). Es geht um die Klärung der Frage, was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte. Dabei ist zur Auslegung der einzelnen Verfügung der gesamte Inhalt der Testamentsurkunde einschließlich aller Nebenumstände heranzuziehen und zu würdigen (vgl. BGH NJW 1993, 256 BayObLGZ 1997, 59 <66>; 1994, 313/318). Nach Testamentserrichtung liegende Umstände können insoweit Bedeutung erlangen, als sie Rückschlüsse auf den Willen des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung zulassen (BayObLG NJW 1996, 133 <134>; NJW-RR 2002, 1087). Der durch die Auslegung ermittelte Erblasserwille muss in der formwirksamen Erklärung wenigstens ansatzweise oder auch

versteckt angedeutet sein (OLG Hamm ZEV 2011, 427).

b) Das Nachlassgericht hat das Testament des Erblassers dahingehend ausgelegt, dass es dessen Willen gewesen sei, dass ein konkreter Erbe – nämlich der Bruder des Erblassers M. R. - den landwirtschaftlichen Betrieb erhalten und fortführen müsse. Diese Erwartung des Erblassers, die er bei Errichtung seines Testaments im Jahre 1979 zum Ausdruck gebracht habe, habe sich nicht erfüllt. Seit 1993 sei nur noch der Wald bewirtschaftet worden, wohingegen die landwirtschaftlichen Flächen überwiegend an andere Landwirte verpachtet worden seien. Da die Erhaltung und Weiterführung des Betriebes in persona des Alleinerben M. R. nach Auffassung des Nachlassgerichts der bewegende Grund für die Errichtung des Testaments des Erblassers gewesen sei, hätte er bei Kenntnis der tatsächlichen zukünftigen Entwicklung anders testiert, so dass nach Auffassung des Nachlassgerichts ein Anfechtungsgrund gemäß § 2078 Absatz 2 BGB vorliege, der zur Unwirksamkeit des 1979 errichteten Testaments des Erblassers und damit zur Unrichtigkeit des 2001 erteilten Erbscheins führe.

c) Möglich ist aber - und auch naheliegend – eine Auslegung, dass Beweggrund für seine Testierung zwar der Erhalt und der Weiterbetrieb des landwirtschaftlichen Anwesens war, dieses aber nicht zwingend durch den Bedachten persönlich erfolgen musste.

Für eine solche Vorstellung des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung deuten sowohl die von dem Bedachten verwendeten Formulierungen wie auch sein eigenes Handeln nach Testamentserrichtung hin.

aa) Bereits aus der Formulierung im Testament „Meine Geschwister bitte ich in meinem und im Sinne meiner Eltern und Vorfahren um Verständnis“ wird deutlich, dass es dem Erblasser bei der Abfassung seines Testaments nicht ausschließlich darum ging, eine Person zu bedenken, sondern die Hofstelle an sich als Ganzes zu erhalten und jedenfalls die im Falle der Unwirksamkeit seines Testaments eintretende gesetzliche Erbfolge und die damit einhergehende endgültige Zerschlagung der Hofstelle samt des landwirtschaftlichen Betriebes zu verhindern. Gerade die Bezugnahme auf Vorfahren und Eltern, von denen der Erblasser die Hofstelle und den Betrieb übertragen bekam, legt den Schluss nahe, dass es ihm in dieser Tradition um den Zusammenhalt der Hofstelle und nicht so sehr darum ging, wem diese Sachgesamtheit letztendlich zufallen sollte. Dass der Erblasser seinen Bruder M. R. als Alleinerben bedachte, ist naheliegend, da dieser ihn bei der Bewältigung seines landwirtschaftlichen Betriebes nachhaltig unterstützte, ja sogar seinen Beruf als Busfahrer deswegen aufgab, so dass er erwarten durfte, dass dieser in seinem Sinne die Sache zusammenhalten würde.

bb) Auch die Formulierung „Das Anwesen muss auf jeden Fall als Ganzes erhalten bleiben ...“ spricht dafür, dass es dem Erblasser um die Hofstelle und die dazugehörigen

Ländereien und Einrichtungen und nicht in erster Linie um die Person des Erben ging.

cc) Dass der Erblasser seine Anordnungen primär objektbezogen von dem Anwesen her, und nicht auf eine Person hin ausgerichtet hat, ergibt sich auch aus seinen Anordnungen für den Fall des Versterbens des Bedachten, wenn es im Testament heißt: „Sollte meinem Bruder M. etwas zustoßen ohne daß er hierfür einen Erben bestimmt hat, sollte unter den Kindern meiner Geschwister einmal ein geeigneter Erbe gefunden werden.“ Auch daraus wird deutlich, dass es dem Erblasser vor allem um die Erhaltung der Hofstelle ging und er vermeiden wollte, dass diese durch Eintritt der gesetzlichen Erbfolge zerschlagen wird.

Insoweit hat der Erblasser vorrangig objektbezogen testiert und den Bedachten vor dem Hintergrund, dass dieser ihn bereits unterstützt und seinen Beruf aufgegeben hat, zu seinem Rechtsnachfolger in wirtschaftlicher Hinsicht bestimmt.

dd) Hingegen hat der Erblasser konkrete Ausführungen hinsichtlich der Art und Weise des landwirtschaftlichen Weiterbetriebs unterlassen. Das deutet darauf hin, dass dies für ihn keine maßgebende Bedeutung hatte, sofern nur der Betrieb nicht zerschlagen und die Landwirtschaft als solche fortgeführt würde. Eine solche Vorstellung des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung ist naheliegend vor dem Hintergrund, dass sich die Landwirtschaft seit Jahrzehnten in einem stetigem Strukturwandel befand und noch befindet.

ee) Die Auslegung, dass der Erblasser mit der Erbeinsetzung nicht die Vorstellung eines persönlichen Weiterbetriebs durch den Bedachten, sondern primär den Erhalt und den Weiterbetrieb des landwirtschaftlichen Anwesens verbunden hatte, findet auch eine Stütze im eigenen Verhalten des Erblassers nach der Testamentserrichtung. Schließlich war es der Erblasser selbst, der den landwirtschaftlichen Betrieb in der jedenfalls bis 1993 geführten Form aufgegeben und ab 1993 ff landwirtschaftliche Flächen an andere Landwirte, die darauf ihrerseits weiterhin Landwirtschaft betrieben bzw. noch betreiben, ver-

pachtet hat. Zwar geschah dies erst Jahre nach der Testamentserrichtung, jedoch ist auch dieser Umstand ein weiteres Indiz für den Willen des Erblassers zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung, nämlich die Hofstelle als solches zu erhalten und somit in erster Linie gegenstandsbezogen zu testieren.

- 3. Der persönliche Weiterbetrieb des landwirtschaftlichen Betriebes durch den Alleinerben M. R. als bewegender Grund für dessen Erbeinsetzung steht daher für den Senat nicht zweifelsfrei fest. Möglich – ja sogar naheliegender – ist vielmehr, dass es dem Erblasser in erster Linie um die Erhaltung der Hofstelle als solcher ging. Dafür, dass es dem Erblasser aber vorwiegend um das persönliche Weiterbetreiben des landwirtschaftlichen Betriebes durch den Alleinerben M. R. ging, trägt derjenige die Feststellungslast, dem diese Auslegung zugutekommt. Ist daher ein Motivirrtum des Erblassers nach § 2078 Absatz 2 BGB bei der Errichtung des Testaments am 16.04.1979 nicht zweifelsfrei feststellbar, geht dies zu Lasten desjenigen, der sich auf den Irrtum beruft. Dies sind hier die in Betracht kommenden gesetzlichen Erben des Erblassers, somit auch die Beteiligten zu 8).

Demgemäß greift die Anfechtung der Beteiligten zu 8) nicht durch. Dies hat zur Folge, dass der vom Nachlassgericht Dillingen am 30.01.2001 erteilte Erbschein, der den zwischenzeitlich verstorbenen M. R. als Alleinerben auswies, im Hinblick auf das wirksame Testament des Erblassers richtig ist. Eine Einziehung dieses Erbscheins ist daher nicht geboten.

II.

Da das Rechtsmittel erfolgreich war, haben die Beschwerdeführer Gerichtskosten gemäß § 25 Absatz 1 GNotKG nicht zu tragen. Eine Entscheidung hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten der Beschwerdeführer ist nicht veranlasst.

III.

Die Voraussetzungen der Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

Mitgeteilt durch Richter am OLG München
Holger Krätzschel

Loslegen leicht gemacht:

Ganz einfach zum neuen Notariatsauftritt!

Sie kümmern sich um Ihr neues Notariat, wir um Ihren Auftritt nach außen:

Logo, Briefbogen, Firmenanzeige, Webseite

Prompte Beratung. Fixe Lösung. Fester Preis.

Jetzt informieren und einfach loslegen www.loslegen.jetzt

Ihr direkter Draht zu unserem Ansprechpartner Alexander Menzel: 07171 104 22-0 | am@loslegen.jetzt

Buchbesprechungen

**Prof. Dr. Alexander Krafa, Notar in Landsberg am Lech,
Dr. Ulrich Kühn, Leiter des Registergerichts München**

Registerrecht

10., neu bearbeitete Auflage 2017

(Handbuch der Rechtspraxis Band 7), von Alexander Krafa und Ulrich Kühn, 988 S. in Leinen, Verlag C.H.BECK, ISBN 978-3-406-69629-9, EUR 99,-. Die Jubiläumsauflage befindet sich auf dem Stand des 1.7.2016.

Seit dem Erscheinen der 9. Auflage 2013 sind eine ganze Reihe von gesetzlichen Änderungen sowie eine große Anzahl an Gerichtsentscheidungen in Registersachen ergangen, die in die Neuauflage eingearbeitet wurden. Ferner sind die aufgetretenen Praxisprobleme bei der Anwendung dieser Gesetze umfassend behandelt, insbesondere die Gesellschafterliste im GmbH-Recht, zu welcher stichhaltige Ausführungen gemacht werden. Auch werden dabei keine Problemfälle ausgespart, beispielsweise wenn mehrere Notare an einem Übertragungsvorgang beteiligt sind oder ein Widerspruch zur Gesellschafterliste eingelegt wird.

Zutreffend wird beispielsweise bei Rn. 770 und 770a beschrieben, dass – trotz anders lautenden OLG-Entscheidungen – die Eintragung einer Nießbrauchsbestellung an einer Kommanditbeteiligung nicht im Handelsregister einzutragen ist.

Dass der BGH mit Beschl. v. 14. 2. 2012 – II ZB 15/11 – (= NJW-RR 2012, 730) die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks bei einer Kommanditbeteiligung jedoch bejaht hat, wird ebenfalls erörtert und richtigerweise kritisch bewertet. Dies vor allem aus dem Hintergrund der BGH-Entscheidung aus dem Jahr 2014 (= FGPrax 2014, 220) heraus, dass in einer nach § 40 Absatz 1 GmbHG einzureichenden Gesellschafterliste ein Zusatz, wonach in Bezug auf einen Gesellschaftsanteil Testamentsvollstreckung angeordnet ist, unzulässig ist. Auf Grund des Grundsatzes der Registerklarheit dürfe hier aber nicht verallgemeinert werden, was prägnant und stichhaltig aufgezeigt wird.

Wegen des Umfangs des Werks könnten noch unzählige Details aufgezeigt werden. Auf Grund der Schärfe des etablierten Werks kann aber jeder Anwender getrost sein, eine Antwort auf seine Frage im Bereich des Registerrechts auch zu finden.

Ob Notare, Richter, Rechtspfleger oder Anwälte, wer im Registerrecht tätig ist, kommt an diesem Werk nicht vorbei. Das Buch hat sich mit seiner jahrelangen Beständigkeit und den tollen Autoren mit beeindruckender Genauigkeit und Schärfe in Literatur und Rechtsprechung in hohem Maße Anerkennung erhalten. Ein MUSS im Bereich des Registerrechts und uneingeschränkt zu empfehlen.

*Amtsverwalter Jonas Huber,
Stuttgart*

Karl Winkler

Der Testamentsvollstrecker nach bürgerlichem, Handels- und Steuerrecht

22. Auflage 2016, Walhalla Fachverlag

480 Seiten, gebunden, 49,90 EUR [D], ISBN 978-3-8029-7275-1

Von A wie Abfindungsanspruch bis Z wie Zwecke der Testamentsvollstreckung ist auf nahezu alle Fragen rund um den Testamentsvollstrecker eine Antwort in dem 480 Seiten umfassenden Buch von Prof. Dr. Karl Winkler zu finden. Dabei weist jede einzelne Seite immer noch eine hinreichende Dicke und kein Dünndruckpapier auf, was eine angenehme Handhabe gewährleistet.

Das rund 30 Seiten umfassende Stichwortverzeichnis am Ende des Werks ist sehr übersichtlich und hilft einer konkreten Suche enorm. Die neue 22. Auflage wertet Rechtsprechung und Schrifttum bis zum Stand Juni 2016 aus. Die aktualisierte Auflage berücksichtigt auch die Europäische Erbrechtsverordnung zur Bestimmung des anwendbaren Erbrechts bei Erbfällen mit internationalem Bezug sowie das Gesetz zum Internationalen Erbrecht, das für alle Erbfälle ab 17.8.2015 gilt.

Hervorzuheben ist – wie bereits bei den Voraufgaben – die breitgefächerte Zielgruppe des Buchs. Nicht nur Testamentsvollstrecker oder Personen, die eine Testamentsvollstreckung anordnen wollen, profitieren von diesem Werk. Auch die einer Testamentsvollstreckung unterliegenden Erben finden auf ihre Fragen eine Antwort. Ebenso wendet sich das Werk auch an Richter und Rechtspfleger sowie Notare und Rechtsanwälte, die mit Fragen der Testamentsvollstreckung zu tun haben.

Dabei rundet der letzte (achte) Abschnitt das Werk durch eine mit rund 40 Seiten umfassende Mustersammlung ab. Dort sind nicht nur Berufungsformulierungen – wie zum Beispiel bei einem Behinderten-Testament – aufgezeigt, sondern auch Erklärungen des zum Testamentsvollstrecker Ernannten bzw. eines Dritten sowie Geschäfte des Nachlassgerichts und des Testamentsvollstreckers, z. B. eine Grundstücksauflassung aufgrund des Teilungsplans (§ 2204 BGB).

In den sieben Abschnitten vor der Mustersammlung findet man mit zum Teil vielen Untergliederungen Antworten auf folgende Themen:

- Allgemeine Fragen
- Ernennung zum Testamentsvollstrecker
- Aufgaben, Rechte und Pflichten des Testamentsvollstreckers
- Testamentsvollstrecker und Erben
- Testamentsvollstrecker und Nachlassgericht
- Testamentsvollstrecker und Steuerrecht
- Beendigung der Testamentsvollstreckung

Auch geht der Verfasser auf die Frage ein, ob der Testamentsvollstrecker als Verbraucher oder Unternehmer zu qualifizieren ist, was im Hinblick auf § 17 Absatz 2a BeurkG für die notarielle Praxis von erheblicher Bedeutung ist. Fraglich ist dies vor allem dann, wenn der Testamentsvollstrecker – z.B. als Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer – gewerblich handelt, der Erblasser aber nicht unternehmerisch tätig gewesen ist. Auf Grund der derzeitigen unsicheren Rechtslage ist richtigerweise empfohlen, stets die 2-Wochen-Frist des § 17 Absatz 2a BeurkG einzuhalten. Zutreffend begründet Winkler dies auch damit, dass ein Vertragspartner sich mit dem Testamentsvollstrecker auseinandersetzen muss, der den Vertrag zu erfüllen hat. Den Erben komme beim Vertragsschluss von vornherein keine eigenständige Bedeutung zu, da diese keine Verfügungen über Nachlassgegenstände treffen können. Die Erben haben allenfalls (Schadensersatz-)Ansprüche gegen den Testamentsvollstrecker bei sorgfaltswidrigem Handeln des Testamentsvollstreckers.

Im dritten Abschnitt führt Winkler bei Rn. 181 zur Rechtslage bei einem behinderten Kind zutreffend aus, dass auf Grund der Pflichtteilsreform für alle ab 1.1.2010 eintretenden Erbfälle § 2306 BGB sich dergestalt vereinfacht hat, dass das Wahlrecht unabhängig von der Größe des Erbteils besteht; der beschwerte Erbe kann also den Erbteil mit allen Beschränkungen und Beschwerden annehmen oder den Erbteil ausschlagen und dennoch den Pflichtteil verlangen. Daher kann der Anteil des Behinderten auch nur dem Pflichtteil entsprechen und muss nicht mehr knapp über der Pflichtteilsquote liegen. Dies mag zutreffend sein, gleichwohl empfiehlt auch Winkler weiterhin eine Quote über dem Pflichtteil.

Steuerrechtliche Themen rund um den Testamentsvollstrecker werden im sechsten Abschnitt behandelt. Hier werden einige Ausführungen m. E. zu pauschal behandelt. Wünschenswert wäre eine genauere Übersicht, für was der Testamentsvollstrecker genau verantwortlich ist und was er im Detail zu veranlassen hat.

Beispielsweise ist der Testamentsvollstrecker gerade nicht zur Abgabe der Erbschaftsteuererklärung eines Vermächtnisnehmers verpflichtet. Dies wäre er im Rahmen einer Abwicklungstestamentsvollstreckung dann, wenn sich die Tes-

tamentsvollstreckung auch auf den Gegenstand des Erwerbs bezieht und das Finanzamt die Abgabe der Erklärung vom Testamentsvollstrecker verlangt. Die Pflicht zur Abgabe der Erbschaftsteuererklärung durch den Testamentsvollstrecker für einen Vermächtnisnehmer würde weiter nur bei einer entsprechenden testamentarischen Anordnung oder bei Anordnung der Dauervollstreckung über das Vermächtnis entsprechend den §§ 2209, 2219 BGB bestehen. Insoweit genügt es nicht für eine entsprechende Verpflichtung des Testamentsvollstreckers, dass der Testamentsvollstrecker lediglich das Vermächtnis für die Erben im Rahmen der Abwicklungsvollstreckung erfüllen muss. Auch haftet der Nachlass insoweit für die erbschaftsteuerlichen Pflichten der Vermächtnisnehmer, § 20 Absatz 3 ErbStG. Erfüllt demnach der Testamentsvollstrecker ein Vermächtnis und gibt der Vermächtnisnehmer keine Erbschaftsteuererklärung ab und/oder zahlt diese nicht, haftet der Nachlass bis zur Auseinandersetzung hierfür.

Toll und umfassend wird die Testamentsvollstreckung im Handels- und Gesellschaftsrecht im Dritten Abschnitt des Buchs aufgezeigt.

Der Testamentsvollstrecker von Winkler ist zusammenfassend ein Buch, welches auf fast alle materiell-rechtlichen Fragen rund um den Testamentsvollstrecker eine Antwort findet. Zudem kann der Kautelarjurist mit diesem Werk – auch für eine Testamentsgestaltung – praktisch arbeiten. Selbst für einen erfahrenen Testamentsvollstrecker bleibt dieses Werk wohl unerlässlich. Zudem stimmt das Preis-Leistungs-Verhältnis in hohem Maße!

Jonas Huber, Stuttgart

Amtsverwalter beim Notariat Esslingen am Neckar

Felix Busse (Herausgeber)

Maklerrecht

7., neu überarbeitete Auflage 2016

bearbeitet von Christoph Hamm, Rechtsanwalt in München,
Verlag C. H. Beck, ISBN 978-3-406-67268-2, 313 Seiten,
€ 49,- inkl. MwSt., Teil der Reihe NJW Praxis Band 18

Die 7. Auflage berücksichtigt Rechtsprechung und Schrifttum bis Februar 2016. Demnach wurden unter anderem das mit Wirkung zum 13.6.2014 in Kraft getretene Widerrufsrecht sowie das mit Wirkung zum 1.6.2015 in Kraft getretene Bestellerprinzip bei der Wohnungsvermittlung eingearbeitet.

Das Buch ist wie folgt untergliedert:

- Funktionen des Maklers und Entwicklung des Maklervertragsrechts
- Grundlagen des Maklerrechts
- Begründung des Maklervertrags
- Beendigung des Maklervertrags
- Gegenstand des Maklervertrags
- Pflichten des Maklers und des Auftraggebers
- Einstandspflicht des Auftragsgebers für schuldhaftes Verhalten des Maklers
- Voraussetzungen des Provisionsanspruchs
- Fälligkeit des Provisionsanspruchs
- Ausschluss des Provisionsanspruchs bei „echter und unechter“ Verflechtung
- Koppelungsgeschäfte
- Verwirkung des Provisionsanspruchs
- Höhe der Provision
- Abwälzen der Provision
- Aufwendungsersatz
- Reservierungsvereinbarungen
- Doppeltätigkeit
- Zulässigkeit abweichender Vereinbarungen
- Alleinauftrag
- Ehe- und Partnervermittlung

Für einen Anwender des Maklerrechts ist dieses Werk von hohem Wert. Es bietet eine fundierte und praxisorientierte Einführung in das Maklerrecht.

Die §§ 652 ff. BGB geben nicht viel her. Daher ist man rund um das Maklerrecht stark von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und anderen Obergerichten geprägt. Hier gibt das Werk größtenteils Antworten.

Da im Maklerbereich oft hohe Streitwerte zu verzeichnen sind, können auch Detailfragen von großer Bedeutung sein. Hier sei beispielsweise die Fälligkeit des Provisionsanspruchs erwähnt. Auch auf die Frage, ob der Makler ein Recht zur Grundbucheinsicht nach § 12 GBO hat – z.B. wenn der Auftraggeber (= Eigentümer) selbst verkauft –, wird unter Bezug auf die ergangene Rechtsprechung erörtert.

Für die notarielle Praxis dürfte das Buch jedoch von untergeordneter Bedeutung sein. Zwar wird beispielsweise erwähnt, dass es dem Notar untersagt ist, Grundstücksgeschäfte zu vermitteln (§ 14 Absatz 4 Satz 1 BNotO) und der Kaufvertrag zudem nichtig sei, wenn der Notar als Makler zudem den Vertrag beurkunden würde. Ebenso ist zutreffender Weise erwähnt, dass eine vom Notar auf Veranlassung des Maklers ohne Absprache mit den Kaufvertragsparteien in den notariellen Kaufvertrag aufgenommene Maklerklausel nicht geeignet sei, die für eine Vereinbarung erforderliche Willensübereinstimmung zu ersetzen. In einem solchen Fall verstoße der Notar gegen § 17 BeurkG, gegen § 14 Absatz 1 Satz 2 BNotO und muss mit einer Haftung nach § 19 BNotO rechnen.

Auf die Frage, ob bei einem Verbraucher-Verbraucher-Vertrag, bei welchem eine Maklerklausel als Vertrag zu Gunsten Dritter aufgenommen wird, womöglich diese Aufnahme die 2-Wochen-Frist des § 17 Absatz 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG auslöst („Eigentor des Maklers“), findet man jedoch keine Antwort. Auch erörtert die 7. Auflage nicht, ob ein Immobilienmakler nach § 2 Absatz 1 Ziffer 10 des Geldwäschegesetzes eine Identifizierungspflicht aller Interessenten hat und wie dies in der Praxis genau dem Makler nachzuweisen und von diesem zu dokumentieren ist. Zutreffend wird ausgeführt, dass nicht beurkundete Abreden, z.B. Vergütungsabreden oder Reservierungsvereinbarungen, gemäß §§ 311 b, 125 BGB grundsätzlich unwirksam sind.

Jonas Huber, Stuttgart

Amtsverwalter beim Notariat Esslingen am Neckar

**Prof. Dr. Rainer Hausmann und
Dr. Felix Odersky (Herausgeber)**

Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis

3., neu bearbeitete und erweiterte Auflage 2017

Verlag C. H. BECK, ISBN 978-3-406-68298-8,
945 Seiten in Leinen, mit Freischaltcode zum Download
der Formulierungshilfen, EUR 159,- inkl. MwSt.

**Die 3. Auflage folgt rund 10 Jahre nach Herausgabe der
Zweitauflage. Allein deshalb kann man bereits ahnen, wie
viel sich gerade im Bereich des internationalen Privat-
rechts getan hat. So verwundert es auch nicht, dass die
nun herausgegebene 3. Auflage auf mehr als das Doppelte
der Voraufgabe angewachsen ist.**

So wurde das Unterhaltsrecht und das Schuldvertragsrecht erheblich erweitert und die Rechtsgebiete von Ehescheidung und Gesellschaft erstmals aufgenommen. Vor allem das internationale Privatrecht im Gesellschaftsrecht hat enorm an Bedeutung gewonnen. So wird nicht nur die Sitztheorie und die Gründungstheorie erörtert, sondern auch Zuzugsfälle und Wegzugsfälle mit Einflüssen des Europarechts und Rechtsprechung des EuGH behandelt.

Ferner wird das Kollisionsrecht bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Rechtsformwechseln aufgezeigt. Dabei wird auch immer wieder ein am 7.1.2008 veröffentlichter Referentenentwurf eines „Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen“ des BMJ erwähnt, welches derzeit jedoch nicht weiter verfolgt wird.

Für die notarielle Praxis dürfte vor allem der 4. Teil des Werks, nämlich das Erbrecht von Bedeutung sein. Richtigerweise wird genannt, dass der Erbvertrag im Sinne des deutschen Rechts regelmäßig den weiten Erbvertragsbegriff der EuErbVO (Art. 3 Abs. 1 lit. b) erfüllen wird. Solange der EuGH die Frage noch nicht entschieden hat, ob ein gemeinschaftliches Testament als „Vereinbarung“ im Sinne der EuErbVO zu verstehen ist,

wird der Hinweis gegeben, den Erbvertrag dem gemeinschaftlichen Testament als Gestaltungsmittel vorzuziehen. Dies vor allem deshalb, weil andere europäische Länder im nationalen Recht zum Teil deutlich zwischen gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen unterscheiden und erst genannter aus unterschiedlichen Gründen für unzulässig erachten könnten.

Umfangreich finden sich Rechtswahlformulierungen im Bereich der Errichtung von Verfügungen von Todes wegen.

Die Zunahme alternativer Lebensformen zur Ehe wirkt sich in jüngerer Zeit verstärkt auch auf dem Gebiet der Rechtsgestaltung aus. So wird in der 3. Auflage das Lebenspartnerschaftsrecht mit rund 100 Randnummern belegt. Auch im Adoptionsrecht wird neben der Erörterung der Anerkennung ausländischer Adoptionen nicht das Thema ausgelassen, ob die Adoption durch einen oder beide Lebenspartner zulässig ist bzw. wird.

Auch der Versorgungsausgleich kommt nicht zu kurz und enthält unter anderem ein Abschnitt „Berücksichtigung und Bewertung ausländischer Versorgungsansparungen“.

Beim Kollisionsrecht bei Ehescheidungen sei kurz die Erörterung von Rechtswahlmöglichkeiten nach Art. 5 Abs. 1 Rom III-VO erwähnt, zudem auch hier entsprechende Formulierungen für verschiedene Konstellationen skizziert sind.

Zusammenfassend stellt die 3. Auflage ein umfangreiches Werk des Internationalen Privatrechts dar, welches nicht nur für Notare, sondern auch für alle anderen beratenden Juristen von großer Hilfe sein wird. Für die meisten Notare wird es kein Buch der täglichen Praxis sein, aber wenn ein Fall mit Auslandsberührung aufschlägt, wird man froh sein, dieses Werk zur Hand zu haben. Dabei werden ebenso Grundlagen skizziert, als auch Detailfragen in verschiedensten Rechtsgebieten erörtert. Die meisten Formulierungshilfen findet man hierbei im Bereich der Rechtswahlen.

Jonas Huber, Stuttgart

Amtsverwalter beim Notariat Esslingen am Neckar

Für mein gut eingeführtes Notariat in Mannheim suche ich eine/n

württembergische/n Notariatsassessor/in
mit Berufserfahrung.

Das Notariat besteht seit dem Jahre 2009 als erstes freies Nur-Notariat in Mannheim.

Beschäftigt sind derzeit 14 Mitarbeiter einschließlich eines Volljuristen.

Zur Betreuung der zum Teil anspruchsvollen Klientel, zur selbstständigen Bearbeitung teilweise komplexer Aufgabenstellungen aus dem gesamten Bereich des notariellen Berufsrechts, zur Mitarbeiterführung und Büroorganisation wird eine Persönlichkeit gesucht, die sowohl in der Lage ist, die vorbeschriebenen Anforderungen zu erfüllen, als auch gewillt und bereit ist, notarielle Vertretungen zu übernehmen.

Kurz gesagt: Gesucht wird die rechte Hand des Amtsinhabers.

Geboten werden modern ausgestattete Kanzleiräume in zentraler Citylage mit bester Anbindung an öffentliche Verkehrsmittel bzw. nahegelegene Parkhäuser, ein großzügiges eigenes Büro wie auch die jederzeitige Gelegenheit zur Weiterbildung. Die Vergütung entspricht den hohen Anforderungen.

Bei Interesse freue ich mich über Ihre Bewerbung per Post an
Notariat Dr. Hagen Wolff, O 3, 11 + 12 (Kunststraße), 68161 Mannheim
oder per E-Mail an: kanzleiservice@web.de

Psychologische Gutachtenstelle Dr. Holzapfel
überregional in Süd- und Südost-Baden-Württemberg
einschließlich der Ballungsräume S, ES, LB und HN

Die psychologische Gutachtenstelle Dr. Holzapfel in Münsingen ist Ihr Ansprechpartner für psychologische Sachverständigengutachten u.a.

zur Fragestellung der

gesetzlichen Betreuung gem. §1896 BGB.

Diese Gutachten erhalten Sie i.d.R. innerhalb von 3 Wochen.

Telefon: **07381 – 4370**
Mail: praxis-holzapfel@gmx.de
Homepage: www.praxis-holzapfel.de





+ Wir planen Ihr neues Notariat

Das kompetente Fachpersonal von büroform Mannsperger gestaltet mit Ihnen Unternehmensräume, die notarspezifische Tätigkeiten unterstützen und ein konzentriertes, diskretes Arbeiten ermöglichen. Von der Planung, über Projektierung bis hin zur kompletten Umsetzung realisieren wir Ihren Arbeitsplatz der Zukunft.

büroform
MANNSPERGER
BÜRO + OBJEKTDISEIGN

Gottlieb-Daimler-Str. 50
71711 Murr
Tel. 07144 897278-0

Paulinenstr. 51
70178 Stuttgart
Tel. 0711 674184-15

www.bueroform.de

STADT ESSLINGEN AM NECKAR 



Die ehemalige Reichsstadt Esslingen am Neckar verbindet Moderne mit Tradition. 92.000 Einwohner/innen und die ansässigen Unternehmen genießen die Angebotsvielfalt und Lebendigkeit ihrer Stadt. Hierzu trägt das Liegenschaftsamt durch die Vermarktung von Bauplätzen und von Gewerbeflächen bei. Für das Liegenschaftsamt der Stadt Esslingen am Neckar suchen wir ab sofort eine/n

Sachbearbeiter/in Grundstücksverkehr

in Teilzeit (50 %), befristet für drei Jahre.

Ihre Aufgaben:

- Sie vermarkten bebaute und unbebaute Grundstücke mit dem Schwerpunkt Wohngebietsflächen, entwickeln und verwirklichen Veräußerungsstrategien inkl. Werbemaßnahmen und erstellen Exposés
- Sie betreuen den Kauf und Tausch von Grundstücken und führen Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen durch
- Sie formulieren Grundstücksverträge sowie Vorlagen für den Gemeinderat und vertreten die Stadt bei notariellen Vertragsbeurkundungen

Ihr Profil:

- Sie besitzen einen Hochschulabschluss im juristischen Bereich oder sind Württ. Notarassessor/in bzw. Diplom-Verwaltungswirt/-in (FH), Bachelor of Arts (Public Management)
- Sie verfügen über rechtliches Wissen im Grundstücksverkehr und haben sowohl Erfahrung im Umgang mit kommunalen Verwaltungsstrukturen als auch im Einsatz betriebswirtschaftlicher Instrumente

Sie haben Interesse? Dann überzeugen Sie uns bitte bis zum **09.04.2017** mit Ihren aussagekräftigen Bewerbungsunterlagen über unser Online-Bewerbungsportal unter www.esslingen.de/freie-stellen mit Angabe der **Kennziffer: 25.17/23**. Die Stelle wird nach EG 11 TVöD-VKA vergütet. Für weitere Auskünfte steht Ihnen der Leiter des Liegenschaftsamtes, Herr Burmeister (Tel. 0711/3512-2288) gerne zur Verfügung. Den vollständigen Ausschreibungstext finden Sie auf www.esslingen.de/jobs.