

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

22. Jahrgang  
Januar 2014  
ISSN 1434-3460

2/2014

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BeurkG §§ 9, 10, 44a Abs. 2; BNotO § 56 – Berichtigung einer offensichtlichen Unrichtigkeit durch Amtsnachfolger des Notars

UmwG § 3 Abs. 3; GmbHG § 73 – Verschmelzung auf eine aufgelöste GmbH; aufnehmende Gesellschaft in Liquidation; Erfordernis eines ausdrücklich gefassten Fortsetzungsbeschlusses; Sanierungsverschmelzung; Sperrjahr

### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB §§ 577, 577a – Grds. kein Mietervorkaufsrecht beim En-bloc-Verkauf eines Mehrfamilienhauses, auch nicht im Fall des sog. Erwerbermodells; strenge Anforderungen an sog. Absichtsalternative (§ 577 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB)

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BeurkG §§ 9, 10, 44a Abs. 2; BNotO § 56 Berichtigung einer offensichtlichen Unrichtigkeit durch Amtsnachfolger des Notars

#### I. Sachverhalt

Ein wegen Erreichens der Altersgrenze aus dem Dienst ausgeschiedener Notar beurkundete im Jahr 1994 eine Grundschuld. Dabei wurde der Geburtsname einer der Grundschuldbesteller mit „ei“ geschrieben. Nunmehr wünscht der Grundschuldgläubiger, der aus der Grundschuld vollstrecken möchte, eine Berichtigung der Urkunde dahingehend, dass der Geburtsname nicht mit „ei“, sondern mit „eu“ geschrieben wird. Er legt in diesem Zusammenhang eine erweiterte Melderegisterauskunft in gesiegelter Form vor. Der Familienname, der Vorname und das Geburtsdatum sowie die Anschrift sind ausweislich der Melderegisterauskunft identisch mit den Angaben der notariellen Urkunde. Der Geburtsname ist in der Melderegisterauskunft mit „eu“ geschrieben. Handakten sind nicht mehr vorhanden, insbesondere keine Kopien von Personalausweisen.

Der Amtsnachfolger des Urkundsnotars hat den Grundschuldbesteller in einem Schreiben gebeten, sich zur richtigen Schreibweise seines Geburtsnamens zu äußern. Der Grundschuldbesteller hat auf dieses Schreiben nicht reagiert.

#### II. Frage

Kann der Amtsnachfolger des Urkundsnotars den falsch geschriebenen Geburtsnamen eines Urkundsbeteiligten berichtigen?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Richtige Bezeichnung der Urkundsbeteiligten (§ 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG)

Die **Wirksamkeit** der Beurkundung der Grundschuldbestellung **dürfte** durch die möglicherweise falsche Schreibweise des Geburtsnamens **nicht beeinträchtigt sein**. Dies gilt, obwohl die Niederschrift nach § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG die Bezeichnung der Beteiligten enthalten muss. Beteiligt i. S. d. Vorschrift sind die nach § 6 Abs. 2 BeurkG Erschienenen, und zwar unabhängig davon, ob sie im eigenen oder fremden Namen handeln. Die **Anforderungen an die Bezeichnung bestimmt § 10 Abs. 1 BeurkG**, ergänzend § 26 Abs. 2 DONot. Um Zweifel über die Identität und eine Verwechslung mit anderen Personen auszuschließen, ist **u. a. der Geburtsname anzugeben**, wenn dieser von dem zur Zeit der Beurkundung geführten Familiennamen abweicht. Allerdings handelt es sich hierbei lediglich um eine **Sollvorschrift**, deren Verletzung nicht zur Nichtigkeit der Beurkundung führt (Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO/BeurkG, 3. Aufl. 2011, § 10 BeurkG Rn. 1; Winkler, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 10 Rn. 92). Für die Wirksamkeit der Beurkundung ist die Angabe des Geburtsnamens demnach unerheblich. Die Urkunde ist vorliegend daher jedenfalls dann wirksam, wenn sich der Beteiligte trotz der falschen Angabe zweifelsfrei identifizieren lässt.

## 2. Berichtigung durch andere Person als den Urkundsnotar

Fraglich ist, ob auch eine andere Person als der Urkundsnotar die offensichtliche Unrichtigkeit berichtigen kann.

### a) Ursprünglich stark eingeschränkte Berichtigungsmöglichkeit (§ 30 Abs. 4 DOnot a. F.)

§ 30 Abs. 4 DOnot a. F. erlaubte als Vorgängervorschrift des heutigen § 44a Abs. 2 BeurkG lediglich eine **Berichtigung „offensichtlicher Schreibfehler“**. Erfasst waren Schreibfehler und Auslassungen, die man **aus dem Gesamtzusammenhang der Urkunde** ohne Weiteres erkennen konnte, insbesondere Wortverdrehungen (vgl. BayObLG ZNotP 2002, 439 = Rpfleger 2002, 563; OLG Frankfurt DNotZ 1997, 79; OLG Hamburg DNotZ 1951, 422; OLG Hamm OLGZ 1998, 227; OLG Jena OLG-NL 1998, 282, 283; OLG Köln MittBayNot 1993, 170, 171).

Eine derartige, sich bereits aus der Urkunde ergebende Unrichtigkeit darf **auch der Vertreter im Amt oder der Amtsnachfolger oder Aktenverwahrer** wahrnehmen und selbst durch einen Nachtragsvermerk berichtigen (vgl. Staudinger/Hertel, BGB, Neubearb. 2012, Vor §§ 127a, 128 [BeurkG] Rn. 637 f.). Ebenso dürfte dies umgekehrt bei einer Beurkundung durch den Notarvertreter der vertretene Notar.

### b) Erweiterte Berichtigungsmöglichkeit durch § 44a Abs. 2 BeurkG

Mit § 44a Abs. 2 BeurkG wurde die Möglichkeit der Berichtigung durch Nachtragsvermerk auf andere offensichtliche Unrichtigkeiten erweitert. Damit übernimmt das Gesetz die Kriterien zur Berichtigung eines Urteils aus § 319 Abs. 1 ZPO. Seit der Gesetzesänderung im Jahr 1998 lassen sich daher auch solche Fehler berichtigen, die sich erst aus dem Gesamtzusammenhang der Beurkundung ergeben, wobei **außerhalb der Urkunde liegende Umstände herangezogen werden können** (Winkler, § 44a Rn. 18 m. w. N.). Es genügt nach h. M., dass die Unrichtigkeit für den Notar selbst offensichtlich ist (Brambring, FGPrax 1998, 201, 203; Kanzleiter, DNotZ 1999, 292, 305; Eylmann/Vaasen/Limmer, § 44a BeurkG Rn. 14; Winkler, § 44a Rn. 18 f.; Staudinger/Hertel, Vor §§ 127a, 128 [BeurkG] Rn. 637). Lediglich *Preuß* formuliert etwas enger, dass die Unrichtigkeit zumindest für Urkundsbeteiligte aus dem Zusammenhang der Urkunde oder sonst aus ohne Weiteres zugänglicher Informationsquelle, wie z. B. einem öffentlichen Register, deutlich erkennbar sein müsse (in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DOnot, 6. Aufl. 2013, § 44a BeurkG Rn. 13).

### c) Grenzen der Berichtigungsmöglichkeit

Ergibt sich die offensichtliche Unrichtigkeit erst aus der Kenntnis der Umstände der Beurkundungsverhandlung, erscheint es auf den ersten Blick naheliegend, dass **nur die selbst an der Beurkundungsverhandlung beteiligte Urkundsperson** den Nachtragsvermerk erstellen kann. Entsprechend ist anerkannt, dass die Berichtigung eines gerichtlichen Protokolls nach § 164 ZPO grundsätzlich den Personen obliegt, die durch ihre Unterschrift die Verantwortung für die Richtigkeit des ursprünglichen Protokolls übernommen haben (MünchKommZPO/Wagner, 4. Aufl. 2013, § 164 Rn. 9; vgl. auch Stein/Jonas/Roth, ZPO, 22. Aufl. 2005, § 164 Rn. 11 f., wonach eine Berichtigung ausscheidet, wenn sowohl der Richter als auch der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle verhindert sind).

### aa) H. M. in der Lit.

Gleichwohl wird in der neueren notarrechtlichen Literatur vielfach eine **großzügigere Auffassung** vertreten. So soll der Vertreter, der Amtsnachfolger oder der Aktenverwahrer berechtigt sein, die Berichtigung vorzunehmen, sofern er die **Unrichtigkeit aufgrund seiner eigenen amtlichen Wahrnehmung feststellen kann**. Dafür müsse sich die Unrichtigkeit nicht notwendig aus der Urkunde selbst ergeben (Staudinger/Hertel, Vor §§ 127a, 128 [BeurkG] Rn. 638: „insbesondere“). Auch *Zeiler* (NotBZ 2004, 113, 115) und diesem folgend *Winkler* (§ 44a Rn. 42) und *Heinemann* (in: Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 2012, § 44a Rn. 33) halten es für ausreichend, wenn der **Fehler für den Amtsnachfolger offensichtlich** ist. Demnach braucht die Unrichtigkeit nicht zwingend aus der Urkunde, sondern kann aus den Nebenakten oder sonstigen für den Amtsnachfolger erkennbaren Umständen hervorgehen.

### bb) Beschluss des LG Gera v. 27.10.2003 und Reaktion in der Lit.

In diesem Zusammenhang ist ein Beschluss des LG Gera vom 27.10.2003 (NotBZ 2004, 112) zu berücksichtigen. Das Gericht hatte über einen Sachverhalt zu entscheiden, der dem vorliegenden vergleichbar war. In einer Urkunde war der **Vorname eines Beteiligten falsch geschrieben** (Eberhard statt Ehrhard). Der Amtsnachfolger wurde um Berichtigung nach § 44a Abs. 2 BeurkG ersucht. Es wurde ihm eine gesiegelte Auskunft der betreffenden Stadt vorgelegt, wonach eine Person mit dem richtigen Vornamen, im Übrigen mit vollkommen übereinstimmenden Daten zum Zeitpunkt der Urkundsertichtung unter der genannten Anschrift gemeldet war, nicht jedoch eine Person mit dem in der Urkunde wiedergegebenen falschen Vornamen. Das **LG Gera ging davon aus, dass der Amtsnachfolger eine Berichtigung vorzunehmen habe**, weil der Fehler offensichtlich sei; dies könne sich auch aus Umständen ergeben, die außerhalb der Urkunde lägen.

Einzelne Stimmen in der **Literatur** sind jedoch einer Berichtigungsbefugnis des Amtsnachfolgers mit dem Argument entgegengetreten, die **Feststellung der Identität der Beteiligten habe durch den amtierenden Notar selbst** zu erfolgen (*Zeiler*, NotBZ 2004, 113, 114 f.). Aus diesem Grund soll die Berichtigung im Fall des LG Gera ausgeschlossen gewesen sein. Der Amtsnachfolger könne diese Feststellung nämlich nicht nachholen.

### cc) Stellungnahme

Unseres Erachtens dürfte **zwischen der Feststellung der Person einerseits und der Wiedergabe der Bezeichnung der Person in der Urkunde als Ergebnis der Identitätsfeststellung** andererseits **zu differenzieren** sein (*Winkler*, § 44a Rn. 42).

(1) Wenn der amtierende Notar die Identität der anwesenden Personen selbst zweifelsfrei festgestellt hat und lediglich die Daten einer identifizierten Person falsch in der Urkunde wiedergegeben sind, steht das Gebot zur Identifizierung durch den Urkundsnotar nach § 10 BeurkG einer Fehlerberichtigung durch eine andere Person nicht entgegen. Denn die **Berichtigung** der offensichtlichen Unrichtigkeit ist in diesem Fall **keine Wiederholung oder Korrektur der Identitätsfeststellung**, sondern lediglich eine Korrektur der urkundlichen Wiedergabe des Ergebnisses dieser Feststellung. Umgekehrt müsste eine „Berichtigung“ durch den Amtsnachfolger etc. jedoch ausscheiden, wenn dieser bereits das Ergebnis der

Identitätsfeststellung nicht selbst zweifelsfrei nachvollziehen könnte, etwa weil es sich weder aus den Angaben der Urkunde noch den sonstigen dem Amtsnachfolger erkennbaren Umständen herleiten ließe.

(2) Sofern feststeht, dass die Identifizierung ordnungsgemäß erfolgt und der Fehler „nur“ bei der Übertragung des Ergebnisses in die Urkunde unterlaufen ist, sehen wir im Einklang mit der herrschenden Literaturauffassung und dem LG Gera keinen Grund, die Berichtigung durch eine andere Person als den Urkundsnotar gem. § 44a Abs. 2 BeurkG generell abzulehnen. Die offensichtliche Unrichtigkeit muss sich nicht unmittelbar aus dem Gesamtzusammenhang der Urkunde, sondern kann sich erst aus den Umständen der Beurkundungsverhandlung ergeben. Ein anderes, restriktiveres Verständnis verlangt weder der Wortlaut noch die Systematik des § 44a Abs. 2 BeurkG. Auch bei wertender Betrachtung macht es grundsätzlich keinen Unterschied, aus welchen Umständen der Notar Kenntnis von der offensichtlichen Unrichtigkeit erlangt, **soweit er sich nur selbst eine hinreichend sichere Überzeugung bilden kann.**

Freilich sind die Berichtigungsmöglichkeiten des Amtsnachfolgers gem. § 44a Abs. 2 S. 1 BeurkG geringer (ebenso wie die jeder anderen nicht selbst an der Beurkundungsverhandlung beteiligten Person), da er über weniger Wissen als der Urkundsnotar verfügt (Zeiler, NotBZ 2004, 113, 115).

### 3. Ergebnis

Eine Berichtigung durch den Amtsnachfolger gem. § 44a Abs. 2 S. 1 BeurkG setzt u. E. nicht voraus, dass sich die offensichtliche Unrichtigkeit aus der Urkunde selbst ergibt. Allerdings muss sich der Amtsnachfolger von der offensichtlichen Unrichtigkeit selbst eine hinreichend sichere Überzeugung bilden können, sodass seine Möglichkeiten zur Berichtigung beschränkt sind.

Unseres Erachtens darf der Amtsnachfolger grundsätzlich auch Angaben i. S. d. § 10 Abs. 1 BeurkG berichtigen, sofern in der Berichtigung keine wiederholende bzw. erstmalige Identitätsfeststellung, sondern lediglich eine Korrektur der urkundlichen Wiedergabe der ursprünglichen Feststellung zu sehen ist.

Wenn – wie wohl vorliegend – aus den Unterlagen zur Überzeugung des Amtsnachfolgers feststeht, dass eine ordnungsgemäße Identifizierung erfolgt ist und es sich bei der falschen Schreibweise des Namens um eine offensichtliche Unrichtigkeit handelt, kann der Amtsnachfolger die Berichtigung nach § 44a Abs. 2 BeurkG vornehmen.

---

## **UmwG § 3 Abs. 3; GmbHG § 73 Verschmelzung auf eine aufgelöste GmbH; aufnehmende Gesellschaft in Liquidation; Erfordernis eines ausdrücklich gefassten Fortsetzungsbeschlusses; Sanierungsverschmelzung; Sperrjahr**

### **I. Sachverhalt**

Eine GmbH befindet sich in Liquidation; das Sperrjahr gem. § 73 GmbHG ist schon zur Hälfte abgelaufen. Die GmbH möchte eine weitere GmbH durch Verschmelzung unter Auflösung der übertragenden Gesellschaft (ohne

Abwicklung und daher ohne Einhaltung eines eigenen Sperrjahres) gem. § 2 Nr. 1 UmwG aufnehmen, ohne einen Fortsetzungsbeschluss zu fassen oder ihr Sperrjahr zu unterbrechen.

### **II. Frage**

Kann sich eine GmbH in Liquidation als aufnehmender Rechtsträger an einer Verschmelzung beteiligen, ohne vorher einen Fortsetzungsbeschluss zu fassen?

### **III. Zur Rechtslage**

#### **1. Verschmelzung eines aufgelösten Rechtsträgers**

##### **a) Ausgangslage**

Gem. § 3 Abs. 3 UmwG darf an einer Verschmelzung als **übertragender Rechtsträger** auch ein aufgelöster Rechtsträger beteiligt sein, wenn die Fortsetzung dieses Rechtsträgers beschlossen werden *könnte*.

##### **b) Verschmelzungsfähigkeit der aufgelösten Gesellschaft als aufnehmender Rechtsträger?**

Ob der aufgelöste *aufnehmende* Rechtsträger an einer Verschmelzung mitwirken kann, ist gesetzlich nicht geregelt und auch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung **bisher nicht geklärt** worden.

Die Teilnahme des aufgelösten aufnehmenden Rechtsträgers an der Verschmelzung könnte mit Zweck und Stand der jeweiligen Abwicklung unvereinbar sein (Kallmeyer/Marsch-Barner, UmwG, 5. Aufl. 2013, § 3 Rn. 26), d. h., **außerhalb des Aufgabenspektrums des Liquidators i. S. v. § 70 GmbHG** liegen. Die Liquidatoren haben für die ordnungsgemäße Abwicklung der Gesellschaft zu sorgen (MünchKommGmbHG/H. F. Müller, 2011, § 70 Rn. 1). Neue Geschäfte dürfen sie nach § 70 S. 2 GmbHG nur im Rahmen des Liquidationszwecks eingehen. Allerdings ist der **Umfang der Vertretungsmacht** der Liquidatoren **nicht** durch den Liquidationszweck **beschränkt** (h. M., s. nur Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 68 Rn. 5 und § 70 Rn. 2). Daher würde ein Verstoß gegen die diesbezüglich intern gebundene Geschäftsführungsbefugnis des Liquidators allenfalls Schadensersatzforderungen der Gesellschaft auslösen.

##### **c) Möglichkeit der Fortsetzung**

Ebenso wie dem aufgelösten übertragenden Rechtsträger muss auch dem aufgelösten aufnehmenden Rechtsträger eine Fortsetzung möglich sein. Nach ganz überwiegender Meinung ist nämlich ein Rechtsträger, der **ohne Fortsetzungsmöglichkeit** aufgelöst wurde, **nicht mehr verschmelzungsfähig** (KG DNotZ 1999, 148; Widmann/Mayer/Fronhöfer, Umwandlungsrecht, Std.: Juli 2005, § 3 UmwG Rn. 70; Lutter/Drygala, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 3 Rn. 31; Kallmeyer/Marsch-Barner, § 3 Rn. 26; s. auch BayObLG DNotZ 1999, 145 m. Anm. Limmer; krit. hierzu Heckschen, in: Heckschen/Simon, Umwandlungsrecht, 2003, § 2 Rn. 6; Limmer, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2009, Kap. 27, S. 859, 900).

##### **d) Nur möglicher oder tatsächlich gefasster Fortsetzungsbeschluss?**

**Umstritten** ist, **ob** beim aufgelösten aufnehmenden Rechtsträger – ebenso wie beim übertragenden Rechtsträger – die **bloße Fortsetzungsmöglichkeit genügt** (so Heckschen, DB 1998, 1385, 1387) oder ob der Fortsetzungsbeschluss ausdrücklich gefasst werden muss (so OLG Naumburg GmbHR 1997, 1152 = DNotI-Report 1997, 249; Stengel, in: Semler/Stengel, UmwG,

3. Aufl. 2012, § 3 Rn. 47; Lutter/Drygala, § 31 Rn. 31; zumindest empfehlend Widmann/Mayer/Fronhöfer, § 3 UmwG Rn. 73; Kallmeyer/Marsch-Barner, § 3 Rn. 26). Die Literatur umgeht das Problem vielfach dadurch, dass sie **im Verschmelzungsbeschluss** zugleich einen zumindest **konkludenten Fortsetzungsbeschluss** sieht (Kallmeyer/Marsch-Barner, § 3 Rn. 26 m. w. N. in Fn. 4; KölnKommUmwG/Simon, 2009, § 3 Rn. 58; Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, 6. Aufl. 2013, § 3 UmwG Rn. 48: „naheliegender Gedanke“).

Für das Erfordernis eines Fortsetzungsbeschlusses vor Verschmelzung wird angeführt, dass es sich bei § 3 Abs. 3 UmwG um eine **nicht analogiefähige Ausnahmvorschrift** handele, die nur Sanierungsfusionen erleichtern, nicht aber reine Abwicklungsfusionen ermöglichen wolle (AG Erfurt Rpfleger 1996, 163; Lutter/Drygala, § 3 Rn. 31). Die Formulierung knüpfe nämlich bewusst an die Vorgängervorschrift des § 19 Abs. 2 KapErhG an und stelle die damals streitige Rechtslage jetzt klar. Ähnlich arumentiert *Fronhöfer* (in: Widmann/Mayer, § 3 UmwG Rn. 71 f.), der einen **Umkehrschluss aus § 3 Abs. 3 UmwG** bemüht.

Auch der **Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 VerschmRL** wird der Verschmelzungsfähigkeit des aufgelösten Rechtsträgers als übernehmender Rechtsträger entgegengehalten (Stengel, § 3 Rn. 47). Durch diese Regelung soll dem deutschen Gesetzgeber gemeinschaftsrechtlich die Möglichkeit genommen sein, einer aufgelösten AG die Beteiligung an einer Verschmelzung als aufnehmender Rechtsträger zu gestatten. Eine Differenzierung nach verschiedenen Rechtsträgern widerspräche aber dem Aufbau des Gesetzes, wonach die allgemeinen Regeln für alle Rechtsträger vor die Klammer gezogen sind.

#### e) Zwischenergebnis

Mit der h. M. dürfte sich die aufgelöste GmbH an einer Verschmelzung als aufnehmender Rechtsträger nur dann beteiligen können, wenn die Gesellschafter **zuvor** einen **Fortsetzungsbeschluss** fassen.

## 2. Auswirkung auf das Sperrjahr

### a) Var. 1: Fortsetzungsbeschluss erforderlich

Folgt man der hier vertretenen Ansicht, dass ein (evtl. lediglich konkludent gefasster) Fortsetzungsbeschluss erforderlich ist, so wird die betroffene GmbH durch den Beschluss **wieder zur verbenden Gesellschaft**. Wollen die Gesellschafter die aufnehmende GmbH weiterhin abwickeln, müssen sie daher nach Eintragung der Verschmelzung einen **erneuten Auflösungsbeschluss** fassen, der das **Sperrjahr** nach § 73 GmbHG **neu in Lauf** setzt.

### b) Var. 2: Fortsetzungsbeschluss nicht erforderlich

Lehnt man die hier vertretene Auffassung ab, setzt die Verschmelzung mit einer aufgelösten GmbH als aufnehmendem Rechtsträger nur voraus, dass ein Fortsetzungsbeschluss möglich ist, dass also mit der Verteilung des Vermögens noch nicht begonnen wurde. Die Vertreter der großzügigeren Ansicht erörtern allerdings nicht, welche Auswirkung die Verschmelzung ohne Fortsetzungsbeschluss auf die Sperrfrist nach § 73 GmbHG hat. Auch bei § 73 GmbHG wird diese Frage – soweit ersichtlich – nicht ausdrücklich behandelt.

### aa) Funktion des Sperrjahres nach § 73 GmbHG

Das Sperrjahr dient dem **Schutz bekannter und unbekannter Gesellschaftsgläubiger** (GroßkommGmbHG/

Paura, 2008, § 73 Rn. 5 m. Verw. auf die Gesetzesbegründung 1891, S. 113). Zugunsten bekannter Gläubiger werden die Mittel für wenigstens ein Jahr gebunden und stehen in dieser Zeit ausschließlich zu ihrer Befriedigung bereit. Unbekannte Gläubiger, die sich innerhalb dieses Zeitraums an die Gesellschaft wenden, werden zu bekannten Gläubigern.

Ließe man die vorliegend beabsichtigte Verschmelzung ohne Fortsetzungsbeschluss und ohne Neubeginn des Sperrjahres zu, würde die **Schutzfrist für die Gläubiger der übertragenden GmbH verkürzt**. Eine solche **Umgehung des § 73 GmbHG** darf man u. E. nicht hinnehmen. Auch bei erfolgreicher Eintragung der Verschmelzung können die Wirkungen des § 73 GmbHG u. E. daher jedenfalls für die Gläubiger der übertragenden GmbH **erst nach erneuter Bekanntmachung der Auflösung und erneutem Sperrjahr** eintreten. Die bisherige Bekanntmachung und Aufforderung in den Gesellschaftsblättern nach § 65 Abs. 2 GmbHG betraf lediglich die Gläubiger der aufnehmenden GmbH. Die Gläubiger der übertragenden GmbH würden ohne gesonderten Gläubigeraufruf und ohne Neubeginn der Jahresfrist im Extremfall nur wenige Tage lang bis zum Ablauf der Sperrfrist vor einer Verteilung des Vermögens ohne Befriedigung oder Sicherheitsleistung geschützt.

### bb) Vergleich mit Neugläubigern

Zwar gilt dies ebenso für Gläubiger, die beim aufnehmenden Rechtsträger während des Sperrjahres im Rahmen des zu Abwicklungszwecken weitergeführten Geschäftsverkehrs hinzukommen. Diese **sind** allerdings vor den Risiken einer Forderung gegen die Liquidationsgesellschaft **gewarnt**, weil die Auflösung der Gesellschaft im Handelsregister eingetragen ist und die Gesellschaft im Rechtsverkehr als GmbH in Liquidation auftreten muss.

### cc) Umwandlungsrechtlicher Gläubigerschutz gem. § 22 UmwG

Der den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft gem. § 22 UmwG gewährte umwandlungsrechtliche Gläubigerschutz ändert nichts an diesem Ergebnis. Zwar können die Gläubiger der übertragenden GmbH nach § 22 UmwG innerhalb von sechs Monaten nach Bekanntmachung der Verschmelzung Sicherheit verlangen, wenn ihre Forderung durch die Verschmelzung gefährdet wird. Dies bedeutet u. E. aber **keinen dem Schutz des § 73 GmbHG äquivalenten Schutz** (Hinterlegung des geschuldeten Betrags für bekannte Gläubiger, die sich nicht melden, ein Jahr Schutzfrist etc.). Insbesondere geht der Anspruch auf Sicherheitsleistung ins Leere, wenn die aufnehmende GmbH schon wenige Tage nach der Verschmelzung vollständig abgewickelt werden könnte (vgl. auch die Bedenken von Lutter/Drygala, § 3 Rn. 31 m. w. N. in Fn. 5 für den aufnehmenden Rechtsträger in der Insolvenz).

## 3. Ergebnis

Die Frage, ob eine aufgelöste GmbH als aufnehmender Rechtsträger an einer Verschmelzung ohne Fortsetzungsbeschluss beteiligt sein kann, ist derzeit noch **nicht abschließend geklärt**. Zum Schutz der Gläubiger der übertragenden GmbH ist u. E. bei der aufnehmenden GmbH in jedem Fall das **Sperrjahr nach § 73 Abs. 1 GmbHG** ab Wirksamwerden der Verschmelzung mit deren Eintragung im Handelsregister **einzuhalten**.

Der Schutzzweck des § 73 GmbHG spricht u. E. auch dafür, mit der h. M. zum Umwandlungsrecht einen ausdrücklichen oder konkludenten **Fortsetzungsbeschluss** beim aufgelösten aufnehmenden Rechtsträger zu verlangen.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.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.

**AktG § 26 Abs. 2; GmbHG §§ 3, 5, 9c Abs. 2 Nr. 2  
Festsetzung des Gründungsaufwands in der Satzung  
einer GmbH durch Angabe einer Obergrenze; namentliche  
Nennung der einzelnen Kosten; Behebbarkeit des  
Eintragungshindernisses bei Erforderlichkeit einer Satzungsänderung**  
Abruf-Nr.: 128100

**FlurbG §§ 49, 68  
Begründung und Aufrechterhaltung von dinglichen  
Grundstücksrechten im Flurbereinigungsverfahren**  
Abruf-Nr.: 128596

## Rechtsprechung

**BGB §§ 577, 577a  
Grds. kein Mietervorkaufsrecht beim En-bloc-  
Verkauf eines Mehrfamilienhauses, auch nicht  
im Fall des sog. Erwerbermodells; strenge An-  
forderungen an sog. Absichtsalternative (§ 577  
Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB)**

**1. Das Vorkaufsrecht des Mieters nach § 577 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB entsteht bei dem Verkauf eines mit einem Mehrfamilienhaus bebauten ungeteilten Grundstücks im Grundsatz nur dann, wenn sich der Veräußerer vertraglich zur Durchführung der Aufteilung gemäß § 8 WEG verpflichtet und ferner die von dem Vorkaufsrecht erfasste zukünftige Wohnungseinheit in dem Vertrag bereits hinreichend bestimmt oder zumindest bestimmbar ist.**

**2. Es entsteht in der Regel nicht, wenn erst die Erwerber Wohnungseigentum begründen sollen, und zwar auch dann nicht, wenn diese beabsichtigen, die neu geschaffenen Einheiten jeweils selbst zu nutzen („Erwerbermodell“).**

BGH, Urt. v. 22.11.2013 – V ZR 96/12

### Problem

Gem. § 577 Abs. 1 S. 1 BGB ist Voraussetzung für das Entstehen eines Mietervorkaufsrechts, dass an den Mieträumen Wohnungseigentum begründet worden ist oder begründet werden soll. Die Variante der Begründungsabsicht (§ 577

Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB) ist regelmäßig dann relevant, wenn ein Grundstück mit einem bisher unaufgeteilten Mietshaus oder mehreren Einfamilienhäusern *en bloc* verkauft werden soll. Während dem Mieter **beim sog. Paketverkauf** (Veräußerung des gesamten in Wohnungseigentum aufgeteilten Objekts in einem einheitlichen Vertrag zu einem Paketpreis) nach ganz h. M. ein **Vorkaufsrecht** zusteht (statt aller: BGH DNotZ 2008, 116), wurde der **En-bloc-Verkauf** – was die Anforderungen an die Aufteilungsabsicht des Veräußerers und an die Konkretisierung des Vertragsgegenstands betrifft – bisher **uneinheitlich behandelt** (Überblick bei Klühs, NZM 2013, 809).

Einen Sonderfall des En-bloc-Verkaufs bildet das sog. „**Erwerbermodell**“, bei dem eine Erwerbermehrheit in Form einer zukünftigen Bruchteilsgemeinschaft oder GbR eine gesamte Wohnanlage kauft. Da die einzelnen Bruchteilseigentümer bzw. Gesellschafter die vermieteten Wohnungen häufig nach entsprechender Kündigung gem. § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB selbst nutzen und im Anschluss daran in Wohnungseigentum umwandeln sowie den einzelnen Bruchteilseigentümern bzw. Gesellschaftern zuweisen, entsteht **bereits durch den Verkauf** des Gesamtobjekts an die Erwerbermehrheit eine **gesteigerte Verdrängungsgefahr** für die Mieter; deswegen wird teilweise eine recht weite Auslegung des § 577 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB gefordert.

Durch Beschluss vom 6.7.1994 entschied der BGH, dass die **Aufteilung in Wohnungseigentum** gem. § 3 WEG **keine Veräußerung i. S. d. § 577a BGB** darstellt (NJW 1994, 2542, 2543; bestätigt durch BGH NJW 2009, 2738, 2739). Seines Erachtens soll die **Kündigungssperrfrist** nach § 577a BGB **beim Erwerb durch eine Personenmehrheit zur Eigennutzung** selbst dann **nicht** eingreifen, wenn die Erwerber die Absicht haben, früher oder später Wohnungseigentum zu begründen. Ob in diesem Fall ein Mietervorkaufsrecht besteht (Absichtsalternative nach § 577 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB), war bisher hingegen noch nicht höchst-richterlich geklärt.

In dem der Entscheidung vom 22.11.2013 zugrunde liegenden Sachverhalt war die Beklagte Eigentümerin eines Mehrfamilienhauses. Von den vier vorhandenen Wohnungen hatte sie eine Wohnung an die Klägerin vermietet. Am 22.1.2009 erteilte das Landratsamt die Abgeschlossenheitsbescheinigung. Mit notariellem Vertrag vom 11.3.2009 verkaufte die Beklagte den ungeteilten Grundbesitz an drei Erwerber zum Preis von 120.000 € Noch am selben Tag beurkundeten die drei Erwerber eine Teilungsvereinbarung gem. § 3 WEG zu dem erworbenen Grundbesitz. Die Eigentumsumschreibung erfolgte am 30.7.2009. Am 14.3.2011 erklärte die Klägerin gegenüber der Beklagten, dass sie ihr Vorkaufsrecht gem. § 577 BGB ausübe. Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin Feststellung, dass zwischen ihr und der Beklagten ein Kaufvertrag über die von ihr angemietete Wohnung zum Preis von 30.000 € zustande gekommen sei. LG und OLG haben die Klage abgewiesen.

### Entscheidung

Die Revision hat ebenfalls keinen Erfolg. Nach Ansicht des BGH steht der Klägerin **kein Vorkaufsrecht** zu. Zwar seien die Wohnräume der Klägerin im Zeitpunkt des Verkaufs der Mieterin überlassen gewesen. Ein Vorkaufsrecht nach § 577 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB scheidet jedoch bereits deswegen aus, weil das Wohnungseigentum erst nach dem Verkauf begründet worden sei. Aber auch § 577 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB war nach Ansicht des BGH nicht einschlägig, da kein Wohnungseigentum „begründet werden soll(te)“.

1. Die Entstehung des Vorkaufsrechts nach § 577 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB (**Absichtsalternative**) setze nach überwiegender Ansicht erstens voraus, dass bei Abschluss des Kaufvertrags beabsichtigt gewesen sei, Wohnungseigentum zu begründen. Uneinheitlich werde beurteilt, **wann die Umwandlungsabsicht hinreichend manifestiert sei**. Während nach teilweise vertretener Ansicht bereits genüge, dass sich die Umwandlungsabsicht im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses in einer „beliebigen äußeren Form“ konkretisiert habe (z. B. durch Erteilung oder jedenfalls Beantragung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung), reichten nach ganz überwiegender Meinung bloße Vorbereitungs-handlungen nicht aus. Erforderlich sei vielmehr, dass bei Kaufvertragsschluss **bereits eine Teilungserklärung nach § 8 WEG beurkundet sei, der Verkäufer sich zur Teilung verpflichtet habe** oder die Parteien gegenseitige Vertragspflichten übernommen hätten, die die Begründung von Wohnungseigentum herbeiführen sollten. Eine Teilungsvereinbarung der Erwerber gem. § 3 WEG genüge nach überwiegender Meinung hingegen nicht.

Zweitens müsse die vom Mieter bewohnte Wohnung einen rechtlich bestimmten oder zumindest bestimmbar Teil des Vertragsgegenstands bilden. Das Erfordernis der **Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des künftigen Wohnungseigentums** setze voraus, dass die Wohnung in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil am Grundstück der rechtlich verselbständigte Gegenstand eines rechtsgültigen Kaufvertrags sein könne. Zwar reiche es aus, dass bei Abschluss des Kaufvertrags ein Aufteilungsplan vorliege, nicht jedoch, dass das Grundstück „als Ganzes“ verkauft werde.

2. Gesondert erörtert der BGH die Anforderungen, die bei **Erwerbermodellen** an die hinreichend manifestierte Aufteilungsabsicht zu stellen sind: Manche verlangten auch hier eine Aufteilung durch den Veräußerer. Nach verbreiteter Ansicht solle ein Vorkaufsrecht aber bereits entstehen, wenn nicht unmittelbar Wohnungseigentum, sondern z. B. **Miteigentum übertragen und erst anschließend Wohnungseigentum** gebildet werde. Gegenstand des Vorkaufsrechts sei dann der betroffene Miteigentumsanteil. Teilweise werde darüber hinausgehend gefordert, dass jedem Erwerber von vornherein jedenfalls eine hinreichend bestimmte Wohnung zur alleinigen Nutzung zugewiesen sein müsse.

3. Nach Auffassung des **BGH** entsteht ein **Mietervorkaufsrecht nach § 577 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB** grundsätzlich **nur dann, wenn** sich der Veräußerer vertraglich **zur Durchführung der Aufteilung gem. § 8 WEG verpflichtet hat** und ferner die vom Vorkaufsrecht erfasste zukünftige Wohnungseigentumseinheit im Vertrag **bereits hinreichend bestimmt oder zumindest bestimmbar** ist.

Allerdings sei der **Gesetzeswortlaut** unergiebig und auch die **historische Auslegung** führe zu keinem klaren Ergebnis: § 577 BGB gehe auf § 2b WoBindG a. F. zurück, der zum 1.7.1980 zunächst nur ein Vorkaufsrecht für öffentlich geförderte Mietwohnungen eingeführt habe; zu Miteigentumsmodellen hätten die Gesetzesmaterialien keine Aussage getroffen. Durch den zum 1.9.1993 in Kraft getretenen § 570b BGB a. F. sei das Vorkaufsrecht zwar auf alle Mietwohnungen ausgeweitet worden; weder mit dieser Gesetzesänderung noch mit der Übernahme in den heutigen § 577 BGB seien jedoch – trotz entsprechender Vorschläge – wirtschaftlich vergleichbare Gestaltungen der Bildung von Wohnungseigentum gleichgesetzt worden.

Dass sich der Veräußerer in der Absichtsalternative zur Durchführung der Aufteilung gem. § 8 WEG verpflichten muss, stützt der V. Zivilsenat vor allem auf **systematische Erwägungen**. Weil die Ausübung des Mietervorkaufsrechts einerseits dazu führe, dass zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten ein (weiterer) selbständiger Kaufvertrag neu begründet werde, andererseits der Mieter aber gerade nicht zum Erwerb des gesamten Grundstücks berechtigt sein solle, **musse gewährleistet sein, dass der Mieter** – entweder durch ausdrückliche Vereinbarung oder konkludent – **einen Anspruch auf Begründung von Wohnungseigentum erwerbe**.

Dies sei **nur** der Fall, **wenn der Verkäufer** als Vorkaufsverpflichteter **im Kaufvertrag eine Verpflichtung zur Aufteilung übernommen habe**. Die Teilungserklärung des Veräußerers gegenüber dem Grundbuchamt gem. § 8 WEG reiche für sich genommen nicht aus, da diese erst mit Anlegung der Wohnungsgrundbücher wirksam werde und bis dahin frei widerruflich sei. Werde dagegen **im Kaufvertrag auf die Teilungserklärung (§ 8 WEG) Bezug genommen**, könne sich hieraus die Übernahme einer Aufteilungsverpflichtung ergeben. Fehle es daran, lasse sich aus dem Indiz, dass der Verkäufer im Zusammenhang mit der Veräußerung eine Teilungserklärung beim Grundbuchamt eingereicht habe, die Übernahme einer Aufteilungsverpflichtung durch Nebenabrede ableiten. Auf die Formunwirksamkeit dieser Nebenabrede könne sich der Veräußerer gegenüber dem Mieter jedenfalls dann nicht berufen, wenn sie zur Umgehung des Vorkaufsrechts nicht in die Vertragsurkunde mit aufgenommen worden sei (§ 242 BGB).

**Nicht ausreichend** sei es dagegen, **wenn** ein einzelner Erwerber (gem. § 8 WEG) oder mehrere **Erwerber** (z. B. gem. § 3 WEG) die **Aufteilung durchführten**, denn dann stehe dem Mieter kein Anspruch auf Aufteilung zu. Werde die Teilungsvereinbarung erst nach dem Verkauf beurkundet, bestehe bei Abschluss des Kaufvertrags nur eine unverbindliche Umwandlungsabsicht (Formbedürftigkeit nach § 4 Abs. 3 WEG). Selbst wenn die Beurkundung der Teilungsvereinbarung gem. § 3 WEG bereits vor Abschluss des Kaufvertrags zwischen Veräußerer und Drittem geschehen sei, folge hieraus kein Anspruch des Vorkaufsberechtigten gegen die Erwerber auf entsprechende Aufteilung, da die Ausübung des Vorkaufsrechts grundsätzlich **keine Rechtsbeziehungen des Mieters zu den teilenden Erwerbern** als Drittkäufern begründe. Das Vorkaufsrecht richte sich allein gegen den Verkäufer. Die Erwerber könnten daher von einer zuvor geplanten Aufteilung ohne Weiteres Abstand nehmen und eine bereits beurkundete Teilungsvereinbarung einverständlich aufheben, ohne dass der Mieter dies verhindern könne. Nicht anders liege der Fall, dass ein einzelner Erwerber bei Abschluss des Kaufvertrags die Absicht habe, nach der Übereignung eine Teilung gem. § 8 WEG vorzunehmen.

Im Einzelfall könne zwar ein nach § 242 BGB zu beurteilender **Rechtsmissbrauch** zu bejahen sein, wenn die Parteien des Kaufvertrags nur zur Ausschaltung des Vorkaufsrechts bewusst auf eine an sich beabsichtigte Teilung durch den Veräußerer verzichteten und die Teilung den Erwerbern überließen. Ein derartiges Umgehungsgeschäft komme aber lediglich in Betracht, wenn zumindest ein **eigenes Interesse des Verkäufers an einer späteren Aufteilung** bestehe. Dies könnte (obwohl vom BGH nicht explizit erwähnt) z. B. dann der Fall sein, wenn der Verkäufer die Gewähr für eine den Vorstellungen der Erwerber entspre-

chende Aufteilung übernommen hat. Allerdings liegt laut BGH eine rechtsmissbräuchliche Umgehung nicht allein darin, dass der Verkäufer den Käufern die für die Teilung erforderlichen Informationen zukommen lässt oder Kenntnis von der Aufteilungsabsicht der Erwerber hat. Denn auch in einem solchen Fall sei es möglich, dass die Erwerber den Zuschnitt der Einheiten und die Einräumung von Sondernutzungsrechten nicht dem Veräußerer überlassen wollten.

Schließlich stützt der BGH das postulierte Verständnis der Aufteilungsabsicht noch auf **teleologische Erwägungen**. Führten die Erwerber die Aufteilung der Wohnanlage durch, um das jeweilige Wohnungseigentum als **Kapitalanlage** zu nutzen, sei der Mieter ausreichend dadurch geschützt, dass das Mietverhältnis durch den Verkauf unberührt bleibe (§ 566 Abs. 1 BGB); eine Eigenbedarfskündigung der Erwerber drohe nicht. Dies sei zwar anders, wenn der Erwerb **zum Zwecke späterer Eigennutzung** erfolge (vgl. § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Ein Vorkaufsrecht würde den Mieter aber auch in diesem Fall nicht schützen, weil er mangels Aufteilungsverpflichtung des Verkäufers bei Annahme eines Vorkaufsrechts allenfalls einen im Vergleich zum Wohnungseigentum eher unattraktiven **Miteigentumsanteil** erwerben könnte; die Aufteilung könnte er hingegen nicht durchsetzen. Vor einer Verdrängung aus der Wohnung werde der Mieter seit dem 1.5.2013 zudem dadurch geschützt, dass die **Kündigungsbeschränkung des § 577a BGB auf Erwerbermodelle erweitert** (Abs. 1a) und dadurch eine bislang im Gesetz bestehende Regelungslücke geschlossen worden sei. In Altfällen sei die Schutzlücke indes hinzunehmen.

4. Welche Anforderungen an die Bestimmtheit des zukünftigen Wohnungseigentums im Einzelnen zu stellen sind, konnte der BGH offenlassen. Jedoch soll laut BGH bereits aus allgemeinen Grundsätzen abzuleiten sein, dass der **Gegenstand des Vorkaufsrechts im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses rechtlich bestimmt oder zumindest bestimmbar sein muss**.

## Literaturhinweise

3. Symposium des  
Instituts für Notarrecht der Juristischen Fakultät  
der Georg-August-Universität Göttingen  
**„Perspektiven der Notarhaftung“**

**Freitag, 28. Februar 2014, 14<sup>30</sup> Uhr**  
im Auditorium der Notarkammer Celle  
Riemannstraße 15, 29225 Celle

Prof. Dr. Andreas **Spickhoff**, Geschäftsführender Leiter  
des Instituts für Notarrecht Göttingen:  
„Die Notarhaftung im System der Berufshaftung“

Dr. Ulrich **Herrmann**, Richter am Bundesgerichtshof:  
„Notarhaftung aus der Sicht eines Revisionsrichters“

Dr. Burkhard **Schmidt**, Vizepräsident des OLG  
Braunschweig: „Notarhaftung – aktuelle Fälle aus der  
Sicht eines Berufsrichters“

RA und Notar Christoph **Sandkühler**, Geschäftsführer der  
Westfälischen Notarkammer Hamm: „Notarhaftung aus  
der Perspektive eines Notars“

Anmeldung und Information:

Institut für Notarrecht an der  
Georg-August-Universität Göttingen  
Platz der Göttinger Sieben 6  
37073 Göttingen  
Tel.: 0551/397396  
Fax: 0551/397395  
Betreff: Symposium Celle  
E-Mail: sekretariat.spickhoff@jura.uni-goettingen.de

Veranstaltungen

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. Sebastian Herrler

**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 Mitglieds-  
beitrag 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