

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 66 Abs. 5, 60 Abs. 1 Nr. 7; AktG § 273 Abs. 4; FamFG § 394; BGB §§ 1113 ff.; GBO §§ 19, 22, 29 – Sicherungshypothek zugunsten gelöschter GmbH; gerichtliche Bestellung eines Liquidators zur Abgabe von Löschungsbewilligungen; Vertretungsmacht des Liquidators; Nachtragsliquidation

BGB §§ 705, 709, 714, 738, 899a, 925; GBO §§ 19, 22 – Grundstückserwerb einer GbR; Gesellschafterwechsel nach Erklärung der Auffassung aufgrund Vollmacht; Gesellschafterwechsel vor Eigentumsumschreibung; Anwachsung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 780, 1193 Abs. 2 S. 2; ZPO §§ 724, 725, 726, 867 – Zur Voraussetzung der Androhung der Vollstreckung, wenn sich Sicherungsabrede aus der Urkunde ergibt

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 66 Abs. 5, 60 Abs. 1 Nr. 7; AktG § 273 Abs. 4; FamFG § 394; BGB §§ 1113 ff.; GBO §§ 19, 22, 29

Sicherungshypothek zugunsten gelöschter GmbH; gerichtliche Bestellung eines Liquidators zur Abgabe von Löschungsbewilligungen; Vertretungsmacht des Liquidators; Nachtragsliquidation

I. Sachverhalt

Die H-GmbH wurde am 19.1.2012 wegen Vermögenslosigkeit gelöscht. Danach erst fiel auf, dass für die GmbH noch mehrere Sicherungshypotheken im Grundbuch eingetragen waren. Auf Antrag der Beteiligten hat das Amtsgericht am 18.12.2017 den Notar N gem. § 66 Abs. 5 GmbHG zum Liquidator bestellt.

II. Frage

Kann der Liquidator die Löschungsbewilligungen abgeben?

III. Zur Rechtslage

1. Liquidation nach Löschung der GmbH

Nach der heute überwiegend vertretenen **Lehre vom Doppeltatbestand** setzt die Vollbeendigung einer GmbH als Rechtssubjekt kumulativ die Eintragung des Erlöschens und die tatsächliche Vermögenslosigkeit der Gesellschaft voraus (BAG NZA 2003, 1049, 1050; OLG Celle NZG 2008, 271; OLG Düsseldorf NZG 2004, 916, 918; OLG Stuttgart NZG 1999, 31, 32; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 74 Rn. 14; MünchKommGmbHG/H.-F. Müller, 2. Aufl. 2016, § 74 Rn. 32; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 74 Rn. 6; BeckOK-GmbHG/Lorscheider, Std.: 1.11.2017, § 74 Rn. 8; Nerlich, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 74 Rn. 33 f.). Allein aus der Eintragung des Erlöschens lässt sich also nicht auf die Nichtexistenz der Gesellschaft schließen. **Stellt sich später noch Gesell-**

schaftsvermögen heraus, so hat die Gesellschaft in Wahrheit fortbestanden und besteht bis zur vollständigen Abwicklung weiter. Wurde die GmbH wegen Vermögenslosigkeit gelöscht, so findet nunmehr erstmals eine Liquidation statt und ist gem. **§ 66 Abs. 5 GmbHG** ein Liquidator zu bestellen (vgl. Herrler/Blath, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2017, § 6 Rn. 1776). Hat die Gesellschaft eine Liquidation nach den §§ 66 ff. GmbHG durchlaufen, so ist nach wohl h.M. **analog § 273 Abs. 4 AktG** ein Nachtragsliquidator zu bestellen (BGH NJW 1970, 1044 = DNotZ 1970, 427; MünchKommGmbHG/H.-F. Müller, § 74 Rn. 42 m. w. N. aus der Rspr.; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 74 Rn. 20).

Vorliegend geht es offenbar um eine erstmalige Liquidation (§ 66 Abs. 5 GmbHG) nach Löschung wegen Vermögenslosigkeit, nicht um eine Nachtragsliquidation nach bereits durchgeführter Liquidation.

2. Liquidationserfordernis bei „sonstigen Abwicklungsmaßnahmen“

Umstritten ist, ob sonstige offene Abwicklungsmaßnahmen die Bestellung eines (Nachtrags-)Liquidators rechtfertigen; zu solchen Maßnahmen kann auch die Abgabe von Löschungsbewilligungen gehören (vgl. KG FGPrax 2007, 185, 186; OLG Düsseldorf NJOZ 2011, 600, 601: subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht als „formale Rechtsposition“). Wohl überwiegend wird insoweit – bei erstmaliger Liquidation nach Löschung wegen Vermögenslosigkeit gleichermaßen wie bei Nachtragsliquidation – auf **§ 273 Abs. 4 AktG** verwiesen, der bereits vom Wortlaut her nur auf „Abwicklungsmaßnahmen“ abstellt (KG, Beschl. v. 20.10.2011, BeckRS 2011, 27139; FGPrax 2007, 185, 186; OLG München NZG 2008, 555, 556; NZG 2016, 790 Tz. 18 f.: Nachtragsliquidation zur Beseitigung einer Buchposition zwar nicht zwingend, aber „oftmals der einzige Weg“; Baumbach/Hueck/Haas, § 60 Rn. 105, § 66 Rn. 38; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 74 Rn. 19; Nerlich, § 66 Rn. 91 f.; offenklassend BGH NJW 1989, 220 = DNotZ 1989, 387; allg. aber wohl bejahend BGH DNotZ 2017, 551 Tz. 15 = DNotI-Report 2017, 46). Teilweise wird die analoge Anwendung von **§ 74 Abs. 2 S. 2 GmbHG** (OLG Jena NZG 2007, 717, 718 f.; Scholz/K. Schmidt, § 74 Rn. 20a; GroßkommGmbHG/Casper, 2. Aufl. 2016, § 60 Rn. 98) oder **§ 1913 BGB** (Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1997, Anh. § 60 Rn. 40) befürwortet.

Eine andere Frage ist, ob die Nachtragsliquidation auch äußerlich zu einer „Wiederbelebung“ der Gesellschaft führt, indem die Gesellschaft also wieder in das Handelsregister eingetragen wird. Von der **Wiedereintragung** soll ausnahmsweise abzusehen sein, wenn es nur um geringfügige Abwicklungstätigkeiten geht

(OLG München NZG 2011, 38 = MittBayNot 2011, 163; Baumbach/Hueck/Haas, § 60 Rn. 108). Als Nachweis braucht man die Eintragung der Gesellschaft nicht zwingend, denn die Vertretungsmacht des Liquidators lässt sich durch den gerichtlichen Bestellungsbeschluss nachweisen (OLG München NZG 2011, 38).

Freilich kann die Sicherungshypothek auf echtes Restvermögen der GmbH hindeuten, so nämlich, wenn die zugrunde liegende Forderung noch nicht getilgt ist. Dann wäre auch diese Forderung noch vorhandenes Vermögen der GmbH. In diesem Fall wäre nach oben Gesagtem der Liquidator nicht analog § 273 Abs. 4 AktG zu bestellen (oder nach einer anderen „Ausweichnorm“), sondern gem. § 66 Abs. 5 GmbHG.

3. Vorliegender Fall

Vorliegend hat das Amtsgericht einen Liquidator gem. § 66 Abs. 5 GmbHG bestellt. Selbst **wenn** es sich **in der Rechtsgrundlage geirrt** haben sollte und eine Bestellung analog § 273 Abs. 4 AktG angezeigt gewesen wäre (vgl. Ziff. 2 zur überwiegenden Ansicht), dürfte dies **im Ergebnis unschädlich** sein. Denn vom Ergebnis her hat der Liquidator gem. § 66 Abs. 5 GmbHG dieselbe Funktion wie der Liquidator analog § 273 Abs. 4 AktG. Ein Unterschied besteht darin, dass das Gericht die Vertretungsmacht des Liquidators nach § 66 Abs. 5 GmbHG nicht beschränken kann (im Gegensatz zur Geschäftsführungsbefugnis), im Falle des § 273 Abs. 4 AktG aber auf einzelne Abwicklungsmaßnahmen zu beschränken hat (Baumbach/Hueck/Haas, § 60 Rn. 106, § 66 Rn. 40, auch mit Nachw. zur abw. Ansicht; Nerlich, § 66 Rn. 98). Wäre vorliegend also tatsächlich noch Vermögen vorhanden (d. h.: nicht erfüllte Forderungen), dann könnte der Liquidator alles tun, was zur vollständigen Abwicklung erforderlich wäre (d. h.: die Forderungen einziehen, etwaigen Erlös – nach Sperrjahr – unter die Gesellschafter verteilen und danach die Löschungsbewilligungen abgeben). Wären die Forderungen bereits erloschen, so müsste es dem Liquidator auf Grundlage des Beschlusses jedoch auch oder erst recht möglich sein, lediglich die Löschungsbewilligungen abzugeben. Eine Einschränkung enthält der Bestellungsbeschluss ja gerade nicht; andererseits geht unzweifelhaft aus dem Beschluss hervor, dass die Bestellung im Hinblick auf die existierenden Sicherungshypotheken erfolgt ist.

4. Ergebnis

Im Ergebnis meinen wir, dass der bereits gerichtlich bestellte Liquidator jedenfalls auch die erforderlichen Löschungsbewilligungen gegenüber dem Grundbuchamt abgeben kann. Als Nachweis der Liquidatorenbestellung im Grundbuchverfahren wird der gerichtliche Bestellungsbeschluss genügen.

BGB §§ 705, 709, 714, 738, 899a, 925; GBO §§ 19, 22

Grundstückserwerb einer GbR; Gesellschaftserwechsel nach Erklärung der Auflassung aufgrund Vollmacht; Gesellschaftserwechsel vor Eigentumsumschreibung; Anwachsung

I. Sachverhalt

Y verkaufte im März 2015 eine noch nicht vermessene Grundstücksteilfläche an die X-GbR. Im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestand die GbR aus den Gesellschaftern A und B. Die Auflassung wurde zunächst nicht beurkundet; erst nach der Vermessung erklärten die Angestellten des Urkundsnotars die Auflassung aufgrund einer Vollmacht der Vertragsparteien in der Vertragsurkunde.

Eine Woche später trat B seinen Gesellschaftsanteil an der GbR privatschriftlich an C ab. A stimmte der Übertragung zu. Weder der Notar noch das Grundbuchamt hatten davon Kenntnis. Im Grundbuch wurde die X-GbR mit den Gesellschaftern A und B als Eigentümerin eingetragen.

Variante: Auch der Gesellschafter A trat nach Beurkundung der Auflassung seinen Gesellschaftsanteil an C ab. Das Grundbuchamt hatte davon ebenso wenig Kenntnis. Eingetragen im Grundbuch wurde wiederum die X-GbR mit den Gesellschaftern A und B.

II. Fragen

1. Wer ist Eigentümer des Grundstücks?
2. Wie kann das Grundbuch berichtigt werden?

III. Zur Rechtslage

1. Einigung

a) Keine neue Auflassung wegen Gesellschaftserwechsel erforderlich

Die X-GbR hat das Eigentum am Grundstück erworben, wenn eine wirksame Auflassung (§ 925 Abs. 1 BGB) und eine wirksame Grundbucheintragung (§ 873 Abs. 1 BGB) zu bejahen sind. Es stellt sich die Frage, welche Auswirkung der Gesellschaftserwechsel bei der X-GbR auf die erklärte Auflassung hat.

Vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR (BGH DNotZ 2001, 234 = DNotI-Report 2001, 41) konnten die Gesellschafter das Eigentum am Grundstück nur **in gesamthänderischer Verbundenheit erwerben**. Die Gesellschafter erklärten daher die Auflassung stets im eigenen Namen. Kam es nach erklärter Auflassung zu einem Gesellschaftserwechsel, sollte nach teilweise vertretener Ansicht die bisherige Auflassung nicht ausrei-

chen und eine neue Auflassung erforderlich sein (LG Aachen Rpfleger 1987, 104; Voormann, Rpfleger 1987, 410). Die ganz **überwiegende Ansicht** ging hingegen davon aus, dass **keine neue Auflassung erforderlich** sei und die Auflassungserklärung auch für und gegen die neuen Gesellschafter wirke (LG Hannover Mitt-BayNot 1993, 389; Zimmermann, BWNotZ 1995, 73, 80).

Nach Anerkennung der Rechts- und Grundbuchfähigkeit der GbR steht die Rechtslage unter anderem Vorzeichen. Die **Auflassung erklärt allein die rechtsfähige GbR**. Da ein Gesellschaftserwechsel nichts an der Identität der an der Auflassung beteiligten Rechtsträger ändert, ist er für die Wirksamkeit der Auflassung und ihre Bindungswirkung irrelevant (LG Köln RNotZ 2002, 54, 55; Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl. 2015, § 20 Rn. 99 f.; Gutachten DNotI-Report 2015, 121, 122; Staudinger/Gursky, BGB, 2012, § 873 Rn. 110; Staudinger/Pfeifer/Diehn, 2017, § 925 Rn. 25; Münch-KommBGB/Kohler, 7. Aufl. 2017, § 873 Rn. 74; BeckOGK-BGB/Weber, Std.: 1.2.2018, § 925 Rn. 165.2, 187).

Demzufolge kann man auch im vorliegenden Fall annehmen, dass der Gesellschaftserwechsel bei der X-GbR keine Auswirkung auf die Wirksamkeit der Auflassung von Y an die X-GbR hat. **Entscheidend** ist nur, **ob die GbR** bei der Auflassungserklärung **wirksam vertreten** wurde.

b) Vollmacht

Zu prüfen ist daher, ob die Bevollmächtigten die Auflassung für die GbR wirksam erklärt haben. Im vorliegenden Fall hatten sämtliche Gesellschafter den Notar angestellten entsprechende Vollmacht erteilt. Dies war möglich gewesen, denn die vertretungsberechtigten Gesellschafter (vgl. §§ 709 Abs. 1, 714 BGB) können ihre Vertretungsmacht auf einen Dritten übertragen und diesem Vollmacht erteilen (BGH DNotZ 2011, 361 Tz. 9, 11). Allerdings fragt sich, ob die Vollmacht durch den **Gesellschaftserwechsel** weggefallen ist.

In seiner Entscheidung vom 20.1.2011 (V ZB 266/10, DNotZ 2011, 361 Tz. 12) hat der **BGH** zur Vollmachtserteilung bei der GbR ausgeführt (Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion): „**Die Gesellschaft selbst kann keine Vollmacht erteilen; für sie handeln die Gesellschafter.**“

Die Entscheidung wird in der Literatur **unterschiedlich interpretiert**: Nach einigen Stellungnahmen hat der BGH lediglich zum Ausdruck gebracht, dass eine rechtsfähige Gesellschaft nur durch ihre Organe handlungsfähig sei. Die GbR könne als teilrechtsfähiger

Rechtsträger jedoch stets selbst eine Vollmacht erteilen; die Entscheidung des BGH sei lediglich unglücklich formuliert (vgl. Böttcher, DNotZ 2011, 363, 364 f.; Kessler, EWiR 2017, 567, 568; Lautner, MittBayNot 2011, 495, 496; v. Proff, ZInsO 2017, 2007, 2008). Andere Stimmen gehen hingegen davon aus, dass nach der BGH-Entscheidung für die Vollmachtserteilung allein auf die GbR-Gesellschafter abzustellen sei (vgl. Führ, RNotZ 2011, 155, 156 f.; so auch Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 4265, zugleich krit. zur Entscheidung). Dieser Ansicht ist das OLG München (RNotZ 2017, 449) gefolgt. Seines Erachtens erlischt die vom GbR-Gesellschafter dem Notar erteilte Vollzugsvollmacht gem. § 117 InsO mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters. Die Vollzugsvollmacht könne nicht von der Gesellschaft, sondern nur von den Gesellschaftern selbst erteilt werden (OLG München RNotZ 2017, 449, 451 f.; zust. Wozniak, jurisPR-InsR 16/2017 Anm. 3; dagegen Kessler, EWiR 2017, 567, 568; v. Proff, ZInsO 2017, 2007, 2008 ff.). Wäre die Entscheidung des OLG München richtig, könnte jeder Gesellschafterwechsel zur Unbrauchbarkeit von Vollmachten der GbR führen (Kessler, EWiR 2017, 567, 568).

Im vorliegenden Fall **darf die Frage jedoch im Ergebnis offenbleiben**. Denn der **Gesellschafterwechsel** fand erst statt, **nachdem der Bevollmächtigte die Auffassung erklärt hatte**. **Entscheidend** für das Vorliegen der Vertretungsmacht ist der **Zeitpunkt der Abgabe** der Auffassungserklärung, nicht derjenige der Vollendung des Rechtserwerbs durch die Grundbucheintragung (vgl. BayObLG DNotZ 1983, 752; OLG Jena NotBZ 2012, 459; OLG Naumburg FGPrax 1998, 1; MünchKommBGB/Schubert, 7. Aufl. 2015, § 177 Rn. 16; Gutachten DNotI-Report 2015, 121, 122; in diesem Sinne wohl auch OLG München RNotZ 2017, 449, 452).

Im Zeitpunkt der Erklärung der Auffassung stand die Abtretung des Anteils an der GbR noch aus. Der Bevollmächtigte konnte daher für die GbR die Auffassung erklären, die Auffassung war ungeachtet des späteren Gesellschafterwechsels wirksam.

2. Eintragung

Der wirksame Eigentumserwerb durch die GbR setzt außerdem voraus, dass die Gesellschaft wirksam als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen wird (§ 873 Abs. 1 BGB). Nach **§ 47 Abs. 2 S. 1 GBO** sind auch die **Gesellschafter der GbR in das Grundbuch einzutragen**, wenn ein Recht für die GbR im Grundbuch eingetragen werden soll.

Im Zeitpunkt der Grundbucheintragung waren nicht mehr A und B Gesellschafter der GbR, sondern A und C. Fraglich ist, ob die Wirksamkeit des Erwerbs daran scheitert, dass A und B als Gesellschafter in das Grundbuch eingetragen wurden.

Gegen die Wirksamkeit des Erwerbs ließe sich anführen, dass § 47 Abs. 2 S. 1 GBO eine **Nachweismedialisierung** zur Folge hat und dass es wie vor Anerkennung der Rechts- und Grundbuchfähigkeit der GbR auf grundbuchverfahrensrechtlicher Ebene nur auf die Gesellschafter, nicht jedoch auf die Gesellschaft ankommt. Wenn die GbR ohne die Angabe auch nur eines der Gesellschafter in das Grundbuch eingetragen wird, soll die Eintragung nach teilweise vertretener Auffassung unwirksam sein (vgl. Bauer/Schaub/Wegmann, GBO, 4. Aufl. 2018, § 47 Rn. 211; a. A. Demharter, GBO, 30. Aufl. 2016, § 47 Rn. 38).

Allerdings soll § 47 Abs. 2 S. 1 GBO nur die Identifizierung der GbR über die Eintragung ihrer Gesellschafter und die **Unterscheidung von anderen Gesellschaften bürgerlichen Rechts** sicherstellen. **Für die Wirksamkeit des Erwerbs** dürfte es **ausreichen**, wenn die GbR mit ihrem **Gesellschafterbestand zum Zeitpunkt der Auffassungserklärung** in das Grundbuch eingetragen wird. Das Grundbuch ist dann zwar im Hinblick auf den Gesellschafterbestand unrichtig (Demharter, § 47 Rn. 38). Auch dürfte das Grundbuchamt daher die Eintragung ablehnen, wenn ihm der zwischenzeitliche Gesellschafterwechsel bekannt wäre (Gutachten DNotI-Report 2015, 121, 123). Da sich die GbR aber über den früheren Gesellschafterbestand spezifizieren lässt, bestehen gegen die Wirksamkeit des Erwerbs keine Bedenken. Es ist möglich, die GbR über die Rechtsnachfolge in den Gesellschaftsanteil hinreichend sicher von anderen Gesellschaften bürgerlichen Rechts zu unterscheiden. So wird man wohl kaum einen wirksamen Eigentumserwerb deswegen ablehnen können, weil nach der Auffassung einer von zehn Gesellschaftern seinen Anteil abgetreten hat, der Neugesellschafter aber nicht im Grundbuch eingetragen worden ist.

Wir gehen daher davon aus, dass die X-GbR das Eigentum am Grundstück wirksam erworben hat.

3. Grundbuchberichtigung

Da das Grundbuch den Gesellschafterbestand der GbR nicht zutreffend wiedergibt, ist es zu berichtigen (§ 899a S. 2 i. V. m. § 894 BGB). Die Berichtigung ist deklaratorischer Natur. Sie erfordert entweder eine Berichtigungsbewilligung (§§ 19, 22 GBO) oder einen Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 Abs. 1 GBO). Ein Unrichtigkeitsnachweis scheidet im vorliegenden Fall aus, da die Beteiligten die Abtretung nur privatschriftlich vorgenommen haben.

Für die Berichtigungsbewilligung sind neben der **Bewilligung des Anteilsveräußerers** die **Bewilligungen sämtlicher Mitgesellschafter** als mittelbar Betroffener zu verlangen (h. M., vgl. OLG München ZEV 2015, 711, 713 = RNotZ 2015, 639; OLG Zweibrücken NJW 2010, 384, 385; BeckOK-GBO/Reetz, Std.: 1.5.2018, § 47 Rn. 98 m. w. N.; a. A. nur KG NJW-RR 2015, 1252). Denn auch auf materiell-rechtlicher Ebene bedarf die Wirksamkeit der Anteilsübertragung grundsätzlich der Zustimmung der Mitgesellschafter. Die Bewilligungsbefugnis der im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter wird gem. § 899a S. 1 BGB analog vermutet (vgl. OLG Karlsruhe MittBayNot 2014, 59; OLG München RNotZ 2011, 48, 50 = MittBayNot 2011, 63). Außerdem muss der **Anteilserwerber** seine **Zustimmung** zur Eintragung erteilen (§§ 47 Abs. 2 S. 2, 22 Abs. 2 GBO). Die Erklärungen sind dem Grundbuchamt in unterschrittsbeglaubigter Form nachzuweisen (§ 29 Abs. 1 S. 1 GBO). Schließlich bedarf es nach Ansicht der Rechtsprechung bei der Eintragung eines GbR-Gesellschafterwechsels der Vorlage einer steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 22 GrEStG (OLG Frankfurt MittBayNot 2006, 334; OLG Jena DStR 2011, 1436, zum Ausscheiden aus der Zweipersonengesellschaft; Meikel/Böhringer, § 47 Rn. 263).

4. Variante

a) Wirksamer Eigentumserwerb

In der Fallvariante hat C nach Erklärung der Auflassung des Grundstücks für die GbR sämtliche Gesellschaftsanteile erworben. Vereinigen sich sämtliche Anteile in der Person eines Gesellschafters, erwirbt der Gesellschafter das Gesellschaftsvermögen im Wege der **Anwachsung**. Dabei handelt es sich um keine Einzelrechtsnachfolge, sondern um eine **Gesamtrechtsnachfolge** (BGH NJW 1967, 2203, 2205; NJW 1978, 1525; WM 1979, 249 = BeckRS 1978, 00258; NZG 2000, 474; Orth, DStR 1999, 1011, 1012; Henssler/Strohn/Klöhn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 131 HGB Rn. 63). Wäre die Gesamtrechtsnachfolge beim Gesellschafter C erst eingetreten, nachdem die GbR das Eigentum erworben hätte, wäre das Eigentum ohne Weiteres auf C übergegangen.

Laut Sachverhalt hat die Anwachsung bei C jedoch unmittelbar nach Erklärung der Auflassung stattgefunden und ist im Grundbuch die GbR (und nicht C) als Eigentümer eingetragen worden. Es fragt sich, ob sich daraus etwas anderes ergibt.

Nach allgemeiner Auffassung wirkt eine **Auflassungs-erklärung für und gegen die Gesamtrechtsnachfolger** der Parteien der Auflassung (zur Erbfolge BGHZ 48, 351, 356 = DNotZ 1968, 414; OLG München RNotZ 2015, 160, 162; Schöner/Stöber, Rn. 3300; zur

Gesamtrechtsnachfolge nach dem UmwG Schöner/Stöber, Rn. 107c; BeckOGK-BGB/Weber, § 925 Rn. 189; Gutachten DNotI-Report 2015, 177, 178 f.; Widmann/Mayer/Vossius, Umwandlungsrecht, Std.: 10/2015, § 20 UmwG Rn. 192; zum Erbteilerwerb BayObLG DNotZ 1987, 365, 367). Diesen Rechtsgedanken wird man auch auf die Gesamtrechtsnachfolge durch Anwachsung anwenden müssen (vgl. OLG Zweibrücken MittBayNot 1975, 177, 178; Staudinger/Gursky, § 873 Rn. 87). Der Gesamtrechtsnachfolger tritt hier ebenso in die Rechtsstellung des Rechtsvorgängers ein; dingliche Erklärungen wirken für und gegen den Gesamtrechtsnachfolger. Demzufolge wirkt die für die GbR erklärte Auflassung zugunsten ihres Gesamtrechtsnachfolgers C fort.

Es fragt sich aber, ob der Gesamtrechtsnachfolger ein dingliches Recht durch die Eintragung (§ 873 Abs. 1 BGB) erwirbt, wenn nicht er, sondern sein **Rechtsvorgänger in das Grundbuch eingetragen** wird. Der Rechtserwerb könnte daran scheitern, dass der Rechtsvorgänger im Zeitpunkt der Eintragung nicht mehr existiert.

Dieses Problem ergibt sich in der **Praxis** vor allem dann, wenn der **Erblasser** in das Grundbuch eingetragen wird, obwohl er im Zeitpunkt der Eintragung bereits verstorben ist. Die ganz **h.M.** geht insoweit davon aus, dass die **Eintragung des Rechtsvorgängers für dessen Gesamtrechtsnachfolger wirkt**, obwohl der Rechtsvorgänger im Zeitpunkt der Eintragung gar nicht mehr existiert. Die Person des Erwerbers sei lediglich unrichtig bezeichnet; die Buchposition wirke für und gegen den Gesamtrechtsnachfolger. Dieser sei wie der Rechtsvorgänger zu behandeln (RG JW 1926, 1955, 1956; KG OLGZ 1965, 92, 94; Böhringer, NotBZ 2007, 189, 190; Jung, Rpfleger 1996, 94; MünchKommBGB/Kohler, § 873 Rn. 97; Staudinger/Gursky, § 873 Rn. 265; Meikel/Böttcher, Einl. C Rn. 47; Demharter, § 19 Rn. 99; KEHE/Munzig, GBO, 7. Aufl. 2015, § 20 Rn. 50; Fischer, JW 1926, 1955). Soweit das RG angedeutet hat, dass die Wirkung der Eintragung nur in Betracht komme, wenn die Bewilligung zu Lebzeiten des Erblassers beim Grundbuch eingereicht worden sei (JW 1926, 1955), ist dem nicht zu folgen (Staudinger/Gursky, § 873 Rn. 265). Denn die Bewilligung ist eine bloße Verfahrenserklärung und irrelevant für die materielle Rechtslage und die Frage, ob eine wirksame Grundbucheintragung i. S. v. § 873 Abs. 1 BGB vorliegt.

Nach einer **älteren Entscheidung des KG** (HRR 1936 Nr. 1276) ist ein wirksamer Eigentumserwerb **auch bei der Anwachsung** möglich, wenn nach Eintritt der Gesamtrechtsnachfolge der nicht mehr existierende Rechtsvorgänger in das Grundbuch eingetragen wird. Werde für eine OHG eine Hypothek bestellt und erlösche die

Gesellschaft nach deren Bestellung, weil das Gesellschaftsvermögen im Wege der Anwachsung auf den Alleingesellschafter übergegangen sei, habe der Alleingesellschafter die Hypothek auch bei einer Eintragung der (in diesem Zeitpunkt nicht mehr existierenden) OHG wirksam erworben. Die Eintragung der OHG sei als Eintragung zugunsten ihres Gesamtrechtsnachfolgers anzusehen (zust. Böhringer, NotBZ 2007, 189, 190; MünchKommBGB/Kohler, § 873 Rn. 97; Staudinger/Gursky, § 873 Rn. 265). Das ist einleuchtend und entspricht dem Wesen der Gesamtrechtsnachfolge. Es kann nicht schaden, dass der Rechtsvorgänger und nicht der Gesamtrechtsnachfolger in das Grundbuch eingetragen wird; denn der Rechtsnachfolger ist so wie der Rechtsvorgänger zu stellen.

Überträgt man diesen Gedanken auf den vorliegenden Fall, dann wirkt die Eintragung der X-GbR als Eigentümerin zugunsten ihres Gesamtrechtsnachfolgers C. C hat das Eigentum am Grundstück wirksam erworben.

b) Bewilligung

Hinsichtlich der Grundbuchberichtigung gelten die Ausführungen unter Ziff. 3 entsprechend. Für die Berichtigungsbewilligung sind Bewilligungen der beiden im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter A und B (§ 19 GBO) sowie die Zustimmungserklärung von C (§ 22 Abs. 2 GBO) erforderlich. Außerdem ist eine Unbedenklichkeitsbescheinigung vorzulegen.

C ist direkt in das Grundbuch einzutragen. Eine Zwischeneintragung der GbR mit den Gesellschaftern A und C kommt nicht in Betracht, da im Zeitpunkt der Grundbucheintragung aufgrund der zwischenzeitlichen Anwachsung ausschließlich C Eigentümer ist. Die Zwischeneintragung eines ehemals Berechtigten ist unzulässig (vgl. Lautner, MittBayNot 2006, 497, 500), da das Grundbuch im Zeitpunkt der Eintragung die richtige Rechtslage wiedergeben muss (vgl. BayObLGZ 1994, 158, 160). Auch § 39 GBO verlangt nicht die Voreintragung eines Nicht-mehr-Berechtigten (Bauer, in: Bauer/Schaub, § 39 Rn. 42). Vor diesem Hintergrund ist etwa bei einer Kette von Abtretungen des GbR-Gesellschaftsanteils nur das letzte Glied der Kette in das Grundbuch einzutragen (BeckOK-GBO/Reetz, § 47 Rn. 99; Miras, DStR 2010, 604, 605; Reymann, DAI-Skript „Aktuelle Gesetzesänderungen in der notariellen Praxis“ v. 14.11.2009, S. 363; Böttcher, notar 2012, 111, 114; Rechtsausschuss BT-Drucks. 16/13437, S. 25; anders noch zur alten Rechtslage OLG München MittBayNot 2006, 496, 497).

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.de>

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

BGB §§ 1094, 1097

Bestellung eines weiteren dinglichen Vorkaufsrechts im Nachrang; Verhältnis zweier dinglicher Vorkaufsrechte zueinander

Abruf-Nr.: 161840

BeurkG § 39

Bescheinigung über Eintragungen in öffentlichen Registern; Europäisches Patentregister

Abruf-Nr.: 161721

Rechtsprechung

BGB §§ 780, 1193 Abs. 2 S. 2; ZPO §§ 724, 725, 726, 867

Zur Voraussetzung der Androhung der Vollstreckung, wenn sich Sicherungsabrede aus der Urkunde ergibt

Im Verfahren der Eintragung einer Zwangshypothek aufgrund eines vollstreckbaren abstrakten Schuldversprechens hat das Grundbuchamt auch dann, wenn sich das Bestehen einer Sicherungsabrede aus der Urkunde ergibt, nicht zu prüfen, ob die Vollstreckung mindestens sechs Monate vor Antragstellung angedroht worden ist (Fortsetzung zu OLG München, Beschluss vom 23.6.2016 – 34 Wx 189/16; Abgrenzung zu BGH, Beschluss vom 30.3.2017 – V ZB 84/16).

OLG München, Beschl. v. 13.4.2018 – 34 Wx 381/17

Problem

Die Entscheidung betrifft hauptsächlich die Prüfungskompetenz des Grundbuchamts als Vollstreckungsorgan hinsichtlich einer sechsmonatigen Wartefrist vor Stellung des Antrags auf Eintragung einer Sicherungshypothek. Daneben beschäftigt sich die Entscheidung mit der Möglichkeit, einen Nachweismangel im Grundbuchverfahren zu heilen.

Im entschiedenen Fall waren zwei Personen Miteigentümer eines Grundstücks zu je ½; das Grundstück war mit einer Sicherungsgrundschuld belastet. Bei der Bestellung der Grundschuld samt Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung nebst persönlicher Haftungsübernahme samt Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ließen sich beide Eigentümer aufgrund Vollmacht vertreten. Die Gläubigerin beantragte unter Vorlage der (zweiten) vollstreckbaren Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde nebst Zustellungsnachweisen (Postübergabeurkunde des Gerichtsvollziehers mit Postzustellungsurkunde über die erfolgte Zustellung) die Eintragung einer Zwangshypothek am Anteil eines der Miteigentümer. Das Grundbuchamt kam diesem Antrag nach. Die Grundstückseigentümer wandten sich mit einer Beschwerde gegen die Eintragung; zur Begründung führten sie an, dass vor Vollstreckungsbeginn nur die Bestellungsurkunde, nicht aber die in Bezug genommene Vollmachtsurkunde zugestellt worden sei, mithin nicht der vollständige Vollstreckungstitel. Daraufhin trug das Grundbuchamt von Amts wegen einen Widerspruch gegen die Zwangshypothek ein.

Da die Gläubigerin anschließend (ebenfalls durch Postübergabeurkunde des Gerichtsvollziehers mit Postzustellungsurkunde über die erfolgte Zustellung) nachweisen konnte, dass die Vollmachtsurkunde gemeinsam mit der Bestellungsurkunde zugestellt worden war, löschte das Grundbuchamt den Amtswiderspruch. Es war mithin nicht die Zustellung fehlerhaft gewesen, sondern lediglich der Nachweis der Zustellung dem Grundbuchamt gegenüber zunächst nicht vollständig erbracht worden. Gegen die Löschung des Amtswiderspruchs wandten sich die Grundstückseigentümer mit der Beschwerde. Sie trugen vor, dass der Titel vor Beginn der Zwangsvollstreckung nicht vollständig zugestellt gewesen sei, eine Heilung durch Nachholung der Zustellung aber nicht möglich sei. Außerdem sei die sechsmonatige Wartefrist seit Kündigung bis zur Antragstellung nicht eingehalten worden.

Entscheidung

Laut OLG München wurde der Amtswiderspruch zu Recht gelöscht, da die Voraussetzungen für die Eintragung im Lösungszeitpunkt nicht mehr vorlagen.

Zwar sei die Zwangsvollstreckung bei Erklärung der **Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung durch einen Vertreter** grundsätzlich nur zulässig, wenn die **Vollmacht** des Vertreters (oder die Genehmigung seitens des Vertretenen) dem Schuldner **durch öffentliche** oder öffentlich beglaubigte **Urkunden zugestellt** worden sei oder mit dem Beginn der Vollstreckung zugestellt werde. Auch habe das Grundbuchamt bei der

Eintragung von Zwangshypotheken als Vollstreckungsorgan das Vorliegen dieser Voraussetzungen zu prüfen und hätte mangels Nachweis über die Zustellung auch der Vollmachtsurkunde die Zwangshypothek nicht eintragen dürfen. Jedoch habe die Gläubigerin mit dem Berichtigungsantrag durch Vorlage der mit der Vollmachtsurkunde verbundenen Zustellungsurkunden im Original formgerecht nachgewiesen, dass auch die Vollmachtsurkunde dem betroffenen Miteigentümer zugestellt worden sei und bereits bei Beantragung der Zwangshypothek unter Einhaltung der zweiwöchigen Wartefrist gem. § 798 ZPO zugestellt gewesen sei. In der Regel könnten sogar **Mängel bei der Titelizstellung**, wie eine unterbliebene Zustellung der Vollmacht für eine Vollstreckungsunterwerfung, **durch Nachholung geheilt** werden. Erst recht heile der nachträglich erbrachte Nachweis der wirksamen Zustellung den Mangel der Vollstreckungsmaßnahme.

Unerheblich sei weiter, ob die Gläubigerin die Vollstreckung aus dem abstrakten Schuldversprechen vor Beantragung der Zwangshypothek unter Einhaltung einer **sechsmonatigen Wartefrist** angedroht habe, denn die Frage der „Verwertungsreife“ stelle sich vorliegend nicht.

Zwar habe der **BGH** entschieden, dass die Versteigerung aus den dinglichen Grundschuldzinsen in Anlehnung an §§ 1234, 1193 Abs. 1 S. 3 BGB unter Einhaltung einer sechsmonatigen Wartefrist angedroht werden müsse, wenn eine Kündigung des Grundschuldkapitals (zunächst) unterbleibe. Ebenso habe der BGH *obiter dictum* ausgeführt, dass man vom **Erfordernis einer Versteigerungsandrohung** bzw. einer Kündigung des Kapitals und des Verstreichens der Wartefrist **nicht durch Vereinbarung eines vollstreckbaren abstrakten Schuldanerkenntnisses zugunsten des Grundschuldgläubigers abweichen** könne; diese Erfordernisse gälten deshalb auch dann, wenn der Gläubiger einer Grundschuld die Zwangsversteigerung wegen einer persönlichen Forderung aufgrund eines vollstreckbaren abstrakten Schuldversprechens zu seinen Gunsten betriebe.

Allerdings seien diese Grundsätze wegen der **Verschiedenheit von Zwangshypothek und Zwangsversteigerung nicht auf die Zwangshypothek zu übertragen**. Während die Zwangsversteigerung dem Gläubiger Befriedigung aus dem Verwertungserlös und die Zwangsverwaltung Befriedigung aus den Erträgen des Grundstücks verschaffe, bewirke die Zwangshypothek lediglich eine Sicherung zugunsten des Gläubigers. Überdies werde die Verwertbarkeit des Grundstücks durch die eingetragene Zwangshypothek nicht beeinträchtigt. Wenn bereits die Eintragung einer Zwangshypothek mit einer sechsmonatigen Vorlauffrist angedroht werden müsste,

würde dem Schuldner die Möglichkeit eröffnet, Vermögen durch Übertragung oder Beleihung zum Nachteil des Titelgläubigers beiseitezuschaffen. Die persönliche Forderung des Gläubigers würde deshalb in ihrem Wert erheblich beeinträchtigt.

Davon unabhängig obliege es nicht dem Grundbuchamt zu prüfen, ob die – einfache – Vollstreckungsklausel zu Recht erteilt worden sei oder als qualifizierte Klausel hätte erteilt werden müssen. Denn das Vollstreckungsorgan habe im Allgemeinen nur nachzuprüfen, ob eine Klausel vorhanden und ordnungsgemäß erteilt worden sei, nicht hingegen, ob sie hätte erteilt werden dürfen. Soweit den Ausführungen des BGH zu entnehmen sei, dass bei einer Vollstreckung der dinglichen Zinsen einer Sicherungsgrundschuld das Versteigerungsgericht als Vollstreckungsorgan auch bei erteilter Klausel die Verwertungsreife – nämlich die fristgerechte Androhung der Versteigerung – zu prüfen habe, lasse sich dies auf die nur der Sicherung dienende Eintragung einer Zwangshypothek nicht übertragen.

Veranstaltungen

Weitere Termine für **Juli 2018** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 (www.anwaltsinstitut.de).

Modularer Lehrgang für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat: Modul 3 – Grundpfandrechte, Eintragungsbewilligungen, Überlassungsvertrag einschl. GNotKG (Tondorf), 2.-3.7.2018 Stuttgart

Praxis des Kostenrechts: Neuere Rechtsprechung zum GNotKG (Schmidt/Tondorf), 11.7.2018 Bochum

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: Dr. Simon Blath

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