

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 463, 1094, 1097, 1098 – Verkauf an den vorrangig Vorkaufsberechtigten als Ausübung seines Vorkaufsrechts; rangunterschiedliche dingliche Vorkaufsrechte; Auswirkung auf das nachrangige Vorkaufsrecht

HGB §§ 170 Abs. 2, 161 Abs. 2, 124; GmbHG §§ 47, 53 – Einheits-GmbH & Co. KG; Vertretung der KG in der Gesellschafterversammlung der GmbH; Altgesellschaft ohne Regelung im KG-Vertrag

Literaturhinweise

Veranstaltung

Änderung beim DNotI-Report: Künftig 12 statt 24 Ausgaben pro Jahr

Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen, liebe Leserinnen und Leser des DNotI-Reports,

der DNotI-Report wird Ihnen in der gedruckten Fassung als sogenanntes Postvertriebsstück zugesandt. Diese Versandmethode ist günstig und bietet den praktischen Vorteil, dass der DNotI-Report ohne Briefumschlag versandt werden kann. Da sich die technischen Anforderungen an Postvertriebsstücke ab dem Jahr 2025 ändern, kann der DNotI-Report jedoch künftig nicht mehr wie bislang versandt werden. Konkret besteht für Postvertriebsstücke künftig ein Mindestgewicht von 50g. Die Ausgabe, die Sie in Händen halten, wiegt allerdings nur 23g.

Um auch in Zukunft die vergleichsweise günstige Versandmethode ohne Briefumschlag nutzen zu können, haben wir uns dazu entschieden, den Rhythmus des Er-

scheinens des DNotI-Reports zu ändern. Künftig wird der DNotI-Report nur noch einmal im Monat, dafür allerdings in doppelter Länge erscheinen. Zudem wird der Report auf etwas schwererem Papier gedruckt. Jede Ausgabe des Reports wird mindestens vier (statt bislang zwei) aktuelle Gutachten aus der Praxis des DNotI enthalten. Änderungen an der inhaltlichen Gestaltung des DNotI-Reports sind im Übrigen nicht vorgesehen. Auch künftig werden Zusammenfassungen aktueller Gerichtsentscheidungen, Rezensionen zu Neuerscheinungen notarrelevanter Literatur sowie Hinweise auf Gesetzesänderungen, Veranstaltungen und lesenswerte Beiträge in Fachzeitschriften abgedruckt.

Wir bedauern, dass diese Änderung notwendig geworden ist. Für Ihre Treue als Leserinnen und Leser des DNotI-Reports danken wir Ihnen sehr und hoffen auf Ihr Verständnis!

Mit den besten kollegialen Grüßen und guten Wünschen für das Jahr 2025

Ihr
Deutsches Notarinstitut

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 463, 1094, 1097, 1098

Verkauf an den vorrangig Vorkaufsberechtigten als Ausübung seines Vorkaufsrechts; rangunterschiedliche dingliche Vorkaufsrechte; Auswirkung auf das nachrangige Vorkaufsrecht

I. Sachverhalt

Es soll ein Kaufvertrag über ein Grundstück zwischen V als Verkäufer und K als Käufer beurkundet werden. Das Grundstück ist in Abteilung II an erster Rangstelle mit einem dinglichen Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle zu Gunsten des Käufers K belastet und an zweiter Rangstelle mit einem dinglichen Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall zu Gunsten des Dritten D.

II. Fragen

1. Stellt der direkte Verkauf an K in Bezug auf das Vorkaufsrecht des D einen Verkaufsfall dar, sodass D sein Vorkaufsrecht ausüben kann?

2. Falls ein Verkaufsfall bejaht wird: Führt die Ausübung des Vorkaufsrechts durch D dazu, dass der hierdurch zwischen V und D zu Stande kommende Kaufvertrag wiederum in Bezug auf das vorrangige Vorkaufsrecht des K einen Verkaufsfall darstellt? Kann K nunmehr sein vorrangiges Vorkaufsrecht ausüben? Falls nicht, wie wird dann der Situation Rechnung getragen, dass K bei einem Verkauf eigentlich vorrangig zum Verkauf berechtigt ist?

3. Erlischt das für den ersten Verkaufsfall bestellte Vorkaufsrecht des D, wenn er es in Bezug auf den Verkauf des K nicht ausübt?

III. Zur Rechtslage

1. Auswirkungen des direkten Verkaufs an K auf das Vorkaufsrecht des D

a) Verhältnis der dinglichen Vorkaufsrechte zueinander

Zunächst ist festzuhalten, dass **an ein und demselben Grundstück mehrere Vorkaufsrechte bestellt werden können**. Das Rangverhältnis bestimmt sich gem. § 879 Abs. 1 S. 1 BGB nach der Reihenfolge der Eintragungen. Unter den Vorkaufsrechten setzt sich dann im Verkaufsfall das rangbessere durch; das rangschlechtere Vorkaufsrecht kann aber etwa dann zum Zuge kommen, wenn der Inhaber des vorrangigen sein Recht nicht aus-

übt (BGH DNotZ 1961, 544; BeckOGK-BGB/Omlor, Std.: 1.10.2024, § 1094 Rn. 55, 56; MünchKommBGB/Westermann, 9. Aufl. 2023, § 1094 Rn. 8).

b) Verkauf an den vorrangig Vorkaufsberechtigten als Verkaufsfall gegenüber D und als Ausübung des Vorkaufsrechts durch K?

Die Ausübung des Vorkaufsrechts durch den nachrangigen D setzt einen **Vverkaufsfall** i. S. d. § 463 BGB i. V. m. § 1098 Abs. 1 S. 1 BGB voraus, d. h. den Abschluss eines **Kaufvertrages** über das mit dem Vorkaufsrecht belastete **Grundstück** durch den Verpflichteten **mit einem Dritten**.

„Dritter“ i. S. d. Norm ist **jeder außer dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten**. Es muss sich um jemanden handeln, der am Vorkaufsverhältnis nicht teilnimmt (BGH NJW 1954, 1035; BeckOGK-BGB/Daum, Std.: 1.10.2024, § 463, Rn. 62; Staudinger/Schermaier, BGB, 2021, § 1094 Rn. 20).

Fraglich ist also, ob auch beim **unmittelbaren Verkauf an den vorrangig Vorkaufsberechtigten K** ein Verkaufsfall gem. § 463 BGB vorliegt, sodass der nachrangig Vorkaufsrechtsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausüben kann.

Orientiert man sich allein am Wortlaut des § 463 BGB, so stellt der Abschluss des Kaufvertrages zwischen V und K **aus Sicht des D** einen solchen Verkaufsfall dar. Im Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten D ist K als Dritter i. S. d. § 463 BGB einzuordnen.

Im **Verhältnis zwischen V und K** ist K allerdings kein Dritter i. S. d. Definition, da es sich um den Vorkaufsberechtigten selbst handelt. Beließe man es bei diesem Ergebnis, hätte dies allerdings zur Konsequenz, dass das vorrangige Vorkaufsrecht des K nur zum Tragen käme, wenn ein Verkaufsfall **aus Sicht beider Vorkaufsrechte** (des K und des D) vorliegen würde, mithin bei einem Verkauf an einen Dritten (X). Bei einem direkten Verkauf des V an K hätte K (jedenfalls zunächst) eine schlechtere Rechtsposition gegenüber dem weiteren (nachrangigen) Vorkaufsberechtigten D. Insbesondere wäre seine Rechtsposition als vorrangiger Berechtigter nicht durch sein eigenes Vorkaufsrecht gem. §§ 1094, 1098 Abs. 2 BGB geschützt, denn insoweit (Rechtsverhältnis zwischen V und K) liegt eigentlich kein Verkaufsfall vor.

Übte folglich D sein Vorkaufsrecht aus, käme ein Kaufvertrag zwischen V und D zustande. Im Anschluss hieran könnte dann zwar wiederum K sein Vorkaufsrecht ausüben und würde sich aufgrund des besseren Rangs seines Vorkaufsrechts im Ergebnis auch gegenüber D

durchsetzen. Allerdings erscheint diese „Kaskade von Vorkaufsfällen“ gekünstelt und dürfte den Beteiligten auch nur schwer zu vermitteln sein.

Es wäre daher ein wenig sachgerechtes Ergebnis, wenn man davon ausginge, dass K *nur dann* von vorneherein die bessere Position hätte, wenn **aus Sicht beider Vorkaufsberechtigter** ein Vorkaufsfall (Kaufvertrag zwischen V und X) vorliegt. Es ist nämlich gerade **Sinn und Zweck der Einräumung eines Vorkaufsrechts**, den **Erwerb des Grundstücks** durch den (vorrangig) Vorkaufsberechtigten zu ermöglichen. Das dingliche Vorkaufsrecht soll auch über die Erzeugung einer Verpflichtung des Verkäufers hinaus den tatsächlichen Erwerb des Eigentums durch seine Wirkung gegen Dritte sichern (BGH NJW 1961, 1669, 1670). Genau dieser Zweck würde allerdings auch beim (unmittelbaren) Verkauf an den Vorkaufsberechtigten K erfüllt.

Deshalb stellt sich die Frage, ob der **Verkauf an den vorrangig Vorkaufsberechtigten als Ausübung des Vorkaufsrechts durch diesen (hier: K) gewertet** werden kann. Da es insoweit um die Frage geht, wie das **Konkurrenzverhältnis der beiden Vorkaufsrechte untereinander** zu lösen ist, ist zur Beantwortung dieser Konkurrenzfrage nicht die Perspektive des am sog. Erstkaufvertrag beteiligten K, sondern die **Perspektive des nicht am Verkauf beteiligten D maßgebend**.

Aus der Sicht des D liegt ein Verkauf an einen Dritten vor, d. h. D ist so zu behandeln, als habe der Vorkaufsverpflichtete sein Grundstück an einen „wirklichen“ Dritten (X) verkauft und K hätte daraufhin sein vorrangiges Vorkaufsrecht ausgeübt. Der Umstand, dass der vorrangige Vorkaufsberechtigte (hier: K) mit dem Dritten i. S. v. 463 BGB personenidentisch ist, ist eine Zufälligkeit, die nicht aus dem Rechtsverhältnis zwischen V und D herrührt und demzufolge zur Beantwortung der Konkurrenzfrage „auszublenden“ ist. Dieses „Ausblenden“ geschieht in der Weise, dass man den Kaufvertrag zwischen V und K **als Ausübung des Vorkaufsrechts durch K** behandelt, was wiederum denklogisch voraussetzt (denn andernfalls käme eine Vorkaufsausübung durch K nicht in Betracht), dass man *die Vorkaufsberechtigten im Verhältnis untereinander* so behandelt, als habe V das Grundstück an einen Dritten (X) verkauft.

Dass der Verkauf an den Vorkaufsberechtigten einer Ausübung des Vorkaufsrechts durch diesen Berechtigten gleichzusetzen ist, hat auch das **OLG Hamm** zu Recht angenommen (DNotZ 1989, 786, 787). Das Gericht kommt allerdings in dem zu entscheidenden Fall dennoch zu keinem überzeugenden Ergebnis, da es sich dort

um ein gemeinschaftliches Vorkaufsrecht i. S. v. § 472 BGB handelte, jedoch *nur einer von zwei* Vorkaufsberechtigten den Kaufvertrag mit dem Vorkaufsverpflichteten abgeschlossen hatte (OLG Hamm DNotZ 1989, 786, 787). In seiner solchen Situation kann u. E. in dem Kaufvertragsschluss durch einen von mehreren gemeinschaftlich Vorkaufsberechtigten *nicht* die Ausübung des Vorkaufsrechts erblickt werden; denn ein gemeinschaftliches Vorkaufsrecht kann grds. auch nur gemeinschaftlich ausgeübt werden, vgl. § 472 BGB (vgl. hierzu Gutachten DNotI-Report 2024, 77).

Auch das **OLG München** erkennt u. E. zu Recht an, dass ein Verkauf an den rangbesseren Vorkaufsberechtigten jener Sachlage entspricht, bei der der vorrangige Vorkaufsberechtigte das Grundstück nach Ausübung seines Vorkaufsrechts beim Verkauf an einen „wirklichen“ Dritten erworben hätte (DNotZ 2012, 201, 202). Die Begründung des OLG München ist allerdings in sich widersprüchlich, wenn es ausführt, dass ein Verkauf an den rangbesseren Vorkaufsberechtigten zwar *keine* Ausübung seines Vorkaufsrechts darstellt, aber das nachrangige bedingte Vorkaufsrecht dennoch erlischt. Aufschiebende Bedingung des nachrangigen Vorkaufsrechts war im konkreten Fall nämlich, dass das vorrangige Vorkaufsrecht *nicht* ausgeübt wird. Dennoch geht das OLG München davon aus, dass diese Bedingung endgültig ausgefallen sei (OLG München DNotZ 2012, 201, 202). Richtigerweise hätte das OLG München entscheiden müssen, dass der Verkauf an den vorrangigen Vorkaufsberechtigten der Ausübung seines Vorkaufsrechts gleichsteht und demzufolge die Bedingung des nachrangigen Rechts endgültig nicht mehr eintreten kann. Die Entscheidung ist daher zwar im Ergebnis richtig, aber in der Begründung nicht überzeugend.

c) Schlussfolgerungen

Auf Grundlage dieser Ausführungen ergibt sich, dass der nachrangig Vorkaufsberechtigte D sein Vorkaufsrecht auch bei einem freihändigen Verkauf unmittelbar an den erstrangigen Vorkaufsberechtigten K nicht erfolgreich ausüben können dürfte. Der Verkauf eines Grundstücks an den erstrangigen (alleinigen) Vorkaufsberechtigten dürfte als Verwirklichung des Vorkaufsfalles und wie eine **Ausübung des Vorkaufsrechts durch diesen** zu behandeln sein; dies gilt **jedenfalls im Verhältnis der Berechtigten verschiedener Vorkaufsrechte** untereinander.

Für diese Frage kann im Ergebnis dahinstehen, ob dies deshalb gilt, da in diesem Fall bereits **kein Vorkaufsfall i. S. d. § 463 BGB** gegenüber dem nachrangig Vorkaufsberechtigten gegeben ist (so wohl BeckOGK-BGB/Omlor, § 1094 Rn. 56; ebenso im Konkurrenzverhält-

nis zwischen Mietervorkaufsrecht und dinglichem Vorkaufsrecht: Gutachten DNotI-Report 2010, 137, 139) oder ob zwar ein Vorkaufsfall gegeben ist – da formal betrachtet ein Kaufvertrag mit einem Dritten vorliegt (vgl. oben) –, der **nachrangig Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht allerdings nicht wirksam ausüben kann**, weil ihm der Einwand des § 242 BGB entgegengehalten wird oder man im Verkauf an den vorrangig Vorkaufsberechtigten (hier: K) eine Ausübung seines Vorkaufsrechts sieht.

Die Annahme, dass in dem Verkauf an den vorrangigen Vorkaufsberechtigten eine **Ausübung seines Vorkaufsrechts** liegt, führt u. E. aber auch zu sachgerechten Ergebnissen betreffend die Frage nach dem **Schicksal des vorrangigen Vorkaufsrechts** beim Verkauf an den vorrangigen Vorkaufsberechtigten.

Ginge man davon aus, dass der Verkauf an den vorrangigen Vorkaufsberechtigten nicht die Ausübung seines Vorkaufsrechts darstellt und der nachrangige Vorkaufsberechtigte dennoch sein Vorkaufsrecht nicht ausüben kann – entweder, weil schon kein Vorkaufsfall vorliegt oder weil ihm die Ausübung über § 242 BGB verwehrt ist – ist fraglich, ob das Vorkaufsrecht des vorrangig Berechtigten **auch nach dessen Eigentumserwerb fortbesteht**. Die Frage stellt sich gleichermaßen, wenn nur *ein* Vorkaufsrecht am Grundstück besteht und unmittelbar an diesen Vorkaufsberechtigten verkauft wird.

Gem. § 889 BGB erlischt ein Recht an einem fremden Grundstück nicht dadurch, dass der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt. Diese Norm gilt für alle **beschränkt dinglichen Rechte an Grundstücken**, insbesondere auch für das **dingliche Vorkaufsrecht** (BayObLG, Beschl. v. 29.9.1983 – BReg. 2 Z 76/83, BeckRS 1983, 31150736; OLG München DNotZ 2012, 201, 202; BeckOGK-BGB/Assmann, Std.: 1.11.2024, § 889 Rn. 6f.; MünchKommBGB/Lettmaier, 9. Aufl. 2023, § 889 Rn. 3; Staudinger/Schermaier, BGB, 2021, § 1097 Rn. 16).

Demnach würde der Verkauf an den vorrangig und für alle oder mehrere Verkaufsfälle berechtigten Vorkaufsberechtigten nicht zu einem Erlöschen seines Vorkaufsrechts führen, wenn man – entgegen der hier vertretenen Ansicht – davon ausginge, dass in dem Verkauf an den vorrangig Vorkaufsberechtigten *nicht* zugleich auch die Ausübung seines Vorkaufsrechts liegt (vgl. zum Erlöschen aufgrund Ausübung des Vorkaufsrechts: BeckOGK-BGB/Omlor, § 1094 Rn. 67; BeckOK-BGB/Reischl, Std.: 1.11.2024, § 1094 Rn. 21; MünchKommBGB/Westermann, § 1094 Rn. 15; Gutachten DNotI-Report 1999, 149).

Nur über die Annahme, der Verkauf an den vorrangigen Vorkaufsberechtigten stelle zugleich eine Ausübung seines Vorkaufsrechts dar, kommt man zu einem **Erlöschen des vorrangigen Vorkaufsrechts**. Es besteht auch kein Bedürfnis, dass das Vorkaufsrecht des vorrangigen Vorkaufsberechtigten fortbesteht; das mit dem Vorkaufsrecht **gewünschte Ziel ist erreicht, der Vorkaufsberechtigte ist Eigentümer geworden**. Als neuer Eigentümer könnte sich der vorrangig Vorkaufsberechtigte, z. B. im Rahmen eines späteren Weiterverkaufs, ein neues Vorkaufsrecht einräumen lassen. Hierbei müsste er sich aber sodann mit einem entsprechenden Nachrang gegenüber bereits bestehenden Vorkaufsrechten (hier: zugunsten des D) begnügen. Wollte man hingegen annehmen, der Verkauf an den vorrangigen Vorkaufsberechtigten stelle nicht zugleich die Ausübung seines Vorkaufsrechts dar, so müsste dieses – wenn es für mehrere oder alle Verkaufsfälle bestellt ist – konsequenterweise fortbestehen. Es ist allerdings kein sachlicher Grund ersichtlich, den vorrangigen Vorkaufsberechtigten besser (oder schlechter) zu stellen, als habe der Vorkaufsverpflichtete das Grundstück an einen Dritten verkauft.

Im Ergebnis lässt sich der Fall, dass ein Verkauf an den vorrangig Vorkaufsberechtigten erfolgt, nur dergestalt interessengerecht lösen, dass man annimmt, dass darin zugleich eine Ausübung seines Vorkaufsrechts liegt. In diesem Fall werden weder der vorrangige Vorkaufsberechtigte noch der nachrangige Vorkaufsberechtigte besser oder schlechter gestellt, als habe der Verpflichtete das Grundstück an einen Dritten (X) verkauft.

Aufgrund der fehlenden höchstrichterlichen Rechtsprechung muss die Rechtslage gleichwohl als nicht abschließend geklärt bezeichnet werden.

2. Auswirkungen auf das für den ersten Verkaufsfall bestellte Vorkaufsrecht des D

Nach § 1097 Hs. 1 BGB beschränkt sich ein Vorkaufsrecht grundsätzlich auf den Fall des Verkaufs durch den Eigentümer, welchem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehörte, oder durch dessen Erben. Allerdings kann es auch für mehrere oder alle Verkaufsfälle bestellt werden, § 1097 Hs. 2 BGB.

Nach h. M. zulässig ist auch die Bestellung eines Vorkaufsrechts für den **sog. ersten „echten“ Verkaufsfall**, d. h. für den ersten Verkaufsfall, für den es auch ausgeübt werden kann, unabhängig davon, ob es durch den Eigentümer, welchem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehörte, oder einen Rechtsnachfolger verkauft wird (OLG München BeckRS 2010, 2183; BeckOGK-BGB/Omlor, § 1097 Rn. 5; MünchKommBGB/Wester-

mann, 9. Aufl. 2023, § 1097 Rn. 2; a. A.: Staudinger/Schermaier, § 1097 Rn. 13).

Die Frage, ob zugunsten des D ein Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall i. S. d. § 1097 Hs. 1 BGB eingeräumt wurde oder ob ein Vorkaufsrecht für den sog. ersten „echten“ Verkaufsfall vorliegt, ist durch Auslegung des Grundbucheintrags nebst der regelmäßig gem. § 874 BGB in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung zu bestimmen.

Ist das rangschlechtere Vorkaufsrecht für mehrere Verkaufsfälle oder zumindest für den ersten „echten“ Verkauf bestellt, so **bleibt es bestehen**, wenn es **aufgrund Ausübung des rangbesseren nicht zum Zuge kam** (BGH NJW 1961, 1669; BeckOGK-BGB/Omlor, § 1094 Rn. 56; Staudinger/Schermaier, § 1094 Rn. 11; Gutachten DNotI-Report 2010, 137, 138).

Ob dies auch auf ein Vorkaufsrecht übertragbar ist, das **nur für einen Verkaufsfall** bestellt ist, ist bislang nicht höchstrichterlich entschieden, jedoch zweifelhaft (BGH NJW-RR 2023, 863, 865 f.; Gutachten DNotI-Report 2010, 137, 138; Hahn, MittRhNotK 1994, 193, 195). Ein nur für den ersten Verkaufsfall bestelltes dingliches Vorkaufsrecht i. S. d. § 1097 Hs. 1 BGB erlischt grds., wenn das belastete Grundstück auf andere Weise als durch Verkauf in das Eigentum eines Sonderrechtsnachfolgers des Verpflichteten übergeht. Es erlischt auch, sofern es nicht oder nicht fristgemäß ausgeübt wird (BGH NJW 2016, 3242 Tz. 11; BeckOGK-BGB/Omlor, § 1097 Rn. 27; Staudinger/Schermaier, § 1097 Rn. 14 m. w. N.). Bei einem späteren Verkauf (durch K) liegt gerade kein „*Verkauf durch den Eigentümer, welchem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehört*“ gem. § 1097 BGB mehr vor. Im Übrigen hat der Vorkaufsberechtigte von vornherein keine starke Position, da sein Recht auch durch andere Veräußerungsvorgänge, etwa eine schenkweise Übertragung, erlischt.

Demnach ist für die Frage des Erlöschens des nachrangigen Vorkaufsrechts des D beim Verkauf durch V an K entscheidend, ob es allein für den ersten Verkaufsfall i. S. v. § 1097 Hs. 1 BGB bestellt war oder für den sog. ersten „echten“ Verkaufsfall. Da nach der oben dargelegten Ansicht der D sein Vorkaufsrecht beim unmittelbaren Verkauf an K im Ergebnis nicht durchsetzen kann, müsste es bestehen bleiben, wenn es für den ersten „echten“ Verkaufsfall bestellt wurde. Wäre das Vorkaufsrecht des D jedoch allein für den ersten Verkaufsfall i. S. d. § 1097 Hs. 1 BGB bestellt, so müsste es nach unserem Dafürhalten erlöschen. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn man jener Ansicht folgt, die annimmt, dass beim Verkauf an den vorrangigen Vorkaufsberechtigten bereits kein Verkaufsfall (im Verhält-

nis zu D) vorliegt (vgl. oben). Dies erscheint uns indes nicht überzeugend; vielmehr ist die Situation so zu behandeln, also habe V sein Grundstück an einen „wirklichen“ Dritten verkauft, sodass sowohl im Verhältnis zu K als auch im Verhältnis zu D ein Verkaufsfall vorliegt, allerdings sich das rangbessere Vorkaufsrecht des K durchsetzt.

3. Ergebnisse

Der direkte Verkauf an den vorrangig Vorkaufsberechtigten ist wie eine Ausübung seines Vorkaufsrechts zu behandeln. Der nachrangig Vorkaufsberechtigte kann sein Vorkaufsrecht bei einem Verkauf unmittelbar an den erstrangigen Vorkaufsberechtigten nicht erfolgreich ausüben. Infolge des direkten Verkaufs an den vorrangig Vorkaufsberechtigten erlischt dessen Vorkaufsrecht. Handelt es sich bei dem nachrangigen Vorkaufsrecht um ein Vorkaufsrecht i. S. v. § 1097 Hs. 1 BGB, so erlischt dieses nach hier vertretener Meinung ebenfalls beim Verkauf an den vorrangig Vorkaufsberechtigten.

HGB §§ 170 Abs. 2, 161 Abs. 2, 124; GmbHG §§ 47, 53

Einheits-GmbH & Co. KG; Vertretung der KG in der Gesellschafterversammlung der GmbH; Altgesellschaft ohne Regelung im KG-Vertrag

I. Sachverhalt

Die X-Einheits-GmbH & Co. KG ist vor dem 1.1.2024 gegründet worden. An ihr ist neben der Komplementär-GmbH eine einzige Kommanditistin beteiligt. Weder der KG-Vertrag noch die GmbH-Satzung regeln die Vertretung in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH. Bisher wurde die KG stets von der Komplementärin vertreten. Nunmehr – nach Inkrafttreten des MoPeG – soll eine Sitzverlegung beurkundet werden.

II. Fragen

1. Wer handelt in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH? Handelt evtl. die Kommanditistin im eigenen Namen?

2. Ist aufgrund der bisherigen Handhabung von einer abweichenden Vereinbarung i. S. d. § 170 Abs. 2 HGB auszugehen, sodass die Kommanditengesellschaft weiterhin durch die Komplementärin vertreten wird?

III. Zur Rechtslage

1. Grundproblem: innergesellschaftliche Willensbildung in der Einheits-KG

Die Einheits-GmbH & Co. KG zeichnet sich durch eine **wechselseitige Beteiligung** aus: Neben die Beteiligung

der Komplementär-GmbH an der KG tritt die Alleinbeteiligung der KG an der GmbH (vgl. allg. Blath, ZPG 2023, 133 f.; MünchKommHGB/Grunewald, 5. Aufl. 2022, § 161 Rn. 99). Diese Verknüpfung bringt Probleme bei der innergesellschaftlichen Willensbildung mit sich. Grundsätzlich nicht problematisch ist allerdings die Willensbildung auf Ebene der KG: Hier handeln zuvörderst die Kommanditisten, die Komplementärin regelmäßig nicht, da sie i. d. R. kapitalanteilslos beteiligt ist und sich zugleich das Stimmrecht in der KG-Versammlung nach der Kapitalquote richtet. Kompliziert stellen sich jedoch – bei Anwendung der allgemeinen Grundsätze – die Verhältnisse in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH dar: Da einzige Gesellschafterin der GmbH die KG selbst ist, diese aber wiederum durch die Komplementär-GmbH und diese wiederum durch ihren Geschäftsführer vertreten wird, handelt im Ergebnis in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH die Komplementär-GmbH selbst.

2. Bisherige Rechtslage

Nach bisheriger Rechtslage blieb es dennoch im Prinzip bei dieser „**In-sich-Vertretung**“ (vgl. BGH DNotZ 2008, 145) und war etwaigen Interessenkonflikten durch entsprechende Vertragsgestaltung zu begegnen. Im Gesellschaftsvertrag der KG wurde den Kommanditisten Vollmacht zur Ausübung des Stimmrechts der KG in der Gesellschafterversammlung der GmbH erteilt oder es wurde gar eine sog. Kommanditistenversammlung (als einheitliches Organ, str.) installiert (vgl. zum alten Recht DNotI-Abrufgutachten Nr. 127588; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 12. Aufl. 2021, Anh. § 45 Rn. 59 f.; zur Trennungs- und Einheitstheorie vor dem Hintergrund des alten Rechts BeckOGK-HGB/Staake, Std.: 1.1.2024, § 170 Rn. 77).

3. Rechtslage seit Inkrafttreten des MoPeG

a) Schaffung des § 170 Abs. 2 HGB

Mit dem MoPeG ist § 170 Abs. 2 HGB als Spezialregelung zur Vertretung in der Einheitsgesellschaft in Kraft getreten. Die Norm lautet: „Sofern der einzig persönlich haftende Gesellschafter der Gesellschaft eine Kapitalgesellschaft ist, an der die Gesellschaft sämtliche Anteile hält, werden vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung die Rechte in der Gesellschafterversammlung der Kapitalgesellschaft von den Kommanditisten wahrgenommen.“ Die **Gesetzesbegründung** nennt dies die „**organschaftliche Lösung**“ (BT-Drucks. 19/27635, S. 256; vgl. auch BeckOK-HGB/Beyer, Std.: 1.10.2024, § 170 Rn. 38; zum Begriff „organschaftliche Lösung“ Oetker, in: Oetker, HGB, 8. Aufl. 2024, § 161 Rn. 112: Übertragung der Beschlusskompetenzen der Gesellschafterversammlung der GmbH auf die Kommanditisten, sodass diese bei Ausübung dieser

Kompetenzen als Organ der GmbH agieren; s. auch Scholz/K. Schmidt/Bochmann, GmbHG, 13. Aufl. 2024, Anh. § 45 Rn. 87) und formuliert ausdrücklich, dass dabei die Rechte „nicht von der Kommanditgesellschaft“ (sondern eben von den Kommanditisten) wahrgenommen werden. Diese Formulierung legt nahe, dass das **Handeln der Kommanditisten keine Vertretung der KG** bedeutet, weil diese gerade keine Rechte in der Gesellschafterversammlung wahrnehmen soll. Dass das Handeln der Kommanditisten daher ein solches im eigenen Namen ist, kann man dennoch bezweifeln. Die Formulierung des Gesetzes selbst ist nicht klar genug (vgl. Scholz/K. Schmidt/Bochmann, Anh. § 45 Rn. 88): „Wahrnehmung der Rechte“ kann zwanglos bedeuten, dass die Kommanditisten die Rechte der KG in Vertretung der KG ausüben und dass § 170 Abs. 2 HGB somit eine kompetenzbegründende Ausnahme vom Grundsatz des § 170 Abs. 1 HGB statuiert.

b) Meinung der Literatur

Die vorhandene Literatur geht **teilweise** (wohl überwiegend) davon aus, dass die Kommanditisten in der Gesellschafterversammlung der GmbH – dispositiv – als **organschaftliche Vertreter der KG** handeln (Ebenroth/Boujong/Oepen, HGB, 5. Aufl. 2024, § 170 Rn. 20 f.: organschaftliche Vertretung formell im Außenverhältnis, aber materiell im Innenverhältnis der Außengesellschaft; Wertbruch, in: Westermann/Wertbruch, Handbuch Personengesellschaften, Std.: 4/2024, Teil I, § 58 Rn. 3937: partielle gesetzliche Vertretungsmacht; Hensler/Strohn/Gummert, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 170 HGB Rn. 7; Oetker, § 170 Rn. 44; Mock, in: Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas/Mock, HGB, 6. Aufl. 2023, § 170 Rn. 20; Heckschen/Freier/Salomon, Das MoPeG in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2024, § 4 Rn. 149; Schäfer/Habersack, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 4 Rn. 9).

Demgegenüber steht die Ansicht, dass beim Handeln der Kommanditisten ein echter **organisationsrechtlicher Durchgriff** stattfindet, dass also jeder Kommanditist in der GmbH-Gesellschafterversammlung so abzustimmen berechtigt ist, als sei er (unmittelbar) an der GmbH beteiligt – dies schließt ein Handeln in Vertretung der KG im Ergebnis aus (dafür Scholz/K. Schmidt/Bochmann, Anh. § 45 Rn. 87 f.; Koch/Ceesay, Personengesellschaftsrecht, 2024, § 170 HGB Rn. 9). Zu dieser Ansicht mögen auch die Stimmen zählen, die in § 170 Abs. 2 HGB eine Durchbrechung des Trennungsprinzips feststellen (BeckOGK-HGB/Staake, § 170 Rn. 27; vgl. auch Gebhard/Greth, NZG 2023, 156, 158 f.).

Rechtsprechung zu § 170 Abs. 2 HGB fehlt derzeit noch. Die Rechtslage ist daher nicht abschließend geklärt.

c) Exkurs: Art der Kommanditistenvertretung bei Annahme einer Vertretung

Des Weiteren nicht abschließend geklärt ist unter Zugrundelegung der Vertretungsprämisse, ob „Vertretung“ die Gesamtvertretung durch sämtliche Kommanditisten meint (Schäfer/Habersack, § 4 Rn. 9; Heckschen/Freier/Salomon, § 4 Rn. 152), die Einzelvertretung durch jeden Kommanditisten (Heckschen/Nolting, BB 2021, 2946, 2052) oder die Vertretung durch einen (Mehrheits-)Beschluss der Kommanditisten (Ebenroth/Boujong/Oepen, § 170 Rn. 23 f., dort auch Gesamtüberblick; ferner Albert/Isikay, NZG 2024, 818 Rn. 12 ff.). Zumindest *prima facie* spräche einiges für die Gesamtvertretung, denn mit „den Kommanditisten“ sind im Zweifel die Kommanditisten insgesamt angesprochen.

4. Vorliegender Fall

Im vorliegenden Fall geht es um eine „Altgesellschaft“ aus der Zeit vor dem MoPeG, die keinerlei gesellschaftsvertragliche Regelung zur Vertretung in der Gesellschafterversammlung der GmbH enthält. Zunächst wird man festhalten können, dass bei fehlender gesellschaftsvertraglicher Regelung grundsätzlich ohne Weiteres die neue Bestimmung des § 170 Abs. 2 HGB eingreift. Freilich kann der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaft jederzeit unproblematisch geändert werden und die Gesellschafter können ihn sogar konkludent über den Einzelfall hinaus ändern (vgl. BeckOGK-HGB/Sanders, Std.: 1.7.2024, § 105 Rn. 169; Ebenroth/Boujong/Wertenbruch, § 105 Rn. 172). Eine konkludent vereinbarte gesellschaftsvertragliche Regelung mag in einer ständigen Praxis zum Ausdruck kommen (vgl. zur dahingehenden „tatsächlichen Vermutung“: BGH NJW 1966, 826, 827; NJW 1996, 1678, 1680; Ebenroth/Boujong/Wertenbruch, § 105 Rn. 168; BeckOK-HGB/Klimke, Std.: 1.10.2024, § 105 Rn. 88 ff.), wobei es u. E. nicht die ständige Übung ist, die ein gesellschaftsvertragliches Recht schafft, sondern eben die zugrunde liegende einmalige konkludente Vereinbarung. Ein Rückgriff auf Observanz und Gewohnheitsrecht, wie sie beim Verein – also der Körperschaft – begegnen (vgl. – ihrerseits zurückhaltend bzw. einschränkend – Stöber/Otto, Handbuch zum Verbandsrecht, 12. Aufl. 2021, Rn. 55 sowie BeckOGK-BGB/Segna, Std.: 1.4.2024, § 25 Rn. 44), dürfte im Rahmen des ohnehin dynamischen Gesellschaftsvertrags der Personengesellschaft nicht angezeigt oder (erst recht) verfehlt sein. Davon abgesehen ginge es vorliegend lediglich um eine **Praxis, die der ohnehin dispositiv geltenden Rechtslage bis zum 31.12.2023 entsprach**. Unseres Erachtens kann man einer solchen gesetzeskonformen Praxis ohne weiteren Anhaltspunkt nicht die Implementierung einer gesellschaftsvertraglichen Regelung entnehmen.

Gilt demnach für die KG der § 170 Abs. 2 HGB, so handeln unter der „**Vertretungsprämisse**“ die Kommanditisten als (partielle) organschaftliche Vertreter; sie handeln nicht im eigenen Namen, sondern namens der KG. Die Einzelheiten der Vertretung sind noch nicht abschließend geklärt, auf die oben skizzierten Probleme (Gesamt- oder Einzelvertretung) kommt es bei einem einzigen Kommanditisten jedoch im Ergebnis nicht an.

Will man angesichts der noch ungeklärten Rechtslage auch der „**organschaftlichen Lösung**“ Rechnung tragen, so kann man den Kommanditisten zugleich (ggf. hilfsweise) im eigenen Namen handeln lassen. Ebenso spricht u. E. nichts dagegen, den Komplementärgeschäftsführer in der GmbH-Gesellschafterversammlung zusätzlich nach altem Muster handeln zu lassen. Mit Blick auf die Zukunft dürfte eine eindeutige Regelung im KG-Vertrag zu empfehlen sein, mag sie auch deklaratorisch sein.

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. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessorin Katharina Baunach

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn