

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

25. Jahrgang
März 2017
ISSN 1434-3460

6/2017

Mit Jahresregister 2015/2016

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AktG § 179a – Anwendbarkeit des § 179a AktG auf die OHG; Gesamtvermögensgeschäft; freihändige Verwertung eines Grundstücks bei drohender Zwangsversteigerung; Beurkundungspflicht des Zustimmungsbeschlusses

BGB §§ 883, 885 – Wiederverwendung der Vormerkung, wenn die aufzulassende Teilfläche mit der durch die Vormerkung ursprünglich abgesicherten Fläche nicht (auch nicht teilweise) übereinstimmt

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 1913; AktG § 273 Abs. 4 – Löschung einer Auslandsgesellschaft im Register des Gründungsstaats; Inlandsvermögen; Bestellung eines Nachtragsliquidators

BGB §§ 428, 464, 472, 875, 1094 – Löschung eines Vorkaufsrechts im Grundbuch; Unzulässigkeit eines Vorkaufsrechts für Gesamtberechtigte i. S. v. § 428 BGB

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AktG § 179a Anwendbarkeit des § 179a AktG auf die OHG; Gesamtvermögensgeschäft; freihändige Verwertung eines Grundstücks bei drohen- der Zwangsversteigerung; Beurkundungs- pflicht des Zustimmungsbeschlusses

I. Sachverhalt

Ein zu veräußerndes Grundstück steht im Eigentum einer OHG.

Gesellschafter der OHG sind die X-KG und Herr Y. Über das Vermögen der X-KG wurde ein Insolvenzverfahren eröffnet. Nach dem Gesellschaftsvertrag wird die Gesellschaft auch bei Insolvenz eines Gesellschafters fortgeführt. Für die X-KG handelt der Insolvenzverwalter.

Das zu veräußernde Grundstück ist das wesentliche Vermögen der OHG bzw. ihre wesentliche Geschäftsgrundlage.

In Abt. III ist das Grundstück mit Grundschulden belastet. Die Gläubiger betreiben die Zwangsversteigerung. Der Zwangsversteigerungsvermerk ist in Abt. II eingetragen.

Das Grundstück soll nunmehr verkauft werden. Der Insolvenzverwalter der X-KG und Herr Y sind sich über den Verkauf einig. Sie sind bereit, für die OHG einen entsprechenden Grundstückskaufvertrag zu schließen. Die Beteiligten fragen sich, ob noch ein notariell zu beurkundender Gesellschafterbeschluss gefasst werden muss.

II. Fragen

1. Bedarf die Veräußerung des Grundstücks eines Beschlusses nach § 179a AktG analog? Falls ja: Ändert hieran das laufende Zwangsverfahren etwas?

2. Welche Formerfordernisse gelten für diesen Beschluss?

III. Zur Rechtslage

Zunächst ist zu prüfen, ob die Gesellschafter der OHG einen besonderen Beschluss fassen müssen, damit die OHG wirksam einen Vertrag über das Grundstück abschließen kann (hierzu unter 1.). Besteht ein entsprechendes Erfordernis, fragt sich, ob ein solches auch in der Insolvenz eines Gesellschafters bzw. in der Abwendung einer drohenden Zwangsversteigerung gilt (hierzu unter 2.). Zuletzt fragt sich, ob ein notwendiger Gesellschafterbeschluss der notariellen Beurkundung bedarf (hierzu unter 3.).

1. Beschluss bei Gesamtvermögensvermögens- geschäft

Fraglich ist zunächst, ob die Gesellschafter der OHG der Veräußerung des Grundstücks zustimmen müssen. Ein

Zustimmungsbedürfnis könnte sich aus § 179a AktG analog ergeben.

Nach § 179a AktG bedarf ein Vertrag, durch den sich eine AG zur Übertragung des **ganzen Gesellschaftsvermögens** verpflichtet, eines Beschlusses der Hauptversammlung mit satzungsändernder Mehrheit (vgl. § 179a Abs. 1 S. 1 AktG i. V. m. § 179 Abs. 2 AktG). Der Zustimmungsbeschluss ist **Wirksamkeitsvoraussetzung für das Rechtsgeschäft im Außenverhältnis** (vgl. BGH NJW 1995, 596; Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 179a Rn. 13; a. A. Bredthauer, NZG 2008, 816, 819; zum Ganzen eingehend Hüren, RNotZ 2014, 77).

Wie sich aus dem Wortlaut des § 179a AktG („verpflichtet“) ergibt, gilt die Vorschrift **nur für das schuldrechtliche Grundgeschäft**, nicht jedoch für das dingliche Erfüllungsgeschäft und damit insbesondere auch nicht für die Auflassung von Grundstücken (vgl. BGH NJW 1991, 2564, 2565; Grigoleit/Ehmann, AktG, 2013, § 179a Rn. 4; Hüffer/Koch, § 179a Rn. 3, 13; Holzborn, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 179a Rn. 13; a. A. Timm, AG 1980, 172, 175). Ist das schuldrechtliche Grundgeschäft unwirksam, ist der zur Erfüllung der nicht bestehenden Verbindlichkeit geleistete Gegenstand kondizierbar (§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB).

a) Analoge Anwendung auf die OHG

§ 179a AktG bringt nach Auffassung des BGH einen **allgemeinen Rechtsgrundsatz** zum Ausdruck. Die Beschränkungen für Gesamtvermögensgeschäfte sollen **auch für Personenhandelsgesellschaften** gelten (BGH NJW 1995, 596; NJW 2005, 753, 754). Die Literatur zieht daraus überwiegend den Schluss, dass § 179a AktG auch auf die GbR und die OHG anwendbar ist (Leitzen, NZG 2012, 491, 495; Stellmann/Stoeckle, WM 2011, 1983, 1987; a. A. Hüren, RNotZ 2014, 77, 90; für Grundlagengeschäft, bei dem alle Gesellschafter mitwirken müssen OLG Hamm RNotZ 2007, 612).

Auch wenn sich die Anwendbarkeit des § 179a AktG auf Personenhandelsgesellschaften unter Hinweis auf die personalistische Struktur und die vertraglichen Grundlagen der Gesellschaft mit dem ohnehin bestehenden Einstimmigkeitsprinzip kritisieren lässt, dürfte zumindest in der Praxis bis auf Weiteres davon auszugehen sein, dass **auch bei der OHG ein Zustimmungsbeschluss** zu einem Gesamtvermögensgeschäft **nach § 179a AktG analog erforderlich** ist.

b) Gesamtvermögensgeschäft

§ 179a Abs. 1 AktG setzt voraus, dass Vertragsinhalt die Verpflichtung der Gesellschaft zur Übertragung ihres **ganzen Vermögens** ist. Einig ist man sich darin, dass auch Verträge erfasst sind, die nicht das Gesellschaftsvermögen in Bausch und Bogen erfassen (vgl. Hüffer/Koch, § 179a Rn. 4). Die weiteren **Einzelheiten** sind **umstritten** (näher hierzu Hüren, RNotZ 2014, 77, 80): Nach h. M. ist ein qualitativer Maßstab anzulegen. Es ist zu prüfen, ob die Gesellschaft mit dem verbliebenen Vermögen weiterhin den Gesellschaftszweck verfolgen kann (Hüffer/Koch, § 179a Rn. 4 m. w. N.). Der **BGH** hat in diesem Zusammenhang zur Vorgängernorm des § 179a AktG (§ 361 AktG a. F.) ausgeführt (BGH NJW 1982, 1703, 1704):

„Eine Vermögensübertragung, die nach § 361 AktG ohne die Zustimmung der Hauptversammlung wegen fehlen-

der Vertretungsmacht des Vorstands gegenüber der Bekl. schuldrechtlich nicht wirksam geworden wäre, scheidet aus, weil die Bekl. nicht, [...] ihr ganzes Vermögen [...] übertragen hat. Anders wäre es, wenn im Verhältnis zum Ganzen nur unwesentliche einzelne Vermögensteile bei der Bekl. verblieben wären [...]. Das ist jedoch nicht der Fall. Der Revision ist zwar insoweit zuzustimmen, als sie den [...] Substanzwertvergleich hier nicht als ausschlaggebend ansieht. In der Tat läßt sich bei dem vorliegenden Sachverhalt die Frage, ob die Bekl. noch ein verhältnismäßig beträchtliches Restvermögen behalten hat, nicht einfach so beantworten, daß man [...] lediglich die Teilreproduktionswerte des übertragenen mit denen des verbliebenen Anlage- und Umlaufvermögens vergleicht und hierbei weder die Passiva noch die jeweiligen Ertrags Erwartungen berücksichtigt. Denn § 361 AktG [...] will die Gesellschafter dagegen sichern, daß die Gesellschaft ohne ihren Willen das Gesellschaftsvermögen als die Grundlage ihrer satzungsmäßigen Unternehmenstätigkeit völlig aus der Hand gibt [...]. Ist, wie hier, Gegenstand der Vermögensübertragung ein lebendes Unternehmen, so entfällt daher nach Wortlaut und Zweck der Tatbestand des § 361 AktG nur, wenn die Gesellschaft mit dem zurückbehaltenen Betriebsvermögen noch ausreichend in der Lage bleibt, ihre in der Satzung festgelegten Unternehmensziele weiterhin, wenn auch in eingeschränktem Umfang, selbst zu verfolgen.“

Ergänzend hat der BGH darauf hingewiesen, dass bei der Prüfung der Wert einer zurückgehaltenen Beteiligung und die Erträge daraus nicht außer Betracht bleiben dürften (BGH NJW 1982, 1703, 1705 unter Bezugnahme auf RG JW 1929, 1371).

Die **Literatur** geht zum Teil kumulativ von qualitativen und quantitativen Kriterien aus (vgl. Stellmann/Stoeckle, WM 2011, 1983, 1985). Andere berücksichtigen vorrangig qualitative Kriterien (MünchKommAktG/Stein, 4. Aufl. 2016, § 179a Rn. 18) oder stellen primär auf quantitative Aspekte ab (Grigoleit/Ehmann, AktG, 2013, § 179a Rn. 5).

Nicht einheitlich beurteilt wird in diesem Zusammenhang auch, ob Veräußerungsgeschäfte von **Projektgesellschaften** eines Zustimmungsbeschlusses nach § 179a AktG bedürfen (dagegen: Zintl/Singbartl, GWR 2015, 375; dafür: Hüren, RNotZ 2014, 77, 81 und 98; differenzierend: Leitzen, NZG 2012, 491, 494).

Ob die Veräußerung des Grundstücks durch die OHG ein Gesamtvermögensgeschäft i. S. v. § 179a AktG ist, hängt somit von den **Umständen des Einzelfalls** ab. Zumindest dann, wenn das Grundstück das **wesentliche operative Vermögen** der OHG darstellt und die OHG nach der Veräußerung des Grundstücks die **Grundlage für die Ausübung ihres Geschäftsbetriebs** verliert, dürfte man von einer Anwendbarkeit des § 179a AktG ausgehen.

c) Insolvenz und freihändige Verwertung zur Abwendung der Zwangsversteigerung

Fraglich ist damit, ob die Tatsache, dass über das Vermögen einer Gesellschafterin das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, an diesem Ergebnis etwas ändert. Eine ausdrückliche Regelung enthält § 179a AktG zu dieser Problematik nicht.

Nach allg. Auffassung findet § 179a AktG **in einem Insolvenzverfahren keine Anwendung**. Begründet wird dies damit, dass der Gläubigerausschuss (§ 160 Abs. 1 InsO) die notwendige Kontrolle über den Insolvenzverwalter

ausübt und es keiner weiteren Einbeziehung durch die Gesellschafter bedarf. Im Insolvenzverfahren kommt es auf die Verwertung zur **bestmöglichen Gläubigerbefriedigung** an, nicht jedoch auf die Interessen der Gesellschafter (vgl. Seibt, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl. 2015, § 179a Rn. 3; MünchKommAktG/Stein, § 179a Rn. 12).

Eine Anwendung des § 179a AktG scheidet jedoch nur dann aus, wenn sich das Insolvenzverfahren gerade auf die von § 179a AktG betroffene Gesellschaft (hier: die OHG) bezieht. Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Das anhängige **Insolvenzverfahren betrifft nicht die OHG, sondern die Gesellschafterin** der OHG, die X-KG.

Gegen eine Anwendbarkeit des § 179a AktG könnte jedoch der Umstand sprechen, dass die Gläubiger aus einer auf dem Grundstück lastenden Grundschuld die Zwangsversteigerung in das Grundstück betreiben. Ob § 179a AktG auch dann Anwendung findet, wenn die Veräußerung der **Verhinderung einer Zwangsversteigerung** dienen soll, ist ungeklärt. Die Frage wird man mit Blick auf den **Normzweck** beantworten müssen.

So lässt sich in dieser Konstellation anführen, dass die Gesellschaft den Gesamtvermögensgegenstand auch verlieren wird, wenn sie das Veräußerungsgeschäft nicht abschließt. Allerdings sichert das Mitwirkungserfordernis des § 179a AktG nach Lesart der Literatur gerade nicht nur die **Mitsprache der Gesellschafter über das „Ob“**, sondern auch das **„Wie“ der Veräußerung** ab. Dies zeige sich darin, dass die Gesellschafter nicht nur der Veräußerung als solcher, sondern auch den konkreten Konditionen des Vertrags zustimmen müssten (BGH NJW 1982, 933; MünchKommAktG/Stein, § 179a Rn. 43). Vor diesem Hintergrund geht die einhellige Auffassung davon aus, dass § 179a AktG auch **im Liquidationsstadium Anwendung** findet (Hüren, RNotZ 2014, 77, 78 f.; Seibt, in: K. Schmidt/Lutter, § 179a Rn. 3; MünchKommAktG/Stein, § 179a Rn. 12; Holzborn, in: Spindler/Stilz, § 179a Rn. 11). Die Vermögensinteressen der Aktionäre müssten trotz der feststehenden Abwicklung der Gesellschaft gewahrt werden. Diese Auffassung ist nicht zweifelsfrei, wenn man ausschließlich auf qualitative Gesichtspunkte abstellt. Denn mit der Liquidation tritt die Gesellschaft in ein Verfahren ein, das gerade auf die Aufgabe der betrieblichen Grundlagen gerichtet ist.

Geht man aber davon aus, dass das Zustimmungserfordernis auch in der Liquidation besteht, könnte man hieraus den Schluss ziehen, dass es auch bei der Veräußerung eines Vermögensgegenstands zur Verhinderung einer Zwangsversteigerung eingreift. Gegen eine Anwendbarkeit von § 179a AktG ließe sich allenfalls anführen, dass § 179a AktG **in der Zwangsversteigerung selbst nicht anzuwenden** ist. Allerdings bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass eine freihändige Veräußerung zur Abwendung der Zwangsversteigerung ebenfalls ohne Zustimmung möglich wäre. Die Gesellschaft schließt in diesem Fall ein **Rechtsgeschäft** über ihr ganzes Vermögen ab. Nach § 179a AktG sollen die Gesellschafter bei Rechtsgeschäften aber gerade mitwirken können. Dies betrifft auch die **Konditionen der Veräußerung**. Dass die Gesellschafter bei einer Zwangsversteigerung selbst keine Mitspracherechte haben, steht dem nicht entgegen. Die Gesellschaft muss in einem solchen Fall auch nicht zwangsläufig das Eigentum an dem Grundbesitz verlieren. Es wäre z. B. denkbar, dass es der Gesellschaft gelingt, mit den Gläubigern eine

Sanierungsvereinbarung zu schließen und die Zwangsversteigerung auf diesem Wege zu verhindern.

3. Form

Geht man von einer analogen Anwendbarkeit des § 179a AktG auf Personengesellschaften aus, fragt sich, ob der Beschluss der Gesellschafter **notariell zu beurkunden** ist.

Für die AG ergibt sich die Beurkundungspflicht des Hauptversammlungsbeschlusses unmittelbar aus dem Gesetz (§§ 179a Abs. 1, 179 Abs. 1 u. 2, 130 Abs. 1 AktG). Auch für die GmbH geht die ganz h. M. von einer Beurkundungspflicht aus und begründet dies mit einer analogen Anwendung des § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG (Eickelberg/Mühlen, NJW 2011, 2476, 2481; Scholz/Priester/Veil, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 176; MünchKommGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 229; Stellmann/Stoeckle, WM 2011, 1983, 1987).

Ob dies auch für Personengesellschaften gilt, ist umstritten: Vereinzelt vertritt die Literatur implizit, dass die notarielle Form nach § 179a AktG i. V. m. § 130 AktG auch für den Zustimmungsbeschluss bei Personengesellschaften gilt (vgl. Hermanns, DNotZ 2012, 9, 12).

Die **überwiegende Auffassung verneint eine Beurkundungspflicht** (Burmeister/Schmidt-Hern, NZG 2016, 580, 581 f.; Hüren, RNotZ 2014, 77, 90; Leitzen, NZG 2012, 491, 494; Packi, Die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens, 2011, S. 285 f.).

Die Beurkundungspflicht des Zustimmungsbeschlusses bei Kapitalgesellschaften folgt nicht unmittelbar aus § 179a AktG. Sie ist darauf zurückzuführen, dass es sich beim Zustimmungsbeschluss um einen **Beschluss mit satzungsändernder Qualität** handelt und Satzungsänderungen im Recht der Kapitalgesellschaften einer Beurkundungspflicht unterliegen.

Im Personengesellschaftsrecht ist dies anders. Gesellschaftsverträge und ihre Änderungen bedürfen grundsätzlich keiner besonderen Form. Das spricht dafür, dass ein Zustimmungsbeschluss zu einem Gesamtvermögensgeschäft ebenfalls nicht formbedürftig ist.

Eine Beurkundungspflicht könnte sich allenfalls aus dem Umstand ergeben, dass **Umwandlungsbeschlüsse** bei Personenhandelsgesellschaften beurkundungspflichtig sind (§§ 13 Abs. 1, 43 UmwG; vgl. zu diesem Einwand auch Burmeister/Schmidt-Hern, NZG 2016, 580, 582). Man könnte im Hinblick auf Gesamtvermögensgeschäfte wegen ihrer wirtschaftlich einschneidenden Bedeutung eine Parallele zu einer Umwandlung ziehen. Hiergegen lässt sich aber anführen, dass die Formvorschriften des UmwG gerade auch vor dem besonderen Hintergrund der (partiellen) **Gesamtrechtsnachfolge** zwischen mehreren Rechtsträgern und dem besonderen Bedürfnis nach Rechtssicherheit zu betrachten sind. Die Umwandlung führt zu einem automatischen Rechtsübergang auch **im Verhältnis** zu nicht an der **Umwandlungsmaßnahme beteiligten Dritten**. Ein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft über das gesamte Vermögen der Gesellschaft, das keine unmittelbaren Wirkungen gegenüber Dritten zeitigt, lässt sich hiermit nicht vergleichen.

Abschließend geklärt ist die Frage jedoch nicht. Das OLG Düsseldorf (Beschl. v. 26.11.2015–110W120/15, NZG 2016, 589) sah in der Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses

zu einem Gesamtvermögensgeschäft bei einer KG zumindest **keine unrichtige Sachbehandlung** i. S. v. § 21 Abs. 1 S. 1 GNotKG. Die Beurkundungspflicht des Zustimmungsbeschlusses nach § 179a AktG sei bei einer KG noch nicht höchstrichterlich und damit nicht abschließend geklärt (so auch bereits die Vorinstanz LG Düsseldorf RNotZ 2015, 664; zuletzt auch LG Düsseldorf, Beschl. v. 4.4.2016 – 25 T 697/14, BeckRS 2016, 06653).

Wirken – so wie offensichtlich im vorliegenden Fall auf der Ebene der OHG – sämtliche Gesellschafter am notariell beurkundeten Veräußerungsgeschäft mit, kann hierin evtl. ein **konkludenter Beschluss** liegen (Stellmann/Stoeckle, WM 2011, 1983, 1987). Die Literatur zieht in einem solchen Fall mitunter implizit eine Parallele zu konkludenten Gesellschafterbeschlüssen bei GmbH-Geschäftsanteilsabtretungen und Vinkulierungsklauseln (Volpert, RNotZ 2015, 665, 666). Wenn die Gesellschafter an der Anteilsübertragung mitwirken, liegt hierin gleichzeitig ein konkludenter Gesellschafterbeschluss über die Teilung und Abtretung (vgl. BGHZ 15, 324 = NJW 1955, 220; RGZ 130, 39, 45; OLG Düsseldorf OLGReport 2002, 9, 11; Ising, NZG 2011, 1368, 1373; Scholz/Seibt, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 15 Rn. 131; ähnlich auch BGH WM 1968, 1037; vgl. auch OLG Hamm, Urt. v. 1.11.2005 – 8 U 203/04, Rn. 24 [konkludenter Beschluss bei Erteilung einer Generalvollmacht]).

Allerdings würde dies voraussetzen, dass sämtliche **Gesellschafter** nicht nur im Namen des vertretenen Rechtsträgers (hier: der OHG), sondern (zumindest konkludent) auch **im eigenen Namen** handeln, wenn sie an der notariellen Urkunde mitwirken. Mit Blick auf § 17 Abs. 1 BeurkG mag es sich gleichwohl empfehlen, eine **eindeutige Regelung** in die Urkunde aufzunehmen, wenn ein Zustimmungserfordernis besteht und der Beschluss der notariellen Beurkundung bedarf (vgl. Stellmann/Stoeckle, WM 2011, 1983, 1987).

4. Ergebnis

Nach der h. M. gilt § 179a AktG auch für die OHG. Eine Ausnahme vom Zustimmungserfordernis lässt sich mit hinreichender Sicherheit weder aus der Insolvenz des Gesellschafters noch aus der drohenden Zwangsversteigerung ableiten.

Der Gesellschafterbeschluss bedarf nach h. M. nicht der notariellen Beurkundung. Eine notarielle Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses stellt nach der obergerichtlichen Rechtsprechung jedoch keine unrichtige Sachbehandlung i. S. v. § 21 GNotKG dar.

BGB §§ 883, 885

Wiederverwendung der Vormerkung, wenn die aufzulassende Teilfläche mit der durch die Vormerkung ursprünglich abgesicherten Fläche nicht (auch nicht teilweise) übereinstimmt

I. Sachverhalt

Ein Verkäufer hat durch einheitlichen Kaufvertrag ein Grundstück an 11 Käufergesellschaften verkauft. Die Käufergesellschaften sind miteinander verbunden, erwerben aber jeweils eine eigene Teilfläche, auf der die jewei-

lige Objektgesellschaft dann jeweils ein Bauvorhaben ausführen wird. Insgesamt bilden die Teilflächen das gesamte Grundstück.

Für jede der Käufergesellschaften ist wegen der ihr jeweils verkauften Teilfläche eine Auflassungsvormerkung eingetragen worden. Die Teilflächen sind durch Planeinzeichnung und Größenangabe beschrieben. Infolge einer geänderten Bauplanung soll nun auch der Kaufvertrag dahingehend angepasst werden, dass die Aufteilung der Teilflächen geändert wird. Wenngleich weiterhin das Grundstück insgesamt verkauft wird, werden die an die jeweiligen Objektgesellschaften verkauften Flächen neu und abweichend von dem bisherigen Kaufvertrag beschrieben.

II. Frage

Genügt es im Hinblick auf die Rechtsprechung zur Aufhebung der Vormerkung und Änderung des gesicherten Anspruchs, die Änderung des Vertragsgegenstandes bei der jeweiligen Vormerkung zu vermerken? Oder ist jeweils eine neue Vormerkung einzutragen, da der Gegenstand des gesicherten Anspruchs und damit dessen Inhalt selbst geändert wird?

III. Zur Rechtslage

1. Vormerkung als akzessorisches Sicherungsmittel
Nach § 883 Abs. 1 S. 1 BGB kann zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung eines Rechts an einem Grundstück eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden. Die Eintragung einer Vormerkung ist auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig, § 883 Abs. 1 S. 2 BGB. Die **Vormerkung ist kein dingliches Recht**; sie ist vielmehr ein mit gewissen dinglichen Wirkungen ausgestattetes **Sicherungsmittel eigener Art** für einen schuldrechtlichen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung (vgl. nur Palandt/Bassenge, BGB, 76. Aufl. 2017, § 883 Rn. 2).

Die **Akzessorietät** der Vormerkung hinsichtlich des Bestands des gesicherten Anspruchs wird dabei bereits in § 883 Abs. 1 BGB deutlich zum Ausdruck gebracht, wenn die Möglichkeit der Eintragung einer Vormerkung allein „zur Sicherung“ eines Anspruchs auf dingliche Rechtsänderung ermöglicht wird. Folge der Akzessorietät ist, dass die **Vormerkung nicht ohne zugrunde liegenden schuldrechtlichen Anspruch** zur Entstehung gelangt.

Eine für einen nichtigen Anspruch eingetragene Vormerkung ist rechtlich ein Nullum. Ebenso wenig sind nicht bestehende Ansprüche vormerkbar; eine darauf bezogene Vormerkung ist nicht zulässig. Wurde sie gleichwohl im Grundbuch eingetragen, ist sie gegenstandslos (vgl. nur MünchKommBGB/Kohler, 7. Aufl. 2017, § 883 Rn. 22).

2. Voraussetzungen für die Wiederverwendung einer Vormerkung

Vorliegend wurden jeweils Auflassungsvormerkungen für eine konkret bestimmte Teilfläche bestellt. Inwiefern die jeweiligen eingetragenen Auflassungsvormerkungen die nun jeweils geänderten Auflassungsansprüche absichern können, ist davon abhängig, inwieweit die Voraussetzungen zur „**Aufladung der Vormerkung**“ vorliegen.

a) Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung des BGH müssen sich hierfür **Eintragung und Bewilligung** derart entsprechen, dass sie den **gleichen sicherungsfähigen**, auf dingliche

Rechtsänderung gerichteten **Anspruch** betreffen (BGH NJW 2000, 805, 806; NJW 2008, 578, 579; NJW 2012, 2032, 2033). Anspruch ist dabei der „Inhalt“, nicht der zugrunde liegende Schuldgrund (BGH NJW 2012, 2032, 2033; NJW-Spezial 2008, 131).

Das OLG München (Beschl. v. 31.3.2014 – 34 Wx 206/13, NJW-RR 2014, 976) hat entschieden, dass bei einer Verschiebung der aufzulassenden Teilfläche dergestalt, dass ein Teil von der ursprünglichen Vormerkung weiterhin umfasst ist, die Vormerkung durch entsprechenden Vermerk im Grundbuch **auch auf die übrigen Teile erstreckt** werden kann.

Dabei ließ das Gericht offen, ob die eingetragene Vormerkung auch – wie in diesem Fall – mit einem **vollständig anderen Eigentumsverschaffungsanspruch** aufgeladen werden kann. Es ließ jedoch erkennen, dass es eine solche Wiederverwendungsmöglichkeit der Vormerkung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH für **zweifelhaft** hält. Denn eine **Übereinstimmung** zwischen dem durch die Eintragung vorgemerkten Anspruch und dem Anspruch, dem die Vormerkung nach der Bewilligung dienen soll, **bestehe der Sache nach nicht**. Schließlich müsse nach Maßgabe des BGH der neu begründete Anspruch auf **dieselbe Leistung** gerichtet sein, wie der zunächst gesicherte Anspruch (OLG München NJW-RR 2014, 976, 978).

b) Literatur

Korrespondierend zur Auffassung der Rechtsprechung geht auch die Kommentarliteratur davon aus, dass die Auswirkungen auf die Vormerkung davon abhängen, ob die in Rede stehende Änderung das **Anspruchsziel selbst oder den Schuldgrund bzw. die Erfüllungsmodalitäten** betrifft (BeckOGK-BGB/Assmann, Stand: 1.3.2017, § 883 Rn. 75, § 885 Rn. 108 ff.; MünchKommBGB/Kohler, § 885 Rn. 30 ff.). Verlangt wird jedenfalls die **Identität von Gläubiger, Schuldner und Anspruchsziel**. Welcher Anspruch konkret gesichert ist, ergibt sich bei einer zulässigen Bezugnahme nach § 885 Abs. 2 BGB aus der Eintragungsbewilligung (BGH NJW 2012, 2032, 2034 = MittBayNot 2013, 37).

Kohler (in: MünchKommBGB, § 885 Rn. 32) führt aus, dass bei einer Erweiterung des Anspruchsziels die Vormerkungseintragung unzweifelhaft anzupassen sei. Insofern bedürfe es „*einer Bestellung gemäß § 885 BGB, unbeschadet der buchungstechnischen Möglichkeit, diese Neueintragung durch Änderung der ursprünglichen Eintragung oder Bezugnahmevermerks unter Beifügung der erweiternden Vereinbarung zu bewirken*“. Er verweist jedoch (a. a. O. Rn. 37) auf die höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach „*eine entsprechend angepasste Vormerkungssicherung auch ohne Neuvornahme oder Änderung der Vormerkungseintragung bzw. Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gemäß § 885 Abs. 2 unter der Voraussetzung stattfindet, dass die vormalige, aus der bestehenden, als solchen zulässigen Eintragung der Vormerkung ersichtliche Gläubiger- und Schuldnerschaft fortbestehen, und dass das ursprüngliche sachenrechtliche Erwerbsziel, wie es die eingetragene Vormerkung in Verbindung mit einer zulässigen Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gemäß § 885 Abs. 2 verlautbart, mit demjenigen Erwerbsziel übereinstimmt, das sich nunmehr als Inhalt der nachfolgenden materiellrechtlichen Bewilligung iSd § 885 Abs. 1 ergibt, wobei sich deren Inhalt wegen der Akzessorietät der Vormerkung nicht*

ohne Berücksichtigung der Modalitäten des zu sichernden Anspruchs feststellen lässt.“

Sowohl *Kohler* (a. a. O.) als auch *Gursky* (in: Staudinger, BGB, 2013, § 885 Rn. 81) äußern sich gegenüber der Auffassung der Rechtsprechung äußerst kritisch, wenn sie auch nicht zur neueren Entscheidung des OLG München (a. a. O.) Stellung nehmen. Die Entscheidung des OLG München wird zwar von *Assmann* (in: BeckOGK-BGB, § 883 Rn. 80.1) zitiert, jedoch lediglich im Hinblick darauf, dass eine Erweiterung der geschuldeten Rechtsänderung nicht mehr durch die Vormerkung gesichert ist.

Weitergehende Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung zu der seitens des OLG München geäußerten Rechtsauffassung ließen sich nicht auffinden. Es bleibt daher abzuwarten, wie sich Literatur und Rechtsprechung zu dieser Entscheidung verhalten werden.

c) Zusammenfassung

Infolgedessen halten wir in der vorliegenden Situation ein „Aufladen“ für kritisch. Denn wie bereits das OLG München andeutete, ist der neu begründete Übereignungsanspruch gerade nicht mehr auf dieselbe Leistung gerichtet wie der zunächst gesicherte Anspruch, sondern bezieht sich auf eine andere Grundstücksteilfläche. Eine **Identität** ist daher u. E. **nicht mehr gegeben**. Die Rechtslage ist insofern jedoch noch ungeklärt.

3. Ergebnis

Dem Gebot des sichersten Weges dürfte es daher entsprechen, eine neue Vormerkung zur Eintragung zu bringen. Dies gilt insbesondere in Anbetracht der durch das OLG München aufgeworfenen Zweifel an der „Aufladungsmöglichkeit“ in diesen Fällen.

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.de>

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

HöfeO § 1

Negative Hofererklärung bei Vor- und Nacherbschaft; Auswirkungen des Wegfalles der Hofeigenschaft auf bereits entstandene Pflichtteilsansprüche

Abruf-Nr.:

BGB §§ 1018, 1090; BauGB §§ 9 Abs. 1 Nr. 7, 11 Abs. 2 Unbefristete Bindung des Erwerbers eines gemeindlichen Grundstücks zur Absicherung der bauplanerischen Festsetzung nach § 9 Abs. 1 Nr. 7 BauGB; unbefristete Dienstbarkeit; Wohnungsbesetzungsrecht; soziale Wohnraumförderung

Abruf-Nr.:

BGB § 1913; AktG § 273 Abs. 4 Löschung einer Auslandsgesellschaft im Register des Gründungsstaats; Inlandsver- mögen; Bestellung eines Nachtragsliquidators

a) Eine Gesellschaft ausländischen Rechts, die infolge der Löschung im Register ihres Heimatstaates durch eine behördliche Anordnung ihre Rechtsfähigkeit verliert, besteht für ihr in Deutschland belegenes Vermögen als Restgesellschaft fort.

b) Wenn einzelne Abwicklungsmaßnahmen in Betracht kommen, ist entsprechend § 273 Abs. 4 Satz 1 AktG ein Nachtragsliquidator und nicht entsprechend § 1913 BGB ein Pfleger zu bestellen.

BGH, Beschl. v. 22.11.2016 – II ZB 19/15

Problem

Wird eine Auslandsgesellschaft im Register ihres Heimatstaats gelöscht und verliert sie damit ihre Existenz, existiert aber noch in Deutschland belegenes Gesellschaftsvermögen, fragt sich, ob und wie die Gesellschaft über dieses Vermögen verfügen kann.

Der BGH musste über einen Fall entscheiden, in dem zu Lasten eines deutschen Grundstücks eine Grundschuld zugunsten einer Limited mit Sitz in Nassau/Bahamas im Grundbuch eingetragen war. Die Gesellschaft wurde im Register der Bahamas wegen nicht beglichener Gebühren gelöscht.

Der Eigentümer des belasteten Grundstücks wollte nunmehr über die Bestellung eines Pflegers (§ 1913 BGB) die Löschung der zugunsten der Limited eingetragenen Grundschuld erreichen.

Entscheidung

Nach Auffassung des BGH besteht keine Möglichkeit, in einem solchen Fall eine **Pflegschaft** nach § 1913 BGB anzuordnen. Die Anordnung einer Pflegschaft scheidet aus, wenn der rechtliche Träger des Vermögens als solcher bekannt sei und nur seine Organe verhindert oder unbekannt seien. Der rechtliche Träger der auf den Grundstücken lastenden Grundschuld sei im vorliegenden Fall aber bekannt. Wenn die Limited bei Anwendbarkeit des Rechts der Bahamas infolge der Löschung ihre Rechtsfähigkeit verloren habe und damit erloschen sei, gelte sie für ihr in Deutschland belegenes Vermögen als fortbestehend. Eine Gesellschaft ausländischen Rechts, die infolge der Löschung im Register ihres Heimatstaates durch eine behördliche Anordnung ihre Rechtsfähigkeit verliert, bestehe für ihr in Deutschland belegenes Vermögen als **Restgesellschaft** fort. Das im Ausland belegene Vermögen werde nicht herrenlos, sondern gehöre nach wie vor dem im Interesse der Gesellschafter wie auch der Gläubiger als Restgesellschaft weiterbestehenden Rechtsträger.

Für eine Restgesellschaft könne auch ein **Vertretungsorgan** bestimmt werden. Wenn einzelne Abwicklungsmaßnahmen in Betracht kommen, sei entsprechend § 273 Abs. 4 S. 1 AktG ein **Nachtragsliquidator** zu bestellen. Eine im Inland entstandene Restgesellschaft sei grundsätzlich nach **deutschem Recht** zu beurteilen, insbesondere auch abzuwickeln und umzugründen. Zur Vertretung im

Rechtsverkehr seien die Organe der im Ausland untergegangenen Gesellschaft nicht mehr befugt, wenn mit dem Erlöschen der Gesellschaft die Funktion der Organe und infolgedessen auch deren Vertretungsmacht erloschen seien. Die Organe einer Restgesellschaft seien dann aber gesellschaftsrechtlich zu bestimmen. Dabei sei zu beachten, dass sich der als Restgesellschaft im Inland fortbestehende Rechtsträger in einer **Ausnahmesituation** befinde, die es rechtfertige, vorrangig an praktischen Bedürfnissen gemessene Lösungen als wirksam zu behandeln. Zur Bewältigung von Abwicklungsmaßnahmen bei ursprünglich körperchaftlich strukturierten Gesellschaften sei die Bestellung eines **Nachtragsliquidators** sachgerecht. Soweit – wie im vorliegenden Fall – nur einzelne Abwicklungsmaßnahmen in Betracht kämen, sei § 273 Abs. 4 S. 1 AktG entsprechend heranzuziehen. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte, sei für die Bestellung des Nachtragsliquidators dasjenige **Amtsgericht örtlich zuständig**, in dessen **Bezirk** sich das **Vermögensrecht** befinde.

Die Bestellung eines Nachtragsliquidators scheidet demgegenüber aus, wenn auf die nach dem Recht der Bahamas gegründete Limited als **werbende Gesellschaft deutsches Recht** anwendbar sein sollte. Bei einer im Recht eines Drittstaats gegründeten Gesellschaft (keine Zugehörigkeit zur EU oder zum EWR und kein völkerrechtlicher Vertrag) beurteile sich das auf die Gesellschaft anzuwendende Recht nach der **Sitztheorie** und damit nach dem Recht des **tatsächlichen Verwaltungssitzes**. Sollte sich der tatsächliche Verwaltungssitz der Gesellschaft zuletzt in Deutschland befunden haben, wäre auf die Gesellschaft daher deutsches Recht anzuwenden. Da die Gesellschaft nicht im deutschen Handelsregister eingetragen gewesen sei, wäre sie dann als OHG (bei Betrieb eines Handelsgewerbes) oder als GbR zu behandeln. Sollte es an einer gesellschafterlichen Verbundenheit mehrerer Personen fehlen, käme ein einzelkaufmännisches Unternehmen in individueller Trägerschaft in Betracht.

BGB §§ 428, 464, 472, 875, 1094 Löschung eines Vorkaufsrechts im Grundbuch; Unzulässigkeit eines Vorkaufsrechts für Gesamtberechtigte i. S. v. § 428 BGB

1. Zur Aufhebung eines dinglichen Rechts, für das eine Gesamtberechtigung im Sinne des § 428 BGB besteht, ist, sofern sich aus dem zugrundeliegenden Schuldverhältnis nicht etwas anderes ergibt, die Aufgabeerklärung aller Gesamtgläubiger erforderlich.

2. Ein dingliches Vorkaufsrecht kann nicht für mehrere Berechtigte als Gesamtgläubiger im Sinne von § 428 BGB bestellt werden.

3. Ist ein dingliches Vorkaufsrecht mit einer solchen Gesamtberechtigung im Grundbuch eingetragen, ist in der Regel davon auszugehen, dass das Recht in dem zulässigen Umfang gewollt war und damit entstanden ist.

4. Wurde ein dingliches Vorkaufsrecht mit einer Gesamtberechtigung gemäß § 428 BGB in das Grundbuch eingetragen, ist nur der das Gemeinschaftsverhältnis bezeichnende Teil der Eintragung inhaltlich unzulässig.

BGH, Beschl. v. 13.10.2016 – V ZB 98/15

Problem

In Abt. II war ein Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall für B1 sowie für weitere Berechtigte als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB eingetragen. B1 bewilligte mit öffentlich beglaubigter Erklärung für alle Gesamtberechtigten die Löschung des Vorkaufsrechts im Grundbuch.

Die Entscheidung des BGH behandelt drei Fragenkomplexe: Erstens, ob ein Gesamtberechtigter eine Löschungsbewilligung auch mit Wirkung für die anderen Gesamtberechtigten abgeben kann. Zweitens, ob ein Vorkaufsrecht für Gesamtberechtigte nach § 428 BGB überhaupt zulässig ist. Und drittens, wie sich ein unzulässiges Vorkaufsrecht auf die Grundbucheintragung und den Inhalt des Rechtsgeschäfts auswirkt.

Entscheidung

Nach der Rechtsprechung des BGH steht einem Gesamtgläubiger grundsätzlich nicht das Recht zu, über die Forderung zu Lasten der anderen Gesamtgläubiger zu verfügen (vgl. BGH NJW 1986, 1861, 1862). Für dingliche Rechte gilt nichts anderes. Zur Aufhebung eines dinglichen Rechts, für das eine Gesamtberechtigung nach § 428 BGB besteht, ist die **Aufgabeerklärung** (§ 875 Abs. 1 BGB) **aller Gesamtgläubiger** erforderlich, sofern sich aus dem zugrundeliegenden Schuldverhältnis nicht etwas anderes ergibt.

Auf die Frage der Bewilligungsberechtigung kam es jedoch in dem zugrundeliegenden Fall nicht an. Denn ein dingliches **Vorkaufsrecht** kann nach Auffassung des BGH **nicht wirksam für mehrere Berechtigte als Gesamtgläubiger nach § 428 BGB** bestellt werden. Damit verwirft der BGH die gegenteilige Auffassung, die in Rechtsprechung (OLG Frankfurt DNotZ 1986, 239; OLG Stuttgart NJW-RR 2009, 952) und Literatur (MünchKommBGB/Westermann, 7. Aufl. 2017, § 1094 Rn. 8) vertreten wird. Der BGH begründet dies wie folgt:

Das dingliche **Vorkaufsrecht** sei ein **eigenständiges Sachenrecht**. Sein Inhalt bestimme sich gem. § 1098 Abs. 1 S. 1 BGB nach den Vorschriften über das schuldrechtliche Vorkaufsrecht (§§ 463 bis 473 BGB). Diese seien beim dinglichen Vorkaufsrecht grundsätzlich zwingend.

Eine Gesamtberechtigung nach § 428 BGB stelle beim Vorkaufsrecht eine **unzulässige Abweichung von § 472 BGB** dar. Nach dieser Vorschrift hätten die Vorkaufsberechtigten das Vorkaufsrecht nicht nur im Ganzen, sondern auch **gemeinschaftlich** auszuüben. Zwischen mehreren Vorkaufsberechtigten bestehe eine besondere **gesamthandartige Berechtigung**. Nur wenn das Recht der anderen Berechtigten erloschen sei oder nicht ausgeübt werde, sei der verbleibende Berechtigte berechtigt, das Vorkaufsrecht allein auszuüben; ansonsten habe die Ausübung gemeinschaftlich zu erfolgen (vgl. BGHZ 136, 327, 330; BGH, NJW-RR 2009, 1172 Rn. 22). Bei einer Berechtigung nach § 428 BGB könne jeder Vorkaufsberechtigte ohne Rücksicht auf die Berechtigung des anderen das Vorkaufsrecht im Ganzen für sich allein ausüben. Dies widerspreche der in § 472 BGB bestimmten gemeinschaftlichen Berechtigung.

Gegen die Zulässigkeit einer Gesamtberechtigung nach § 428 BGB spreche zudem, dass bei **mehrfacher Ausübung des Vorkaufsrechts** durch einzelne Berechtigte **mehrere Kaufverträge** entstünden. Erfüllen könne der Verpflichtete aber nur einen der Verträge. Dem lasse sich nicht entgegenhalten, dass die erste Ausübung des Vorkaufsrechts durch

einen der Berechtigten die anderen Vorkaufsrechte zum Erlöschen bringe. Das **Prioritätsprinzip** gelte bei § 428 BGB gerade **nicht**. § 428 BGB sei vielmehr dadurch gekennzeichnet, dass jedem Gesamtgläubiger ein **eigener Anspruch auf die ganze Leistung** zustehe.

Das Vorkaufsrecht sei allerdings nicht wegen **inhaltlicher Unzulässigkeit** zu löschen. Durch die inhaltliche Unzulässigkeit eines Teiles der Grundbucheintragung werde die Zulässigkeit und Wirksamkeit der restlichen Eintragung nicht berührt. Der Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechts ergebe sich auf Grund der Verweisung in § 1098 Abs. 1 Satz 1 BGB unmittelbar aus § 472 BGB; es bedürfe daher keiner Eintragung der gemeinschaftlichen Berechtigung nach § 47 Abs. 1 GBO.

Auch eine Löschung nach § 22 Abs. 1 S. 1 GBO wegen **nachgewiesener Unrichtigkeit** des Grundbuchs scheidet aus. Es liege jedoch eine Divergenz zwischen dem bewilligten Vorkaufsrecht und dem vor, was zulässigerweise in das Grundbuch eingetragen werden und entstehen konnte. Ein Vorkaufsrecht mit einer (nur) gemeinschaftlichen Berechtigung im Sinne des § 472 BGB bleibe in Bezug auf die Berechtigung zu seiner Ausübung hinter dem Gewollten zurück. In diesem Fall sei anhand von § 139 BGB zu ermitteln, ob die eingetragene Rechtsänderung von der Einigung gedeckt sei. In der Regel sei davon auszugehen, dass sich die Einigung auch auf die hinter ihr zurückbleibende Eintragung erstrecke. So verhalte es sich auch im vorliegenden Fall: Sei ein dingliches Vorkaufsrecht mit einer Gesamtberechtigung nach § 428 BGB im Grundbuch eingetragen, sei in der Regel davon auszugehen, dass das Recht mit einem zulässigen Inhalt gewollt war und damit entstanden sei. Denn ein Vorkaufsrecht mit einer gemeinschaftlichen Berechtigung im Sinne des § 472 BGB bleibe in seinen Wirkungen nicht wesentlich hinter dem bewilligten Recht zurück. Der **Kern des Rechts** bestehe in der **Möglichkeit, das Grundstück zu erwerben**, wenn es an einen Dritten verkauft werde; er werde nicht dadurch verändert, dass die Vorkaufsberechtigten es grundsätzlich gemeinschaftlich ausüben müssten.

Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notarassessor Dr. Johannes Weber

Redaktion: Notarassessorin Karin Raude

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

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

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

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

Verlag:

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

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg