

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 2 Abs. 1, 11 Abs. 1; BGB §§ 180, 141; FamFG §§ 397, 399 – Vollmachtslose Einpersonen-Gründung; Entstehen eines fehlerhaften Verbands; Heilung durch nachträgliche Bestätigung der Gründung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 1018; GBO § 53 Abs. 1 S. 2 – Grunddienstbarkeit als Gesamtbelastung mehrerer Grundstücke; nicht näher eingegrenzte Nutzung einer baulichen Anlage auf einer Grundstücksteilfläche

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 2 Abs. 1, 11 Abs. 1; BGB §§ 180, 141; FamFG §§ 397, 399

Vollmachtslose Einpersonen-Gründung; Entstehen eines fehlerhaften Verbands; Heilung durch nachträgliche Bestätigung der Gründung

I. Sachverhalt

Die Mutter-GmbH wurde bei der Errichtung einer 100-prozentigen Tochter-GmbH durch einen vollmachtlosen Vertreter vertreten.

Die Tochter-GmbH wurde im Jahre 2010 im Handelsregister eingetragen. Der Mangel der Vertretungsmacht war weder den Beteiligten noch dem Handelsregister aufgefallen. Eine „Nachgenehmigung“ durch die Mutter-GmbH ist bis heute nicht erfolgt. Die Tochter-GmbH hat mittlerweile zahlreiche Verträge abgeschlossen und Grundbesitz erworben.

II. Fragen

1. Ist die Tochtergesellschaft wirksam gegründet worden?
2. Ist durch die Eintragung im Handelsregister ein etwaiger Gründungsmangel geheilt worden?

III. Zur Rechtslage

1. Vollmachtslose Vertretung bei der GmbH-Gründung

Die Gründung der Tochter-GmbH erfolgte durch einen vollmachtlosen Vertreter. Bei einer Mehrpersonen-GmbH ist eine Nachgenehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB möglich. Verlangt wird dabei die Form des § 2 Abs. 2 GmbHG (Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 2 Rn. 30; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 2 Rn. 22; Graf Wolffskeel v. Reichenberg, MittBayNot 2017, 511, 512).

Fraglich ist, ob im vorliegenden Fall der Gründung einer **Einpersonen-GmbH** eine Nachgenehmigung in Betracht kommt. Nach § 180 S. 1 BGB ist bei einem **einseitigen Rechtsgeschäft Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig**. Die Gründung einer Einpersonen-GmbH ist nach der insbesondere auch von der

Rechtsprechung vertretenen h. M. ein von § 180 S. 1 BGB erfasstes einseitiges Rechtsgeschäft. Die Gründungserklärung sei unwirksam, eine nachträgliche Genehmigung scheide aus (KG RNotZ 2012, 240, 241; OLG Frankfurt MittBayNot 2017, 508, 510; OLG Schleswig BeckRS 2013, 20873; OLG Stuttgart MittBayNot 2016, 168; MünchKommGmbHG/Heinze, 3. Aufl. 2018, § 2 Rn. 74; Grooterhorst, NZG 2007, 605, 610; Heckschen, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 2 Rn. 30; Berninger, GWR 2017, 101; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 2 Rn. 22; Roth/Altmeyen/Roth, § 2 Rn. 29; Wachter, GmbHR 2003, 660, 661).

Hat derjenige, welchem gegenüber das Rechtsgeschäft vorzunehmen ist, die vom Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet oder ist er mit dem Handeln als Vertreter ohne Vertretungsmacht einverstanden gewesen, ist demgegenüber nach **§ 180 S. 2 BGB** eine Nachgenehmigung möglich. Die h. M. geht jedoch davon aus, dass die Vorschrift auf die Gründung einer **Einpersonen-GmbH** keine Anwendung findet. Insbesondere sei der beurkundende **Notar nicht als Erklärungsgegner** i. S. v. § 180 S. 2 BGB anzusehen; denn der Notar habe keine Möglichkeit, dem vollmachtlos Vertretenen eine Frist zu setzen (LG Berlin GmbHR 1996, 123, 124; MünchKommGmbHG/Heinze, § 2 Rn. 74 m. w. N.).

In jüngerer Zeit sprechen sich Teile der Literatur gegen die Anwendung von § 180 S. 1 BGB aus und befürworten die Möglichkeit einer Nachgenehmigung (Dürr, GmbHR 2008, 408; Hasselmann ZIP 2012, 1947, 1951; Tonikidis, MittBayNot 2014, 514, 516). Wenn bei einer Mehrpersonen-Gründung eine Nachgenehmigung möglich sei, könne für die Einpersonen-Gründung nichts anderes gelten. Der Rechtsverkehr sei in beiden Fällen in gleicher Weise betroffen (vgl. Tonikidis, MittBayNot 2014, 514, 516).

Die für die Praxis bis auf weiteres maßgebliche h. M. ist dieser Ansicht jedoch bislang nicht gefolgt. Auf ihrer Basis ist eine **Nachgenehmigung** der Gründung des vollmachtlosen Vertreters **nicht möglich**. Es kommt lediglich eine **Bestätigung des unwirksamen Rechtsgeschäfts** (§ 141 BGB) in Betracht. Die Bestätigung bedarf der Form des § 2 Abs. 1 GmbHG, hat aber lediglich Wirkung *ex nunc* (KG RNotZ 2012, 240, 241; OLG Frankfurt MittBayNot 2017, 508, 510). Bis zur Bestätigung fehlt es an einer wirksamen Gründungserklärung.

2. Rechtsfolgen der Eintragung

Im vorliegenden Fall wurde die Gesellschaft jedoch im Handelsregister eingetragen, obwohl die auf die Ge-

sellschaftsgründung gerichtete Willenserklärung unwirksam war. Es fragt sich, ob die Gesellschaft mit der Eintragung zumindest als **fehlerhafter Verband wirksam entstanden** ist und ob sie wegen des Gründungsmangels aus dem Handelsregister mit Wirkung *ex nunc* gelöscht werden kann.

a) Wirksamer Verband?

Mit der **Eintragung im Handelsregister** ist die GmbH entstanden (§ 11 Abs. 1 GmbHG). Mängel der Gründung führen ab diesem Zeitpunkt nicht mehr zur Unwirksamkeit der Gründung. Der Verkehrsschutz gebietet es, dass Gründungsmängel nur in sehr eingeschränktem Umfang durchschlagen (vgl. MünchKommGmbHG/Heinze, § 2 Rn. 177).

§ 75 GmbHG enthält einen **abschließenden Katalog** von Gründen, die zur Erhebung einer **Nichtigkeitsklage** führen können. Alle anderen Unwirksamkeitsgründe können nach der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister nicht mehr geltend gemacht werden (Baumbach/Hueck/Haas, § 75 Rn. 1; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Baukelmann, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 75 Rn. 1). Zu beachten ist, dass die Nichtigkeitsklage zu einer Nichtigklärung der Gesellschaft lediglich mit Wirkung *ex nunc* führt. Die Nichtigklärung der Gesellschaft ändert nichts daran, dass die Gesellschaft trotz des Nichtigkeitsgrunds nach ihrer Eintragung als fehlerhafter, aber gleichwohl **wirksamer Rechtsträger** zu behandeln ist. Dies ergibt sich aus **§ 77 Abs. 1 GmbHG**, der die Vorschriften über die **Auflösung** der GmbH für entsprechend anwendbar erklärt, sowie aus § 77 Abs. 2 GmbHG, wonach die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte mit Dritten durch die Nichtigkeit der Gründung nicht berührt wird (vgl. Baumbach/Hueck/Haas, § 75 Rn. 5). Die im **Handelsregister eingetragene Nichtigkeit** der Gesellschaft führt nicht dazu, dass die Gesellschaft inexistent wäre. Sie ist **lediglich zu liquidieren**, ist aber **weiterhin rechtsfähig** (MünchKommGmbHG/Hillmann, § 77 Rn. 3; Baumbach/Hueck/Haas, § 75 Rn. 2).

Auch ohne die Erhebung einer Nichtigkeitsklage kann die Gesellschaft nach **§ 397 S. 2 FamFG** aus dem Handelsregister als nichtig gelöscht werden. Nach dieser Vorschrift kann eine GmbH von Amts wegen gelöscht werden, wenn die Voraussetzungen für eine Nichtigkeitsklage nach § 75 GmbHG vorliegen. Allerdings führt auch die **Amtslöschung** nach § 397 FamFG nur dazu, dass die **Gesellschaft aufgelöst** und zu **liquidieren** ist (Baumbach/Hueck/Haas, Anh. § 77 Rn. 29; BeckOK-FamFG/Otto, Std.: 1.10.2018, § 397 Rn. 32; Keidel/Heinemann, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 397 Rn. 24; unklar Prütting/Helms/Holzer, FamFG, 4. Aufl. 2018, § 397 Rn. 16).

aa) Heute h. A.: Wirksamer Verband

Die unwirksame Vertretung des Gesellschafters wird in § 75 GmbHG nicht erwähnt. Demzufolge nimmt die **heute h. M.** an, dass die **GmbH** mit der Eintragung im Register **wirksam entsteht**, auch wenn an der Gründungserklärung ausschließlich eine Person beteiligt ist, die nicht wirksam vertreten wurde (vgl. BeckOK-GmbHG/Jaeger, Std.: 1.8.2018, § 2 Rn. 66; Ulmer/Löbbecke, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, 2. Aufl. 2013, § 2 Rn. 147; Schäfer, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 2 GmbHG Rn. 73; Roth, § 2 Rn. 45; MünchKommGmbHG/Heinze, § 2 Rn. 195a; Fastrich, § 2 Rn. 46; Grooterhorst, NZG 2007, 605, 607 f.; Scholz/Cramer, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 2 Rn. 96; Lutter/Hommelhoff/Klein-diek, § 75 Rn. 4; J. Schmidt, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 2 Rn. 147; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 75 Rn. 1). Diese Auffassung stützt sich in jüngerer Zeit vor allem auf die Vorgaben der Publizitätsrichtlinie. (Fastrich, § 2 Rn. 46; MünchKommGmbHG/Heinze, § 2 Rn. 195a; Ulmer/Löbbecke, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, § 2 Rn. 147).

Gleicher Meinung ist auch das KG (NZG 2001, 225). Nach seiner Ansicht kann eine GmbH nicht allein deshalb als nichtig gelöscht werden, weil ihr alleiniger Gründungsgesellschafter geschäftsunfähig war. Es handele sich um keinen Nichtigkeitsgrund i. S. v. § 75 GmbHG. Es sei unschädlich, dass die Gründungserklärung aller Gesellschafter unwirksam sei. §§ 75 f. GmbHG normierten einen Vorrang für den Bestandsschutz der eingetragenen Gesellschaft. Mit der Eintragung und Invollzugsetzung der Gesellschaft entstehe ein Verband, der Vermögen erwerben könne. Der **Schutz des Gründungsgesellschafters** könne dadurch gewährleistet werden, dass der Beitritt für ihn **keine Haftungsfolgen** auslöse (KG NZG 2001, 225, 226; ebenso J. Schmidt, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, § 2 Rn. 78).

bb) Früher h. A.: Scheingesellschaft

Nach der früher herrschenden Gegenauffassung entsteht keine wirksame fehlerhafte Gesellschaft, wenn alle Beitrittserklärungen nichtig sind. Es liege lediglich eine **Scheingesellschaft** vor (so heute noch Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, § 2 Rn. 74; Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 75 Rn. 4). Die Gesellschaft sei nach § 397 FamFG ohne Liquidationsverfahren aus dem Register zu löschen (Schmidt-Leithoff, § 2 Rn. 74).

cc) Stellungnahme

Vorzugswürdig dürfte die Auffassung der heute h. A. sein. Überzeugend erscheint nicht nur der Hinweis auf den Bestandsschutz im Interesse des Rechtsver-

kehrs, sondern vor allem auch die Bezugnahme auf die **Publizitätsrichtlinie**, die mittlerweile in der Richtlinie (EU) 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts aufgegangen ist. Art. 11 lit. b v) der Richtlinie bestimmt, dass bei einer Geschäftsunfähigkeit sämtlicher Gründer die Nichtigkeit ausgesprochen werden kann. Nach Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie führt die **Nichtigkeit lediglich zur Liquidation der Gesellschaft**. Die Gesellschaft ist wirksam entstanden und lediglich fehlerhaft. Insbesondere beeinträchtigt die Nichtigkeit der Gesellschaft nicht die Wirksamkeit von Verpflichtungen, die die Gesellschaft eingegangen ist (Art. 12 Abs. 3 der Richtlinie). Die Richtlinie setzt damit **implizit die Existenz des nichtigen Verbands** voraus. Lediglich im Innenverhältnis haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die Wirkungen der Nichtigkeit der Gesellschaft zu regeln (Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie). Das bedeutet, dass selbst bei einer geschäftsunfähigen Person, welcher die Gründungserklärung nicht zugerechnet werden kann, die Gesellschaft wirksam entstanden und lediglich fehlerhaft ist.

Vor allem ist zu berücksichtigen, dass Art. 11 lit. b der Richtlinie die **Nichtigkeitsgründe abschließend** aufzählt. Der Fall, dass die Gesellschafter nicht wirksam vertreten wurden, ist nicht erwähnt. Man könnte zwar daran denken, Art. 11 lit. b i) anzuwenden, wonach eine Nichtigkeitsklärung der Gesellschaft möglich ist, wenn es an einem Errichtungsakt fehlt. Allerdings dürfte sich diese Ausnahme nicht auf den Fall einer unwirksamen Abgabe einer Willenserklärung beziehen, sondern nur auf den Errichtungsakt als solchen. Denn sonst hätte es der gesonderten Erwähnung der Gründung durch geschäftsunfähige Personen gar nicht bedurft.

Man wird daher annehmen müssen, dass die Richtlinie die Nichtigkeitsgründe abschließend auch insoweit regelt, als es um die Abgabe der Gründungserklärungen geht. Dies zeigt Art. 11 lit. b v). Da die Frage der wirksamen Vertretung nicht im Katalog der Nichtigkeitsgründe genannt ist, kann sie kein Nichtigkeitsgrund sein (J. Schmidt, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, § 2 Rn. 147). Die **Gesellschaft ist daher wirksam** entstanden.

Art. 11 S. 2 der Richtlinie untersagt es außerdem den Mitgliedstaaten ausdrücklich, eine im Register eingetragene Gesellschaft als inexistent anzusehen oder als nichtig zu behandeln. Bei Vorliegen eines der genannten Nichtigkeitsgründe kommt lediglich eine Nichtigkeitsklärung in Betracht. Diese führt nicht nur Unwirksamkeit des Verbands, sondern lediglich dazu, dass die Gesellschaft zu liquidieren ist (vgl. Art. 12 Abs. 2 der Richtlinie).

Liegt – so wie im vorliegenden Fall – keiner der in Art. 11 Abs. 1 lit. b der Richtlinie genannten Gründe vor, darf das mitgliedstaatliche Recht die Gesellschaft weder als inexistent behandeln noch eine Nichtigkeitsklage zulassen. Unberührt bleibt freilich die Möglichkeit eines Auflösungsbeschlusses. Für den vorliegenden Fall folgt daraus, dass **die Gesellschaft im Außenverhältnis als Verband wirksam** entstanden ist und eine Nichtigkeitsklage nach § 75 GmbHG ausscheidet.

Eine andere Frage ist, ob der **Gründer** auch **tatsächlich Gesellschafter** geworden ist. Bei einem unwirksamen Beitritt geht die ganz h. M. davon aus, dass der betreffende Gesellschafter nicht Gesellschafter geworden ist (Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, Kap. 3 Rn. 79). Dies könnte man auch bei der unwirksamen Einpersonengründung annehmen. Das KG hat die Frage jedoch anders gesehen und hat entschieden, dass sogar eine Abtretung des Gesellschaftsanteils möglich ist. Dies setzt implizit voraus, dass der Gesellschaftsanteil entstanden ist und sein Inhaber Gesellschafter geworden ist. Den Schutz des Gesellschafters sieht das KG dadurch sichergestellt, dass aus der Gesellschafterstellung keine Rechtsnachteile wie z. B. eine Haftung resultieren dürfen (KG NZG 2001, 225, 226).

Auf diese Frage dürfte es im vorliegenden Fall jedoch nicht ankommen. Im Außenverhältnis wäre der Verband mit der Eintragung u. E. wirksam entstanden, auch wenn er keinen Gesellschafter hat. Denn nach heute h. M. ist auch eine **Keinmann-GmbH** denkbar. Die Keinmann-GmbH wird lediglich als aufgelöster Rechtsträger behandelt, ein Fortsetzungsbeschluss bleibt aber möglich (vgl. MünchKommGmbHG/Fleischer § 1 Rn. 81 ff.; J. Schmidt, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, § 1 Rn. 41).

b) Lösungsverfahren und Verhinderung einer Löschung

Geht man davon aus, dass die Gesellschaft als Verband wirksam entstanden ist, könnte wegen des gravierenden Gründungsmangels gleichwohl eine **Löschung** der Gesellschaft **im Amtsverfahren** in Betracht kommen.

Unter welchen Voraussetzungen eine Löschung in Betracht kommt, wenn sämtliche Gründer bei der Gründung nicht wirksam vertreten wurden, ist auch innerhalb der heute h. M., die sich für die Existenz des Verbands ausspricht, nicht geklärt.

aa) Anwendung von § 395 FamFG

Eine vereinzelt vertretene Auffassung spricht sich für eine Anwendung von § 395 Abs. 1 S. 1 FamFG aus (Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 75 Rn. 4). Hiernach

ist eine Eintragung, die wegen des **Mangels einer wesentlichen Voraussetzung** unzulässig ist, von **Amts wegen zu löschen**.

Die Anwendung dieser Vorschrift auf die fehlerhafte Gründung wird jedoch von der **ganz h. M.** zu Recht **abgelehnt**. Im Bereich der Löschung von Gesellschaften ist § 397 FamFG *lex specialis* und trifft insoweit eine abschließende Sonderregelung (Fastrich, § 2 Rn. 46; Grooterhorst, NZG 2007, 605, 608; so zum FGG auch KG NZG 2001, 225, 226; vgl. allg. Keidel/Heinemann, § 395 Rn. 7).

bb) Anwendung von § 397 oder § 399 FamFG

Eine andere Ansicht befürwortet eine Anwendung von **§ 399 Abs. 4 u. 1 S. 1 FamFG** (BeckOK-GmbHG/Jaeger, § 2 Rn. 66; J. Schmidt, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, § 2 Rn. 148; Schäfer, § 2 Rn. 73; Bayer, § 2 Rn. 31, 46; Grooterhorst, NZG 2007, 605, 608). Die Vorschrift betrifft das **Lösungsverfahren bei Satzungsängeln**. Das Gericht hat von Amts wegen die **Gesellschaft aufzufordern**, innerhalb einer bestimmten Frist den Mangel durch eine Satzungsänderung zu beheben. Wird der Mangel nicht behoben, stellt das Gericht den Mangel fest (§ 399 Abs. 2 S. 1 FamFG). Mit der **Rechtskraft der Verfügung** wird die **Gesellschaft aufgelöst** (§ 60 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG).

Die Gegenauffassung befürwortet eine **analoge Anwendung von § 397 S. 2 FamFG** (MünchKommGmbHG/Heinze, § 2 Rn. 195b; Scholz/Cramer, § 2 Rn. 96, § 1 Rn. 65; Fastrich, § 2 Rn. 46). Nach dieser Vorschrift kann eine in das Handelsregister eingetragene GmbH als nichtig gelöscht werden, wenn die **Voraussetzungen für eine Nichtigkeitsklage nach § 75 GmbHG** vorliegen. Zwar sei § 75 GmbHG eine abschließende Regelung. Wegen des gravierenden Mangels der unwirksamen Vertretung der Gesellschafter müsse aber eine Löschung erfolgen können. Die Anwendung von § 399 FamFG ergebe keinen Sinn, weil es an einem Adressaten für eine gerichtliche Aufforderung fehle (Scholz/Cramer, § 1 Rn. 65; Fastrich, § 2 Rn. 46). In ihren Ergebnissen unterscheidet sich diese Auffassung von der Ansicht nicht, die sich für eine Anwendung von § 399 FamFG ausspricht. Denn auch beim Lösungsverfahren nach § 397 FamFG muss das Registergericht die **Löschung zunächst ankündigen** (§§ 397 S. 1, 395 Abs. 2 S. 1 FamFG). Die Gesellschafter haben auch hier die Möglichkeit, den Mangel zu beheben und damit die Löschung zu verhindern. Selbst wenn die Löschung bereits eingetragen wurde, können die Gesellschafter den Mangel beseitigen und die **Fortsetzung** der nach der Löschung weiter bestehenden Gesellschaft **beschließen**, sofern sie noch nicht mit der Verteilung des Vermögens

begonnen haben (BeckOK-FamFG/Otto, § 378 Rn. 32; Baumbach/Hueck/Haas, Anh. § 77 Rn. 30).

Richtig dürfte die **entsprechende Anwendung von § 399 FamFG** sein. Es wäre widersprüchlich, einerseits eine Anwendung von § 75 GmbHG abzulehnen, andererseits aber wiederum eine Löschung nach § 397 FamFG zuzulassen. Es dürfte außerdem sachgerecht sein, zunächst eine Aufforderung an die Gesellschaft zur Behebung des Mangels zu richten. Es erscheint durchaus möglich, dass die **Gesellschafter den Mangel der Eintragung beheben**. Behebt die Gesellschaft den Mangel, führt dies dazu, dass die Gesellschaft **nicht mehr gelöscht** werden kann (BeckOK-GmbHG/Jaeger, § 2 Rn. 66). Der Mangel könnte durch eine **notariell beurkundete Bestätigung der Gründung** behoben werden (§ 2 Abs. 1 GmbHG; vgl. zu § 15 Abs. 4 GmbHG BGH NJW 1985, 1579, 2580). Das Gebot des sichersten Wegs würde dabei verlangen, nicht nur die Bestätigungserklärung als solche zu beurkunden, sondern die gesamte Gründungsurkunde einschließlich der Satzung. Eine **Verweisung** auf die vorherige Urkunde wäre nach § 13a BeurkG grundsätzlich möglich, sofern die Urkunde selbst entsprechend den Bestimmungen der §§ 8 ff. BeurkG wirksam errichtet wurde (vgl. BeckOGK-BGB/Schreindorfer, Std.: 1.9.2018, § 311b Rn. 104.1).

cc) Erneute Eintragung erforderlich?

Ungeklärt ist, ob für die Beseitigung nicht nur das notariell beurkundete Rechtsgeschäft, sondern auch eine **erneute Eintragung** erforderlich ist (§ 11 Abs. 1 GmbHG). Hiergegen spricht, dass das beurkundete Rechtsgeschäft bereits im Register eingetragen ist.

Im Falle einer **Satzungsänderung** aufgrund eines nichtigen Beschlusses bedarf es nach teilweise vertretener Auffassung einer erneuten Eintragung mit einem entsprechenden Vermerk (MünchKommGmbHG/Harbarth, 3. Aufl. 2018, § 53 Rn. 71; zumindest für Eintragungsmöglichkeit OLG Frankfurt DStR 2016, 927 Tz. 11; a. A. Temme, RNotZ 2004, 2, 16; Temme/Küperkoch, GmbHR 2004, 1556, 1559). Auch ein Heilungsbeschluss nach § 76 GmbHG, der die Mängel des Gesellschaftsvertrags behebt, muss im Register eingetragen werden (MünchKommGmbHG/Hillmann, § 76 Rn. 9). Für Beseitigung der Mängel der Gründung wird dies aber wiederum anders gesehen (Temme, RNotZ 2004, 2, 16). Zur fehlerhaften Gründung heißt es in der Literatur, durch eine Bestätigung lasse sich die Löschung verhindern, ohne dass dabei eine Eintragung erwähnt wird (Leitzen, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, § 5 Rn. 23; MünchKommGmbHG/Schwandtner, § 5 Rn. 52).

U. E. sprechen zumindest im vorliegenden Fall gute Gründe dafür, **keine erneute Eintragung** als konstitutive Voraussetzung zu verlangen. Die Bestätigung bezieht sich lediglich auf die bereits erfolgte Eintragung. Allerdings dürfte ein **Klarstellungsvermerk** im Handelsregister eingetragen werden können, wenn das Rechtsgeschäft, das zur Eintragung geführt hat, evident unwirksam war (vgl. zur unwirksamen Auflassung Bay-OBLG MittBayNot 2002, 114; zur Satzungsänderung OLG Frankfurt DStR 2016, 927; a. A. OLG München, Urt. v. 10.4.2012 – 31 WX 3/12, n. v. – zur fehlerhaften Kapitalerhöhung).

Es dürfte daher dem sichersten Weg entsprechen, eine Eintragung der Bestätigung im Registerblatt der eingetragenen Gesellschaft zu veranlassen.

3. Ergebnis

Die Gründung der Tochter-GmbH dürfte fehlerhaft sein, da die Mutter-GmbH nicht wirksam vertreten wurde. Mit der Eintragung der Tochter-GmbH ist diese als fehlerhafter Verband entstanden.

Es dürfte die Möglichkeit bestehen, den unwirksamen Gesellschaftsvertrag durch erneute notarielle Beurkundung mit dem Geschäftsführer der Mutter-GmbH zu bestätigen. Folge wäre, dass das Registergericht keine Löschung der Gesellschaft mehr veranlassen könnte. Ob die Bestätigung im Handelsregister eingetragen werden muss, ist nicht gesichert. Dem sichersten Weg dürfte es entsprechen, im Registerblatt der eingetragenen GmbH eine entsprechende Eintragung zu veranlassen.

Sollte der Mangel behoben werden, dürfte eine Löschung der GmbH ausscheiden.

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.

WHG § 99a; BGB § 463

Vorkaufsrecht im Falle der Geldrentenzahlung als Gegenleistung für eine ansonsten unentgeltliche Grundstücksübertragung

Abruf-Nr.:

ZPO §§ 733, 794 Abs. 1 Nr. 5; BGB § 422

Erteilung weiterer vollstreckbarer Ausfertigungen gegen eine GbR und deren Gesellschafter bei parallelen Vollstreckungsmaßnahmen; Unterscheidung zwischen dinglicher und persönlicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung; Gesamtschuldner; Anhörung

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB § 1018; GBO § 53 Abs. 1 S. 2

Grunddienstbarkeit als Gesamtbelastung mehrerer Grundstücke; nicht näher eingegrenzte Nutzung einer baulichen Anlage auf einer Grundstücksteilfläche

a) In dem Lösungsverfahren gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO ist das Grundbuchamt an die Beurteilung zivilrechtlicher Vorfragen durch ein rechtskräftiges Urteil des Prozessgerichts gebunden. Vorauszusetzen ist hierbei, dass sich die Rechtskraft des Urteils auf das Recht, dessen Löschung begehrt wird, erstreckt und gegenüber allen an dem Grundbuchverfahren Beteiligten wirkt. Nicht ausreichend ist es, wenn das Bestehen des Rechts in dem Zivilprozess lediglich eine präjudizielle Rechtsfrage darstellt.

b) Eine Grunddienstbarkeit kann als Gesamtbelastung für mehrere Grundstücke begründet werden, wenn sich die Ausübung der Dienstbarkeit notwendigerweise auf diese Grundstücke erstreckt und die Belastung dort die gleiche Benutzung sichert.

c) Die - nicht näher eingegrenzte - Nutzung einer auf dem dienenden Grundstück vorhandenen baulichen Anlage kann jedenfalls dann zulässiger Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein, wenn sich die Anlage nur auf eine Teilfläche des dienenden Grundstücks erstreckt und dem Eigentümer an dem von der Ausübungsbefugnis des Dienstbarkeitsberechtigten nicht erfassten Teil des Grundstücks die volle Nutzung verbleibt (Abgrenzung zu Senat, Beschluss vom 6. November 2014, V ZB 131/13, NJW-RR 2015, 208).

BGH, Beschl. v. 13.9.2018 – V ZB 2/18

Problem

Die vorliegende Entscheidung befasst sich einerseits mit der Bindungswirkung rechtskräftig entschiedener Vorfragen im Grundbuchverfahren, andererseits mit den

materiell-rechtlichen Fragen einer Grunddienstbarkeit als Gesamtbelastung und der inhaltlichen Reichweite einer Benutzungsdienstbarkeit.

Der Beteiligte zu 1 ist Eigentümer mehrerer dienstbarkeitsbelasteter Grundstücke, auf denen sich ein als Kaufhaus genutzter Gebäudekomplex befindet. Das Hauptgebäude des Kaufhauses ist über einen im ersten Obergeschoss verlaufenden Verbindungsbau an einen weiteren Bau angeschlossen. Eigentümerin des Grundstücks, auf dem dieser weitere Bau errichtet wurde, ist die Beteiligte zu 2. Unterhalb des Verbindungsbaus befindet sich im Erdgeschoss auf den dienenden Grundstücken ein unterkellertes und weitgehend aus Glas bestehender Gebäudeteil, der als „Vitrine“ bezeichnet wird und weder zum Haupthaus noch zum Patronatsbau eine direkte Verbindung hat. In Abt. II Nr. 6 ist zu Lasten der Grundstücke des Beteiligten zu 1 (dienende Grundstücke) und zu Gunsten des Grundstücks der Beteiligten zu 2 (herrschendes Grundstück) folgendes Recht eingetragen:

„Grunddienstbarkeit (Recht zur Nutzung des Kellers und der Vitrine) für jeweiligen Eigentümer des Grundstücks ...; gemäß Bewilligung vom 12.03.1981; eingetragen am 25.03.1981“.

In der Eintragungsbewilligung heißt es unter anderem wie folgt:

„Der jeweilige Eigentümer des im Grundbuch von (...) eingetragenen Grundstücks (...) hat das Recht, unentgeltlich die auf den Grundstücken (...) befindliche Vitrine einschließlich darunter liegendem Keller wirtschaftlich für seine Zwecke zu nutzen.“

Der Beteiligte zu 1 verklagte die Beteiligte zu 2 zunächst im Zivilrechtsweg auf Grundbuchberichtigung durch Zustimmung zur Löschung der Grunddienstbarkeit und Feststellung, dass das Besitzrecht der Beteiligten zu 2 an dem Verbindungsbau erloschen sei. Das Landgericht wies diese Klage ebenso wie das OLG ab. Die Nichtzulassungsbeschwerde gegen die Berufungsentscheidung wurde vom V. Senat zurückgewiesen.

Der Eigentümer der dienstbarkeitsbelasteten Grundstücke regte mit der Begründung, die Eintragung der Grunddienstbarkeit sei inhaltlich unzulässig, die Amtslöschung an. Dies lehnte das Grundbuchamt ab. Die hiergegen gerichtete Beschwerde blieb erfolglos.

Entscheidung

Der V. Senat weist die Rechtsbeschwerde zurück.

Der Amtslöschung nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO stehe allerdings nicht der zuvor beschriebene Zivilrechtsweg in derselben Angelegenheit entgegen. Zwar sei das Grundbuchamt an die Beurteilung zivilrechtlicher Vorfragen durch ein rechtskräftiges Urteil des Prozessgerichts gebunden; nicht ausreichend sei es jedoch, wenn das Bestehen des Rechts in dem Zivilprozess lediglich eine präjudizielle Rechtsfrage darstelle, die nicht in Rechtskraft erwachsen sei. Weder der Grundbuchberichtigungsantrag noch der Feststellungsantrag hinsichtlich des Erlöschens des Besitzrechts stellten die dingliche Rechtslage fest; vielmehr hätte es insoweit eines begleitenden Feststellungsantrags gemäß § 256 Abs. 1 ZPO, einer Zwischenfeststellungsklage nach § 256 Abs. 2 ZPO oder einer nachträglichen, gegebenenfalls titelergänzenden Feststellungsklage bedurft.

Dennoch **fehle** es an der für § 53 Abs. 1 S. 2 GBO notwendigen **Unzulässigkeit der Eintragung**: Inhaltlich unzulässig i. S. d. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO sei eine Eintragung, die ihrem Inhalt nach einen Rechtszustand oder -vorgang verlaublich, den es nicht geben kann, oder wenn sie etwas Widersprüchliches verlaublich und ihre Bedeutung auch bei zulässiger Auslegung nicht ermittelt werden könne; ebenfalls als nach ihrem Inhalt unzulässig sei eine Eintragung anzusehen, die ein an sich eintragungsfähiges Recht mit einem gesetzlich nicht erlaubten Inhalt verlaublich sei.

Zum einen genüge die Dienstbarkeit der **sachenrechtlichen Bestimmtheit**, weil die Ausübungsstelle hinreichend bezeichnet sei. Zum anderen könne eine Grunddienstbarkeit auch als **Gesamtbelastung für mehrere Grundstücke** begründet werden, wenn sich die Ausübung der Dienstbarkeit notwendigerweise auf diese Grundstücke erstrecke und die Belastung dort die gleiche Benutzung sichere. Dies ergebe sich mittelbar aus § 1026 BGB.

Schließlich habe die Dienstbarkeit einen nach § 1018 Var. 1 BGB zulässigen Inhalt. Zunächst müsse eine Benutzungsdienstbarkeit eine **bestimmte, näher definierte Nutzungsart** im Gegensatz zu einem umfassenden, nicht näher bezeichneten oder begrenzten Nutzungsrecht enthalten.

Anders als die Vorinstanz kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass sich für einen unbefangenen Betrachter keine Nutzungsbeschränkungen aus der Grundbucheintragung ergäben. Dieser Rechtsfehler könne jedoch zu keinem anderen Ergebnis führen: Eine **nicht näher eingegrenzte Nutzung einer vorhandenen baulichen Anlage** könne jedenfalls dann zulässiger Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein, wenn sich die Anlage nur

auf eine **Teilfläche des dienenden Grundstücks** erstrecke und dem Eigentümer an dem von der Ausübungsbefugnis des Dienstbarkeitsberechtigten nicht erfassten Teil des Grundstücks die volle Nutzung verbleibe.

Inhalt einer Grunddienstbarkeit könne auch das Halten und Benutzen baulicher und technischer Anlagen sein. Der vielfach vertretenen Ansicht, bestimmte Räume oder Teile eines auf dem dienenden Grundstück vorhandenen Gebäudes unter Ausschluss des Eigentümers zu nutzen, könne nicht Inhalt einer Dienstbarkeit sein, erteilt der BGH eine Absage. Es mache einen entscheidenden Unterschied, ob dem Berechtigten unzulässigerweise die **uneingeschränkte Nutzung an einer Teilfläche** eines Grundstücks eingeräumt werden soll (BGH V ZB 131/13, NJW-RR 2015, 208 Rn. 14) – oder ob der Berechtigte eine auf dem **Grundstück befindliche bauliche Anlage nutzen** dürfe.

Die in Rechtsprechung und Literatur umstrittene Frage, ob die Wirksamkeit einer Grunddienstbarkeit weiter voraussetzt, dass dem Eigentümer des dienenden Grundstücks noch eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung des Grundstücks möglich bleibt, könne offen bleiben, weil dem Eigentümer vorliegend noch eine Restnutzung des Grundstücks verbleibe. Auch die Voraussetzungen des § 1019 BGB lägen vor, weil zumindest ein mittelbarer Vorteil gegeben sei.

Allerdings gehöre die **Unentgeltlichkeit** des Nutzungsrechts nicht zum Inhalt der Grunddienstbarkeit und könne dementsprechend auch nicht als Rechtsinhalt im Grundbuch eingetragen werden. Soweit eine im Grundbuch in Bezug genommene Eintragungsbewilligung nicht eintragungsfähige Vereinbarungen enthalte, müssten diese Teile durch die Eintragung eines **klarstellenden Vermerks** von der Bezugnahme ausgenommen werden.

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: Notar a. D. 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
Mainleite 5, 97340 Marktbreit